

Estabilidade e Fundo de Garantia

Análise constitucional da compatibilidade dos dois sistemas

TORQUATO JARDIM

Advogado. Mestre em Direito (Universidade de Michigan, Ann Arbor).
Professor na Universidade de Brasília

I

O Congresso Nacional tem em sua pauta, em diferentes fases de tramitação legislativa, cerca de 150 projetos de lei dispendo sobre os regimes da estabilidade com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente (art. 165, XIII, Constituição federal).

A relevância do tema é espelhada pela ação cotidiana de trabalhadores e empresários no Congresso, pela repercussão na imprensa política e pelas freqüentes manifestações de líderes dos Partidos Políticos.

Os projetos foram motivados pela dura recessão econômica dos anos 1982-84, causa do grande número de desempregados que então conheceu o País. Buscou-se, dessarte, equilibrar o ônus social e econômico da crise, mediante propostas de mecanismos que, ao empregador, conferissem maior comprometimento social e, ao empregado, permitissem mais segurança e tranqüilidade quanto à sua subsistência e à de sua família.

Melhorada embora a situação econômica, recuperado o crescimento, aumentado o número de empregos, diminuída dramaticamente a inflação, permanece, contudo, o interesse de se ver aprovado algum projeto que combine, de modo talvez mais justo, mas, certamente, mais estável, os dois sistemas previstos na Constituição. Conter, compensar e conviver com a pressão por melhores salários, de sorte a manter sadias as contas empresariais, parece implicar, inarredavelmente, na concessão de mais certeza na continuidade do contrato de

trabalho. Os empregadores em geral hão de ter consciência de que, agora, mediante lei ordinária, ou, mais tarde, na Assembléia Constituinte, muitas das disposições desses projetos encontrarão guarida na ordem jurídica positiva.

Essas iniciativas podem ser agrupadas da seguinte maneira, conforme sua motivação:

1) estabilidade permanente ou indenização decorrente de automação: veda a demissão de empregados causada pela aquisição de robôs ou outros processos de automação, ou obriga sua utilização em outra atividade na mesma empresa, ou cria indenização pela demissão, mantido o fundo de garantia (4 projetos);

2) permanente, em razão de acidente de trabalho ou doença profissional irrecuperável, com ou sem aproveitamento em outra atividade na mesma empresa, mantido o fundo de garantia (6 projetos);

3) permanente, pelo mero decurso de um prazo (noventa dias ou dois, cinco ou dez anos), mantido o fundo de garantia (26 projetos);

4) permanente, imediata com o contrato de trabalho, permitida a demissão por justa causa, mantido o fundo de garantia (11 projetos);

5) provisória, motivada por acidente de trabalho ou doença profissional, enquanto perdurar o tratamento ou a recuperação (10 projetos);

6) provisória, durante reclamatória trabalhista ou até trânsito em julgado da última decisão (4 projetos);

7) provisória, enquanto no desempenho de encargo público, serviço militar, direção partidária ou cargo eletivo (12 projetos);

8) provisória, para empregada gestante, por períodos superiores aos atuais (15 projetos);

9) provisória, enquanto no exercício de cargos em sindicatos ou associações de classe (24 projetos);

10) aumento das indenizações por dispensa imotivada, além do fundo de garantia (18 projetos); e

11) outras hipóteses, e. g.: doze meses após o casamento; 12 ou 24 meses ou até data certa futura, incondicionadamente; após dois anos, pela metade do tempo trabalhado; por um ano ou dois aos bancários; para aeroviários, após três anos ou indenização em dobro; professores, durante o ano letivo; empregada doméstica gestante; para os empregados de financeiras sob intervenção etc., em alguns casos ressaltada a dispensa por justa causa (24 projetos).

O estudo que aqui se propõe é de natureza constitucional: atentar, sem preconceitos, para os princípios filosóficos e para os valores éticos que inspiraram a Constituição, e pensar sobre como dar consecução material positiva à vontade nacional expressada pelo constituinte.

II

“O direito à existência, como direito primordial que é de todo ser humano, é universalmente reconhecido. Direito à existência quer, porém, dizer **direito à subsistência**. Todo homem tem, pois, direito aos meios necessários para a satisfação conveniente de todas as necessidades vitais próprias e de sua família: alimentação, vestuário, habitação, higiene (tanto preventiva como curativa), transporte, recreação, educação e previdência. Acontece, entretanto, que as contingências humanas e a nossa atual organização social impõem à quase totalidade dos homens a obrigação de procurar os meios de subsistência no trabalho, ou seja, **na aplicação de atividade à produção de bens ou serviços em proveito de alguém que os retribua**. In sudore vultus tui vesceris panem. Daí decorre ser o **direito ao trabalho** corolário imediato do próprio direito à existência e, portanto, como este, também um direito primordial.

Entendida, como hoje é, a função do Estado, não somente como a de um guardião do direito, mas também como a de **promotor do bem comum**, do bem-estar social, é lógico que lhe incumbe não somente o **dever de garantir a liberdade de trabalho, como até mesmo o de proporcionar este trabalho** a todo homem válido, e ainda o de suprir a sua falta, seja por motivos objetivos (**chômage**), seja por motivos subjetivos (invalidez, vadiagem)”⁽¹⁾.

Essa visão do direito individual ao trabalho, com o que implica de ônus aos donos de capital e de responsabilidade ao Estado, reflete o avanço das idéias socializantes que varrem o mundo desde meados

(1) A. F. CESARINO Jr., *Direito Social Brasileiro*, 2.º vol., p. 8. Ed. Saraiva. S. Paulo, 1970 (grifos acrescentados).

do século passado, transformando a estrutura social, de um lado, e revolucionando o papel do Poder Público, de outro. Consequência imediata dessa luta é a revolução da ordem jurídica — visto o direito, como não pode deixar de ser, como instrumento da política, da economia e da sociologia: de preceitos de defesa do indivíduo contra o Estado para conceitos de cooperação entre grupos sociais, categorias profissionais e o Estado; de um sistema formal insensível às diferenças sociais, culturais, econômicas e políticas para um outro cuja premissa é exatamente a percepção aguda das diversidades; de uma ordem que deveria se tornar mais justa por si mesma para uma outra engajada em apressar o fim das necessidades básicas a uma vida humana mais digna. Em síntese, a transição do Estado liberal de direito para o Estado social de direito.

III

O Estado liberal de direito foi concebido para uma situação econômica próspera, para um momento de paz social; é uma ordem **neutra** — em relação às transformações sociais — e **formal** — no que tange o tratamento jurídico do cidadão. Tal neutralidade diante dos fatos sociais e tal formalidade — presumindo a igualdade de todos — mostraram-se insuficientes para atender à demanda social de oportunidades de trabalho e serviços em geral. Não foi possível realizar justiça social no volume e na velocidade exigidos pela sociedade.

O Estado liberal tornou-se, assim, vítima de seu próprio sucesso:

1 — deixando espaço livre ao talento e à criatividade, acumulou riqueza imensa, mas não foi capaz de distribuí-la, e

2 — garantindo a livre expressão do pensamento e franqueando democraticamente o sufrágio universal, gerou sua própria oposição.

Foi para conservar seus postulados básicos e mais nobres — consubstanciados nas Cartas de direitos individuais da Inglaterra, dos Estados Unidos e da França — e para não se tornar anacrônico que o Estado liberal evoluiu para o Estado social de direito. Só assim pôde realizar **justiça social** mais universal, corrigindo os desvios e as insuficiências que a “mão invisível” clássica fora incapaz de evitar.

As aspirações sociais são agora convertidas em direito positivo, com o que harmoniza-se a **segurança social** com a **segurança jurídica**. As conquistas do Estado liberal, postas em cheque por movimentos de reforma social, são definitivamente salvas pela perspectiva nova que o Estado social de direito acresceu à personalidade humana: **o ser político inevitavelmente inserido e influenciado pelo meio social coletivo**.

A transição de um Estado de **liberdades negativas** — fundado em proibições ao Poder Público — para um Estado de **liberdades positivas** — assentado na responsabilidade coletiva e cooperativa — reflete o ensinamento de que “o Estado, como instituição, deve adaptar-se às novas situações sociais e históricas, para não ser impulsionado cegamente pelas forças de seu tempo” (2).

“As sociedades” — é lição antiga — “obrigam os fatos sociais a variar segundo verdadeiros potenciais dos seus campos... Não há tempo social dotado de propriedades métricas independentes dos corpos que nele se acham. Não há o continente — espaço, tempo — que possa existir sem conteúdo, que é a energia (...); existe, sim, o indecomponível, o indissolúvelmente ligado: espaço, tempo e energia. Onde chega uma relação humana, aí começam o tempo social e o espaço social, como surge a gravitação onde quer que o tensor material seja diferente de zero, isto é, onde quer que apareça energia” (3).

IV

O problema do Estado social de direito consiste em criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana e respeite o ordenamento jurídico: isto não é possível sem uma perspectiva **ética** (4).

Essa perspectiva oferece o direito social. Em sentido positivo genérico, consiste ele no “complexo de princípios e normas imperativas que têm por **objeto** a adaptação da forma jurídica à realidade social, considerando os homens na sua personalidade concreta e como membros de grupos sociais diferentes do Estado e tendo em vista, principalmente, as diferenças de situação econômica entre eles existente” (5).

Em sentido restrito, direito social é “a ciência dos princípios e leis geralmente imperativas, cujo objetivo imediato é, tendo em vista o bem comum, auxiliar as pessoas (...), dependentes do produto de seu trabalho para a subsistência própria e de suas famílias, a satisfa-

(2) KARL MANNHEIM in PONTES DE MIRANDA, *infra*, nota 8.

(3) PONTES DE MIRANDA, *Introdução à Sociologia Geral*, p. 102-103 (1926).

(4) PABLO LUCAS VERDÚ, *El Estado Liberal de Derecho y el Estado Social de Derecho*.

(5) A. F. CESARINO Jr., *op. cit.*, 1.º vol., p. 23.

zerem convenientemente suas necessidades vitais e a terem acesso à propriedade privada”(6).

Estão presentes nesses conceitos os postulados do Estado liberal e do Estado social de direito: expectativa de **propriedade privada** mediante **trabalho digno**, visando ao **bem comum**, conforme uma **ordem jurídica formal** atenta à **personalidade concreta** dos indivíduos.

Esses postulados, postos harmonicamente pela ação coletiva da sociedade em cooperação com o Estado, permitem configurar o **direito econômico** como o “complexo de normas e leis imperativas que regulamentam a agricultura, o comércio e a indústria, tendo em vista harmonizar suas atividades e subordiná-las ao bem comum, protegendo o economicamente mais fraco contra o economicamente mais forte”(7).

Essa proteção torna-se, dessarte, um **imperativo ético** que confere legitimidade ao Estado.

Decorrem dessa ordem de pensamento os princípios constitucionais da ordem econômica e social brasileira.

V

Tais princípios (Constituição federal, arts. 160 e 165) têm como cerne a justiça social e a melhoria da condição do trabalhador. Inspiram eles todo um sistema de distribuição da riqueza, de criação de oportunidades de progresso individual e coletivo, de suprimento pelo Estado das incapacidades de necessitados de proverem à sua educação e saúde, sistema cujo financiamento é feito mediante contribuições proporcionais à capacidade econômica de cada qual: imposto sobre a renda e proventos, FGTS, previdência social, PIS-PASEP, FINSOCIAL, empréstimos compulsórios sobre poder aquisitivo etc.

Esse sistema impõe a presença do Estado, mediante administração econômica genérica, de sorte a subsidiar e complementar a iniciativa privada, que continua a merecer a proteção e o estímulo do Poder Público.

Trata-se aqui de uma iniciativa privada socializada, harmonizada com o interesse e o bem comum; não mais aquela do *État gendarme*, neutro e distante, mero garantidor da ordem pública e do *status quo*.

(6) Id. *ibid.*

(7) Id. *ibid.*

A propriedade obriga: é o mandamento da Constituição de Weimar (1919) que inspirou o conceito de **função social da propriedade** (Constituição federal, art. 160, III).

Dessarte, se insuficiente a capacidade não estatal de solucionar os problemas sociais mais graves, obrigatória se torna a intervenção do Estado. É claro, observados os critérios e o contorno constitucionais.

“A Constituição a ninguém assegura a liberdade de conduzir os seus negócios de modo que o público em geral ou alguma classe do povo possa ser por ele lesada: a fiscalização dos preços, como as outras formas de controle, só se pode reputar inconstitucional quando arbitrária, desnecessária, injustificável” (8).

Essa ordem constitucional socializada é a resposta madura e refletida do liberalismo às investidas revolucionárias e totalitárias dos socialismos não democráticos. A igualdade política e jurídica formal do Estado liberal clássico acresceu-se, com igual força, o processo de igualização das oportunidades econômicas, de trabalho, de saúde, de educação etc.. É uma ordem, portanto, que irmana liberalismo e socialismo democrático, sem antinomia ou incompatibilidade ideológica: cuida-se de combinar o melhor de duas escolhas criando uma terceira via, o Estado social de direito.

VI

A valorização do trabalho como condição da dignidade humana é outro dos postulados centrais da ordem econômica e social (art. 160, III, *Constituição federal*), *donde seu desdobramento em inúmeros dispositivos do artigo 165 da Constituição.*

O trabalho é a aplicação da atividade humana à produção. Para quem dele dependa para sua subsistência e o preste a terceiro, com quem crie, portanto, liame de dependência econômica ou subordinação jurídica, torna-se o trabalho desenvolvimento da atividade humana em proveito de alguém que o retribui.

(8) PONTES DE MIRANDA, *Coment. à Const.* tomo VI, art. 160.

A proteção constitucional do trabalho opera-se justamente aí, na dependência econômica ou subordinação jurídica decorrentes do contrato de trabalho, de sorte a garantir justiça social, a melhoria da condição social do trabalhador e a valorização do trabalho como condição da dignidade humana, mediante tutela estatal direta que evite vantagem arbitrária ou abuso daquela dependência ou subordinação.

Salário mínimo, salário-família, salário noturno superior ao diurno, descanso de jornada, repouso semanal remunerado, férias anuais, higiene e segurança do trabalho, proteção da mulher e do menor, assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva, previdência social, aposentadoria, greve, participação nos lucros e na gestão e estabilidade ou fundo de garantia são exemplos que não esgotam os mecanismos da ação tutelar do Estado em busca dos ideais constitucionais.

Reconhece, dessarte, a ordem constitucional, a necessidade de proteger o direito ao trabalho.

VII

É no contexto dessa ordem principiológica e desse sistema positivo que devem ser analisados os projetos de lei que cuidam de combinar os dois sistemas previstos na Constituição: estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente (art. 165, XIII).

Do ponto de vista da análise constitucional, os projetos são de três espécies:

I — os que criam hipóteses de estabilidade provisória condicional, permitida a despedida imotivada uma vez superada a cláusula restritiva, mantido o regime do fundo de garantia;

II — os que combinam a estabilidade do atual regime da CLT e o fundo de garantia; e

III — os que conferem estabilidade permanente e vedam a despedida quando implementada certa condição, mantida a obrigatoriedade de depósito no fundo de garantia.

Os projetos que criam hipóteses de estabilidade **provisória** condicionada a circunstâncias que se esgotam em **tempo razoável**, tais como **tratamento de doença profissional** ou recuperação de acidente de trabalho; enquanto perdurar litígio judicial entre empregado e empregador ou estiver o empregado no desempenho de encargo público, serviço militar, direção partidária ou cargo eletivo; durante final de gestação e nas semanas de recuperação da mãe ou se estiver no exercício de direção sindical ou classista, realizam os ideais plasmados na ordem constitucional positiva: não conflitam com o sistema do fundo de garantia; apenas condicionam sua implementação, no que tange a despedida imotivada. Nada impede que o empregador, após suportar o **ônus social provisório** que dele exige a lei, despeça o empregado.

O empregador faz, dessarte, **uso social de sua propriedade**, realizando **justiça social** e dignificando o trabalho. Sendo provisória a condicionante onerosa, não se coloca em risco a **viabilidade econômica do empreendimento**, princípio constitucional de igual porte (Constituição federal, art. 160, I), cujo desatendimento geraria irreversível inconstitucionalidade. Assim é que alguns projetos permitem que o empregador se exonere da obrigação mediante comprovação de que o ônus social está a colocar em risco a continuidade da empresa.

Igualmente compatíveis com a ordem constitucional socializada os projetos que combinam a estabilidade do atual regime da CLT (art. 492) com o fundo de garantia, posta a harmonia nestes termos: ao direito de despedir empregado no sistema do fundo de garantia, regulado por **lei ordinária**, ficam acrescidas, por **lei ordinária**, exigências que inibem o livre arbítrio que hoje se confere ao empregador naquele sistema, de sorte a proteger, mediante tutela estatal, o homem e a família que possuem exclusivamente seu trabalho como meio de **garantia de sua subsistência e de sua dignidade de vida**. Não fica vedado ao empregador despedir: seu livre dispor fica diminuído.

Tal intervenção do Estado dá substância aos princípios constitucionais sociais já enunciados.

Esses dois grupos de projetos — estabilidade provisória condicionada e harmonização da CLT com o FGTS — exprimem, ainda, **uma forma de concretização** de outras duas máximas constitucionais: a harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção

(art. 160, IV) e a participação dos trabalhadores nos lucros da empresa (art. 165, V). Dessarte, não se tem o confronto capital/trabalho, que no liberalismo clássico deveria ser resolvido pela negociação livre e direta entre partes evidentemente **dispar**, mas, sim, a comunhão de interesses entre forças interdependentes, tornadas harmônicas pela tutela estatal compensadora da **disparidade**.

VIII

Outra sorte, contudo, merecem os projetos que conferem estabilidade permanente, vedada a despedida, quando implementada certa condição, e mantida a obrigatoriedade de depósitos no fundo de garantia.

A impositividade fere toda a ordem enunciada pela Constituição, a começar pelo mandamento explícito de coexistirem dois sistemas, os quais devem **refletir e concretizar** os grandes mandamentos sociais constitucionalizados cuja natureza só pode conduzir à harmonia e valorização justa dos fatores sociais e dos fatores econômicos. A regulamentação infra-constitucional não pode agredir nem a norma, nem o espírito da ordem constitucional.

IX

A interpretação constitucional é necessariamente teleológica. Na forma escrita da Constituição não pode o analista encontrar senão o que esteja no corpo de ideais que a sociedade escolheu plasmar no texto magno. Dele deve retirar todas as conseqüências possíveis que levem à materialização **perene** dos grandes propósitos. Para isto, não há como escapar à evolução social histórica; não há como desatender aos novos tempos.

A visão presa aos dogmas do passado fere de morte a Constituição. Esta só garante ordem enquanto organismo vivo; enquanto refletir um hoje nascido de um ontem histórico, o qual enseje um amanhã melhor e mais maduro.

Esse amanhã brasileiro melhor e mais maduro só será possível mediante medidas sociais do porte desses projetos estudados, os quais podem ensejar a harmonia social imprescindível a um progresso por todos compartilhado.