

Gabriela Medeiros Gurgel de Faria¹
Marcelo de Barros Dantas²

RESUMO

Defende-se o cancelamento da súmula 389, II, do Tribunal Superior do Trabalho, que consolida a conversão automática da não liberação das guias de recolhimento do seguro-desemprego em obrigação de indenizar por parte do empregador. Advoga a favor da exclusão da citada súmula o não preenchimento dos requisitos que ensejam a indenização, a existência de formas alternativas de satisfazer a obrigação sem que haja excesso de ônus atribuído ao empregador e o custeio do benefício pelo empregador a título de contribuições sociais. Enquadrado como artigo de revisão por analisar o posicionamento do Tribunal Superior em questão, objetiva demonstrar, através da sistemática do ordenamento jurídico vigente, a incongruência da orientação sumulada. Espera-se que por meio da argumentação jurídica desenvolvida, lastreada e em conformidade com os princípios que regem o direito trabalhista, torne-se evidente e necessária a adoção de uma postura crítica e centrada em recondicionar o posicionamento exarado, pois manifestamente desequilibrado em relação à ponderação exigida dos intérpretes do direito.

Palavras-chave: Súmula. Seguro-Desemprego. Indenizado. Cancelamento. Princípios. Ponderação. Empregador.

ABSTRACT

The cancellation of the precedent 389, II, issued by the Superior Labor Court, which consolidates the immediate conversion of the non-liberation of the Unemployment Insurance payment form in obligation to indemnify by the employer, is defended by many. Argues in favor of the exclusion of the aforementioned precedent the absence of the requirements that support the compensation, the existence of alternative ways to satisfy the obligation without any excessive burden attributed to the employer and the expenditures of the benefit by the employer as social security contributions. This article, considered as a revision work once it analyses the position adopted by the superior court already mentioned, seeks to demonstrate, through the current legal system systematic, the incongruity of the mentioned precedent. It is expected that, by the legal discussion presented, based and in accordance with labor law principles, it become evident and necessary the adoption of critical attitude, focused on refurbishing the Superior Labor Court position, as it reveals to be clearly unbalanced in comparison to the weighting required by law interpreters.

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. Email: gabimgf@hotmail.com

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN Email: marcelobdantas@yahoo.com.br

Keywords: Precedent. Unemployment Insurance. Indemnified. Cancellation. Principles. Weighting. Employer.

1 INTRODUÇÃO

O artigo em estudo discute e defende o cancelamento da Súmula 389, II, do Tribunal Superior do Trabalho, que trata do seguro-desemprego indenizado conferido ao ex-empregado, devido pelo patrão que deixou de liberar as guias trabalhistas. No decorrer deste, há a defesa, por três óticas diversas de que a Súmula em questão contraria a logística ditada pela legislação brasileira.

A metodologia aqui empregada consiste em, a partir da exploração do benefício analisado e das premissas para a sua concessão, adotando o modelo de pesquisa descritiva, dar enfoque a um posicionamento minoritário acerca da problemática debatida. Infere-se, a partir da análise bibliográfica da natureza jurídica do tema, a previsão de cumprimento da obrigação por via alternativa. Evidencia-se ainda, sob uma interpretação coesa do ordenamento jurídico, a impossibilidade de deduzir o conteúdo exarado pela súmula em comento. Logo, por meio de método dedutivo, ao final deste, concluir-se-á pelo cancelamento da interpretação adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Na primeira ótica, argumenta-se acerca da natureza da obrigação patronal, evidentemente enquadrada em uma obrigação de entregar coisa certa, que possui meio de execução diferenciado das obrigações de pagar quantia, trazida pela súmula. No procedimento típico da obrigação de liberar as guias trabalhistas, deverá ser concedido prazo para que haja o cumprimento da pendência a ser resolvida com o ingresso da ação ordinária, podendo o trabalhador desempregado valer-se de meios coercitivos típicos do maquinário judiciário, como as multas e o mandado de busca e apreensão, para satisfazer seu direito.

Secundariamente, entretanto não menos importante, destaca-se o fato da indenização, tratada de forma seca pelo dispositivo sumulado, descuidar do preenchimento dos requisitos que ensejam o dever de indenizar. Dessa forma, a súmula converte de imediato uma conduta, que é apenas um dos fatores analisados na responsabilidade civil, em indenização devida pelo empregador, menosprezando tanto a averiguação do dano causado, como o nexo causal e a culpa do agente.

Já o terceiro argumento consiste na afronta ao princípio do *non bis in idem*, assim entendido porque, quando da aplicação da súmula, o empregador estaria custeando, pela segunda vez, o benefício concedido ao trabalhador, já pago por aquele em forma de tributo

com destinação vinculada. Diante desses argumentos, esmiuçados no desenvolvimento deste artigo, é imperioso que se conclua pelo cancelamento da súmula estudada.

É importante salientar a fundamentação principiológica analisada de forma subsidiária. O entendimento sumulado traduz a supervalorização do princípio da proteção ao trabalhador. Apesar da comprovada importância extraída da experiência histórica do direito trabalhista, esse princípio não pode ser encarado e interpretado de forma enaltecida sob o risco de prejudicar o desenvolvimento da justiça social.

Este trabalho procura construir a linha de raciocínio defendida através da consolidação da importância dos princípios que abarcam a temática da súmula e do seu cancelamento, respectivamente o princípio da proteção ao trabalhador e princípio da conservação da empresa, argumentando acerca da necessidade de se ponderar na incidência de cada um deles nos casos concretos apresentados em juízo.

Após o embasamento principiológico, enquadra-se a situação-problema do seguro desemprego indenizado na necessidade de ponderação entre os princípios envolvidos. Nesse ponto, o funcionamento do benefício assistencial concedido ao trabalhador é explicado e apresentam-se saídas diversas para solucionar de forma menos onerosa ao empregador a não liberação das guias de requerimento do seguro-desemprego, objeto do entendimento consolidado pelo Tribunal.

Assim, pretende-se, aqui, desenvolver uma postura mais crítica ao tratamento dispensado aos considerados hipossuficientes. Afinal, proteções e desigualdades, a depender da dose, podem escravizar ou liberta os indivíduos que experimentam desses dispositivos. E, nesse sentir, o que se deseja é a construção e sedimentação de bases sociais possuidoras de direitos, mas conscientes de seus deveres, tanto como classe trabalhadora, como quanto cidadãos brasileiros em prol de um desenvolvimento comum.

2 DA IMPORTÂNCIA DA ORIENTAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA NA CONSOLIDAÇÃO DOS ENTENDIMENTOS JURÍDICOS

Segundo os ensinamentos de Bobbio (1994, p. 159) os princípios gerais do Direito são “normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema”. Nesse sentir, os princípios assumem uma importância indiscutível no estudo da temática que se apresenta, pois são dotados de função interpretativa e sistemática, colaborando para a

unidade do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, a partir da orientação introduzida pelos princípios ao aplicador do direito, é possível utilizar com mais eficácia a legislação pátria para assegurar a obtenção de um resultado justo quando se provocar o maquinário judiciário.

Cassar (2012) discorre sobre a função dos princípios jurídicos no Direito Moderno, dos quais quatro são de relevante importância para o estudo da problemática em tela, e sobre eles estender-se-á esta breve análise. São as funções normativa, integrativa, informadora e interpretativa. A primeira delas, a função normativa, diz respeito à aplicação do princípio no julgamento do caso concreto. Pode o juiz, na ausência de normas específicas, fundamentar sua decisão utilizando-se dos princípios possivelmente aplicados à lide. Revela-se, com isso, o caráter de norma generalizada, conforme a definição supracitada, que estes possuem no universo forense.

A seguir, a função integrativa se associa à ideia de existência de um ordenamento jurídico uno, sem contradições ou lacunas, no qual a tutela do bem jurídico é preservada ainda que inexistente dispositivo positivado que configure a proteção ao que o ordenamento deseja resguardar. Desse modo, o ordenamento torna-se um todo coeso e coerente, cujas normas se completam:

Os princípios exercem uma função integrativa, na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras. Mesmo que um elemento inerente ao fim que deve ser buscado não esteja previsto, ainda assim o princípio irá garanti-lo (ÁVILA, 2006, p. 97).

A terceira função, a interpretativa, direciona a interpretação do aplicador do direito nos casos concretos. Essa função visa garantir o bom manejo das normas enquanto instrumento de declaração de um direito, evitando o uso indevido destas, o que poderá causar a materialização de um resultado diferente do pretendido pelo ordenamento jurídico, deixando de conferir a tutela jurisdicional do bem ao qual se pretendia conservar. Por fim, a última função a ser analisada, a função informadora, é guia dos legisladores, assim como é a função interpretativa para os juristas, orientando que as normas a serem criadas devem estar em consonância com o espírito principiológico vigente no ordenamento pátrio.

2.1 Dos Princípios Basilares Específicos do Direito do Trabalho

Uma vez exposta, de maneira breve, a sistemática dos princípios gerais do direito, faz-se necessário adentrar na seara trabalhista do ordenamento pátrio, possuidora de princípios

específicos que regem as relações abarcadas pelo trabalho humano. Esses princípios funcionam como um guia para o jurista, apontando qual a intenção da legislação em vigor e quais os bens jurídicos que devem ser tutelados no momento de aplicação da norma.

Propõe-se uma enumeração concisa, porém incompleta, dos princípios específicos do direito trabalhista, em sua obra “Princípios de Direito do Trabalho”. O rol em questão sugere o enquadramento dos seguintes princípios: o princípio da proteção, subdividido em três formas de aplicação, quais sejam, o *‘in dubio, pro operário’*, regra da aplicação da norma mais favorável e regra da condição mais benéfica; princípio da irrenunciabilidade dos direitos; princípio da continuidade da relação de emprego; princípio da primazia da realidade; princípio da razoabilidade e princípio da boa fé (RODRIGUEZ, 1978, p. 23).

O primeiro deles, o princípio da proteção ao trabalhador, é o princípio basilar do direito trabalhista. É o princípio norteador, não só da legislação trabalhista, como da análise das lides que envolvam questões em que o trabalhador confronte o empregador. Nesses casos, o trabalhador é encarado como personagem hipossuficiente na trama processual, que merece a guarida do judiciário para conservar seus direitos, ainda que precariamente comprovados.

Nos dizeres de Cassar (2012, p.186), esse princípio é o “fundamento e a base do Direito do Trabalho”, que nasce da premissa de uma desigualdade material que deve ser suprida pelo tratamento desigual das partes para que se constitua a igualdade material entre estas. Historicamente, foi a partir das crises sociais geradas pela Revolução Industrial do século XVIII que se percebe uma tentativa do Estado de promover a proteção jurisdicional que contrabalancearia o poderio econômico do indivíduo ou grupo empregador, evitando situações de exploração do trabalho humano.

O contexto jurídico da Revolução Industrial era de paridade entre as partes contratantes, ou seja, imperava autonomia da vontade entre as relações patrão e empregado. Em decorrência desse sistema de liberalismo econômico e político, de não interferência estatal nas relações trabalhistas, houve a concentração de poder na burguesia capitalista, culminando com a exploração do trabalho com jornadas de trabalho extensivas, utilização de mão de obra infantil, remunerações aquém do necessário para manter a dignidade do proletário e condições de trabalho que não atendiam padrões mínimos de higiene e segurança.

O desequilíbrio econômico entre as partes levava a imposição de condições não benéficas ao trabalhador, que não poderia discuti-las sob pena de continuar desempregado e subjugar-se a condições de absoluta miséria. Apenas com a inserção de políticas públicas, advindas da interferência do Estado nas relações trabalhistas, o panorama social do proletariado sente uma mudança, resultado também das novas ideias marxistas e humanistas

do século XIX. Diante de toda a experiência histórica das relações de labor, é imperioso concluir pela facilidade de manipulação da massa trabalhadora quando desprovida da assistência jurídica estatal, sendo, dessa forma, tratada de forma justa e necessária como hipossuficiente na vinculação trabalhista.

É a partir dessa conclusão histórica que se lastreia a importância, já destacada, do princípio analisado, pois este nasceu e mostrou-se necessário no decorrer da existência e desenvolvimento do próprio trabalho humano. No momento atual, demonstra-se a presença desse princípio norteando os liames trabalhistas pela aplicação das três regras supracitadas e já sedimentadas na jurisprudência pátria.

Inicialmente, a regra do *in dubio pro operário* ou *in dubio pro misero* dita que, em caso de dúvidas, deve-se resolver a controvérsia em favor do trabalhador, obedecendo a dois requisitos que balizam sua incidência. Deve haver dúvida sobre o alcance da norma legal cumulado à harmonia que a interpretação em favor do trabalhador terá com o pensamento do legislador, com o espírito do sistema legal no qual a situação fática se insere.

A dúvida levantada terá que ser autêntica, defendendo a seguinte assertiva tem-se:

Não se trata de corrigir a norma, nem sequer de integrá-la: somente cabe utilizar esta regra quando existe uma norma e unicamente para determinar-lhe o verdadeiro sentido, entre os vários possíveis. De sorte que, quando uma norma não existe, não é possível recorrer a este procedimento para substituir o legislador e muito menos é possível usar esta regra para afastar-se do significado claro da norma. Ou para atribuir-lhe um sentido que de modo nenhum se pode deduzir de seu texto ou de seu contexto (RODRIGUEZ, 1978, p. 44).

Logo, percebe-se que a proteção ao trabalhador hipossuficiente deve estar em sintonia com a lei positivada e com a *ratio legis*, não podendo aplicar-se o princípio da proteção ou suas subdivisões de forma arbitrária e descontextualizada. Quanto à regra de aplicação da norma mais favorável, esta traduz a existência de duas normas que se aplicam a mesma situação, não mais se tratando da interpretação do alcance de uma só norma jurídica, como visto do *in dubio pro operário*.

A incidência da norma considerada mais benéfica pode ser escolhida seguindo três teorias diferentes, a teoria atomista, a do conglobamento ou a intermediária. A escolha de cada teoria deve levar em consideração a fonte da norma que se encontra no conflito, não podendo ser descartada normas positivadas pelo Estado, visto que são indisponíveis (CASSAR, 2012). Logo, a essas normas aplica-ser-á a teoria atomista, que cumula os

benefícios contidos em cada norma. Em relação ao conglobamento, as normas serão analisadas e preteridas pelo conjunto no qual se apresentam, não há cumulação de vantagens, mas sim a vantagem geral de uma norma sobre a outra, o que não poderá acontecer com normas de fonte heterônoma. Já a teoria intermediária, também não aplicada a essas normas, analisará as vantagens das normas conflitantes por matéria, encontrando-se no meio termo entre a primeira e a segunda teoria.

A terceira regra, a da prevalência da condição mais benéfica ao trabalhador, traduz a proteção aos direitos já conquistados pelos trabalhadores, na medida em que a situação fática, quando mais favorável, não será alterada por lei, convenção ou acordo coletivo de trabalho. Nesse sentir, a redação do artigo 468 da Consolidação das Leis Trabalhistas³ ressalta essa norma ao condicionar a licitude da alteração contratual à preservação das benesses conquistadas pelo empregado, ainda que não expressas. Saliente-se que a condição anteriormente existente deve ser permanente, não podendo ser vislumbrada a hipótese de prevalecer uma situação condicional ou transitória, como exemplo dos cargos de confiança, a alterações contratuais ou legais que modifiquem *in pejus* o contrato do empregado.

Ultrapassada a análise do princípio da proteção ao trabalhador, os princípios a seguir serão examinados de forma perfunctória, em decorrência da importância diminuta para o estudo do tema em tela, com exceção do princípio da conservação da empresa, que, apesar de não elencado por Rodriguez (1978) na classificação dos princípios específicos da seara trabalhista, é de grande valia nas diretrizes jurisdicionais modernas e na construção de um panorama social que preze pela igualdade das partes, e não por um novo desequilíbrio no tratamento destas. Ademais, os princípios a serem expostos guardam ligação intrínseca com o princípio da proteção, podendo ser considerados como desdobramentos e guardiões para a efetiva validade e eficácia deste.

O princípio da irrenunciabilidade dos direitos visa, por meio do impedimento legal de renunciar ou transacionar direitos já adquiridos pelos trabalhadores, rechaçar a possibilidade de uma eventual negociação que acabe por prejudicar o empregado. Além disso, no plano de uma discussão formal, as normas trabalhistas são normas de ordem pública, nas quais os direitos anunciados são indisponíveis. É, na realidade, um limitador da autonomia da

³Art. 468, CLT - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia (BRASIL, 1943).

Parágrafo único - Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança (BRASIL, 1943).

vontade, o que, como já visto, revela a faceta protecionista da legislação trabalhista que prega a interferência estatal nas relações laborais.

Também estreitamente ligado à proteção conferida ao trabalhador, o princípio da primazia da realidade sobrepõe a situação fática à formal. A declaração de direitos do trabalhador se baseará no que realmente aconteceu e não no que conste em contratos ou documentos, pois estes podem ter sido alvo de manipulação do empregado, uma vez que se encontra subordinado ao seu empregador. Um aspecto importante que convém destacar é a utilização do princípio em questão para comprovar situação mais benéfica para o patrão. Nesse ponto, há divergência doutrinária quanto à possibilidade de aplicação em malefício do empregado.

Há, ainda, o princípio da continuidade da relação de emprego que prega a estabilidade do vínculo trabalhista, avaliando o trabalho como um ato contínuo e prezando pela segurança econômica e social do empregado. No que tange aos princípios da razoabilidade e da boa-fé, apesar de definidos por Rodriguez (1978) como específicos do Direito do Trabalho, encontram aplicação geral nas diversas searas jurídicas. A luz desses princípios, a boa-fé deverá perdurar da fase pré-contratual, nas negociações preliminares, até o fim da incidência das cláusulas pactuadas, assim como as relações de trabalho deverão seguir critérios racionais, impondo “limites a situações em que a lei não consegue prevêê-los de forma muito rígida, dadas as inúmeras circunstâncias que podem surgir no caso objeto de apreciação” (BARROS, 2010, p. 190).

2.2 Do Princípio da Conservação da Empresa

Nesse ponto, dar-se-á um foco especial ao princípio da conservação da empresa, não incluído por Rodriguez (1978) como um dos princípios específicos de Direito do Trabalho, mas encarado como tal pela doutrina e jurisprudência moderna e enquadrado, também, como princípio de Direito Empresarial. Esse princípio visa à preservação da atividade empresária, já que esta é de fundamental importância para o desenvolvimento social e econômico da sociedade. Assim, acobertando com a tutela jurídica a estruturação saudável da atividade em análise, finda-se por tutelar, também, a relação de emprego, o desenvolvimento do estado, a dignidade da pessoa humana – que poderá usufruir do todo produzido pela rede empresarial consolidada e protegida – e a função social da propriedade privada.

Enquanto o princípio da proteção ao trabalhador nasce da exploração trabalhista ocorrida com a Revolução Industrial, o princípio da preservação da empresa está

umbilicalmente ligado ao surgimento do Estado Social, como resposta às políticas liberais adotadas no período do século XVIII. O combate à influência do liberalismo político trazia em suas raízes a ideia do ser humano como parte de uma sociedade que deve ser coesa e partilhar de interesses e direitos em comum, não sendo o bastante para garantir o bom desenvolvimento da comunidade apenas as garantias de liberdade individual. Partir dessa premissa é desconsiderar a existência de diferentes patamares sociais, bem como as diferenças produzidas em decorrência desse fato no contexto social.

Além disso, desconsiderar o corpo social e seus interesses seria negar a própria natureza humana de viver em sociedade. Então, numa tentativa de conciliar os interesses individuais e os solidários, no século XX, desenvolve-se o conceito de função social, trazendo a preocupação com os interesses da sociedade para contrabalancear a autonomia privada.

A função social da empresa é conceituada por Coelho (2014, p. 76) da seguinte forma:

A empresa cumpre a função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita.

Aponta-se duas finalidades da função social da empresa, que são: incentivar o exercício da empresa e condicioná-lo. A primeira finalidade está ligada ao funcionamento da empresa, no sentido de preservar sua existência, que resulta em inúmeros benefícios para a sociedade. Uma possível extinção de qualquer atividade produtiva deve ser evitada pelos aplicadores do direito, devendo ser visualizada como última opção para resolução da lide que se imponha. É certo que “a manutenção da empresa atende ao interesse coletivo na medida em que é fonte geradora de empregos, tributos, de produção ou mediação de bens e funciona como válvula propulsora de desenvolvimento” (CASSAR, 2012, p. 209), necessitando e sendo de bom alvitre que se transformasse em um valor protegido pela legislação empresarial e trabalhista.

A segunda finalidade, condicionadora da atividade empresarial, exige o cumprimento da função social da empresa para que esta possa ser regida pela tutela da preservação empresarial. Assim, segundo a ótica de Perez, citada por Cassar (2012), a empresa poderá atender sua função social preenchendo requisitos internos e externos concomitantemente, como o respeito e o zelo dos direitos dos trabalhadores que estão subordinados à empresa, exercer seus direitos dentro dos limites impostos (sem abusar do seu direito de flexibilizar

direitos trabalhistas), preservar a livre concorrência, respeitar os direitos dos consumidores e do meio ambiente.

É interessante, a esse ponto da abordagem principiológica, enaltecer a busca pelo equilíbrio entre o princípio da proteção ao trabalhador e o princípio da conservação da empresa. Nota-se, pelo já explanado, que ambos nasceram por clamor do contexto social e econômico dos momentos históricos debatidos, sendo, portanto, já verificada a necessidade da presença destes no ordenamento jurídico e como guia das interpretações normativas. Encontrar esse ponto de equilíbrio vem sendo um dos maiores desafios do direito trabalhista vigente e de suma importância, visto que um descompasso entre eles poderá resultar e sedimentar injustiças sociais que prejudiquem o desenvolvimento pleno da sociedade brasileira.

3 DA PONDERAÇÃO NECESSÁRIA ENTRE O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR E O PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DA EMPRESA

A discussão acerca da harmonização desses dois princípios é salutar para solidificar as bases do estado democrático de direito brasileiro. A preocupação com o arranjo entre eles já foi expressa pelo Ministro Barros Levenhagen em entrevista à TV ANAMATRA, quando perguntado sobre como os novos magistrados poderiam equilibrar a proteção ao hipossuficiente com a igualdade processual nas seguintes linhas:

Esse é um tema que vem se colocando na pauta de discussões, muito embora a Escola [Nacional de Magistratura] também não tenha nenhum posicionamento a respeito. Se traz agora à discussão um novo paradigma do Direito do Trabalho, que não é tão novo, mas vetusto como a CLT, que é a preservação da empresa. Que a CLT e o Direito do Trabalho devam ser protecionistas ao hipossuficiente não há a menor dúvida, só se explica a existência do Direito do Trabalho em razão dessa proteção jurídica para compensar a fragilidade econômica do empregado. Mas não se pode esquecer que cerca de 80% das empresas no Brasil que empregam são constituídas de micro, pequenas e médias empresas. Então o que se propõe hoje como um modelo para um equilíbrio das relações entre o capital e o trabalho é que, mantida a proteção que o deve ser, porque tem assento constitucional, se observe também os interesses da empresa, não do empresário, mas da empresa como fonte geradora de renda e do próprio emprego. Tanto é assim que o artigo primeiro da Constituição diz que a República Federativa do Brasil se funda na livre iniciativa e na valorização do trabalho. De modo que, são dois valores constitucionais que devem ser observados pelo juiz do Trabalho. O juiz do Trabalho não pode priorizar um em detrimento do outro, porque ele desequilibra aquilo que o constituinte pretendeu que fosse equilibrado. De modo que, se exige hoje do magistrado do trabalho essa consciência mais ampla de que a proteção, às vezes

demasiada, resulta em prejuízo para a própria classe trabalhadora, no momento em que essa proteção demasiada, muito além do que a lei já propõe, possa futuramente implicar em situações delicadas para empresas de pequeno e médio porte. [...] Mas, sobretudo, um dos maiores desafios do judiciário trabalhista é saber o equilíbrio exatamente entre a proteção que deve ser dispensada ao empregado e o sentido de preservação da empresa. São dois valores que devem coexistir em harmonia. Acho que o grande desafio é o Juiz do Trabalho render homenagem a esses dois valores, não prestigiando um em detrimento do outro para não desequilibrar essa relação tão tênue da verdadeira justiça⁴.

Diante do exposto pelo Ministro, percebe-se a necessidade atual de adaptar a legislação trabalhista à nova realidade, de vencer o desafio proposto sem desmerecer as conquistas dos trabalhadores ao longo da história. Esse desafio é discutido mundialmente sobre o uso cada vez mais amplo do termo ‘flexicurity’, que denomina a estratégia política de combinar flexibilidade e segurança nas relações de trabalho. A ideia surge por volta dos anos de 1990 e 2000 e ganha força nos países europeus, tendo como berço de seu desenvolvimento Dinamarca e Holanda.

O professor da Universidade de Aalborg, Per Kongshoj Madsen, propôs um modelo baseado em três pilares para efetivar a estratégia da flexissegurança, denominado ‘*Golden Triangle*’, que se assenta na adoção de políticas de mercado de trabalho flexíveis, seguro desemprego e uma forte ênfase em medidas de ativação de profissionais desempregados, tais como cursos profissionalizantes (MADSEN, 2007). Entretanto não cabe, para a análise do tema proposto, avaliar críticas ou resultados do implante dessa estratégia política nas sociedades europeias, visto que é de fundamental importância para a eficácia da comparação entre a análise obtida e um possível sucesso na conjectura brasileira, a semelhança cultural e econômica que o Brasil não possui com os países citados, sendo, inclusive, duvidoso afirmar que conseguiu atingir o estado de bem-estar social.

É importante, porém, ter consciência da dimensão da temática e procurar examinar as soluções propostas, a fim de adaptá-las à realidade do nosso país e escolher uma política que trate da questão com cuidado e responsabilidade, para que não haja prejuízos sociais, ou que, se houver, seja o mínimo possível.

Nesse sentido, a discussão acerca da flexissegurança relaciona-se estreitamente com a necessidade de ponderação entre os princípios invocados neste capítulo. Essa política visa dar maior vazão à autonomia da vontade, afrouxando um pouco as amarras a que se encontram

⁴ Entrevista concedida à TV ANAMATRA, pelo Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Antônio José de Barros Levenhagen, então Diretor da Escola Nacional de Magistrados do Trabalho (ENAMAT) e atual presidente do TST, disponível no sítio eletrônico da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho e no Apêndice I deste trabalho. 2010.

atados os empresários e empregadores do panorama atual. Percebe-se que a flexibilidade almejada pelo empresariado atual e exigida pelo mercado globalizado coaduna com a ideia de preservação da empresa, mantendo-a atuante e competitiva, capaz de cumprir a função social a que se propõe. Por outro lado, a fortificação da política de seguro desemprego aliada a investimentos para capacitação de empregados e desempregados é capaz de conferir ao mercado de mão de obra, trabalhadores qualificados e preparados para um leque maior de oportunidades de emprego.

4 DA APLICAÇÃO AO CASO CONCRETO: SEGURO DESEMPREGO E O ÔNUS DESNECESSÁRIO AO EMPREGADOR

Partindo da visão de necessidade do equilíbrio entre os princípios abordados no capítulo anterior, cumpre trazer à discussão uma problemática real acerca do desequilíbrio existente da jurisprudência brasileira entre a proteção do trabalhador e a preservação da empresa. Mostrar-se-á, nos capítulos seguintes, a incoerência do entendimento consolidado na Súmula 389, II, do Superior Tribunal do Trabalho, cujo teor aduz que “o não-fornecimento pelo empregador da guia necessária para o recebimento do seguro-desemprego dá origem ao direito à indenização”, com a ponderação que se exige dos aplicadores do direito (BRASIL, 2005).

A Súmula possibilita o pagamento do seguro-desemprego, benefício assistencial de responsabilidade estatal, pelo empregador que não libere as guias de recolhimento de tal benefício, independente de qualquer outra apuração de fato ou de direito. Diante desse entendimento, dispõe-se sobre os motivos pelos quais deva ser considerado equivocado e, conseqüentemente, culminar com o cancelamento da Súmula.

4.1 Do Seguro-desemprego

O seguro-desemprego no Brasil funciona como um estabilizador automático da economia nacional, instituído pela primeira vez pelo Decreto-Lei Nº 2.284, de 10 de março de 1986, integrando o Plano Cruzado lançado pelo Governo Sarney. Na época, a conjuntura nacional era de altos índices inflacionários e estagnação econômica, levando, por isso, a década de 80 a alcunha de “década perdida” (BRASIL, 1986). A título de esclarecimento, em artigo publicado pela ANPEC tem-se a seguinte definição:

Estabilizadores fiscais automáticos são definidos como o conjunto de receitas e despesas públicas associadas ao ciclo econômico. Por natureza algumas receitas e despesas reagem automaticamente a mudanças na atividade econômica. Assim, reduzem a magnitude dos ciclos estimulando a atividade econômica nos períodos de recessão ou desestimulando nos períodos de expansão (ROCHA, 2009, p. 484).

Desse modo, tentava-se encontrar uma saída para a crise econômica e social que havia se instalado no cenário brasileiro.

Atualmente, esse benefício é contemplado no artigo sétimo da Constituição Federal, sendo regulamentado pela Lei 7.998, de 11 de janeiro de 1990, Lei 8.900, de 30 de junho de 1994, e por resoluções do Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador – CODEFAT⁵, responsável por gerir o Fundo de Amparo ao Trabalhador que se destina ao custeio do Programa de Seguro-Desemprego (BRASIL, 1994). De acordo com essas leis e regulamentos, a fruição do benefício do seguro desemprego dar-se-á mediante o preenchimento dos requisitos elencados, quais sejam, extinção involuntária do contrato de trabalho, completude do período de aquisição para requerê-lo, não estar em gozo de benefício previdenciário de prestação continuada e não possuir renda própria capaz de prover o sustento familiar.

O trabalhador que pretenda beneficiar-se do seguro terá que comprovar o atendimento das exigências legais. No que tange à extinção do contrato de trabalho, deve ser operado por dispensa sem justa causa, admitindo-se ainda a dispensa indireta, nas quais o trabalhador experimentará o estado de desemprego involuntariamente. Importante ressaltar, quando se fala na exigência de desemprego involuntário do trabalhador, a exclusão do gozo do benefício dos que nunca trabalharam ou que extinguiram seus contratos de trabalho por outros meios, especialmente a ocorrência do termo contratual para aqueles regidos por contrato de trabalho por tempo determinado.

Cumulado à causa de extinção contratual, o trabalhador deve comprovar a percepção de salários nos seis meses imediatamente anteriores à dispensa, de pessoa jurídica ou física equiparada à jurídica. Pode, também, alternativamente, demonstrar o vínculo empregatício a

⁵ Lei 7.998/90: “Art. 18: É instituído o Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador - CODEFAT, composto por representação de trabalhadores, empregadores e órgãos e entidades governamentais, na forma estabelecida pelo Poder Executivo.

§1º (Revogado)

§2º (Revogado)

§3º Os representantes dos trabalhadores serão indicados pelas centrais sindicais e confederações de trabalhadores; e os representantes dos empregadores, pelas respectivas confederações.

§ 4º Compete ao Ministro do Trabalho a nomeação dos membros do Codefat.

§5º (Revogado)

§6º Pela atividade exercida no Codefat seus membros não serão remunerados (BRASIL, 1990).

estas durante um período mínimo de seis meses nos últimos trinta e seis meses que antecederam a data da dispensa. Há, em caráter excepcional, uma terceira hipótese de gozo do seguro-desemprego, prevista no artigo 2º-B, da Lei 7.998/90, para os trabalhadores desempregados que comprovem o estado ininterrupto de desemprego involuntário entre o período de doze a dezoito meses e que já tenham sido beneficiados pelo seguro (BRASIL, 1990).

Outro pressuposto é a observância do decorrer do período aquisitivo para se pleitear novo seguro-desemprego, àqueles que já gozaram do benefício anteriormente. Assevera a Resolução Nº 467/05, do CODEFAT, que o seguro será concedido ao trabalhador desempregado a cada novo período aquisitivo de dezesseis meses, contados da data da dispensa que deu origem à última habilitação (BRASIL, 2005). Além disso, o requerente do seguro não poderá estar em gozo de qualquer benefício previdenciário de prestação continuada, salvo o auxílio-acidente e a pensão por morte, nem possuir fonte de renda própria para o seu sustento ou de sua família.

Todos os requisitos tratados devem ser atendidos e comprovados cumulativamente para ensejar o usufruto do seguro pelo desempregado. A comprovação ao preenchimento das condições impostas poderá ser feita através da apresentação da Carteira de Trabalho e Previdência Social, Termo de Rescisão de Contrato de Trabalho, documento de levantamento do FGTS ou extratos de depósitos, de sentença judicial transitada em julgado, acórdão ou certidão judicial, nas quais constem os dados do trabalhador, da empresa e o motivo da dispensa, conforme os dizeres do artigo quarto da Resolução já citada do Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador. A comprovação de falsificação ou fraude para o recebimento indevido do benefício implica o seu cancelamento, sendo o beneficiário penalizado com dois anos de suspensão para requerimento do seguro-desemprego, dobrando esse prazo punitivo para quatro anos em casos de reincidência.

A lei traz, além das penalidades ao beneficiário que desobedecer ao estipulado em seus artigos, punição administrativa aos empregadores a título de multa, nos casos de infração aos seus dispositivos, a ser arbitrada conforme a natureza da falta cometida, sua extensão e a intenção do infrator, podendo ser aplicada em dobro nos casos de reincidência, oposição à fiscalização ou desacato à autoridade⁶. Ademais, apesar de não encontrar previsão legal, a

⁶ Art. 25. O empregador que infringir os dispositivos desta Lei estará sujeito a multas de 400 (quatrocentos) a 40.000 (quarenta mil) BTN, segundo a natureza da infração, sua extensão e intenção do infrator, a serem aplicadas em dobro, no caso de reincidência, oposição à fiscalização ou desacato à autoridade. § 1º Serão competentes para impor as penalidades as Delegacias Regionais do Trabalho, nos termos do Título VII da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). § 2º Além das penalidades administrativas já referidas, os responsáveis por meios fraudulentos na habilitação ou na percepção do seguro-desemprego serão punidos civil e criminalmente, nos termos desta Lei.

jurisprudência trabalhista firmou entendimento no sentido de conceder indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa nos casos em que não tenha recebido de seu empregador as guias de Requerimento do Seguro-Desemprego do Trabalhador Resgatado e Comunicação de Dispensa do Trabalhador Resgatado devidamente preenchidas.

Esse posicionamento, já previsto pelas Orientações Jurisprudenciais da Seção de Dissídios Individuais I Nº 210 e Nº 211, do Tribunal Superior do Trabalho, inseridas em 08 de novembro de 2000, foi convertido na Súmula 389 em 20.05.2005. Em sede de precedentes normativos que culminaram com a consolidação do entendimento de ser devido o seguro-desemprego indenizado, encontram-se os argumentos da conduta omissiva do empregador, natureza alimentar do benefício pleiteado e embasamento do artigo 159, do Código Civil de 1916, que corresponde ao artigo 186, do Código Civil de 2002⁷ (BRASIL, 2007).

4.2. Seguro-desemprego Indenizado: Um Custo Evitável Para o Empregador e uma Proteção Desnecessária Para o Trabalhador Desempregado

Conforme preconiza a Súmula 389, II, do TST, “o não-fornecimento pelo empregador da guia necessária para o recebimento do seguro-desemprego dá origem ao direito à indenização”. Nesse sentir, o dispositivo sumulado onera o empregador que não libere as guias, mesmo sem qualquer mandamento legal que converta automaticamente a não liberação para a indenização consagrada no entendimento do Tribunal (BRASIL, 2005), visto que a apresentação das guias não é o único requisito a ser averiguado para que haja a concessão do benefício do seguro-desemprego. Tal entendimento, por isso, extrapola a interpretação dos dispositivos legais, a que deve se ater os entendimentos sumulados.

Entretanto o entendimento vigente no Tribunal Superior do Trabalho é negligente ao desconsiderar a natureza da obrigação do empregador, que não deve suportar o custeio do benefício em favor de empregado demitido. Esse posicionamento, conforme tratado mais adiante, também não se preocupa com o preenchimento dos requisitos da responsabilidade de

⁷TST-E-RR-224.718/95.6: SEGURO-DESEMPREGO - INDENIZAÇÃO.

O seguro-desemprego é um direito do trabalhador instituído pela Lei nº 7.998/90, cabendo ao empregador os procedimentos relativos a sua concessão, conforme disciplinado na Resolução CODEFAT nº 64/94. Logo, o não-fornecimento das guias relativas ao seguro-desemprego acarreta para o empregado prejuízos irreparáveis, tendo em vista a natureza alimentar do benefício, devendo o empregador responsabilizar-se pela omissão, conferindo ao obreiro o pagamento de uma indenização compensatória por perdas e danos, conforme previsto no artigo 159 do Código Civil, aplicável subsidiariamente à hipótese. Embargos conhecidos e não providos. (DJ 12.12.1997 - Decisão unânime; Min. Leonaldo Silva)

TST-E-RR-272.516/96.4: SEGURO-DESEMPREGO – INDENIZAÇÃO

Não fornecendo ao empregado os documentos necessários a fim de que este se habilite à percepção do seguro-desemprego, fica o empregador sujeito a ressarcir-lhe os prejuízos. Recurso de Embargos conhecido parcialmente e desprovido. (DJ 10.11.2000 - Decisão unânime; Min. João Batista Brito Pereira)

indenizar ou com o fato de o empregador já ter depositado, através de contribuições sociais, no Fundo de Amparo ao Trabalhador, os subsídios que serão utilizados para o pagamento da assistência ao desempregado sem justa causa.

Partindo do pressuposto da indispensabilidade das guias de requerimento do seguro-desemprego, percebe-se que a liberação destas acarreta uma obrigação de fazer por parte do empregador. Assim, necessária a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, prevista no artigo 769 da Consolidação das Leis Trabalhistas, no que tange ao descumprimento dessa obrigação.

Analizando o caso em estudo, a execução do disposto na Resolução do Conselho Deliberativo poderá ocorrer de duas maneiras: pelo reconhecimento da obrigação de entregar as duas vias da guia em sentença judicial ou quando o empregador, mesmo após demissão sem justa causa e vínculo empregatício reconhecido, não as libere. Na primeira hipótese, o julgador encontrar-se-á diante de uma execução de obrigação de dar fundada em título judicial, enquanto na segunda a execução terá como lastro um título extrajudicial decorrente do contrato trabalhista existente entre as partes.

Nesse diapasão, o procedimento de execução de título judicial encontra-se disciplinado no artigo 461-A, do Código de Processo Civil, determinando que o juiz fixe prazo para o cumprimento da obrigação, podendo atribuir multa em casos de atraso e expedir mandado de busca e apreensão por serem as guias bens móveis. O mesmo procedimento acontecerá na execução extrajudicial, disciplinada nos artigos 621 a 628 do mesmo Código, com a única diferença de que o prazo para entrega da coisa é de dez dias, estipulado pela lei, e não a critério do julgador (BRASIL, 2007).

Resta evidente, portanto, a possibilidade diversa de cumprimento da obrigação e alcance por parte do desempregado, do benefício a que tem direito, sem que haja a imposição da indenização de que trata a referida súmula. Ademais, no decorrer da execução, é facultado ao juiz que expeça ao órgão competente alvará para liberação do seguro-desemprego, em decorrência da sua natureza alimentar. Esse é, inclusive, o entendimento do advogado trabalhista Sandes (2011,) sobre o tema, exarado no sítio eletrônico do escritório Siqueira Castro, destaque nacional na área trabalhista:

Na hipótese telada, em que pese infungível a obrigação, é possível que se alcance o resultado prático equivalente, expedindo-se ofício ao Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), ou mesmo alvará determinando o pagamento das parcelas do referido programa, modo semelhante ao que ocorre com as obrigações de fazer, quando se trata de anotação, baixa ou retificação do

contrato de emprego na carteira de trabalho do empregado. Nesta hipótese o que ocorre é, verdadeiramente, a efetivação do cumprimento da obrigação de fazer quando não cumprida de forma voluntária ou após a intimação para fazê-lo na CTPS do empregado, por um terceiro na relação contratual, *in casu*, o Estado. Assim, o juiz ao prolatar a sentença e dispor sobre a obrigação de entregar coisa, deve conceder prazo para cumprimento da obrigação, sob pena de astreintes e não determinar, de forma imediata, a conversão deste tipo de obrigação em obrigação de pagar quantia certa, determinando o pagamento em pecúnia, quando é possível que a obrigação na modalidade originária (entregar coisa), seja cumprida. A conversão é possível, sem dúvidas, mas na ordem e no tempo legal.

Diante do exposto, resta claro que a conversão em indenização tratada pelo entendimento sumulado do Tribunal Superior do Trabalho afronta os dispositivos legais do código processual civil ao instalar procedimento diverso do previsto para a obrigação de entregar coisa certa. É, em função disso, um ônus desnecessário ao empregador, que se vê obrigado a pagar quantia não atribuída às atividades inerentes ao desempenho da função social empresária.

Ressalta-se que a falha na sistemática processual, preferindo a conversão em obrigação de dar quantia certa à execução da obrigação de entregar coisa, fere o princípio da conservação da empresa, especialmente quando se tratar das de micro e pequeno porte, que não possuem grande reserva de capital. A consolidação dessa prática gera mais um gasto ao empregador, que já possui em demasia, comprometendo a sobrevivência de sua atividade empreendedora e o exercício da função social ao qual se dispõe.

Entende-se, portanto, pelo rechaçamento dessa conversão imediata em prol da possibilidade de o ex-empregado obter as guias trabalhistas que lhe garantirão o gozo do seguro-desemprego da forma menos gravosa ao erário do empresariado brasileiro, que já suporta a segunda maior carga tributária da América Latina. A forma menos gravosa de execução é, inclusive, assegurada pelo Código de Processo Civil, em seu artigo 620, garantindo à parte autora a satisfação de seu direito sem, por isso, sacrificar o devedor (BRASIL, 2007).

Nesse ponto, importante colacionar o entendimento de Lima, citado por Alves (2005, p. 8-9) no Parecer Nº 1.733 de 2005, do Senado Federal, que se aplica tanto ao pensamento exposto no artigo, como à rejeição da conversão automática de indenização do seguro-desemprego:

Ainda que a execução seja realizada como resultado do exercício de um direito do credor, para satisfazer à obrigação assumida pelo devedor, nem

por isso o sujeito passivo deve ser inutilmente sacrificado, quando, por outro modo que não o usado pelo sujeito ativo, seja atingido o mesmo objetivo quanto à solvência da prestação. O interesse social e a finalidade ética do processo exigem, sem dúvida, que a dívida (em acepção ampla) seja totalmente adimplida. Mas, nem assim o credor tem o direito de agravar a situação do devedor, no curso da execução, escolhendo meio mais oneroso do que outro que possa alcançar o mesmo alvo quer por ignorância como, geralmente, por má-fé, com a intenção preconcebida de lesar o devedor.

5 DOS ARGUMENTOS EM DEFESA DO CANCELAMENTO DO INCISO II DA SÚMULA 389 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

A Súmula analisada, ao tratar do pagamento do seguro-desemprego na forma indenizada, evoca a temática da responsabilidade surgida do inadimplemento da obrigação de entregar coisa certa. Assim como o tratamento dispensado a esta obrigação, o dever de indenizar também é regulamentado pelo direito civil, impondo-se, novamente, a sua aplicação subsidiária na apreciação da temática abordada.

Desse modo, conforme ensinamento do seguinte doutrinador:

Embora a consequência da infração ao dever legal e ao dever contratual seja a mesma (obrigação de ressarcir o prejuízo causado), o Código Civil brasileiro distinguiu as duas espécies de responsabilidade, acolhendo a teoria dualista e afastando a unitária, disciplinando a extracontratual nos arts. 186 e 187, sob o título “Dos atos ilícitos”, contemplando a regulamentação nos arts. 927 e s., omitindo qualquer referência diferenciadora (GONÇALVES, 2011, p. 372).

Assim, o dever de indenizar nasce da prática do ato ilícito que cause dano a outrem, mediante apuração da culpa do agente, excluindo-se esta apenas nos casos especificados em lei ou pelo desempenho de atividade de risco. Destaca-se, a partir do extraído pelo código civil, a necessidade de comprovação de culpa por parte do agente causador de dano, além do estabelecimento de um nexo causal entre a conduta e o prejuízo, requisitos que devem ser avaliados caso a caso.

Na temática abordada neste artigo, a liberação das guias Requerimento Seguro Desemprego SD/CD é conduta atribuída ao empregador no ato da dispensa, conforme preconiza o art. 13 da Resolução Nº 467/05. Nessa senda, o empregador que deixa de entregar as guias de recolhimento acaba por desobedecer a um dever jurídico, entretanto tal fato corresponde apenas a um dos requisitos para que se configure o dever de indenizar. A simples

desobediência ao dispositivo não tem o condão de, por si só, conceber o direito à indenização ao trabalhador demitido, uma vez que não haverá dano concretizado caso o empregado demitido não esteja apto ao recolhimento das parcelas, de acordo com os requisitos elencados na Lei 7.998/90 e a Resolução Nº 467/2005 do CODEFAT (BRASIL, 2005).

A percepção desse direito ainda depende do preenchimento dos demais requisitos, não podendo ser deferido sem a análise da culpa ou dolo e da materialização do dano. Quanto à culpa do empregador, saliente-se que a Constituição Federal, no artigo 7º, XXVIII, destaca a necessidade da existência desta quando assegura ser direito do trabalhador o “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”, assim como a Lei do Seguro-Desemprego, em seu artigo 25, aduz a intenção do infrator para aferição da multa aplicada (BRASIL, 1988).

Logo, aplicando analogicamente o dispositivo constitucional ao seguro-desemprego, com autorização do artigo 8º da CLT⁸, pela omissão com que a Lei Nº 7.998/90 e as Resoluções do CODEFAT tratam a não liberação das guias trabalhistas, impõe-se a análise e verificação da culpa. Nesse caso, o *onus probandi* será do empregador, para que demonstre a não reprovabilidade de sua conduta, por se tratar de culpa presumida em razão do descumprimento da obrigação elencada na Resolução, o que, aliás, é compatível com o princípio trabalhista *in dubio, pro operário* (BRASIL, 1990).

A demonstração de culpa é de fundamental importância, visto que em muitos casos não há liberação de guias trabalhistas em função da inexistência de relação de emprego entre as partes. Nesses casos, o reconhecimento do vínculo empregatício em juízo deságua na aplicação automática da Súmula 389, do Tribunal Superior do Trabalho, onerando o empregador que não agiu de forma descuidada. Ou seja, na data da dispensa, o empregador não tinha a obrigação de entregar as guias e por isso não o fez, haja vista o reconhecimento posterior do vínculo e, com ele, do descumprimento da obrigação (BRASIL, 2005).

Em harmonia com o posicionamento defendido, destaca-se a decisão proferida pela 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, Recurso Ordinário Nº 20560-2010-652-09-00-0⁹, confirmando sentença que, ao reconhecer dispensa imotivada, decidiu pela

⁸ Art. 8º, CLT: As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público (BRASIL, 1943).

⁹ PROCESSO TRT-PR-20560-2010-652-09-00-0 (RO): SEGURO-DESEMPREGO. INDENIZAÇÃO. Para o recebimento do benefício do seguro-desemprego, deve o empregado comprovar a satisfação das condições exigidas pelo artigo 3º, da Lei n.º 7.998/90, e ainda o efetivo prejuízo causado, decorrente da omissão patronal. Em decorrência, obstada a pretensão da reclamante de recebimento direto da indenização, porque não caracterizada na espécie, de pronto, a hipótese legal de ressarcimento de dano. Em consequência, deve a condenação restringir-se à entrega da Comunicação de Dispensa,

concessão de prazo para juntada das guias de requerimento do seguro-desemprego, no lugar da aplicação automática do seguro indenizado (BRASIL, 2010).

Por fim, como último requisito para a indenização, cumpre analisar a materialização do dano causado ao trabalhador em prol da retenção das guias de requerimento. Conforme extraído anteriormente, o trabalhador possui formas diversas de requisitar o benefício assistencial, que não a demonstração do RSD e CD. Portanto a apresentação de sentença, acórdão, certidão judicial¹⁰ incutirá o mesmo efeito que as mencionadas guias, entretanto haverá a virtude de poupar o empregador de uma despesa que não lhe compete, que deverá ser paga pelo Estado. O trabalhador pode, ainda, receber as guias no prazo estipulado pelo juiz em ação de entregar coisa certa, o que, de igual forma, suprirá a necessidade do empregado sem onerar o empregador.

Por conseguinte, uma vez inexistente prejuízo causado ao trabalhador, não há que se falar em indenização, pois não haverá mal a se compensar ou desequilíbrio que deva voltar ao *statu quo ante*. É nesse sentido o posicionamento da doutrina civilista, exposto por Gonçalves (2014, p. 366) em sua obra de Responsabilidade Civil ao afirmar que “Ação de indenização sem dano é pretensão sem objeto, ainda que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator”.

Outro ponto importante a ser ressaltado é a responsabilidade governamental em custear o pagamento do seguro-desemprego aos trabalhadores habilitados para o gozo do benefício. Para tanto, a Constituição Federal determina o financiamento do programa do seguro-desemprego, assim como o do abono salarial, pelas contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/PASEP, de natureza tributária, logo, compulsórios. Da mesma forma, a Lei 7.998/70 também traz a arrecadação das contribuições como constituintes de recursos para o Fundo de Amparo ao Trabalhador (BRASIL, 1970).

As contribuições para o PIS/PASEP têm como fato gerador da obrigação tributária o aferimento de receita pela pessoa jurídica de direito privado e a folha de salários das entidades relacionadas no artigo 9º, do Decreto Nº 4.524, de 17 de dezembro de 2002¹¹. Em outras

competindo ao Órgão pagador a verificação da satisfação dos requisitos necessários para a obtenção do benefício. A indenização só será devida se não cumprida pelo empregador, no prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, a obrigação de fazer correspondente (artigo 633, do CPC, de aplicação subsidiária). Sentença que se mantém (BRASIL, 2010).

¹⁰ Resolução Nº 467, de 21 de Dezembro de 2005, do CODEFAT;

Art. 4º. A comprovação dos requisitos de que trata o artigo anterior deverá ser feita:

[...]

IV – pela apresentação da sentença judicial transitada em julgado, acórdão ou certidão judicial, onde constem os dados do trabalhador, da empresa e se o motivo da dispensa for sem justa causa

¹¹ Art. 9º São contribuintes do PIS/Pasep incidente sobre a folha de salários as seguintes entidades:

palavras, o empregador ou empresário já reserva uma parte do orçamento de sua atividade para a arrecadação da contribuição que, devido a sua natureza tributária, tem cunho compulsório. Assim, não há que se falar em faculdade de contribuição por parte do empregador, como já se pensou, em período anterior à unificação da arrecadação dessas contribuições ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, disposto no artigo 239, da Constituição Federal (BRASIL, 2002).

Diante da finalidade das contribuições sociais mencionadas e do Fundo de Amparo ao Trabalhador, conclui-se que os contribuintes dos Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público custeiam, a título da contribuição ter uma destinação específica, o benefício do Seguro-Desemprego concedido aos trabalhadores desempregados. À vista dessa premissa, impõe-se a constatação de que os empregadores e empresários que contribuem para o PIS/PASEP são os mesmos condenados ao pagamento do seguro-desemprego indenizado na dicotomia da súmula em análise.

Por esse raciocínio, a Súmula 389, do Tribunal Superior do Trabalho, estaria condenando o empregador a arcar com um encargo com o qual já contribuiu em forma de tributo. O raciocínio da Súmula inflige, nesse sentir, uma repetição no financiamento do seguro-desemprego, exigindo novo pagamento para atender a mesma finalidade que o débito cobrado pela contribuição social, configurando uma sanção *bis in idem* ao empregador (BRASIL, 2005). Esse é o posicionamento crítico do advogado jurista trabalhista:

Data venia, divergimos desse entendimento, não porque seja descabida a condenação por perdas e danos na Justiça do Trabalho (art. 1056 do Código Civil), mas basicamente porque:

1º - se o empregador recolheu a contribuição para o PIS/PASEP, formando assim o lastro financeiro para que o Estado arque com o benefício, condená-lo a ressarcir o seguro-desemprego corresponde a violar o princípio do *non bis in idem* e a transgredir o art. 5º, II, da CF, obrigando-o a fazer o que a lei não lhe impõe;

2º - a entrega dos documentos não exclui a aferição dos requisitos habilitacionais pelo SINE. Logo, o descumprimento patronal dessa

I - templos de qualquer culto;

II - partidos políticos;

III - instituições de educação e de assistência social que preencham as condições e requisitos do art. 12 da Lei nº 9.532, de 1997;

IV - instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural, científico e as associações, que preencham as condições e requisitos do art. 15 da Lei nº 9.532, de 1997;

V - sindicatos, federações e confederações;

VI - serviços sociais autônomos, criados ou autorizados por lei;

VII - conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas;

VIII - fundações de direito privado;

IX - condomínios de proprietários de imóveis residenciais ou comerciais; e

X - Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB) e as organizações estaduais de cooperativas previstas no art. 105 e seu § 1º da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971.

obrigação não gera, *automaticamente*, direito à percepção do seguro-desemprego, como se condicionante alguma subordinasse a paga;

3º - dispõe o ex-empregado de meios eficazes de coerção da conduta patronal omissiva: a) denúncia à fiscalização do trabalho para haver os documentos (art. 24 da Lei n. 7.998/90), além de acarretar multa administrativa (art. 25); e b) exercício do direito de ação para entrega da coisa, com cominação de pena pecuniária diária, se inatendida a determinação judicial na data aprazada (TEIXEIRA FILHO, 2002, p. 615-616).

Retalhando o posicionamento do jurista, além da sanção aplicada ao empregador de indenizar o empregado com o valor de o seguro-desemprego configurar-se numa punição cumprida em dobro pelo patrão, tendo em vista que o primeiro dispêndio de recursos trata-se da arrecadação tributário com destinação específica ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, o pagamento desse benefício é de cunho estatal. Logo, a obrigação de custear e gerir o Programa do Seguro-Desemprego, no qual se encontra inserido o benefício seguro-desemprego, imposta pela Lei 7.998/90 é imputa ao Estado, não devendo ser oposta a terceiro, sob pena de ferir o dispositivo constitucional¹² (BRASIL, 1990).

O segundo argumento, esboçado pelo autor e tratado anteriormente, reitera a primordialidade do preenchimento dos pressupostos necessários ao nascimento da obrigação de indenizar previsto no Código Civil. Dentre eles, está a materialização do dano de que trata a tese de Teixeira Filho, ao afirmar que o direito a percepção do seguro-desemprego não surge exclusivamente do requerimento pelas guias liberadas pelo patrão, sendo necessário o preenchimento dos demais requisitos, elencados no artigo 3º da Resolução Nº 467/2005¹³, do CODEFAT. Ao final, também já percorrido neste artigo, há a possibilidade diversa de o empregado obter as guias que não lhe foram liberadas, através da menor onerosidade ao empregador, quer por ação, quer por denúncia (BRASIL, 2005).

¹² CF, art. 5º, II: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

¹³ Art. 3º: Terá direito a perceber o Seguro-Desemprego o trabalhador dispensado sem justa causa, inclusive a indireta, que comprove:

I - ter recebido salários consecutivos no período de 6 (seis) meses imediatamente anteriores à data da dispensa, de uma ou mais pessoas jurídicas ou físicas equiparadas às jurídicas;

II - ter sido empregado de pessoa jurídica ou pessoa física equiparada à jurídica durante, pelo menos, 06 (seis) meses nos últimos 36 (trinta e seis) meses que antecederam a data de dispensa que deu origem ao requerimento do Seguro-Desemprego;

III - não estar em gozo de qualquer benefício previdenciário de prestação continuada, previsto no Regulamento de Benefícios da Previdência Social, excetuando o auxílio-acidente e a pensão por morte; e

IV - não possuir renda própria de qualquer natureza suficiente a sua manutenção e de sua família.

§ 1º Considera-se pessoa física equiparada à jurídica, os profissionais liberais inscritos no Cadastro Específico do Instituto Nacional do Seguro Social (CEI).

§ 2º Considera-se 1 (um) mês de atividade, para efeito do inciso II deste artigo, a fração igual ou superior a 15 (quinze) dias, nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho.

Assim, imperioso é reconhecer a incongruência da súmula analisada com o ordenamento jurídico em questão, além da afronta ao princípio da conservação da empresa, devido à onerosidade conferida ao empregador ou empresário, em detrimento de uma excessiva proteção ao trabalhador.

7 CONCLUSÃO

Diante das explanações realizadas no decorrer deste estudo, extrai-se que, pelo posicionamento cristalizado na Súmula em debate, é claramente facultado ao ex-empregador acionar o seguro-desemprego mediante indenização oriunda de seu antigo empregador, quando houver retenção das guias trabalhistas, ou fazendo seu requerimento nos órgãos competentes, alternativa na qual receberá o benefício do Estado.

Em relação à primeira hipótese, objeto de discussão deste artigo, importa relatar, apenas para retomada do que foi detalhadamente tratado, as incongruências do enunciado da súmula trabalhista com o ordenamento jurídico vigente.

De imediato, impõe-se a afronta ao princípio da menor onerosidade resguardado pelo Código de Processo Civil, em decorrência da conversão automática em obrigação de pagar quantia. Conforme ficou demonstrado, o trabalhador possui outros meios de satisfazer sua pretensão, meios estes que se mostram mais vantajosos ao empregador. A consolidação jurisprudencial do entendimento pela conversão imediata acaba desestimulando a busca da entrega das guias e abreviando um caminho que se encontra na contramão do disposto no código civil processualista.

Além dessa incompatibilidade, que já é de grande monta, visto o prejuízo desnecessário ao empregador que será executado pelo meio mais gravoso, advogam contra a vigência da Súmula 389, II, do Tribunal Superior do Trabalho, as contribuições compulsórias ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, através do PIS/PASEP. O fato de o empregador já ter contribuído para compor o Fundo que financia o seguro-desemprego faz com que seja inconcebível novo pagamento para a mesma destinação, pois estar-se-ia onerando duplamente a figura do empregador.

Ademais, essa segunda oneração acontecerá sem a análise da existência do dever de indenizar, o que, novamente, contraria o disposto na legislação brasileira. Evidencia-se, desse modo, a manifesta desproporção na proteção à figura do trabalhador, marginalizando o empregador, que promove atividade empreendedora impulsionando o desenvolvimento econômico e social.

É imprescindível lutar pelo equilíbrio entre esses dois agentes sociais, na medida em que ambos são engrenagens que movimentam o mesmo maquinário. Logo, o descompasso entre eles resultaria em algo mais profundo do que a simples oneração ou medida protetiva – a depender do ângulo de quem sofre a incidência do entendimento sumulado. Resultaria, por corolário, na segregação de forças que deveriam atuar juntas, travando um impasse entre os pólos, já que não se julgariam em um nível de igualdade.

O conjunto de medidas, entendimentos, decisões e dispositivos que não levam em conta o princípio da preservação da empresa ou não valorizam a sua função social acaba por desestimular a atividade empresária brasileira. Partindo dessa premissa, a atividade empreendedora é sufocada por encargos e penalidades que são pensados enaltecendo desproporcionalmente um princípio em detrimento de outro.

Essa orientação exageradamente protetiva não deve ser coroada nos entendimentos jurisdicionais. A organização social equilibrada é fundamental para a consolidação da justiça social. A análise principiológica feita é nesse sentido, de que os princípios devem se completar e atuar em conjunto.

Por isso, também, se conclui pelo cancelamento da Súmula 389, II, do Tribunal Superior do Trabalho. A adoção dessa conduta implicará na não convalidação pelo judiciário de mais uma prática pautada no desequilíbrio desses fatores e entre esses agentes. Com isso, estar-se-á atendendo não apenas os requisitos processuais típicos de uma obrigação de entregar coisa certa, como também as diretrizes apontadas pelos princípios que regem a interpretação e legislação das normas jurídicas, produzindo julgados que expressem um pensamento crítico da sociedade em que se inserem, com argumentos substanciais que, como dito anteriormente, traduzam o espírito do sistema.

REFERÊNCIAS

ALVES, Garibaldi. Parecer Nº 1.733 DE 2005. Diário do Senado Federal. 2005. Disponível em: <www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=36056&tp=1> Acesso em: 10 abr. 2014.

ÀVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEREDO, Beatriz; RAMOS, Carlos Alberto. Políticas públicas de emprego: experiências e desafios. **Planejamento e Políticas Públicas – PPP**. Brasília (DF), Nº 12, p. 91-116,

Jun/Dez, 1995. Disponível em:

<www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/142/144> Acesso em: 10 mar. 2014.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento jurídico**. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto Nº 4.524, de 17 de dezembro de 2002. Regulamenta a Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins devidas pelas pessoas jurídicas em geral. **Sítio Eletrônico do Palácio do Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4524.htm> Acesso em: 03 abr. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Sítio Eletrônico do Palácio do Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 20 mar. 2014.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Sítio Eletrônico do Palácio do Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 20 mar. 2014.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Sítio Eletrônico do Palácio do Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm> Acesso em: 20 mar. 2014.

BRASIL. Lei Nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990. Regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), e dá outras providências. **Sítio Eletrônico do Palácio do Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7998.htm> Acesso em: 20 mar. 2014.

BRASIL. Lei Nº 8.900, de 30 de junho de 1994. Dispõe sobre o benefício do seguro-desemprego, altera dispositivo da Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990, e dá outras providências. **Sítio Eletrônico do Palácio do Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8900.htm> Acesso em: 20 mar. 2014.

BRASIL. Resolução Nº 467, de 21 de dezembro de 2005. Estabelece procedimentos relativos à concessão do Seguro-Desemprego. **Sítio Eletrônico do Ministério do Trabalho e**

Emprego. Disponível em:

<<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D398D4D8E013997C2556C29B3/Res467.pdf>>
Acesso: 08 fev. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 389, II. O não fornecimento pelo empregador da guia necessária para o recebimento do seguro-desemprego dá origem ao direito à indenização. 2005. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-389> Acesso em: 08 fev. 2014.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº SBDI1/00. Embargos de Recurso de Revista. Transportadora Alexandra LTDA e Wilson Wurmeister. Relator: João Batista Brito Pereira. 18 set. 2000. **Diário da Justiça**, 10 nov. 2000. Disponível em:

<<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=231994.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>> Acesso em: 20 mar. 2014.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº SBDI1-5722/97. Embargos de Recurso de Revista. ABASE – Vigilância e Segurança Ostensiva LTDA e Edmar Marinho Ribeiro. Relator: Leonaldo Silva. 01 dez. 1997. **Diário da Justiça**, 12 dez. 1997. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=223590.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>> Acesso em: 20 mar. 2014.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 6 ed. Niterói: Impetus, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. Vol. 1. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CURITIBA. 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Acórdão nº 20560-2010-652. Recurso Ordinário. Cleonice Aparecida dos Santos e WMS Supermercados do Brasil LTDA. Relator: Sérgio Murilo Rodrigues Lemos. 15 jun. 2011. **Sítio Eletrônico do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**. 01 jul. 2011. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/publicacaoman.do?evento=Editar&chPlc=4395183&procr=AAAS5SABaAAC2GeAAK&ctl=10701> Acesso em: 20 mar. 2014.

EUROPEAN COMMISSION. **Towards Common Principles of Flexicurity** – more and better jobs through flexibility and security. Luxemburgo, jul. 2007. Disponível em: <ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2756&langId=en> Acesso em: 06 mar. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. Vol. 4. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JORGENSEN, Henning; MADSEN, Per Kongshøj. Flexicurity and Beyond – Reflections on Nature and Future of a Political Celebrity. In: JORGENSEN, Henning; MADSEN, Per Kongshøj. **Flexicurity and Beyond: Finding a New Agenda for the European Social Model**. 2007. Disponível em <rszarf.ips.uw.edu.pl/welfare-state/jorgensen_madsen.pdf> Acesso em: 01 mar. 2014.

LEVENHAGEN, Barros. Preocupação com a formação e o aperfeiçoamento dos magistrados do trabalho. **TV ANAMATRA**. Entrevista concedida a Viviane Dias. 01 fev. 2010. Disponível em: <www.anamatra.org.br/index.php/tv-anamatra/reportagens-debates-e-entrevista/entrevista-do-ministro-barros-levenhagen-para-a-tv-anamatra> Acesso em: 05 mar. 2014.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NARDO, Michela; ROSSETTI, Fiammetta. **Flexicurity in Europe** – Final Report. European Union, 2013. Disponível em: <ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=10227&langId=en> Acesso em: 05 mar. 2014.

NAY, Olivier. **História das idéias políticas**. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007.

ROCHA, Fabiana. Política Fiscal Através do Ciclo e Operação dos Estabilizadores Fiscais. **Revista EconomiA**, Brasília (DF), v. 10, n.3, p.483-499, Set/Dez 200. Disponível em: <www.anpec.org.br/revista/vol10/vol10n3p483_499.pdf> Acesso em: 23 mar. 2014.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTR; Ed. Da Universidade de São Paulo, 1978.

SANDES, Luiz Calixto. Brevíssimos comentários sobre a súmula 389 do TST. **Informe Jurídico Siqueira e Castro Advogados**. Ano IV Nº 2, Março/2011. Disponível em: <www.siqueiracastro.com.br/novo=informe/trabalhista/info_trabeprev-02-02.html> Acesso em: 20 mar. 2014.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. Seguro-Desemprego. In: SUSSEKIND, A. et al. **Instituições de direito do trabalho**: Volume 1. 20 ed. São Paulo: LTr, 2002.