

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PEDRO PAULO CASATE

**A INADEQUAÇÃO DA DUPLA PENALIDADE AO
TRABALHADOR DEMITIDO POR JUSTA CAUSA
CONSISTENTE NA IMPOSSIBILIDADE DE MOVIMENTAÇÃO
DO FGTS**

**VITÓRIA
2018**

PEDRO PAULO CASATE

**A INADEQUAÇÃO DA DUPLA PENALIDADE AO
TRABALHADOR DEMITIDO POR JUSTA CAUSA
CONSISTENTE NA IMPOSSIBILIDADE DE MOVIMENTAÇÃO
DO FGTS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito básico para a conclusão do Curso de Direito. Orientador: Prof. Me. Eduardo Perini Rezende da Fonseca

VITÓRIA
2018

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	03
1 JUSTA CAUSA: A PRIMEIRA PENALIDADE	05
1.1 CONCEITO	05
1.2 HIPÓTESES DE CONFIGURAÇÃO DA JUSTA CAUSA	07
1.2.1 Improbidade	08
1.2.2 Incontinência de conduta ou mau procedimento	08
1.2.3 Negociação habitual ou por conta própria	10
1.2.4 Condenação criminal transitada em julgado por pena privativa de liberdade	10
1.2.5 Desídia	11
1.2.6 Embriaguez habitual ou em serviço	11
1.2.7 Violação de segredo de empresa	12
1.2.8 Insubordinação ou indisciplina	13
1.2.9 Abandono de emprego	13
1.2.10 Atos lesivos físicos ou morais no ambiente de trabalho contra qualquer pessoa, ou praticados contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em legítima defesa	14
1.2.11 Prática constante de jogos de azar	15
1.2.12 Perda da habilitação ou requisitos para exercer a profissão	15
1.2.13 Atos atentatórios à segurança nacional	16
1.3 CONSEQUÊNCIAS DA DISPENSA POR JUSTA CAUSA	16
2 O FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO – ACEPÇÕES ACERCA DA ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO INSTITUTO NO BRASIL	18
2.1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO	18
2.2 HIPÓTESES AUTORIZADORAS DA MOVIMENTAÇÃO DO FGTS	22
2.2.1 Eixo do investimento	23
2.2.2 Eixo temporal	25
2.2.3 Eixo da necessidade	27

2.3 Da similitude das situações ensejadoras da movimentação do FGTS em relação à realidade do trabalhador dispensado por justa causa	30
3 A DUPLA PENALIDADE SOFRIDA PELO EMPREGADO DEMITIDO POR JUSTA CAUSA	32
CONCLUSÃO	36
REFERÊNCIAS	37

INTRODUÇÃO

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço surgiu como uma solução para substituir o modelo de estabilidade no contrato de emprego. Dentre seus objetivos, o mais marcante é, sem dúvidas, a função de amparar o trabalhador no momento em que o mesmo se vê desempregado. Provedo àquele trabalhador, de certo modo, sua subsistência financeira durante a procura de um novo emprego.

Além disso, com passar do tempo, o FGTS angariou para si maiores responsabilidades. Haja vista que seus recursos passaram a abranger uma série de questões coletivas, como, por exemplo, a construção de conjuntos habitacionais. Nesse sentido, o multifacetado Fundo de Garantia passou, em tese, a assistir o empregado de forma tanto individual, quanto coletiva.

Contudo, a presente pesquisa servir-se-á da forma individual de assistência fornecida pelo Fundo de Garantia. Para que seja evidenciada a lesão ao trabalhador que não o recolhe imediatamente por ter sido despedido por justa causa. Sendo esta para tanto, a questão central deste trabalho.

A referida situação de lesão ao trabalhador merece ser investigada, na medida em que se percebe que o Fundo de Garantia, há tempos, não atende os anseios da sociedade, seja ele individual ou coletivo.

E que, além disso, as dispensas por justa causa, ao fulminarem os direitos trabalhistas, tornam ainda mais estreito o caminho do trabalho digno e da reinserção do empregado no mercado de trabalho.

Esta pesquisa ainda busca explicar sob a égide da função social do FGTS e da natureza jurídica do instituto, como a impossibilidade momentânea do saque do Fundo de Garantia, em caso de resolução contratual por justa causa, enseja nova penalidade sofrida pelo empregado.

Assim, ao abordar a referida mazela social gerada pela não movimentação imediata do FGTS, a presente pesquisa demonstra sua irresignação quanto à atitude incorreta do legislador ao delimitar a entrega de um valor que é inerente ao empregado, condicionando-o à miséria e à falta de oportunidade.

Nesse sentido, com o intuito de viabilizar a pesquisa enquanto um instrumento verificável de produção de ciência, lançar-se-á mão dos preceitos referentes à metodologia da pesquisa. Sendo para tanto, utilizado o método dialético para justificar o possível aprimoramento referente à lei que rege o Fundo de Garantia.

Dessa forma, no primeiro capítulo trataremos do instituto da justa causa ensejada pelo empregado. Evidenciando para tanto, suas conceituações, aplicações e consequências. Sendo o objetivo deste tópico, analisar a primeira penalidade sofrida pelo empregado.

Em seguida, no segundo capítulo, nos debruçaremos em relação à análise das hipóteses ensejadoras da movimentação do FGTS. O enfoque se dará em relação às motivações que levaram o legislador a admitir tais hipóteses da lei 8.036/90.

No decorrer deste capítulo, será feita a distinção entre os eixos de movimentação do Fundo de Garantia, e a classificação de cada hipótese do artigo 20 da referida lei. Sendo comparada, ao final do capítulo, a realidade do empregado despedido por justa causa, com as hipóteses presentes no artigo 482 da CLT, visando delinear a inaplicabilidade do critério de “congelamento” do FGTS em relação aos empregados dispensados motivadamente.

Nesta esteira, o terceiro capítulo denominado “a dupla penalidade sofrida pelo empregado despedido por justa causa” versará sobre a dificuldade que acompanha o empregado, após ter sido dispensado por justa causa, ao se reinserir no mercado de trabalho (retomando o caráter punitivo do desemprego nos dias atuais), bem como a dupla penalidade caracterizada pela não movimentação do Fundo de Garantia de forma imediata, esclarecendo que o mesmo não consegue acessar o FGTS justamente no momento em que apresenta a maior necessidade de amparo financeiro.

1 JUSTA CAUSA: A PRIMEIRA PENALIDADE

1.1 CONCEITO

A conceituação da justa causa perpassa por diversas dimensões classificatórias. O termo é abrangente e demanda, como todo instituto dissecado a fundo, maior profundidade e dedicação em relação às suas nuances. No presente trabalho, embora exista a necessidade de evidenciar tal conceito, nos ateremos aos conceitos mais usuais acerca do referido instituto.

Levando em conta as primeiras considerações acerca da amplitude da matéria, surge então a primeira conceituação dada por Domingos Sávio Zainaghi, apud Evaristo de Moraes Filho.

[...] é todo ato doloso ou culposamente grave que faça desaparecer a confiança e boa-fé existentes entre as partes, tornando assim, impossível o prosseguimento da relação. (ZAINAGHI, apud MORAES FILHO, 2001, p. 21)

O fragmento supracitado, que faz menção ao conceito de justa causa, deixa claro que o ato, mesmo que culposos, se configurar falta grave, ensejará a despedida por justa causa. O que denota que os atos culposos, ou seja, aqueles em que o indivíduo não possui a intenção de causar qualquer tipo de dano, também são passíveis de punição na esfera trabalhista.

Ainda sobre a conceituação, delimitam Luciano e Diná Rossingolli Salem.

Justa causa é o motivo que faculta a uma das partes contratantes numa relação de emprego a resolver o contrato de trabalho, em virtude da prática de uma falta grave realizada pela outra parte contratante, seja pela natureza ou pela repetição (SALEM, 1995, p.38)

Considera-se, portanto, a justa causa como fator que dá azo à rescisão contratual, seja esta de forma direta ou indireta. O que pode ser verificado no excerto supracitado é que tanto o empregador, quanto o empregado podem alegar tal fato a seu favor no final do contrato de trabalho. Cabendo ao julgador definir quem deu

causa à rescisão em voga, observando para tanto a contribuição de cada parte no processo rescisório. Vejamos.

RECURSO DE REVISTA. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. VALIDADE. REVERSÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. O Regional modificou a sentença, para confirmar a dispensa por justa causa do Autor, por considerar a maior gravidade da conduta praticada por ele, em relação aos demais empregados envolvidos na fraude apurada. Dessa feita, afastou a possibilidade de se considerar que teria havido ato discriminatório, sendo impossível promover a reversão da justa causa por este motivo. Assim sendo, não se vislumbra nenhuma violação da literalidade dos princípios constitucionais apontados, em especial o princípio da isonomia, pois o Regional entendeu que não havia igualdade de condições em relação às atitudes de todos os envolvidos na fraude. Ademais, os arestos terminam por ser inespecíficos, pois partem da premissa de que a conduta praticada pelos envolvidos possuía o mesmo valor. Recurso de Revista não conhecido. TST - RR: 7075720155020067, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 14/03/2018, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/03/2018.

Nessa toada, o Tribunal ao proferir sua decisão, utilizou como fundamento um dos requisitos base para a aplicação da justa causa, a saber: a gravidade da conduta. Sob essa perspectiva, em relação à aplicação da justa causa fomentada pelos requisitos da mesma, Amauri Mascaro Nascimento leciona.

A caracterização da justa causa depende de condições que devem estar presentes para a sua admissibilidade, a saber, a *atualidade* a *gravidade* e a *causalidade*. É vedada a *dupla punição*. A justa causa invocada para o despedimento do empregado deve ser *atual*, praticada na mesma ocasião a que se segue a rescisão contratual, perdendo a eficácia a falta pretérita, ocorrida muito tempo antes. (NASCIMENTO, 2001, p. 608)

A par do que dispõe o trecho acima, para além das hipóteses elencadas na legislação, deve atentar-se o empregador aos elementos constitutivos mínimos que compõe a justa causa ensejada pelo empregado. Dos quais enumera VICTOR MOZARD RUSSOMANO.

Por outras palavras, indicaremos as condições necessárias à sua configuração ou, se preferirmos, as suas características essenciais. São três: a) gravidade; b) imediatidade; c) atualidade (RUSSOMANO, 2003, p. 210)

E assim leciona, o mesmo autor.

[...] a gravidade que a caracteriza tem, a relevância suficiente para incompatibilizar o trabalhador com o seu empresário [...] a imediatidade

estabelece um vínculo de relação direta entre a justa causa alegada e a despedida imposta ao trabalhador [...] a atualidade é um dos elementos [...]. A regra dominante é que as faltas antigas não podem gerar punições. (RUSSOMANO, 2003, p. 210)

A partir deste excerto, nota-se que a simples subsunção da conduta à norma, não é suficiente para que seja reconhecida a justa causa de forma efetiva. O que dificulta ainda mais a aplicação do referido instituto ao caso concreto, pois além de existir um extenso rol dedicado à sua tipificação na legislação trabalhista, podem ocorrer, em momentos distintos, mais de uma causa para configurá-la; bem como a mesma pode vir a ser revertida se não observados tais requisitos.

Por tal razão é de suma importância que seja observado em conjunto ao requisito da atualidade, o princípio da especificação, vez que o mesmo garante que a justa causa seja aplicada de forma correta e precisa, culminando em uma pretensão judicial bem-sucedida, caso haja litígio. Sobre o tema dissertam Luciano e Diná Rossingolli Salem.

O princípio da especificação é objeto de discussão no instituto jurídico trabalhista da justa causa. Assim, por exemplo, se o empregado é despedido por uma justa causa específica e na instrução do processo outra justa causa fica provada [...]. Acreditamos que nesse caso deve ser dada a improcedência da ação. Eis que, ao ser despedido por uma justa causa é diante dessa justa causa que o empregado preparou suas provas, sua defesa e suas alegações. (SALEM, 1995, p. 40)

Dessa forma, depois de superados alguns dos relevantes conceitos acerca da natureza do instituto da justa causa, além de sua composição e aplicação no caso concreto. Lançar-se-á mão das ocorrências de justa causa que são originadas pelos empregados.

1.2 HIPÓTESES DE CONFIGURAÇÃO DA JUSTA CAUSA

Na legislação atual existe um rol exemplificativo das situações que ensejam a justa causa para que se demita o empregado, tais hipóteses estão previstas no artigo 482 da CLT e são compreendidas como.

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; l) prática constante de jogos de azar. m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado. Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional (CLT, 2018).

Para cada hipótese elencada no presente dispositivo dedicaremos breves apontamentos acerca do entendimento doutrinário. Nesse sentido, passa-se a análise do artigo supracitado.

1.2.1 Improbidade

No caso de improbidade, o que seria a prática de algo incorreto ou feito de má-fé, existe para tanto, divergência sobre o que o termo se significa no Direito do Trabalho. Tal divergência é concebida por Vólia Bomfim Cassar.

O conceito trabalhista da improbidade não é unânime na doutrina trabalhista [...]. Para a corrente subjetiva com a qual concordamos, improbidade é um ato de desonestidade, ato contrário aos bons costumes, à moral, à lei [...]. A vertente objetiva entende a improbidade como atos praticados contra o patrimônio da empresa ou de terceiros. (CASSAR, 2018, p. 1.079)

No presente trabalho, adotamos o conceito da vertente objetiva, sendo que, objetivamente, todos os atos de desonestidade, atinentes à relação de emprego, são restritos ao patrimônio da empresa. Mesmo que de modo indireto, ao atentar o empregado contra seu empregador, interfere de forma reflexa em seu patrimônio.

1.2.2 Incontinência de conduta ou mau procedimento

Ao tratar da incontinência de conduta, o legislador optou por trazer regras comportamentais acerca da conduta sexual do trabalhador. Levando em consideração a prática de atos libidinosos dentro ou fora do ambiente de trabalho.

O exemplo clássico na doutrina é a comparação entre um trabalhador rude (pedreiro, servente etc.) e um professor. Se o primeiro, após uma semana de trabalho, tem como hábito se divertir em bordéis no sábado à noite, em nada esta atitude comprometerá sua atividade profissional. Voltará este empregado na segunda-feira ao serviço e, certamente, irá comentar com colegas suas “façanhas” de sábado à noite. Já, com o professor, a mesma atitude consistirá em falta grave, pois sua atividade profissional requer seriedade e conduta ilibada. Atitude como essa incompatibiliza o professor com os alunos, com os outros professores e até com o próprio estabelecimento de ensino, sendo certo que ao trabalhador braçal nenhuma incompatibilidade é criada. (ZAINAGHI, 2001, p. 74)

Certamente, esta hipótese trazida por Zainaghi possui respaldo com a realidade, vez que o empregado, levando em conta seu posto de trabalho, deve se policiar acerca de suas condutas, e se prostrar de forma digna e compatível com sua atividade profissional, sob pena de macular a imagem da instituição e derradeiramente ensejar uma despedida por justa causa.

Quanto ao mau comportamento, algo que pela nomenclatura poderia traduzir com facilidade seu conceito, na realidade não o faz. Haja vista que dada a amplitude semântica da referida expressão, a mesma, segundo Cassar, poderia “abrigar qualquer falta, desde que não acolhida nas demais figuras” (CASSAR, 2018, p. 1.081).

Contudo, Volia Bomfim Cassar, ainda preceitua que embora exista grande amplitude na conceituação da justa causa por mau comportamento, existe substancial diferença entre os tipos mais amplos de aplicação da justa causa, quais sejam: mau comportamento e incontinência de conduta.

Percebe-se que as noções a respeito do mau procedimento são vagas e imprecisas. E é exatamente por este motivo que os autores concluem no sentido de afirmar que o mau procedimento é tudo que não se enquadra nos demais tipos legais. Distingue-se da incontinência de conduta porque esta ocorre fora do ambiente de trabalho, enquanto aquela dentro do trabalho. (CASSAR, 2018, p. 1083)

Diante disso, pode-se inferir, que o tipo de justa causa em voga é, indubitavelmente, residual quanto ao disposto nas hipóteses remanescentes previstas na legislação trabalhista. Distinguindo-se das demais pelo fato de conferir a si própria certa vagueza e indiscriminação residual.

1.2.3 Negociação habitual por conta própria

Presente no artigo 482, alínea c da CLT, a negociação habitual por conta própria é uma das hipóteses espécies de justa causa que respaldam, na relação contratual de emprego, maior senso de responsabilidade e até um dever de fidelidade inerente ao trabalho desenvolvido pelo obreiro.

Nesse sentido, o empregado que possui a atribuição de desenvolver negociações com os clientes de seu empregador, e, dessa relação, tira proveito próprio, ensejará a aplicação da justa causa por negociação habitual por conta própria.

Sobre os contornos de sua aplicabilidade, são evidenciados os requisitos para a sua configuração.

A negociação deve ser habitual, fora do serviço, sem o conhecimento do empregador e desde que importe em concorrência ou em desvio de clientela [...] logo, todo ato de comércio ou não, se importar em concorrência, em prejuízo ou desvio de clientela, importa em justa causa. (CASSAR, 2018, p. 1.083/ 1.085)

Sob este aspecto, verifica-se que além da questão punitiva da justa causa em relação ao empregado, subsiste, ainda, uma questão de proteção ao empregador que sofre qualquer desvio de clientela ou prejuízo.

1.2.4 condenação criminal transitada em julgado de pena privativa de liberdade

Nesta hipótese de despedida por justa causa, temos que o trabalhador, apesar de probo no ambiente de trabalho, comete, por vezes, a título de necessidade -

hipótese grafada no Código Penal e na Doutrina conhecido como furto famélico art. 155, § 4º do CPB – algum tipo penal que culmine em condenação criminal.

Nas palavras de Zainaghi, justifica-se tal demissão sem indenização, vez que o empregado não mais poderá desenvolver sua atividade laboral, haja vista que estará recluso.

O que justifica a inclusão dessa figura no rol das justas causas é o fato de o empregado preso não poder cumprir sua parte no contrato de trabalho, isto é trabalhar [...] o que justifica esta justa causa é que o contrato de trabalho é de trato sucessivo e de débito permanente. Sendo o empregado condenado e preso, surge a impossibilidade da prestação do serviço. (ZAINAGHI, 2001, p. 82)

Ressalta ainda o referido autor, que se deve analisar o caso concreto, para dessa forma, encontrar a impossibilidade de realização laboral e assim seja ensejada justa causa.

1.2.5 Desídia

A desídia enquanto fator ensejador da justa causa é entendida como a continuidade do descaso quanto à prática do labor. Tal noção é refletida pelo próprio conceito da palavra e da configuração desta espécie de justa causa.

A palavra desídia significa “disposição para evitar qualquer esforço físico ou mental [...]. Para que um empregado seja considerado desidioso é necessário conhece-lo um pouco, pois só com o tempo se pode traçar o perfil de uma pessoa, e, a partir daí concluir que ela é preguiçosa, desleixada e negligente. (CASSAR, 2018, p. 1089)

Assim sendo, o fragmento supracitado traduz a importância e relevância de certa reincidência do comportamento desleixado, negligente e preguiçoso, por parte do empregado, para que se constitua a despedida por justa causa.

1.2.6 Embriaguez Habitual ou em serviço

Em regra o contrato de trabalho exige um mínimo de empenho e de esmero em sua execução. Manter as faculdades mentais no ambiente de trabalho faz parte da

manutenção do obreiro em seu emprego, sendo motivo suficiente para a despedida por justa causa, a embriaguez habitual. Nesse sentido, disserta Sússekind.

Consoante estabelece a CLT, a embriaguez do empregado justifica a sua despedida quando habitual ou quando ele apresenta-se ou fica nesse estado em serviço. Desde logo, impõe-se a conclusão de que o empregado flagrado embriagado fora do serviço não caracteriza o ato faltoso, salvo se comprovada a sua habitual embriaguez por dependência ao álcool ou a outra droga. (Sússekind, 2004, p. 339)

Dessa forma, o trecho acima traduz por óbvio, que se o trabalhador labora sob efeito de substância entorpecente, seu rendimento sofrerá reflexos negativos em termos de produtividade e via de consequência trará para si a rescisão contratual devidamente justificada.

Além disso, o referido autor traz em seu comentário a dicotomia referente à configuração da presente hipótese de justa causa, sendo que os requisitos para configurar tal justa causa são justamente: a comprovada embriaguez como hábito – fora do ambiente de trabalho – ou a simples apresentação do empregado em ambiente de trabalho em estado de embriaguez.

Por fim, ressalta-se que independente da motivação do empregado que se insere neste contexto de embriaguez, de forma voluntária, possui o empregador o direito de rescindir o contrato de trabalho justificadamente. Haja vista que a atividade laboral para todos os efeitos de segurança e seriedade, deve ser pautada pelo respeito ao ambiente de trabalho e pela própria profissão.

1.2.7 Violação de Segredo da Empresa

Quanto à violação de segredo da empresa, classifica Maurício Godinho Delgado.

O presente tipo jurídico busca resguardar informações confidenciais do empreendimento a que se vincula o obreiro, cuja divulgação a terceiros, especialmente empresas concorrentes, pode causar significativo prejuízo ao empregador. (DELGADO, 2018, p. 1.427)

O segredo da empresa, usualmente, é o que torna a mesma diferente, no sentido de especial, dentre as outras de um mesmo ramo ou nicho de mercado específico.

Nesse sentido, o resguardo do segredo é imprescindível para que a competitividade e a lucratividade de uma empresa sejam mantidas.

Dessa forma, aquele que divulga tal informação, a qual deveria ser sigilosa, e ainda causa algum tipo de significativo prejuízo, incorre no presente tipo jurídico, ensejando para tanto, sua despedida por justa causa.

1.2.8 Insubordinação e Indisciplina

Ao nos referirmos à “*alínea h*” das espécies de justa causa presentes no artigo 482, da CLT, reputamo-nos às hipóteses de indisciplina ou de insubordinação. O referido dispositivo traz em seu bojo ambas as expressões, de modo que existe entre estas uma relação de coexistência condicionada. Assim pontua Sússekind.

[...] as duas faltas têm conceitos próprios [...] ato de indisciplina é a insubmissão voluntária e individual a uma ordem exarada por superior hierárquico ou às normas que regulam a disciplina interna do estabelecimento. Ato de insubordinação é a insubmissão tendo por fim subverter aquela ou aquelas normas. (SÜSSEKIND, 2004, p. 341)

Nessa toada, resta claro que por mais que o trabalhador desrespeite as normas regulamentadoras do estabelecimento em que labora, a sutil diferença entre as condutas é justamente a quem se direciona a insubmissão. Sendo que para caracterizar a indisciplina, leva-se em consideração a pessoa de quem a ordem é emanada, sendo que esta deverá ser um superior hierárquico.

Quanto ao ato de insubordinação, o que é elementar para que ocorra é insurgir-se o obreiro não somente contra o seu superior hierárquico, mas ao conjunto de regras de forma geral. Dessa forma, leciona Sússekind apud Russomano “toda insubordinação é indisciplina, mas nem toda indisciplina é insubordinação”.

1.2.9 Abandono de emprego

Para que esta hipótese se configure, é imperioso que exista efetivamente abandono voluntário por parte do empregado em relação a seu emprego. Todavia, nem todo

“abandono” é considerado definitivo de tal modo que gere a justa causa de que se trata no presente subtópico. Dessa forma, assinala Sússekind.

O que configura o abandono de emprego é o *animus*, explícita ou implicitamente evidenciado, de que o trabalhador quer deixar o emprego. Essa intenção é revelada por algum ato do empregado nesse sentido [...] mas ele deve ser presumido, se o empregado faltar continuamente ao serviço, sem justificação aceitável, por mais de trinta dias. (SÚSSEKIND, 2004, p. 341)

Desta feita, o empregado que infringe o dever de prestar seu serviço de forma regular, e que por algum motivo velado ou decretado não o faz de forma incólume, enseja a justa causa em seu desfavor.

1.2.10 Atos lesivos físicos ou morais no ambiente de trabalho contra qualquer pessoa, ou praticados contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa

Considerando a lesão ao bem jurídico como fator necessário para a ocorrência destas hipóteses de justa causa, serão estas tratadas num mesmo subtópico. Nessa toada, em relação às alíneas “j” e “k” do artigo 482 da CLT, leciona Maurício Godinho Delgado.

O tipo jurídico trata da injúria, calúnia ou difamação, a par da agressão física, praticada contra colegas ou terceiros, no âmbito do estabelecimento empresarial. Abrange pois não somente ofensas morais, mas também as físicas [...] não é, pois, relevante que o empregado ofensor esteja trabalhando, ao contrário do que sugere o texto literal da alínea “j” [...] o fundamental é que ele se encontre no âmbito laborativo, de modo a permitir que sua infração, injustificadamente, contamine o ambiente do estabelecimento ou empresa. (GODINHO, 2018, p. 1.429)

O trecho supracitado preceitua que é imprescindível, para a consumação da hipótese da justa causa referente à alínea “j”, que o obreiro realize as agressões no ambiente de trabalho. De sorte que, no caso da alínea “k” basta que a agressão seja direcionada ao superior hierárquico ou empregador.

Além desta sutil diferença, Delgado indica que a agressão – física ou moral – que se desenvolva no ambiente laboral, contra qualquer pessoa, ou contra o superior

hierárquico/empregador por razão do cargo, poderá ser desconsiderada caso exista comprovada legítima defesa.

[...] a “legítima defesa, própria ou de outrem”, com utilização de meios moderados de revide, em contexto de ofensa ou agressão atual ou iminente, elide a justa causa [...]. Persevera-se com o empregado a prova desta excludente da infração e de sua respectiva punição. (DELGADO, 2018, p. 1.430)

Dessa forma, a legítima defesa, instituto naturalmente tratado em âmbito penal, se aplica ao presente caso, vez que as condutas descritas no tipo jurídico em voga são crimes presentes no Código Penal Pátrio. De sorte que, *per relacione*, também são transportados os institutos que excluem a ilicitude da conduta, que, via de regra, extinguem a punibilidade da prática da conduta criminalizada.

1.2.11 Prática constante de Jogos de Azar

Quanto à prática constante de jogos de azar, há que se registrar que os jogos aqui aludidos são aqueles os quais os resultados dependem exclusivamente da sorte do indivíduo. Todavia, leciona Sússekind.

O objetivo da punição é, fora de dúvida, a prática de jogos, como a roleta, carteadado e similares, que se repetem durante horas, podendo acarretar a perda de vultosas quantias, o endividamento ou desfalque. (SÚSSEKIND, 2004, p. 343)

Assim, vez que o obreiro pratique o jogo de azar de forma lesiva à sua atividade laboral, e as apostas alcancem grandes proporções, no que tange a seus valores, tem-se que enseja a justa causa pela prática constante de jogos de azar.

1.2.12 Perda da habilitação ou requisitos para exercer a profissão

A alínea “m” do artigo 482, da CLT visa regularizar o exercício das profissões que demandam específica habilitação para a sua prática.

[...] Esse novo tipo jurídico, acrescentado pela Lei da Reforma Trabalhista, abrange apenas as situações em que a perda da habilitação torne inviável o exercício profissional, não atingindo situações em que a falha configure

mera irregularidade administrativa, tal como aventado pela súmula 301 do TST. (DELGADO, 2018, p. 1.432)

Não obstante o preceito acima abordado, verifica-se que o novo dispositivo estimula a atualização profissional e o credenciamento do trabalhador, que labora sob a condição de estar devidamente munido de sua habilitação.

1.2.13 Atos atentatórios à segurança nacional

No que se diz respeito aos atos atentatórios à segurança nacional, a doutrina é unanime em argumentar a favor da tese de que a hipótese não foi recepcionada pela Constituição Federal, bem como afirma-se que tais atos constituem crime; mas “a justiça competente para dizê-lo não é a do Trabalho” (Süssekind, 2004, p. 343). Nesse sentido, não comporta neste momento, abordar tal hipótese.

1.3 CONSEQUÊNCIAS DA DISPENSA POR JUSTA CAUSA

No que concerne às consequências da dispensa por justa causa, entendemos que apenas malefícios são causados ao empregado. O trabalhador, ao ser demitido por justa causa, é tomado por um sentimento de inutilidade, vergonha e desespero, dado o atual contexto brasileiro no que tange à oportunidade de emprego.

Para além disso, surge para o empregado um alto grau de dificuldade para que o mesmo se reinserira no mercado de trabalho. Mesmo sabendo que esta dificuldade em nada se relaciona com a anotação do motivo da extinção do contrato de trabalho em sua CTPS, haja vista que, segundo Zainaghi:

A CTPS não pede a especificação do motivo da terminação do contrato individual de trabalho. resume-se a trazer apenas uma síntese do contrato: o nome do empregador, o endereço deste, a data da admissão e a data da saída do empregado. (ZAINAGHI, 2001, p. 42)

No entanto, mesmo que não esteja consignado na carteira de trabalho do empregado, o próximo empregador, se zeloso, provavelmente indagará o empregado acerca de sua experiência e de suas possíveis faltas, ou até mesmo se

informar com outros empregadores pelos quais aquele trabalhador veio a laborar. Gerando para efeitos práticos, um agravo ainda maior emerge para obstar a reinserção no mercado de trabalho.

Sob outro aspecto, é importante ressaltar que: além da penalidade individual, qual seja seu campo psicológico e social, existe para tanto, a penalidade patrimonial que se instala pela extinção de grande parte de suas verbas rescisórias.

Acerca das consequências geradas pela despedida por justa causa, Carlos Henrique Bezerra Leite, leciona.

A justa causa é altamente prejudicial ao empregado, não só no aspecto moral mas, sobretudo, no aspecto patrimonial. Uma vez caracterizada a justa causa, o empregado terá direito apenas a saldo de salários e férias vencidas [...] O empregado dispensado por justa causa não tem direito à indenização (se estável), aviso prévio e 13º salário. Além disso, o empregado não poderá levantar imediatamente o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS (se optante). (LEITE, 2018, p. 609)

Após irretocável lição de Bezerra Leite, verifica-se parte da dimensão do malefício causado pela dispensa por justa causa. Sendo que a extensão dos prejuízos ao trabalhador alcança a maior parte dos direitos trabalhistas. Desta feita, o empregado é destituído simultaneamente de seu emprego e dos valores aos quais ensejou a existência, como o FGTS.

Com efeito, entendemos que apesar de ser devida a penalidade ao empregado que incorre em uma das hipóteses de justa causa, elencadas anteriormente na presente pesquisa, ressalvamos que a suspensão do direito à movimentação do FGTS é, de plano, indevida.

Para tanto, no próximo capítulo dedicaremos ao instituto do Fundo Garantia alguns importantes apontamentos acerca dos conceitos atinentes ao referido instituto, bem como a sua natureza jurídica e hipóteses de movimentação.

2 O FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO – ACEPÇÕES ACERCA DA ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO INSTITUTO NO BRASIL

2.1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DO FGTS

O que se pretende ao discorrer sobre as bases ideológicas e estruturais do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, é justamente evidenciar suas transformações durante o decurso histórico brasileiro, e a partir delas obter uma visão aproximada do que poderia ser substituído ou acrescentado ao referido instituto.

Nesse sentido, insta ressaltar, que para que se entenda os desdobramentos sociais e econômicos do Fundo de Garantia, é preciso entender de onde surgiu tal direito, e como foi sua adaptação no contexto político-econômico pátrio.

Assim sendo, inicia-se a trajetória histórica do referido instituto a partir de sua origem, a qual se deu no ano de 1966 em meio à crise no setor empregatício, instaurada pela estabilidade prematura do contrato de trabalho, cumulada com a alta multa indenizatória pela despedida imotivada.

Sobre a origem e função, Vólia Bomfim Cassar, de modo assertivo, leciona acerca do instituto:

[...] era um sistema alternativo que extinguiu a estabilidade e, em contrapartida, dava outras vantagens, como o direito aos valores depositados mesmo nos casos de pedido de demissão. (CASSAR, 2018)

Assim em relação ao que é tratado no fragmento acima, em relação à origem do instituto, é imperioso compreender que a conjuntura econômica gerada pelo pagamento dos encargos trabalhistas indenizatórios, pós-contrato de trabalho, indubitavelmente impulsionou a criação do referido direito, sendo a sua razão de ser unicamente atrelada aos fins econômicos.

Haja vista que a multa aplicada ao empregador que despedia sem justa causa seu trabalhador estabilizado, era de fato extremamente alta. De modo que os empregadores eram coagidos a aceitar o empregado, desde que ele não ensejasse a despedida por justa causa.

Por essa razão, o plano proposto pelo criador do referido instituto, Roberto Campos, se viu impulsionado pela impossibilidade de privatização de certas empresas, pois estas não conseguiriam demitir seus empregados sem gerar para si um enorme passivo trabalhista (Mallmann, apud Campos).

Depois de rudimentar análise, a ele voltei, com o veredicto de que a empresa era invendável. Havia cerca de 4.000 funcionários, na grande maioria estáveis. Quem comprasse, compraria um gigantesco passivo trabalhista. Este era um fator inibidor da compra e venda de empresas e, portanto, do capitalismo moderno. (MALLMAN apud CAMPOS, 2011, p. 67)

Nessa senda, a promessa realizada ao então presidente do Brasil, Castello Branco, foi a de que o referido instituto serviria de válvula de escape ao empregador que optasse por despedir seus empregados de modo menos oneroso.

Sabendo o empregador que não seria mais surpreendido por indenizações vultuosas, pois desde o início do contrato de trabalho estaria recolhendo um percentual da remuneração do empregado, e que eventualmente poderia ser utilizado a título de indenização pela despedida.

Sobre esta mudança, ressaltam Luiza Mallmann.

A iniciativa gerou enorme polêmica entre trabalhadores e empresários, pois colocava fim ao princípio da estabilidade no emprego consagrado desde 1943 na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), uma das marcas da Era Vargas. Todo empregado que completasse dez anos de serviço não poderia ser dispensado, salvo por motivo de falta grave ou por dificuldades efetivamente comprovadas pela empresa.

Todavia, no início da implementação do FGTS, havia para o obreiro a faculdade de optar pelo regime de estabilidade, ou pelo modelo da “poupança compulsória”. Dessa forma, a aderência dos empregados a tal fundo não possuía grande vultuosidade, sendo que apenas anos depois, com a promulgação da Constituição

Federal de 1988, fora implementada a obrigatoriedade de opção ao regime de fundo de garantia.

Nesse sentido, entende Luiza Mallmann.

com a publicação da Constituição Federal de 1988, ocorreu a extinção definitiva da estabilidade no emprego para empregados regidos pela CLT. Apenas ficaram estáveis aqueles que já tinham dez anos de trabalho na mesma empresa. Desde então, todos os trabalhadores celetistas passaram a ser optantes pelo FGTS. (Mallmann, p.68, 2011)

Dessa maneira, o fato da obrigatoriedade da aplicação do FGTS implicou diretamente nas finanças públicas. Uma vez que estes recursos conferiram ao Estado vultuosa quantia monetária.

Em relação a este montante, Mallmann ressalta.

O ativo total do FGTS corresponde ao saldo da apuração contábil das contas do FGTS de disponibilidades (depósito na CEF), aplicações interfinanceiras de liquidez, títulos, e valores mobiliários, créditos vinculados (FCVS), operações de crédito, financiamentos para saneamento básico e infraestrutura e desenvolvimento, operações refinanciadas, outros créditos e deferimentos [...] Em 2002, a arrecadação bruta das contribuições do FGTS foi de 22,4 bilhões, em 2009 a arrecadação foi de 54,7 bilhões, variação de 144,07%.

Nesse contexto, restou evidente que o FGTS não possuía apenas a função econômica - assegurar uma despedida menos onerosa ao empregador – como pensou seu criador, mas, simultaneamente, uma função social. Haja vista que o instituto possui, dentre outros objetivos, o investimento no setor público quanto à infraestrutura e o auxílio financeiro ao empregado em momentos de extrema necessidade, sendo que o instituto em voga deve ser interpretado como uma garantia coletiva, com elucida Jackson Passos Santos.

Percebe-se que o sistema do FGTS deve ser observado como um sistema de garantias sociais para a coletividade, quiçá um direito coletivo, pois alcança um grupo de pessoas indeterminado, mas determinado, sendo sua função social o efeito concreto de sua inserção no texto constitucional. (SANTOS, 2005)

Sob tal perspectiva, a exegese da função social do referido direito, trouxe à baila novas relações estabelecidas entre empregado, empregador e o detentor legitimado

dos recursos recolhidos, sendo o último, até os dias atuais, a Caixa Econômica Federal.

Nesta esteira, em assertiva explicação do fenômeno criado pelas implicações geradas em decorrência da obrigatoriedade de recolhimento do Fundo de Garantia, leciona Mauricio Godinho Delgado.

Há no mínimo uma tríplice dimensão da estrutura e objetos no fundo de garantia, apta a gerar relações jurídicas próprias distintas, embora obviamente combinadas. Existe a relação empregatícia, vinculando empregado e empregador, pela qual este é obrigado a efetuar os recolhimentos mensais e, às vezes, também obrigado com respeito ao acréscimo pecuniário da rescisão. Em contrapartida, desponta nessa relação, como credor, o empregado. Há, por outro lado, o vínculo entre empregador e Estado, em que o primeiro tem dever de realizar os recolhimentos, ao passo que o segundo, o direito de os ver adimplidos, sob pena de, compulsoriamente cobrá-los, com as apenações legais. Existe, ainda, a relação jurídica entre o Estado, como gestor e aplicador dos recursos oriundos do fundo social constituído pela totalidade dos recursos do FGTS, e a comunidade, que deve ser beneficiada da destinação social do instituto, por meio do financiamento às áreas urbanas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana. Nesse caráter multidimensional do instituto é que se revela sua precisa natureza jurídica.

Após irretocável lição acerca da função social do instituto em voga, e das dimensões que dela emanam, é imprescindível que seja abordada a natureza jurídica do mesmo, indicada por DELGADO, como “multidimensional”. Haja vista que a partir da identificação das dimensões vinculadas à natureza jurídica do instituto, chega-se ao propósito de existência do mesmo, e, por consequência, a seu(s) legítimo(s) destinatário(s).

Nessa toada, com vistas à conceituação da natureza jurídica do Fundo de Garantia, DELGADO, de forma incisiva, conceitua:

O FGTS é instituto de natureza multidimensional, complexa, com preponderante estrutura e fins justralhistas, os quais se combinam, porém, harmonicamente, a seu caráter de fundo social de destinação variada tipificada em lei. Por isso associa traços de mera figura trabalhista, com traços de figura afeta às contribuições sociais, formando, porém, instituto híbrido. (DELGADO, 2018, p. 1.112)

De forma a concordar com Maurício Godinho Delgado, Vólia Bomfim Cassar elucida e corrobora a noção acerca da natureza jurídica do instituto em voga:

Para o empregado o FGTS tem natureza jurídica de direito à contribuição que tem caráter salarial (salário diferido). Equipara-se a uma poupança forçada. Para o empregador é uma obrigação e para a sociedade a contribuição tem caráter social. Daí decorre sua natureza múltipla ou híbrida. (CASSAR, 2018, p. 788)

Assim, ao mesmo tempo em que a natureza jurídica do Fundo de Garantia atende seu papel como instituto jurídico-trabalhista, o mesmo não deixa de realizar sua função social de amparo ao trabalhador despedido por justa causa, sendo, inclusive, utilizado para fornecer substratos para a concretização de variadas finalidades, elencadas pela lei do referido instituto, atinentes às necessidades individuais dos empregados e os investimentos de infraestrutura habitacional do setor público.

Nesse sentido, para que a harmonização entre as vertentes dimensionais da natureza jurídica do FGTS se realize e funcione de forma idônea, é imperioso que seja efetuada a ponderação acerca da utilidade individual do fundo, ou seja, qual seria a destinação do fundo para o trabalhador em um plano individual versus a necessidade do investimento do presente direito na infraestrutura coletiva.

Para além disso, outra importante questão se relaciona intimamente ao momento adequado para que o empregado acesse os valores do Fundo de Garantia. Apresentando, para tanto, as hipóteses atuais de movimentação do FGTS.

2.2 HIPÓTESES AUTORIZADORAS DA MOVIMENTAÇÃO DO FGTS

O FGTS possui como um de seus fundamentos o escopo social de assistir o empregado em momentos de extrema e comprovada dificuldade. Nesse sentido, é imperioso ressaltar que o acesso aos recursos deste instituto, é fundamental para que o trabalhador se desenvolva individualmente e que se necessário lance mão destes recursos para enfim realizar seu projeto de vida ou até mesmo salvar a vida de seus familiares.

Todavia, vale ressaltar que para movimentar o fundo de garantia o obreiro deverá se enquadrar em uma das hipóteses trazidas pela lei do referido instituto. Com efeito,

as referidas situações de movimentação do instituto em voga estão compreendidas nos incisos do artigo 20 da Lei nº 8.036/1990, as quais serão divididas em três principais critérios de movimentação, quais sejam: o de investimento, o temporal e o de necessidade. Assim sendo, passa-se a análise de cada eixo:

2.2.1 Eixo do investimento

No que toca a movimentação do FGTS motivada pelo eixo de investimento, temos que este possui, para tanto, a clarividente intenção de aprimorar os rendimentos advindos do recolhimento do referido instituto, além de fornecer ao empregado formas de auxílio monetário no que tange à aquisição de moradia própria.

Nessa toada, verificam-se, primordialmente, as hipóteses de aquisição de moradia própria e suas condições.

VI - liquidação ou amortização extraordinária do saldo devedor de financiamento imobiliário, observadas as condições estabelecidas pelo Conselho Curador, dentre elas a de que o financiamento seja concedido no âmbito do SFH e haja interstício mínimo de 2 (dois) anos para cada movimentação; VII – pagamento total ou parcial do preço de aquisição de moradia própria, ou lote urbanizado de interesse social não construído, observadas as seguintes condições: a) o mutuário deverá contar com o mínimo de 3 (três) anos de trabalho sob o regime do FGTS, na mesma empresa ou empresas diferentes; b) seja a operação financiável nas condições vigentes para o SFH; XIX - pagamento total ou parcial do preço de aquisição de imóveis da União inscritos em regime de ocupação ou aforamento, a que se referem o art. 4º da Lei nº 13.240, de 30 de dezembro de 2015, e o art. 16-A da Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998, respectivamente, observadas as seguintes condições.

Nestas hipóteses, é louvável que o legislador tenha direcionado, aos necessitados de auxílio, condições para a obtenção da moradia própria. Isso reflete em muito a função social do Fundo de Garantia e proporciona ao legitimado desta benesse grandes possibilidades que de forma digna consiga estabelecer-se enquanto cidadão possuindo para tanto, sua própria moradia.

Nesse sentido, o eixo de investimento o qual é abordado neste tópico se revela atrelado à obtenção da moradia própria, haja vista que o empregado que deseja obter um imóvel próprio visa simultaneamente, investir em si próprio e em sua

família. Sendo que a moradia faz parte da construção das bases familiares entre os indivíduos que habitam a mesma residência.

Sob outro aspecto, é interessante ressaltar que o legislador se atentou, inclusive, para a manutenção do empregado no contrato de trabalho, ao delimitar que o mesmo só poderá movimentar os valores para financiamento a cada interstício de 02 anos.

Sendo assim, observa-se que o obreiro, provavelmente, não conseguirá quitar todas as parcelas de seu financiamento passado o referido interstício, o que gera para efeitos práticos a continuidade no contrato de trabalho, enquanto atende a função social de auxiliar a aquisição da moradia própria do empregado.

Após a aquisição da moradia própria, com o auxílio do FGTS, evidencia-se que o empregado possui neste momento certa autonomia sobre suas despesas e maior liberdade para direcionar seus investimentos, frutos de seu labor, a outras questões financeiras, quais sejam as seguintes hipóteses.

XII - aplicação em quotas de Fundos Mútuos de Privatização, regidos pela Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, permitida a utilização máxima de 50 % (cinquenta por cento) do saldo existente e disponível em sua conta vinculada do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na data em que exercer a opção. XVII - integralização de cotas do FI-FGTS, respeitado o disposto na alínea / do inciso XIII do art. 5º desta Lei, permitida a utilização máxima de 30% (trinta por cento) do saldo existente e disponível na data em que exercer a opção.

Nestas condições, as hipóteses supracitadas permitem ao empregado investir em cotas e fundos de aplicação financeira, para obter maior rendimento dos valores recolhidos à conta vinculada.

As situações dos incisos XII e XVII, embora pouco utilizadas pelo trabalhador, integram a boa-fé do legislador em permitir o direcionamento dos recursos do Fundo de Garantia a outras fontes de aplicação financeira.

Todavia, ao observar analiticamente a razão das possibilidades dos referidos incisos, percebe-se que ao permitir a movimentação dos valores da conta vinculada,

o legislador deu a opção de o obreiro investir em um fundo financeiro de melhor rendimento.

Isso se deve ao percentual de rendimento baixíssimo realizado em relação aos valores da conta vinculada.

Art. 9º As aplicações com recursos do FGTS poderão ser realizadas diretamente pela Caixa Econômica Federal e pelos demais órgãos integrantes do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, exclusivamente segundo critérios fixados pelo Conselho Curador do FGTS, em operações que preencham os seguintes requisitos:

III - taxa de juros média mínima, por projeto, de 3 (três) por cento ao ano;

Como se vê, atualmente o Fundo de Garantia rende, ao ano, 3% de sua totalidade, o que é um valor muito abaixo até mesmo em relação à poupança bancária. Nessa toada, afirma Carolina Bastos de Siqueira.

A remuneração paga pela conta do FGTS é inferior a todos os tipos de investimentos bancários, os trabalhadores têm pouca ou nenhuma influência nas decisões do Conselho Curador do Fundo. (SIQUEIRA, 2012, p. 98)

Assim, em relação ao critério de investimento, depreende-se que existam duas interpretações a serem feitas: a primeira é de que o legislador permite ao empregado aplicar parte de seu Fundo de Garantia em uma cota específica de rendimento, desde que possua noções de investimentos e se enquadre nas condições estabelecidas pela lei – fato que é benéfico ao trabalhador; enquanto a segunda evidencia a face menos favorecida desta relação, o empregado hipossuficiente, que não é dotado de conhecimentos técnicos para exercer qualquer investimento e que aceita, portanto, o rendimento ínfimo do Fundo de Garantia, fato que lesa o empregado.

2.2.2 Eixo temporal

Passando a analisar o que se refere ao critério temporal, verifica-se que suas hipóteses, por lógica, são condicionadas ao tempo de trabalho. Todavia, de forma

contraditória, a movimentação do FGTS no caso do inciso VIII, é condicionada ao tempo de não trabalho para tanto, vejamos.

VIII - quando o trabalhador permanecer três anos ininterruptos, a partir de 1º de junho de 1990, fora do regime do FGTS, podendo o saque, neste caso, ser efetuado a partir do mês de aniversário do titular da conta.

O supracitado fragmento, retirado de parte da legislação do instituto do Fundo de Garantia, permite inferir que o mesmo se baseia no requisito temporal para qualificar a movimentação dos recursos da conta vinculada.

Contudo, o obreiro deve aguardar pela possibilidade de movimentação do FGTS sem que para isso possa voltar a trabalhar no regime do Fundo de Garantia, fato que, se ocorrido não mais permite a pretendida movimentação.

Assim sendo, o malefício causado em relação à inercia do empregado é evidente, pois o mesmo, caso deseje movimentar os valores da conta vinculada, deve parar de laborar, o que é de certa forma contraditório ao propósito do referido instituto, o qual visa garantir, dentre outras finalidades, a subsistência do ex empregado, no caso do fim de contrato de trabalho.

Dessa forma, na mesma medida em que abarca um grande número de ex-obreiros, o inciso VIII denota que não existe, para tanto, a preocupação de reintegração do obreiro no mercado de trabalho, e que o mesmo merece auxílio apenas num período de tempo prolongado após sua despedida.

Com efeito, ainda pode-se citar outros exemplos da inserção do critério temporal na redação da lei que institui o Fundo de Garantia, quais sejam o da maioria em relação aos 70 anos e no caso da aposentadoria.

III - aposentadoria concedida pela Previdência Social; XV - quando o trabalhador tiver idade igual ou superior a setenta anos.

Nestes casos, é inequívoca e facilitada a movimentação do FGTS, pois, em relação ao inciso III, o contrato de trabalho não mais existe pelo fator previdenciário. O que denota que não serão mais recolhidos valores a título de Fundo de Garantia e que o

obreiro já contribuiu com seu labor de modo satisfativo em relação à previdência e ao ex empregador.

Em relação ao inciso XV, o legislador optou pela livre movimentação para os trabalhadores que possuam 70 de idade ou mais. Haja vista, que se não for o caso de estes estarem aposentados, poderão fazer uso do Fundo de Garantia pelo critério exclusivamente temporal.

2.2.3 Eixo da necessidade

O critério que dá nome a este subtópico visa, de forma imprescindível, o resguardo da saúde e das situações de extrema necessidade financeira do obreiro, bem como as situações pelas quais o trabalhador é acometido, tendo em vista as relações de trabalho mal estruturadas.

Dessa maneira, no intuito de contextualizar as situações das quais se refere o critério da necessidade, colaciona-se os incisos que demandam a movimentação do fundo de garantia tendo como ensejo a necessidade de complementação de renda para fins fisiológicos:

Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações: XVIII - quando o trabalhador com deficiência, por prescrição, necessite adquirir órtese ou prótese para promoção de acessibilidade e de inclusão social. XIV - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes estiver em estágio terminal, em razão de doença grave, nos termos do regulamento; XIII - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV; XI - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido de neoplasia maligna.

Neste excerto, verificam-se as hipóteses em que o trabalhador se vê em estado debilitado de saúde (se aplicando também a seu dependente) demonstra a preocupação do legislador no que tange à manutenção do bem mais precioso que o obreiro possui - sua saúde e integridade física.

Ao analisarmos tais previsões acerca da temática movimentação, podemos perceber imperiosa e simultaneamente a aplicação do princípio da proteção ao trabalhador.

Pois, a relação de emprego é condicionada à saúde do obreiro e o empregador tem o dever contribuir para a manutenção desta, fornecendo condições para tanto.

Todavia, nem todas as premissas relacionadas à saúde estão elencadas no presente dispositivo, considerando que exista também um dever do empregado de se manter saudável a partir das condições fornecidas pelo empregador.

Contudo, se mesmo com a proteção ao obreiro, este vier a padecer em relação a alguma doença maligna que produza sérias e inevitáveis consequências para a vida do trabalhador ou de sua família, um dos principais responsáveis para sanar tal necessidade é o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Nessa toada, é louvável que tais hipóteses estejam presentes no corpo da Lei do referido instituto.

Noutro eito, tendo em vista a abrangência do critério de necessidade, existe, para tanto, o viés financeiro deste eixo de movimentação. Tal viés guarda respaldo na lei de acordo com tais hipóteses:

XVI - necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de desastre natural, conforme disposto em regulamento, observadas as seguintes condições:

Sob o aspecto financeiro ensejado pelo desastre natural supracitado pelo excerto, é imprescindível que o FGTS possa ser movimentado. Contudo, o quantum financeiro que pode ser sacado, de acordo com o regulamento da Caixa Econômica Federal de 2018 – por volta de R\$ 6.000,00 reais – é incompatível em relação aos prejuízos advindos dos desastres naturais.

9.1.3 VALOR DO SAQUE O valor do saque será o saldo disponível na conta vinculada, na data da solicitação, limitado à quantia correspondente a R\$ 6.220,00 (seis mil, duzentos e vinte reais) para cada evento caracterizado como desastre natural, desde que o intervalo entre um saque e outro não seja inferior a doze meses. (CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, 2018, p. 19)

Obviamente, que, por outro lado, a incompatibilidade é refletida apenas pelos casos em que na conta vinculada do empregado exista maior valor do que o regulamentado pela Caixa Econômica.

Portanto, este inciso possui uma relação de dupla interpretação, sendo uma favorável, a qual permite o acesso à movimentação do FGTS, e outra desfavorável ao trabalhador, vez que restringe o valor a níveis incompatíveis aos do prejuízo causado pelos desastres naturais.

Ainda sobre o viés econômico da necessidade, evidencia-se no pós-contrato de trabalho, findado sem motivação, a expressiva demanda do empregado dispensado em relação ao FGTS:

I - despedida sem justa causa, inclusive a indireta, de culpa recíproca e de força maior;

Tal critério abrange extensa coletividade de ex-trabalhadores, dos quais, dadas as atuais condições empregatícias, em esmagadora maioria, são necessitados deste recurso. No entanto, lamentavelmente, o legislador se conformou em amparar apenas os trabalhadores que foram despedidos sem ter dado causa e aos que se deram causa, dividiram sua culpa com o empregador.

Desta feita, houve, novamente, uma restrição legislativa em detrimento da classe trabalhadora, haja vista que o obreiro despedido por justa causa, necessita dos valores referentes ao FGTS da mesma forma ou ainda mais do que as hipóteses previstas no referido dispositivo.

Isso se deve primordialmente, à dificuldade de reinserção do ex-obreiro despedido por justa causa no mercado de trabalho, vez que ostenta certo estigma de “mau trabalhador”.

Nesse sentido, ao defrontarmos tais situações com a realidade atual da sociedade brasileira chegamos à noção de que nenhum dos objetivos principais do Fundo de Garantia vem sendo atendido de forma plena.

Assim, no próximo tópico trataremos da percepção acerca da similaridade entre a realidade do trabalhador demitido por justa causa, e as hipóteses de movimentação do FGTS trabalhadas até aqui. Considerando para tanto, a noção da dupla penalidade pelo não recolhimento imediato do valor do Fundo de Garantia.

2.3 DA SIMILITUDE DAS SITUAÇÕES ENSEJADORAS DA MOVIMENTAÇÃO DO FGTS EM RELAÇÃO À REALIDADE DO TRABALHADOR DESPEDIDO POR JUSTA CAUSA.

As hipóteses elencadas no tópico anterior denotam que o legislador ao viabilizar a movimentação do Fundo de Garantia, previu que o trabalhador, em momentos de extrema necessidade, poderia lançar mão dos recursos alocados na conta vinculada.

Todavia, analisando os motivos que levaram o legislador a possibilitar o saque do FGTS, vislumbra-se uma similaridade de situações que ocorrem tanto com o empregado despedido sem justa causa, como aquele que por justa causa é dispensado.

De sorte que, se alguém é demitido por justa causa, mas é portador de câncer, tem acesso ao FGTS. Do mesmo modo, se alguém está adimplindo as parcelas referentes ao valor da moradia própria, nos moldes da lei reguladora, e por justa causa é despedido, ainda poderá realizar imediatamente o saque.

Dessa forma, o critério utilizado para penalizar o empregado consistente na não permissão do acesso imediato ao FGTS, se mostra, muitas das vezes, ineficaz. Haja vista que se de algum modo o empregado que concorre para uma das hipóteses fixadas no texto da lei, comprova sua necessidade, o critério da justa causa é sobrepujado, e o mesmo poderá lançar mão dos recursos de sua conta vinculada, imediatamente.

Sob esta perspectiva, o “congelamento” momentâneo da movimentação do FGTS, traz somente malefícios ao trabalhador motivadamente demitido. Sendo que seus efeitos são, em grande parte, irreparáveis em relação à vida laboral futura do obreiro.

Nesse sentido, considerando a seriedade dos potenciais prejuízos causados ao empregado, objetiva a presente pesquisa, no próximo capítulo, tratar da inidônea penalidade, a qual nos reportamos incansavelmente neste trabalho, sofrida pelo obreiro despedido por justa causa.

3 A DUPLA PENALIDADE SOFRIDA PELO TRABALHADOR DEMITIDO POR JUSTA CAUSA

O trabalhador enfrenta, atualmente, uma das piores crises no sistema mercadológico em termos empregatícios. A relação entre obreiro e empregador se torna cada vez mais frágil, sob a égide de uma legislação trabalhista reformada, a qual atende, em esmagadora maioria, o interesse da classe empregadora.

Além disso, devido à dispensa por justa causa, a situação do obreiro se torna ainda mais dramática, vez que este é por uma dupla penalidade subsequente aos efeitos da justa causa. Sendo esta: o desemprego (marcado pela dispensa motivada) e o não recolhimento do Fundo de Garantia de forma imediata.

Quanto ao desemprego atrelado à noção de penalidade assinala-se que, atualmente, o Brasil apresenta a preocupante marca de 13 milhões de trabalhadores desempregados.

A taxa de desocupação do trimestre encerrado em março de 2018 chegou a 13,1%, com aumento de 1,3 ponto percentual em relação ao último trimestre do ano passado (11,8%). O total de pessoas desocupadas também cresceu no período, passando de 12,3 milhões para 13,7 milhões. Houve um aumento de 11,2% nesse contingente, ou mais 1,4 milhões de desempregados no país. (IBGE, 2018)

Fato que denota as consequências trazidas pela crise econômica e política instaurada no Brasil nos últimos 10 anos impactaram de forma severa as relações de emprego. Tornando a disputa entre desempregados ainda mais acirrada, e ainda mais abusivas as relações empregatícias atuais.

Neste sentido, Enoque Ribeiro dos Santos esclarece que o desemprego possui bases em uma programação mercadológica capitalista, sendo que, dados os fatores atuais de competição, a mercadoria ofertada pelo trabalhador - que é justamente sua força de trabalho - se desvaloriza com a reserva de trabalhadores, e que ao ser combinada com a resseção supracitada:

Engendram um número de desempregados perenes, permanentes, que constituem um verdadeiro “exercito de desempregados” de reserva, que

atuando em um mercado fortemente competitivo e concorrencial, permite aos empregadores exercerem uma pressão baixista sobre o nível de salários e nas condições de trabalho. (SANTOS, 1999, p. 47)

Dessa maneira, a referida passagem supracitada, esclarece que o desemprego, em si já é uma penalidade que acomete a sociedade trabalhadora. Pois retira do empregado seu poder de negociação contratual, e o força a aceitar as condições “acordadas” no início do contrato de trabalho. Assim, destaca-se que quanto maior o número de desempregados, menor a chance de um trabalhador dispensado por justa causa se reinserir no mercado de trabalho. Ressaltando ainda, que seguindo a lógica apresentada por Enoque Ribeiro Santos, este ciclo é vicioso e extremamente prejudicial ao obreiro.

Além disso, outra mazela relacionada à demissão por justa causa é analisada por Marcio Túlio Viana com perfeição.

Como sabemos, são comuns as listas negras, e mesmo quando os patrões não se utilizam delas há sempre a possibilidade de um telefonema ou a necessidade de uma carta de recomendação. Assim, por mais justa que seja, toda demanda pode custar um emprego futuro. (VIANA, 2008, p. 166)

Assim, o desemprego gerado pela justa causa alonga ainda mais seus efeitos neste caso particular. Tornando o obreiro, por vezes, desempregado por mais tempo, dado o estigma atribuído àquele trabalhador.

Em relação à impossibilidade de sacar o valor do FGTS de forma imediata, no caso de dispensa por justa causa, verifica-se que este tipo de punição possui um caráter excedente e inadequado em relação aos preceitos do Direito do Trabalho, da natureza jurídica e da função social do Fundo de Garantia.

Nesse sentido, considerando o que dispõe o tópico 1.3 do presente trabalho, tem-se que a dispensa por justa causa aloca o trabalhador em uma situação de igual ou de maior necessidade acerca do acesso aos valores do FGTS, se comparado ao trabalhador dispensado sem justa causa.

Tal situação de necessidade acomete o obreiro dispensado por justa causa, vez que grande parte dos direitos trabalhistas se extingue junto ao seu contrato de trabalho.

E, além disso, o mesmo, caso não comprove a necessidade imposta nas hipóteses de movimentação, deverá, segundo à legislação do Fundo de Garantia, se manter fora do sistema do Fundo de Garantia, por pelo menos três anos.

O que denota que a legislação, ao ser aplicada dessa maneira, descumpre frontalmente alguns dos preceitos basilares do Direito do Trabalho, quais sejam: o princípio da proteção do trabalhador e o da busca pelo pleno do emprego.

Nessa senda, com o intuito de exemplificar tal desrespeito principiológico, Sérgio Pinto Martins e Arnaldo Sússekind lecionam, respectivamente, acerca do princípio da proteção do trabalhador e da busca pelo pleno emprego.

Visa o princípio da proteção compensar a superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, dando a este último uma superioridade jurídica. A proteção é determinada pela lei. Na dúvida, deve-se interpretar a norma a favor do operário *"in dubio pro operário"*. (MARTINS, 2002, p. 30/31)

Por seu turno, **a nossa Carta Magna, em mandamentos perfeitamente aplicável ao Direito do Trabalho, reza:** "Art. 193. A ordem social tem como base o princípio, e como objetivo o bem-estar e a justiça social". E, **ao relacionar os princípios gerais da atividade econômica, seguiu a orientação do estatuto básico anterior, aludindo no seu art. 170, à:** "valorização do trabalho humano" (*caput*) "justiça social" (*caput*) "função social da propriedade" (II) "**busca do pleno emprego**" (VIII). (SÚSSEKIND, 2004, p. 67, grifo nosso).

Sob a perspectiva dos conceitos trazidos pelos fragmentos acima, tem-se que o legislador ao impor a não movimentação imediata do Fundo de Garantia ao trabalhador despedido por justa causa, deixou de observar os referidos princípios.

Veja que na hipótese do inciso VIII do artigo 20 da Lei nº 8.036/90 o trabalhador referido no parágrafo anterior, deveria deixar de laborar por três anos ininterruptos sob o sistema do Fundo de Garantia.

O que de forma gritante lesiona os princípios da busca pelo pleno emprego e da proteção do trabalhador, tendo em vista que se optasse por esperar o transcurso deste lapso temporal sem trabalhar, o obreiro experimentaria não só prejuízos financeiros, mas também de ordem laboral. Sendo que não se manteria trabalhando, descompondo a busca de uma possível relação de emprego futura.

Além da noção principiológica, existe para tanto, outra consequência que se vislumbra acerca da dupla penalidade reputada a todo o momento nesta pesquisa. Qual seja: a destituição da legítima titularidade dos fundos acumulados na conta vinculada.

Visto que apesar de atender o interesse de certa parcela dos trabalhadores de modo coletivo, com a implementação de conjuntos habitacionais, o Fundo de Garantia não perde o seu viés personalíssimo. O que equivale a dizer, que se o mesmo não for concedido ao trabalhador no momento de sua maior necessidade, não estará cumprindo a função social a que foi destinado primordialmente.

De modo que não há que se falar em manutenção destes recursos em conta pública, se o titular da conta vinculada está passando por momentos de necessidade e de dificultosa reinserção ao mercado de trabalho. O fundamento jurídico natural do Fundo de Garantia, dessa forma se perde.

Vale dizer, que a inadequação da dupla penalidade nasce do desrespeito aos princípios citados neste capítulo, se desenvolve às custas do empregado (o qual enseja o recolhimento do FGTS) e ainda extirpa do trabalhador dispensado por justa causa, o acesso aos valores do Fundo de Garantia, no momento em aquele mais necessita deste.

Haja vista que por ocorrência da mesma, a função social do FGTS e a natureza jurídica do instituto em voga são completamente deixadas de lado pela legislação. Fato que apenas acentua uma flagrante lesão ao direito do trabalhador.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa evidencia que a legislação referente ao Fundo de Garantia apresenta um equívoco estrutural. Haja vista que restringe de modo incoerente o acesso aos valores do FGTS quando o trabalhador for dispensado por justa causa.

A fundamentação abordada neste trabalho torna clara a noção das consequências advindas de uma dispensa por justa causa. As quais, como anteriormente mencionado, acompanham o ex-empregado por tempo indeterminado no momento de reinserção no mercado de trabalho.

Ato contínuo, restou esclarecida a semelhança entre as hipóteses de movimentação do FGTS e a realidade vivenciada pelo trabalhador dispensado por justa causa. Ficando evidente que o mesmo necessita do amparo financeiro do Fundo de Garantia, da mesma forma, ou até ainda mais do que o trabalhador dispensado sem justa causa.

Dessa maneira, chegou-se à concepção de que: o desemprego ocasionado pela justa causa (considerando as consequências listadas) e o saque postergado do Fundo de Garantia (causado pelo óbice legislativo), torna a penalidade sofrida pelo empregado dispensado por justa causa, desproporcional e incoerente. Tendo esta concepção bases fincadas sob a visão principiológica do Direito do Trabalho e arraigadas pela função social e natureza jurídica do referido instituto.

Nessa medida, considerando que o empregado seja o fator ensejador para a existência do recolhimento do FGTS (vez que constitui para tanto, uma relação de emprego), e partindo do pressuposto de que o crescente número de desempregados acirra em muito a questão da colocação no mercado de trabalho, entende-se razoável a possibilidade de saque imediato apenas do valor referente à conta vinculada do FGTS. Sem que seja culminada ao empregador a necessidade de pagar o valor da multa do Fundo de Garantia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 8.036, de 11 de maio de 1990. **Lei do FGTS**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8036consol.htm>. Acesso em: 26/04/2018.

BRASIL. Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. **Reforma Trabalhista**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1>. Acesso em: 22/04/2018.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **Manual de movimentação da conta vinculada do FGTS**. Disponível em: <https://blogtrabalhista.files.wordpress.com/2018/08/manual_de_movimentacao_da_conta_vinculada_do_fgts.pdf> Acesso em: 27/10/2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista Lei 13.467/2017** / Vólia Bomfim Cassar. – 15ª ed. rev., atual. e ampl. – [2. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho / Maurício Godinho Delgado**. – 17ª. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Ltr, 2018.

DIEHL, Luiza Mallman; TRENNEPOHL, Dilson. **A importância do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS para o desenvolvimento brasileiro**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/rde/article/viewFile/1299/1240>> Acesso em: 22/05/2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho – 9. ed.** – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Problema da autonomia – na parte de similitude).

MARTINS, Sergio Pinto. **Fundamentos de Direito do Trabalho / Sergio Pinto Martins**. – 2ª. ed. – São Paulo: Atlas, 2002 – (Série Fundamentos Jurídicos).

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho / Amauri Mascaro Nascimento** – 17ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2001.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª ed., 2ª tir./ Curitiba: Juruá, 2003.

SALEM, Luciano e Diná Rossignolli. **Justa Causa e Rescisão Indireta** – Primeira edição – São Paulo: Editora Jurídica Brasileira Ltda., 1995.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O Direito do trabalho e o Desemprego.** / Enoque Ribeiro dos Santos – São Paulo: LTr, 1999.

SANTOS, Jackson Passos. *O FGTS: uma busca pelo bem estar social.* **Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, no 154.** Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/940/o-fgts-busca-pelo-bem-estar-social>> Acesso em: 21/05/2018.

SIQUEIRA, Carolina Bastos de. **Uma releitura do FGTS sob a perspectiva da Teoria dos Direitos Fundamentais e Sociais.** Dissertação em Direito – FDV. Espírito Santo, 2012.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho.** 2ª ed. ver. e atualiz. / Arnaldo Süssekind – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho.** 3ª ed. (ampl. e atual.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIANNA, Marcio Túlio. **Os paradoxos da prescrição.** Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32797-40592-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22/05/2018.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. **A justa causa no direito do trabalho.** 2ª edição – São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001.