

# Modelo de sistema de garantia de emprego no Brasil

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

Juiz aposentado do TRT da 3ª Região.  
Professor da Faculdade de Direito da  
UFMG. Advogado em Belo Horizonte

## 1. Diagnóstico jurídico-conceitual

A modelagem de uma estrutura jurídica visando à implantação de um sistema de segurança do emprego no Brasil impõe ao analista, como postura necessária e prévia, um exame dogmático-conceitual do **statu quo** vigente no jogo das regras constitucionais e do espírito que presidiu à sua modificação e à conseqüente abertura de rumos novos no desfecho legislativo do instituto do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Veremos que o tratamento dessa questão diz com os próprios destinos do Direito do Trabalho em nossa terra, hoje bipartido em seus pontos de arranque e em suas formulações tutelares básicas.

Seria demasiada ingenuidade do estudioso, engolfado na realidade trabalhista brasileira, ignorar que a elaboração de um sistema de segurança no emprego inelutavelmente importará não em uma simples tarefa de acabamento de uma linha construtiva em marcha, mas em uma retomada do curso histórico-evolutivo de uma disciplina partida em seus vigamentos básicos, isto é, na direção e na ponderação dos interesses objeto de proteção jurídica.

Nesse campo, em Direito do Trabalho, estamos partindo de zero ou, mais realisticamente ainda, o empuche vem encontrar o veículo em ré, pois a implantação do sistema do Fundo de Garantia importou no regresso aos postulados econômico-negociais do liberalismo, quando praticamente se recolocou em mãos das partes, portanto, do empregador, o destino da relação de emprego.

Assim afirmávamos:

“Se hoje se fracionaram em dois regimes jurídicos diversos os efeitos e as garantias da rescisão do contrato de trabalho — indenização e estabilidade, de um lado, e fundo de garantia pelo tempo de serviço, do outro —, com a diluição daqueles dois primeiros institutos e a eliminação da proteção básica do trabalhador, como conseqüência do corte da estabilidade e de sua perspectiva, esse fato, que aos olhos dos juristas mais autorizados, representa uma regressão do Direito do Trabalho brasileiro e o rompimento com a unidade conceitual do princípio de tutela por ele visado (CESARINO JUNIOR, A. F. **Estabilidade e Fundo de Garantia**. Vol. 4, págs. 15 e segs., esp. 64-5 e segs.; CATHARINO, José Martins. **Em defesa da Estabilidade**. Cit., págs. 63 e segs. e RUSSOMANO. **Temas Atuais** . . . , cit., págs. 24 e segs., esp. 32 e segs.), não obsta a codificação.

Os institutos jurídicos compreendidos pela indenização, pela estabilidade (certamente ociosas, em face da “opção patronal” no ato de admitir) e pelo fundo de garantia serão regulamentados entre os efeitos da rescisão do contrato de trabalho, ainda que o último goze de algumas incidências antes de verificar-se esta.

Convenha-se que o Direito do Trabalho brasileiro atravessa uma fase de desarvoramento e que, nessa fase, tenha perdido seus rumos.

A imprecação explica-se porque, ao ser totalmente retirada do trabalhador a garantia do emprego, ainda que indiretamente abrigada pelo instituto da indenização, a constante ameaça da despedida e a ampla possibilidade de efetuar-se sem ônus qualquer para o empregador retiraram-lhe, ao empregado, o domínio mínimo da relação contratual em que se encontra.

Ora, sem qualquer sustentação jurídica, que assegure a manutenção do vínculo obrigacional como um todo, **ipso facto**, inexistente, para o empregado, base jurídica e negocial para a defesa dos próprios direitos internos daquele vínculo, tais como correto pagamento de salários, horas extraordinárias contraprestadas, observância do horário regulamentar etc.

Com o regime da opção, a lei fez voltar ao arbítrio das partes, no contrato de trabalho, o conteúdo jurídico que deva preenchê-lo e transmutou em leis supletivas uma relação antes fundada em normas imperativas.

O fundo negocial acha-se encoberto, pois, se a espécie de pacto pode ser livremente ajustada quanto à oportunidade de sua dissolução, os demais atos do contrato, ainda que originados em obrigações legais, ficam, em sua exigibilidade, sempre na pendência do exercício livre de sua extinção.

Volta o Direito do Trabalho brasileiro, em seus fundamentos, ao princípio da negociabilidade à defrontação pura e simples de empregado

e empregador, ainda que um exiba ao outro um extraordinariamente minucioso quadro de direitos e deveres a serem por eles observados.

Entretanto — é importante frisar —, para que se torne negocial o fundo valorativo de uma disciplina jurídica, torna-se indispensável se proporcionem às partes, envolvidas no jogo dos interesses, condições básicas de negociabilidade, isto é, equidade no plano social e econômico, para que exercitem, em sua acepção concreta, o princípio da autonomia da vontade, e se permutem, em condições de igualdade, as forças geradoras das obrigações.

“Esse ponto de vista é jurídico e não, exclusivamente, econômico” (VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. **Relação de Emprego**. São Paulo, Saraiva, 1975, págs. 34/35).

Portanto, como erguimento de obra desde seus alicerces, a perspectiva de segurança do emprego no Brasil impõe um exame reflexivo do jogo das implicações e dos efeitos conceituais extraídos dos preceitos da Constituição e da legislação ordinária vigente.

Como assim o procedêramos, mantemos nos mesmos moldes a explicação do fenômeno jurídico hoje ocorrente no campo do Direito do Trabalho brasileiro e sobre essa explicação extraímos as idéias do possível, **de lege ferenda**, em termos de segurança no emprego:

“... A admissão constitucional de um regime jurídico concernente à tutela da relação de trabalho diverso daquele tradicionalmente estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho, com vista, sobretudo, à extinção da estabilidade, trouxe certa perplexidade aos meios jurídicos, sobrelevando os Tribunais do Trabalho, que se desencadeou em choques de interpretação de regras e das posições jurídicas resultantes da aplicação do novo regime, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Em seus fundamentos, esse choque parte da diversidade de direção de tutela que a Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, veio imprimir no Direito brasileiro do Trabalho.

Por aí, chega-se à inelutável perspectiva de que o conflito interpretativo não vem a ser senão fruto de uma inovação de princípios que, em realidade, a Constituição de 1967 (e), depois com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro.

A inovação, que melhor se enuncia como justaposição de princípios, acarretou, como não poderia deixar de fazê-lo, uma cisão conceitual no Direito do Trabalho, sempre apreendido em fisionomia harmônica e sobre linhas dispostas em direção uniforme.

Desde logo, impõe-se saliente que a instituição do regime do FGTS contribuiu para a abertura, ou reabertura, do plano

negocial das relações individuais de trabalho e, conseqüentemente, para o desfiguramento da rigidez estrutural que representa a Consolidação das Leis do Trabalho, em sua integralidade.

Por outro lado, formou-se um sistema de canalização de créditos trabalhistas que, acumulando-se, retendo-se e se escoando por órgãos estatais ou vinculados em suas operações, a diretrizes estatais (o Fundo e o BNH), extralimitou ao mesmo tempo em que peculiarizou o campo finalístico do Direito do Trabalho. Para além da tutela das relações entre empregado e empregador e (ou) da tonificação da vontade jurídica deste, o economicamente débil, na acepção de GALLART FOLCH (**Derecho Español del Trabajo**, Barcelona — Rio de Janeiro, Editorial Labor S.A., 1936, pág. 16), cumpre essa disciplina destinações ligadas a programas estatais de desenvolvimento econômico e de bem-estar geral (o problema da habitação), fim esse, quanto à sua especificidade, inteiramente estranho àqueles que, direta e correntemente, lhe dizem respeito (cf. PEREZ BOTIJA, Eugênio. "El Derecho del Trabajo". Madrid, in **Revista de Derecho Privado**, 1947, págs. 19 a 33, esp. 26 e seqs.).

Ressalve-se, em corte econômico, que a intensa programação de investimentos na faixa da construção civil atende à procura de emprego, reduz os percentuais de desemprego, o que acaba por fazer com que o Direito do Trabalho se reencontre com um de seus fins sociais e econômicos: o pleno emprego e a expansiva redistribuição de rendas (cf. BARLETTA, Salvatore. **La Disoccupazione — Cause e Remedi**. Milano. A. Giuffrè Ed., 1954, págs. 21/22; e SALVADOR BULLÓN, Pablo e SALVADOR BULLÓN, Hilário. **La Teoría del Full-employment, o Trabajo para Todos**, Madrid. Ministerio del Trabajo, 1955, págs. 119 a 121).

Entretanto, com a amplificação e (ou) o deslocamento de fins, alterou-se o tônus impressivo dos princípios que, tradicionalmente, marcavam a singularidade desse novo ramo do direito.

O intérprete e o aplicador, ao depararem situações jurídicas trabalhistas em conflito, não mais podem prender-se a supostos indiscriminados e uniformes de hermenêutica, porque o Direito do Trabalho não mais se reduz à exclusiva tutela do trabalho (com ele, a do trabalhador) e da atividade empresarial.

Nessa complexa fenomenologia sócio-econômico-jurídica, em que se multifacetou o Direito brasileiro do Trabalho, distinguem-se, à nitidez, os campos da diversidade de tutela.

Antes de distribuí-los em função do novo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, é indispensável se advirta outra direção da ordem jurídica brasileira, quando se refere às relações de trabalho com a União, as autarquias federais e as

empresas públicas federais, seja no que toca ao direito material (art. 106 da Constituição Federal), seja no que toca à competência (arts. 110 e 125, I, da Constituição Federal).

Essa direção, de preeminência de tutela do Estado-empregador, apreende-se também no Decreto-Lei nº 779, de 21 de agosto de 1969.

Dentro, porém, da temática que nos propusemos, triparte-se a tônica tutelar do Direito brasileiro do Trabalho, certo que nas duas primeiras manifestações ela se conflita.

De um lado, em curso a relação, permanece robustecida a proteção ao trabalho, ao trabalhador e, em pontos menos frequentes mas básicos, a tutela à atividade empresarial (vejam-se, v.g., as regras relativas a horários, descansos, trabalhos perigosos ou insalubres, prescrição, tonificação de vontade contratual (alterações), justas causas, regime disciplinar etc.).

De outro, reduzida ou eliminada a segurança do emprego, com o desencargo do empregador de indenizar ou a extinção da estabilidade, no momento da opção, voltou a entregar-lhe a ordem jurídica enorme força negocial e as relações de trabalho passam a caracterizar-se por extrema flexibilidade, franqueadas as despedidas, cujos custos já de antemão estão previstos ou assegurados, através do recolhimento de 8% para o FGTS.

Finalmente, o emprego de capitais do Fundo em planos nacionais de habitação torna o Estado parte patrimonialmente interessada na relação de emprego, o que configura uma especificidade de interesse, que é público e é objeto de tutela especial.

A participação do Estado, como sujeito de direito, que, antes, na relação de trabalho, se circunscrevia à esfera administrativa, ao poder de polícia (inspeção e fiscalização, autuação e multas), vem a ser agora também de ordem patrimonial, com a gestão das importâncias arrecadadas na forma do art. 2º da citada Lei nº 5.107/66, conforme dispõem seus arts. 11, 12, 13, 14 e 15.

A peculiaridade da tutela desse interesse encontra-se não somente nos poderes de gestão do BNH (dispositivos acima citados), como na pretensão à cobrança das respectivas parcelas, através do INPS, o que representa o exercício de direitos conferidos a pessoas e titulares de bens jurídicos, bem que, aqui, como administradoras e com prescrições legais reguladas na mesma dimensão e no mesmo resguardo com que tratam créditos previdenciários e fiscais (Lei nº 5.107, arts. 11, 13, 19 e 20).

Observe-se, **en passant**, que a legitimação ordinária para a cobrança de contribuição do FGTS não recolhida cabe ao BNH, como se vê dos arts. 20 e 21 da mesma lei.

O juiz, portanto, ao decidir questões de trabalho não pode fugir a uma atitude exegética trifacetada, aplicando, em cada uma das três situações jurídicas, o princípio jurídico básico que, em cada uma delas, visou preservar a Constituição e a lei ordinária.

Se anteriormente se admitia a conformação unitária da tarefa julgadora, conjugando-se a interpretação sistemática e a teleológica (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil) com o espírito eminentemente tutelar do trabalho, hoje essa tarefa como que se compartimentaliza em função dos específicos institutos jurídicos e dos singulares princípios que os regem.

Exemplifica-se: se não optante o empregado, todas as presunções correm a favor da preservação do emprego e da higidez contratual; se optante, ganha dimensões mais amplas a faculdade conferida ao empregador, para despedir.

As direções não são as mesmas e ao juiz não é dado aquinhoar o empregado optante com efeitos de rescisão do contrato de trabalho na mesma direção exegética com que está decidindo a rescisão do não-optante, estábilatório ou preestabilatório, e vice-versa.

Tanto assim é que a jurisprudência encaminha-se, com toda a correção, no sentido de afirmar que a dispensa do empregado, em vésperas da estabilidade, porque não optou, configura a obstatividade, na forma do art. 499, § 3º, da CLT.

Se, porém, optou o trabalhador, rege-se a rescisão pelos princípios da flexibilidade do novo sistema. Se, entretanto, esse mesmo trabalhador é portador de direitos patrimoniais anteriores à opção — indenização simples ou em dobro —, toda a tessitura normativa e tutelar da CLT deve presidir o convencimento no tocante a esses direitos.

Somente assim procedendo, estará o juiz cumprindo a heterogeneidade exegética na aplicação de preceitos que, a despeito de contidos em uma mesma relação (a de emprego, globalmente considerada), entre si se excluem.

Quanto à contribuição para o FGTS, se não goza da natureza de recolhimento tributário ou previdenciário, acha-se tutelada como se previdenciária e tributária fosse.

Nada de estranho há em sustentar que a prescrição para ser acionada consuma-se com trinta e não dois anos (Lei nº 5.107, art. 19, parte final, que diz: "pela mesma forma e com os mesmos privilégios das contribuições devidas à Previdência Social").

Nos quadros dessa exposição, será agora examinada a situação do empregado estável que opta e depois vem a ser despedido.

O exame de tão delicada questão não pode reter-se nos marcos da lei ordinária. Impõe incursões à Constituição. Há corrente doutrinária e manifestações jurisprudenciais que sustentam dever a despedida, em casos tais, preceder-se de inquérito judicial e só por sentença consumir-se.

Prima por asseverar essa corrente que, estabilitário o empregado, essa condição não desaparece quando se trata da forma a ser observada para a sua dispensa.

Os seguintes são os fundamentos básicos, em que se estribam os doutrinadores e juízes que a perfilham:

- a) direito adquirido;
- b) a estabilidade só desaparece com o recebimento, pelo empregado, da indenização ou de 60% de seu valor;
- c) a restauração do art. 500 da CLT e a formalidade da renúncia;
- d) no plano constitucional, estabelece-se, em exegese gramatical, a concomitância entre FGTS e indenização e não entre FGTS e estabilidade, que, portanto, permanece incólume.

Do ângulo oposto, espousa-se a tese da autorização da despedida pura e simples, pois a indenização, ainda a dobrada, será objeto de reclamatória, ao entendimento de que a questão se acha dominada pelo art. 16 da Lei nº 5.107, com remissão ao Capítulo V do Título IV e não ao Capítulo VII da CLT.

Desse vértice partiremos para o desenvolvimento do tema, cuja controvérsia deve alçar ao plano constitucional não só pelas vias do direito adquirido como pelas garantias mínimas e irrenunciáveis conferidas ao trabalhador pela Constituição de 1967 e sua Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969.

A regra do art. 160, I a VI, da Constituição tem caráter principiológico. Condensa pensamento político dominante, como postulado e diretriz, que atenderá o Estado brasileiro na sua destinação econômico-social.

Já o seu art. 165 desdobra-se em preceitos de natureza programática, com direto comando ao legislador ordinário.

A exceção de seu item IV, não contém suas disposições força vinculante imediata, porque carecem, como se exige a uma regra de direito munida de executoriedade, dos suportes de incidência e que lhes formem o juízo hipotético configurador da lei como tal.

Enunciam uma proposição jurídica (Vorsatz), não um preceito jurídico (Rechtssatz).

Ambos os dispositivos, os arts. 160 e 165 da Carta de 1967, com a Emenda Constitucional de 17 de outubro, condensam ordenações jurídicas fundamentais que, no ensinamento de HELMUT COING, modelam, no plano político, social e econômico, uma ordem jurídica (**Diesen Ordnungs grundsätze ergeben vorbildliche Modelle der sozialen Ordnung**) (**Grundzüge der Rechtsphilosophie**, 2. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1970, S. 199, 2).

A invocação, portanto, do nº XIII do art. 165 não poderá ser incrementada senão através do sentido que lhe deu o legislador ordinário, a quem se dirige.

E isso porque a virtualidade do dispositivo constitucional não vai além da abertura de um amplo campo de projeção jurídica, que a lei ordinária preencherá e, preenchendo-o, lhe interpretará o espírito e a finalidade.

Ainda no campo da Constituição, fala-se em "direito adquirido" à condição de estável.

Não resta a menor dúvida que, aqui, se está diante de uma garantia diretamente conferida ao titular de um direito, que se põe a salvo das mutações introduzidas na ordem jurídica pelas mãos do legislador.

No caso, mais próprio é falar-se em situação jurídica adquirida (*erworbener Rechtsstellung*) do que em direito adquirido (*Wohlerworbenerrecht*), visto compor a Lei do Fundo de Garantia, como o é, de sua parte, o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, naqueles direitos que se excluem, uma constelação de atos-fatos-jurídicos relativa à rescisão do contrato de trabalho e seus efeitos.

O que sucede, porém, a despeito da força imediatamente asseguradora do § 3º do art. 153 da Constituição Federal — que resguarda o direito adquirido —, é que esse dispositivo não tem aplicação na situação jurídica ora em exame, por se definirem de maneira diversa as posições jurídicas, cuja titularidade se arroga o empregado estável-optante e dispensado.

O princípio, que se preserva com o direito adquirido é o princípio da inviolabilidade do bem jurídico de que é portador seu titular assim como sua inalterabilidade por vontade estranha, ainda a do legislador.

Quando a Constituição de 1967, no preceito que inovou o nº XII do art. 157 da então Carta de 46, formulou a alternativa de regimes jurídicos, pelo ora vigente artigo 165, nº XIII, deixou claro um axioma da maior relevância e que afasta quaisquer mitos ou preconceitos de desnível e de distinção dos regimes quanto à tutela jurídica: pela Constituição tem-se como assegurada a situação jurídica do trabalhador, em indiscutível paridade

tutelar, esteja ela sobre as condições rescisórias da CLT, esteja ela regulada pelos efeitos do FGTS.

Os termos da estabilidade, da equivalência, do fundo e da indenização, quem os regulará ou dosará é o legislador, pois assim está no comando do art. 165, XIII, citado, e é o que se encontra no art. 1º da Lei nº 5.107/66.

Desde que os tenha regulado o legislador, dentro dos conteúdos mínimos previstos nas regras constitucionais do art. 160, I a VI, e na linha de flexibilidade admitida no art. 165, XIII, a segurança jurídica do titular dos respectivos direitos passa a comportar plena flexibilidade e pleno exercício de vontade, para, de um regime, trasladar-se a outro, dentro, é verdade, dos limites de exercício firmados na própria lei.

O que a esta era vedado seria pura e simplesmente extinguir a estabilidade e (ou) a indenização. Criar-lhes, porém, substitutivo em contornos de equivalência, isso está no incisivo comando do preceito constitucional.

Por outro lado, definido o direito subjetivo como um poder jurídico ou negocial, que a ordem jurídica confere a determinada pessoa (*Rechtsmacht*), como, em geral o acepçiona LANGE — “Das Subjektive Recht ist einmal mehr als ein allgemeines gesellschaftliches oder rechtliches Dürfen” (cf. LANGE, Heinrich, **BGB-Allgemeiner Teil**, 10. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 1968, S. 81, 2 “a”) e definido o direito adquirido como a intocabilidade ou a imutabilidade desse poder jurídico por vontade estranha à de seu titular, chega-se a elementar conclusão que também o poder de disponibilidade e de negociabilidade desse direito é garantido pela ordem jurídica.

O que se quer deixar aqui claro é que o empregado, quando opta, não sofre violação de algum direito adquirido ou da estabilidade: exercitou um poder jurídico, através do qual, segundo preceitos legais, passou de um regime jurídico a outro regime jurídico.

Por outras palavras, substituiu situações jurídicas que encerram efeitos assecuratórios diferentes, bem que, à luz da Constituição, uma e outra se equivalham, tomando-se em consideração o princípio básico da tutela do emprego.

Por essa mesma razão, é impróprio falar-se, quando da opção, em renúncia à estabilidade, com os consectários formais de sua eficácia.

A renúncia pressupõe o despojamento de um direito. O seu titular dele abdica-se, como condensa CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ao defini-la o abandono voluntário do direito (**Instituições de Direito Civil**, Rio, Ed. Forense, 1966, t. I, pág. 278). Por ela não se contrapresta. Encontra-se límpida em sua fonte

de irradiação jurídica no ato unilateral do titular de direito, que dele abre mão.

A opção opera-se pela substituição de regimes jurídicos; portanto, o patrimônio do titular, no tocante a direitos patrimonializados ou a expectativas, não sofre despojamentos desconpensados.

Se estável o optante, preserva-se-lhe a indenização (em que se converteu, pelo regime anterior substituído, a estabilidade) e se passa ao gozo de outra situação, o levantamento do fundo.

Por ato dependente de sua vontade que, em se tratando de estabilidade, não sofre a mínima interferência da vontade de empregador (salvo, como, por vezes sucede, a pressão por sanções indiretas, de natureza econômica, com a supressão de aumentos espontâneos, cessação de estímulos financeiros ou de natureza funcional, pelas alterações admissíveis, não-acesso), o empregado garante-se de situação jurídica diversa da que anteriormente o titularizava a ordem jurídica (cf., para a transmissão de direito, como uma de suas modalidades, o poder de disposição do sujeito — “abhängige Verfügung über seine Rechtsmacht”, LANGE — ob. cit., S. 96, I, b).

Em perfeita sincronização com esses conceitos, a Lei nº 5.107 não impõe qualquer formalidade especial para a passagem de uma situação jurídica para a outra, senão o termo de opção.

Conjuguem-se os seus arts. 1º e 16 e ver-se-á que esses dispositivos não se esmeram senão em preservar situações patrimoniais, que se comunicam pela afinidade de proteção jurídica.

Tanto isso é certo que, da estabilidade, se acautelou a indenização em dobro.

Indo além, observa-se que o antessuposto direto e necessário desse preceito (o art. 16) é não a permanência no emprego como direito personalíssimo ao **status**, mas o seu conteúdo patrimonial, o que, aliás, não é adverso ao campo de eficácia da própria Consolidação das Leis do Trabalho, como o autorizam os seus arts. 497 e 498.

Insiste-se, de outro ponto, em que o art. 500 da CLT foi restaurado pelo art. 17, § 2º, da mesma Lei nº 5.107.

Mas a direção da norma rediviva é específica: incide nos casos de admissão, ou seja, de renúncia ao emprego.

O afirmar, pois, que a estabilidade só se extingue com o acionamento do § 3º do mesmo art. 17 (transação, na base de 60%) importa em legar o inciso a um alcance que não contém.

Sua finalidade e sua área hipotética restringem-se à transação, que é figura diversa e para a qual se fixou um limite mínimo: os 60% da indenização.

Condicionar, ainda, o desaparecimento da estabilidade ao depósito de que cuida o § 2º do art. 16 da Lei nº 5.107 será formar um nexó que não existe, pois a importância a ser depositada, correspondente ao período anterior à opção, não passa às mãos do empregado. Retém-se no Fundo, e o trabalhador somente a retirará se despedido e ainda assim, em tema de grande controvérsia jurisprudencial e doutrinária, sem justa causa.

De mais a mais, trata-se de norma que permite a negociabilidade da situação estabilitária, seja com o fim de extinguir-se o contrato de trabalho, seja no propósito de o prosseguirem as partes, pelo regime do FGTS.

E mais, a importância correspondente a 60%, do § 3º, dirige-se à cobertura do direito patrimonial da indenização e o extingue.

A relevância jurídica da estabilidade compõe-se em seu valor pecuniário, através do qual é transacionada.

Na esteira dessa tese, os Tribunais, se a importância paga não corresponde ao mínimo de 60%, não determinam a restauração do vínculo, mas a complementação do valor devido.

Nunca é demasiado repetir: a hipótese diz respeito à conversão de regimes, nela compreendida uma soma de direitos e obrigações, entre os quais o direito ao emprego, que como se transfunde na aceitação do novo sistema que com ele é incompatível.

Finalmente, se não há falar em estabilidade, não há falar em inquérito.

Este não se define por outra razão jurídica que a de remédio processual que tem como pressuposto material de acionabilidade a existência da estabilidade.

Quem o diz são os arts. 492 e 494 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A consuetudinidade do direito adjetivo (espécie de ação) ao direito material (estabilidade) é inafastável.

Pode-se, sem temor a erro, ir além e afirmar-se: o inquérito é uma forma processual de exaurir-se a estabilidade.

Não visa, em princípio, a pretensão à indenização dobrada, mas a reintegração (art. 495 da CLT). Se ocorre a conversão do art. 496 da CLT, essa é excepcional, está no arbítrio do juiz ("poderá", diz a lei) e só se defere porque a volta ao emprego se tornou ou impossível ou desaconselhável.

A indenização resultante de um inquérito judicial reforça até o convencimento de que esse remédio processual não tem por fim hipóteses dos arts. 497, 498 e 499, **caput**, da CLT; cumpre-se pelas vias da reclamatória.

Convir na pertinência de inquérito, como meio de rescindir-se o contrato de trabalho do empregado estável-optante, será adotar um remédio processual que, por sua índole, se destina a assegurar a permanência no emprego, a reintegração do empregado.

Este, ao optar, deixou de ser estável e desvinculou o empregador do dever jurídico de postular inquérito para dispensa, que se autoriza diretamente.

Em linha de conclusão: **a)** no plano constitucional, equivalem-se os regimes da CLT e do FGTS; **b)** quem dita os termos dessa equivalência é o legislador ordinário; **c)** o direito adquirido ao emprego pode ser objeto de transação; **d)** transação não se confunde com renúncia e com renúncia não se confunde a opção, que é a forma de substituição de regimes jurídicos; **e)** optante ou empregado estável, nada obsta seja despedido; **f)** o remédio processual em que se vai discutir a indenização do estável-optante despedido é a reclamatória comum e não inquérito; **g)** este tem por exclusiva finalidade a dispensa do empregado, se portador de estabilidade." (VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Direito do Trabalho & Fundo de Garantia**. S. Paulo, LTr, 1978, págs. 17 a 25).

Ora a remodelação do quadro jurídico exposto e a reconstituição dos princípios especiais do Direito do Trabalho, que importará na reunificação conceitual da disciplina, para o restabelecimento de uma efetiva segurança no emprego, deverá atender a certas diretrizes de ordem sócio-econômica e a uma dogmática precisa. É o que, finalmente, em organograma fundamentado e descritivo passaremos a expor, como forma de equacionamento.

## 2. Questões preliminares de equacionamento

Ao elaborarmos essa contribuição ao problema da estabilidade no Brasil, partimos de certos pressupostos de ordem ideológica e conjuntural que ora se expõem.

Como professor de Direito do Trabalho e comprometido antes com a concepção jurídica da vida, não poderíamos fugir ao primado da tutela do trabalhador, como finalidade básica da disciplina trabalhista, sobre o fato econômico. Trata-se de perspectiva jurídico-trabalhista e donde deverá partir a idéia de equacionamento de qualquer normatividade que se procura estabelecer.

Essa perspectiva, do ângulo do Direito do Trabalho, é tão respeitável quanto a oposta, a sustentada do ângulo dos economistas puros e se-

gundo a qual cabe o primado aos ciclos da vida econômica, em seus processos naturais de conformação e de expansão.

Contudo, toda a formação jurídica, que supõe a consideração do direito como técnica ordenada da realidade — nela incrustado o fato econômico —, acompanhada da absorção de princípios retores da atividade humana em apreço a fins de bem-estar e justiça social, impõe-nos o acatamento às elaborações doutrinárias dos professores de Direito do Trabalho em sua defesa da estabilidade (exemplifiquem-se com as figuras conspícuas de CESARINO JÚNIOR, MARTINS CATHARINO e EVARISTO DE MORAES FILHO).

Por outro lado, sob o aspecto conjuntural e o da viabilidade política, é indispensável que se tenha presente a opção brasileira, resultante da lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que demandará uma revisão nas fórmulas e métodos tradicionais de reconhecimento da estabilidade, para técnicas mais harmônicas — nos conflitos entre capital e trabalho — de criação de sistemas de segurança no emprego.

### **3. Natureza principiológica**

A segurança no emprego, como aspiração nacional de cunho político, deverá inscrever-se entre os princípios básicos da Ordem Econômica e Social da Constituição.

A sua elaboração, como preceito de natureza programática, dirigir-se-á aos encarregados da elaboração da lei com a mesma intensidade e o mesmo realismo sócio-político com que se dirige a cada um dos destinatários específicos da comunidade jurídica, o empregado e o empregador.

Tem-se em mente que a segurança no emprego, como um instituto do Direito do Trabalho e que visa, portanto, à tutela da pessoa-trabalhadora — qualquer que seja a esfera em que preste serviços regulados pela legislação trabalhista, seja a esfera pública, seja a esfera privada — insere-se no campo mais amplo da atividade econômica. Quer-se, com isso, significar que o terreno de implantação da segurança no emprego deverá ser respeitado em suas peculiaridades e em sua natureza, como fonte de criação de riquezas e de bem-estar social.

Em apreço ao encontro de concepções ideológicas e aparentemente díspares das oriundas das forças dinamizadoras de produção, o capital e o trabalho, a segurança no emprego deverá revelar um critério firme de compatibilização de interesses e de harmonia, através do qual se sintam os empregados como participantes efetivos da produção e não se tenham os empregadores como usurpados em direitos inerentes à estrutura ordenadora da empresa.

### **4. Natureza conceitual**

Na técnica de sua execução jurídica, a segurança no emprego deverá definir-se por critérios precisos, que vedem as dispensas do empregado.

Os suportes da segurança no emprego virão predispostos em lei como regra geral, aberto às partes um período prévio de testificação de

aptidões e de aclimação do empregado e de técnicas de direção do empregador.

Embora definido, o conceito de segurança no emprego não será um conceito rígido e haverá de adscrever-se à realidade econômica sobre que deva recair, sob pena de tornar-se ou inexecutável ou atentatório aos princípios de resguardo do desenvolvimento econômico e da tutela do trabalho.

## 5. Sistema de execução

A busca de sua maior adequação à realidade econômica, com vista à experiência pregressa brasileira, na malograda estabilidade decenária e indenizável e não alheio ao estado ulterior de liberalização e economia das relações de trabalho, representado pelo advento da lei do Fundo de Garantia, o legislador, para conter-se em um plano admissível de execução de regras reguladoras da segurança no emprego, deverá considerá-la como um procedimento jurídico de conciliação e de compromisso.

É importante atentar-se para a circunstância tópica do país, em que, não se aplicando a lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço aos trabalhadores no campo, mesmo no plano da estrutura empresarial há uma defasagem de garantias, em que a atividade rural suporta os remanescentes de uma relação de emprego indenizável (de forma simples ou dobrada), de que foram exonerados a indústria, o comércio e a atividade pública.

Em seu sistema de execução, a concessão da segurança no emprego comporta os seguintes desdobramentos, através dos quais se procurará alcançar o mínimo de equilíbrio nas relações de trabalho dentro de um avanço nas técnicas de realização da justiça distributiva:

5.1. a segurança no emprego deverá conciliar as forças econômicas — em sua liberdade de indústria, de desenvolvimento e ampliação, em suas técnicas operacionais de aperfeiçoamento e dinamização — com a capacidade de colaboração e de integração das forças de trabalho na empresa, de modo tal que não se cerceie o desenvolvimento industrial nem se restrinja a participação do trabalhador nos resultados da renda nacional;

5.2. a segurança no emprego há de responder a uma conciliação entre o princípio de tutela do trabalhador, que tem no trabalho o seu único meio de subsistência e de melhoria de condição de vida e o princípio do maior rendimento, que se traduz em uma entrega regular (normal e efetiva) de energia-trabalho à empresa;

5.3. no plano da conciliação global, a segurança no emprego deverá observar as peculiaridades de cada setor de produção, a qualificação do trabalhador e a natureza da atividade empresarial;

5.4. no plano do casuísmo, como execução de um princípio de justiça econômico-social, a segurança no emprego não alcançará certas

categorias de trabalhadores, aqueles cuja atividade por lei prefixada o seja transitória e/ou possa ser objeto de contratos a tempo determinado. A transitoriedade da atividade empresarial ou da função do empregado exclui a segurança no emprego em termos de definitividade. Exemplifiquem-se com os trabalhadores temporários, safristas, os titulares de contrato a termo etc.;

5.5. o contrato de experiência e/ou de prova passa a constituir pacto preliminar nos contratos em que se admite a segurança no emprego.

6. Conferida a segurança no emprego, admitir-se-á a rescisão por fatores definidos, tais como:

6.1. justa causa;

6.2. inadaptação funcional;

6.3. extinção da empresa, do estabelecimento ou de atividade, por necessidade econômica ou intervenção estatal;

6.4. remodelação da maquinaria, que importa na exigência de mão-de-obra imediatamente especializada e ociosidade forçada do trabalhador existente;

6.5. força maior.

7. Desde que as categorias sejam constituídas em sindicato, o reconhecimento da segurança no emprego poderá derivar da disciplina coletiva, como manifestação de autonomia grupal e de localização de critérios específicos de tutela, respeitados sempre os princípios deduzidos das normas legais.

Sob esse aspecto, passa-se a admitir a formulação de sistemas de segurança no emprego através de procedimentos elaborados pelas categorias econômicas e profissionais — os sindicatos —, onde se resguardará o princípio da igualdade de forças na negociação e o da liberdade de equacionamento dos interesses conflitantes.

Ao sistema impositivo legal, que atuará como quadro de fundo, dar-se-á prioridade à autonomia negocial dos grupos, cuja participação na solução das aspirações e dos conflitos visando à segurança no emprego atenderá à realidade próxima e específica de cada categoria e ao resguardo do estabelecimento de regras jurídicas pelas próprias forças sociais comprometidas no processo de produção.

8. Aos modelos grupais alcançados e dotados de plena eficácia jurídica dever-se-á emprestar também a índole de técnicas experimentais para a implantação realística de um sistema global de segurança no emprego, atendendo-se sempre a que não se afetem os limites — mínimos e máximos — da economia do país, tanto na regularidade de seu desenvolvimento como na sua capacidade de absorção de mão-de-obra, nem a tutela do trabalhador, programados na Constituição e preservados, em suas linhas básicas, na legislação federal.

9. A segurança no emprego atuará como um sistema puro de garantia de permanência do trabalhador na empresa, desacompanhada de qualquer sanção ou de qualquer anteparo de natureza reparatória (indenização) e o rompimento do contrato de trabalho fora dos quadros admitidos na regra jurídica será apreciado apenas como forma abusiva de exercício de direito, declarando-se nulo o ato do empregador e a volta ao **statu quo ante** do restabelecimento do vínculo, como se não rompido tivesse sido em seus efeitos patrimoniais e estatutários.

10. Nada obsta seja mantido, em atuação paralela e de natureza econômica, mas independente, o atual sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que passa a gozar de uma feição seguradora e previdenciária, sem qualquer nexos com a espécie de dissolução do contrato de trabalho. No plano de sua compreensão seguradora estará prevista uma cobertura em caso de desemprego forçado.

11. Finalmente, o que, aliás, deveria constar como cláusula prévia, todos os contratos de trabalho que comportarem a estabilidade como forma de segurança no emprego serão precedidos de um pacto de prova ou de experiência, através do qual se ensejará às empresas testemunhem as aptidões do trabalhador, assegurando-se a este também a rescisão se não se adapta às técnicas de administração e comando da empresa. Cumprido o período de experiência, salvo inadaptação comprovada, o empregado adquire o direito à permanência no emprego.

12. A segurança no emprego gozará de efetividade, sujeitos os direitos e obrigações dela decorrentes a ato de decisão do Poder Judiciário, salvo entendimento das partes homologado por autoridade ou órgão competente.

#### BIBLIOGRAFIA BÁSICA RESIDUAL

Arquivos do Instituto de Direito Social. Simpósio sobre a estabilidade. João da Gama Cerqueira — Hélio de Miranda Guimarães — Luiz Roberto de Rezende Puech — Fernando Henrique Cardozo — Ruy de Azevedo Sodré — São Paulo, dezembro 1959.

BOGLIANO, Palmiro. *La Estabilidad en el Contrato de Trabajo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1957, págs. 7 a 45.

CATHARINO, José Martins. *Em Defesa da Estabilidade (Despedida & Estabilidade)*. São Paulo. LTr Editora, s/d.

CESARINO JÚNIOR, A. F. *Estabilidade e Fundo de Garantia*. Rio de Janeiro, Forense, 1968.

KATZ, Ernesto R. *La Estabilidad en el Derecho*. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1957, pág. 2.

KROTOSCHIN, Ernesto. *Manual de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, Ed. Depalma, 3ª ed., 1977, págs. 139 a 161.

PISTONE, Mateo Juan. *Derecho a la Estabilidad de los Trabajadores Dependientes*. Buenos Aires, Edlar, 1965 (concalto de estabilidade, págs. 19-26).