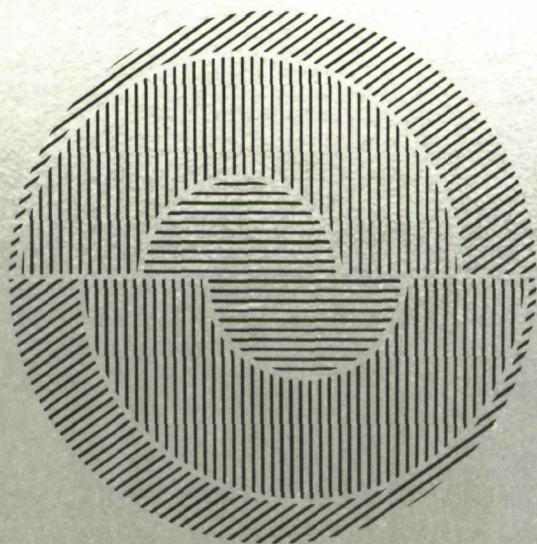


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1992

ANO 29 • NÚMERO 116

O Novo FGTS. Percussões Constitucionais

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA
Professor da Faculdade de Direito da UFMG.
Aposentado. Juiz do TRT — 3ª Região.
Aposentado. Advogado em Belo Horizonte

1. O regime do Fundo de Garantia pelo Tempo de Serviço foi implantado pela Lei n.º 5.107, de 13 de setembro de 1966, com sua legitimidade coberta pela Constituição Federal de 1967, que abriu a opção pela dualidade de regimes, o tradicional da CLT, assegurador da estabilidade (arts. 492 e segs.) e o do FGTS, como estava previsto no seu art. 158, XIII, assim disposto:

“Art. 158. (...)

XIII — estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente;” (*verbis*).

A ruptura do sistema único da estabilidade, previsto desde a Carta de 1937, em seu art. 137, letra *f*, a que deram pressupostos e forma os arts. 492 e segs. da CLT foi realmente brusca e representou uma reversão de expectativa da classe trabalhadora, toda concebida para a garantia do emprego como proteção pessoal e familiar de fontes de ganho com risco mínimo de perda.

O sistema do FGTS assentou-se em dois pólos, aparentemente reais: a) a liberdade do trabalhador, no momento da formação ou constituição do contrato, que podia optar ou não pelo novo regime; b) a crença ou a expectativa de que, optando pelo regime do FGTS, estava ele ingressando em uma carteira de poupança, de cujos depósitos e rendimentos

poderia livremente dispor, seja no curso do contrato de trabalho, seja em sua rescisão.

Como toda a abordagem experimental, a implantação do regime do FGTS pela Lei n.º 5.107/66, foi tosca, para não dizer grosseira, pois logo se viu que a opção, formalmente ato do empregado, era, na realidade, dirigida pelo empregador e que, se na admissão ou em até um ano da vigência da lei, o empregado não optasse, ele somente poderia fazê-lo, e até com efeito retroativo, com o consentimento do empregador.

Ao assim regular a Lei n.º 5.107/66, quis ela induzir no espírito dos trabalhadores que seu regime era muito vantajoso e mais vantajoso do que o seu correlato regime da estabilidade, pois lhe ensejava, com segurança, um amanhamento de dinheiro, um fundo econômico, susceptível de saque e de uso aberto.

Com o tempo, verificou-se que os levantamentos do Fundo eram muito condicionados, que as vultosas importâncias recolhidas em seu nome e os rendimentos de sua aplicação no mercado permaneciam e permanecem detidas nas mãos dos órgãos ou do administrador do Fundo, no caso, a Caixa Econômica Federal, que deles dispõem como se fossem próprios ou deles se servem, na maioria das vezes, para suprir o caixa do Governo para a cobertura de "deficits" orçamentários ou de remanejamento de dinheiros em situações imprevistas ou difíceis da administração pública.

O trabalhador tinha e tem a posse indireta do "seu" dinheiro, mas a posse direta, a sua administração são da exclusiva alçada, portanto, do arbítrio do Governo, como se fosse o seu proprietário e não mero detentor.

As colocações acima estão sendo salientadas, porque em nada se modificaram as linhas mestras do instituto do FGTS, das formas e pressupostos de arrecadação, das condições de saques e dos objetivos econômicos do sistema (arrecadação de dinheiro para as mãos do Governo; oportunidades marcadas de levantamentos pelos empregados e empregadores) e, como última e secundária finalidade de sua criação, a substituição da estabilidade ou garantia de emprego, por uma propalada atração econômica de movimentos de dinheiro, de gozo fácil e de fácil diluição, como que inserindo o trabalhador nos círculos financeiros de cálculos, de juros, de correção de esperanças e de, em um momento ou outro, poder ter em suas mãos o que é seu.

Mas, é nosso intento fazer uma abordagem na vida atual do FGTS, nas modificações, maiores ou menores que sofreu, seja com a Constituição Federal de 1988, seja com as leis posteriores à inaugural de 1966.

2. Depois de vigir por 23 anos, a Lei n.º 5.107/66, veio a ser revogada pela Lei n.º 7.839, de 12 de outubro de 1989, retificada em 18 de outubro de 1989.

A Lei n.º 7.839/89, embora de curta duração, pois, com algumas modificações, foi retirada de órbita pela Lei n.º 8.036, de 11 de maio de 1990, revelou mais nitidamente do que a Lei n.º 5.107/66 uma tendência de maior concentração burocrática, de maior inchaço organicista, portanto, de maior apresamento tecno-estatal de funções e de finalidades, como se o instituto do FGTS se destinasse, primeiro, a alimentar órgãos gestores (a CEF, a grande beneficiária que mantém dinheiros vivos e permanentes em seu poder, à disposição e à cobertura da incompetência oscilante do Executivo, o Conselho Curador; os órgãos integrantes do SFH; o Banco Central, com poderes em aberto de delegações ou “procurações”) e a girar com capitais monetários arrecadados e, somente em segundo lugar, como objeto residual, visasse à classe trabalhadora em nome de quem promove vultosas arrecadações (vejam-se os arts. 3.º a 11, da Lei n.º 7.839/89).

O entumescimento da máquina burocrática e o egocentrismo concentracionista tornaram-se a tônica do sistema financeiro do FGTS, que se desnudam ainda mais abertamente nesta nova lei, vindo até seu art. 10 a dispor que o “Gestor” (leia-se CEF) “assumirá o controle de todas as contas vinculadas”, com a força totalizante do n.º VI do seu art. 5.º, que lhe dá, entre outras, a atribuição de

“centralizar os recursos do FGTS, bem como sua administração e aplicação, manter e controlar as contas vinculadas, e emitir regularmente os extratos individuais correspondentes às contas vinculadas, podendo ainda participar da rede arrecadadora dos recursos do FGTS” (*verbis*).

O paroxismo do controle e da centralização das contas vinculadas pela Caixa Econômica Federal repete-se com ênfase maior no art. 7.º, n.º I a VII (com poderes até para “expedir atos normativos”, *sic!*), no art. 12 e seus §§ 2.º, 4.º e 5.º e art. 13, § 2.º da Lei n.º 8.036/90, em que o Estado não exerce apenas uma função natural de fiscalizar interesses públicos representados pelos valores do FGTS, devidos aos trabalhadores, mas a irreprimível tendência sempre *in fieri* de abocanhar dinheiros e administrá-los como se seus fossem.

A Lei n.º 7.839/89 visou a mostrar a acentuação da tendência estatizante no regime do FGTS — que, em sua sub-reptícia filosofia enganosa, se destinava a dar mais autonomia e maior economicidade nas relações de trabalho, por um lado, e, por outro, certas alterações no que diz

respeito à posição do trabalhador, a seus direitos ou pretensões dentro do contrato de trabalho ou dele decorrente.

3. Sob um aspecto muito particular, muito embora aparentemente formal ou terminológico, a Lei n.º 7.839/89, exhibe um sintoma, que se redimensionou e se alargou no Direito do Trabalho Brasileiro: a palavra “trabalhador”.

Nesta Lei substitui-se a palavra “empregado”, corrente e inarredada na Lei n.º 5.107/66, por “trabalhador”, como se lê em diversos de seus dispositivos,¹ com um cochilo regressivo no art. 14, ao mencionar “diretores não empregados”.

A mudança terminológica, que se consumou relativamente a um dos pólos da relação de *emprego*, enfaticamente ratificada pela última e vigente lei do FGTS, a Lei n.º 8.036/90,² vem a ganhar até nova concretização do prestador de serviços tutelado pela legislação do trabalho em seu art. 15, § 2.º, com força modificadora do art. 3.º, da CLT e que dispõe:

“Considera-se trabalhador toda pessoa física que prestar serviços a empregador, a locador ou tomador de mão-de-obra, excluídos os eventuais, os autônomos e os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio”³(*verbis*).

Pelo conceito, nota-se uma idéia de versão ampliativa da *qualitas juris* do prestador de serviços tutelado, cuja denominação já se vem infiltrando no Direito Brasileiro seja o do Trabalho, seja o Previdenciário, a exemplo do que ocorreu com o art. 2.º do então Estatuto do Trabalhador Rural (Lei n.º 4.214, de 2 de março de 1963), o qual, a exemplo de inúmeras

1 Arts. 3º e § 10; 10, §§ 4º e 5º; 11, § 3º; 12 e seus §§ 2º a 4º e art. 13 e seus §§ 1º, 2º e 3º, sendo que, neste último, se passa a enunciar “trabalhador doméstico”.

2 Vejam-se os arts. 3º e seu § 9º; 7º, § 2º — em que contrapõe “empregadores e trabalhadores” —; 12, §§ 1º, 2º, 4º e 5º; 13, § 3º; 14, §§ 1º, 3º e 4º, observando-se outro resvaldo saudosista no seu § 2º, ao falar “... transacionado entre empregador e empregado” e no art. 18, ao falar em “pagar diretamente ao empregado”, a despeito de, em seu § 1º, voltar a falar em “trabalhador”.

3 No que toca aos “servidores civis”, tem-se aí evidente remessa aos trabalhadores estatais hoje regidos pelo chamado “regime único”, que, à força de rejeição legal do § 2º acima, se podem (*ex vi legis*) situar como “estatutários” — cf., em excelente doutrina, ANASTASIA, Antônio Augusto. *Regime Jurídico Único do Servidor Público*. Belo Horizonte. Livraria Del Rey. 1990, pp. 59 e ss., nº 4.3.

legislações estrangeiras, se abstraiu do elemento "subordinação". Eis como estava redigido:

"Art. 2.º — Trabalhador rural, para os efeitos desta é toda pessoa física que presta serviços a empregador rural, em propriedade rural ou prédio rústico, mediante salário pago em dinheiro ou parte *in natura* e parte em dinheiro." ⁴ (*verbis*.)

Embora revogado o Estatuto pela Lei n.º 5.889, de 8 de junho de 1973 e de haver o art. 2.º desta mantido os pressupostos subjetivos qualificativos do art. 3.º da CLT, o seu art. 17 adotou princípio conciliatório para os rurícolas, desdobrando o seu conceito. Veja-se a bifurcação conciliadora:

"As normas da presente lei são aplicáveis, no que couber (*sic*), aos trabalhadores rurais não compreendidos na definição do artigo 2.º, que prestem serviço a empregador rural" (*verbis*).

Na mesma tônica da Lei n.º 5.889/73, vê-se que a Lei do FGTS (8.036/90) como que fixa no pólo-empregador toda a força captadora da conceituação do que seja trabalhador-tutelado, mas exuberante em mistificação, quando restringe a forma do trabalho prestado, que deve ser não eventual nem autônomo ("excluídos os eventuais, os autônomos"). ⁵

Vejam-se os antecedentes no direito legislado brasileiro.

Na esteira do próprio Estatuto do Trabalhador Rural, encontra-se, como tendência pioneira, a Lei n.º 605, de 5 de janeiro de 1949, que instituiu o repouso semanal remunerado, cujo art. 2.º incluía, "entre os empregados", os "trabalhadores rurais", salvo os que operassem "em qualquer regime de parceria, meação ou forma semelhante de participação na produção". Desde que não se configurasse o regime societário rural, a relação fundada no trabalho estava amparada pela Lei n.º 605/49, no sentido mais compreensivo, da classificação de JACOBI.

A legislação da Previdência mantém-se na linha dicotômica *empregado* x *empregador*, mas desde os primórdios de sua estrutura legal, acentuando, em adjetivo expresso, a *qualitas* de *autônomo* do trabalhador e a de *subor-*

4 Cf. SAMPAIO, Aluysio. *Comentários ao Estatuto do Trabalhador Rural*. São Paulo. Editora Fulgor. 1963, pp. 15/8.

5 Cf., em exposição sobre o tema: VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. *Relação de Emprego*. São Paulo. Editora Saraiva, 1975, pp. 156-158.

dinado, do empregado, observando-se que a Lei n.º 3.807, de 26-8-1960, modificada pela Lei n.º 5.890/73, remetia a conceituação deste, o empregado, à Consolidação das Leis do Trabalho, preservando, entretanto, conceito próprio para *trabalhador autônomo*, distinção, aliás, que não repercutia na sua aplicação, quando ambos já eram segurados obrigatórios (Lei n.º 3.807/60, art. 2.º).

É interessante sublinhar que a novíssima lei da previdência social, que se intitula Lei Orgânica da Seguridade Social, mantém a terminologia anterior empregado e trabalhador, este como autônomo, aquele sujeito de uma relação de emprego, conquanto os abarque a ambos em sua rede de segurados ou contribuintes obrigatórios (cf. Lei n.º 8.212, de 24-7-1991, arts. 12, n.ºs I, letras *a a f* e IV, letras *a e b*).⁶

O que se dá nas direções captadas na legislação ordinária brasileira é a chamada força expansionista do Direito do Trabalho, no sentido de, a cada dia, alcançar maior e mais diversificado número de relações que tenham por objeto o trabalho, embora, como anteparo, deva aparecer, e sempre e *sine qua non*, a figura do empregador — o pólo que, *ultima ratio*, afeição a natureza da relação. Tal direção, que revela a amplitude da política jurídica brasileira, parte, como princípio básico da própria Constituição Federal, como dispõe em seus arts. 7.º *caput* e n.ºs XXIX, XXXI, XXXIV e 114, *caput*.

4. O problema da opção não é novo.

Sabe-se, desde então, que apesar de a Lei n.º 5.107/66 enunciar o ato jurídico de incorporação do empregado em seu quadro através de uma manifestação de vontade chamada “opção”, como “um direito de escolha”,⁷ a verdade é que quem sempre “optou” foi o empregador, pois, antes de assinar-se a Carteira de Trabalho ou um contrato, seja de experiência, assina-se o termo de opção, não se esquecendo que essa lei exigia, para a filiação ao regime, fosse formal, o ato e até escrito (art. 1.º, § 2.º, que

6 Ressalte-se que a *conditio juris* de “empregado” foi sempre o dado fundamental para definir o contrato regido pela legislação trabalhista, a ponto de o contrato em que se conforma a sua relação ter sido denominado por autores, da maior autoridade, como contrato “de emprego”, acentuação que se encontra em CATHARINO, José Martins. *Contrato de Emprego*. Salvador, s. ed. e s.d. e *Contrato de Emprego* (Coments. aos arts. 442/510 da CLT). 2ª ed., Rio de Janeiro. Eds. Trabalhistas, 1965; COTRIM NETO, A. B. *Contrato e Relação de Emprego*. São Paulo. Ed. Max Limonad, 1944; HENRIQUE, João Milton. *Empresa — Empregado e Empregador*. Tese. Belo Horizonte. Estabelecimentos Gráficos Santa Maria, s.d. e PIMPAO, Hirose. *Das Relações de Emprego no Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro. Ed. José Konfino, 1960.

7 Cf. a excelente conceituação em PLACIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Rio-São Paulo. Ed. Forense, 1963. Vol. III, p. 1.095, verbete “opção”.

impunha a "declaração escrita" da manifestação da "preferência" do empregado).

Na evolução do regime, no Brasil, é de grande significação a Lei n.º 6.185, de 11 de dezembro de 1974, pela sua probidade jurídica, quando, ao regular a admissão de trabalhadores estatais (da União), pelo regime contratual-celetista, eliminou a formalidade da "opção", ao fazer aplicar, automaticamente, para estes servidores, "as normas que disciplinam o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço" (art. 3.º).

A Lei n.º 7.839/89, a que revogou a Lei n.º 5.107/66, portou-se às avessas. Ao invés de entreter-se com o ato da "opção", sobre que se silencia, conduz o intérprete a uma operação inversa, que, em hermenêutica, se pode entender por *a contrario*, ou seja, está-se disciplinando o regime do FGTS com regra geral afastando, como exceção não presumida, o sistema tradicional da estabilidade ou indenização "celetistas" (CLT, arts. 477 e segs.), entendimento que pode aconchegar-se ainda sob o calor de outros dois brocardos, tão bem explicados por CARLOS MAXIMILIANO: *inclusio unius fit exclusio alterius* ou *qui uno dicit, de altero negat* ou, ainda, *qui de uno negat de altero dixit*.⁸

Como dando vassão ao n.º III do art. 7.º da Constituição Federal (na suposição de que esta veio a admitir só o sistema do Fundo, com dizer "assegurado" ao trabalhador), a Lei n.º 7.839/89 dispunha em seu art. 12:

"Fica ressalvado o direito adquirido dos trabalhadores que, à data da promulgação da Constituição Federal de 1988, já tinham direito à estabilidade no emprego nos termos do Capítulo V do título IV da CLT." (*verbis.*)

E, em seu § 1.º, insiste o mesmo art. 12:

"O tempo do trabalhador não optante do FGTS, anterior a 5 de outubro de 1988, em caso de rescisão sem justa causa pelo empregador, reger-se-á pelos dispositivos constantes dos arts. 477, 478 e 479 da CLT." (*verbis.*)

A atual Lei do FGTS, a de n.º 8.036/90, em seus arts. 14 e § 1.º, mais não fez do que repetir os dispositivos acima transcritos.

O dispositivo referido atesta o que se pode qualificar de soberba, ao asseverar que "fica ressalvado o direito adquirido dos trabalhadores..." etc., como se às suas costas e por sobre a sua cabeça não estivesse em vigor ou inexistisse na pirâmide normativa o art. 5.º, XXXVI, da Constituição nem a outra regra de sobre-direito (*überrecht*) do art. 6.º da Lei de

⁸ Cf. sua clássica obra, nunca bastante consultada, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1979, pp. 242/3, nºs 259/6.

Introdução ao Código Civil (Decreto n.º 4.657, de 4-9-42), que asseguram o direito adquirido e contra a própria lei. . .

Está visto que não existe mais a "opção" em sua formulação e em sua acepção originária, pois o regime que se pressupõe o geral e aplicável no contrato de trabalho é o do FGTS, ressalvando-se, para os trabalhadores com contratos anteriores à entrada em vigor da Constituição Federal (5-10-88) e não optantes então, o direito de transacionarem o tempo de serviço não regido pelo FGTS ou do recebimento de indenização por tal período, seja simples, seja em dobro, se despedidos sem justa causa. Não há mais contrato fora do Fundo.⁹ Há resquícios de tempo de serviços ou sujeitos a conversão ou indenizáveis ou perdidos.

Na seqüência da inovação operada no Direito Brasileiro, a Lei do Fundo de Garantia em vigor, já estabelecido isto na Lei n.º 7.839/89, traz o instituto da "opção", mas somente com a finalidade da assegurá-la com efeito retroativo, antes, condicionado pela Lei n.º 5.938, de 10-12-1973, ao assentimento do empregador (art. 1.º), o que não mais se exige (Lei n.º 8.036/90 art. 14, § 4.º). A opção com efeito retroativo, pois, é ato unilateral, com eficácia plena, pressupondo-se escrita e comunicado ao empregador (ato receptício).

No art. 16, a Lei nova (8.036/90) agasalhou, com sensível modificação conceitual, o dispositivo anterior, da Lei n.º 6.919, de 2-6-81, cujo art. 1.º, que, com toda a propriedade e circunscrito ao sistema do Fundo, facultava às empresas estender a seus diretores não empregados "o regime do FGTS", ou seja, os órgãos da sociedade, sem que, com isto, passassem à condição de "empregados". Ora, o art. 16, além de voltar à denominação "empregado", intenta definir o que se deva entender por "diretor", a *fortiori* o diretor não empregado, defluindo, afinal:

"Considera-se diretor aquele que exerça cargo de administração previsto em lei, estatuto ou contrato social, independente da denominação do cargo."

Sob o prisma da extremação da figura típica do diretor, a lei traz contribuição significativa e, como já sustentávamos alhures,¹⁰ é indispen-

9 Admitindo-se os trabalhadores temporário excluídos do regime do FGTS, por interpretação desnivelada da Lei nº 6.019-74 — já que ela rege a relação de emprego, seja com o cedente ou o cessionário ou com ambos, e as situações jurídicas discriminadas em seu art. 12 dizem respeito a nexos intra-contratuais — a lei atual nos §§ 1º e 2º do art. 15 tornou inequívoca a aplicação. Ressalte-se, como foco de observação, que até o momento, o direito ao FGTS para os domésticos constitui programa de política legislativa.

10 Cf. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. "Diretor de S. A. e Relação de Emprego". *Revista de Informação Legislativa*, a. 23, n. 91, jul./set., Brasília. Senado Federal, 1986, esp. pp. 392 e ss.

sável que haja não só a previsão do cargo em norma jurídica (lei, estatuto ou contrato social), mas, substancialmente, que tal norma fixe as atribuições do diretor, pena de tornar-se uma pessoa subordinada a outra (outro diretor) ou outro órgão da administração ou de mando.

A infelicidade do art. 16 foi o equacionamento da posição jurídica, quando alude a que "as empresas sujeitas ao regime da legislação trabalhista poderão equiparar seus diretores não empregados aos demais trabalhadores sujeitos ao regime do FGTS". Não há equiparação entre diretor empregado e diretor não empregado. Tal colocação importa em indiscriminação quanto aos efeitos demais do contrato de trabalho, tomando-se como ponto de partida o recolhimento do FGTS. O que, na realidade, se dá — assim estava na lei anterior — é a mera extensão, *facultada ao empregador ou à empresa* de conceder o regime do FGTS aos diretores não empregados, não mais.

Em princípio, a lei em vigor, com as retificações sucessivas à Lei n.º 5.107/66, manteve os mesmos fatos-suportes de movimentação das contas do FGTS das leis anteriores, notadamente nos casos de rescisão do contrato de trabalho (rescisão direta, indireta, por culpa recíproca, com ou sem justa causa — arts. 18 e 20 — e no curso do contrato, mormente para o pagamento de débito para com o SFH).

O deslizamento do sistema financeiro do FGTS para o sistema financeiro do SFH precipitou-se, desmesuradamente, na reforma da legislação do Fundo, como dá notícia viva o art. 20, V, *a a c*, VI e VII, *a e b*, da Lei n.º 8.036/90, em preservação ao disposto no art. 8.º, II, *b* da Lei n.º 5.107/66.

As hipóteses de levantamento, no curso do contrato, antes previstas na Lei n.º 5.107/66, art. 8.º, II, letras *a*, *c*, *d* e *e*, ainda em caso de rescisão pelo empregado, quais sejam, aplicação do capital em atividade comercial ou industrial ou agropecuária, necessidade grave ou premente pessoal, aquisição de equipamento destinado a atividade de natureza econômica ou por motivo de casamento do empregado do sexo feminino, tudo isto foi desmapeado. As razões de natureza pessoal ou individual econômica preconizadas pela Lei n.º 5.107/66 desapareceram e/ou se transmudaram em razões de macroeconomia, ligadas aos planos habitacionais do Governo, com transferência nominal de capitais, que continuam em poder do Governo, sempre na Caixa Econômica Federal.

5. Há uma temática que comporta exame, em razão de tratar-se uma situação jurídica contingente no Brasil, que consistiu na chamada implantação do Regime Único para o funcionalismo federal, estadual e municipal (Constituição Federal, art. 39, *caput*).

Se se extinguem contratos de trabalho ou se tais contratos são transformados em relações jurídicas de outra espécie e natureza, pergunta-se: qual será a eficácia da mudança quanto ao FGTS?

É este o objetivo final de nossa abordagem.

6. Primeiramente, o campo da investigação deve cingir-se ao problema do FGTS, ou seja, se extinto o contrato de trabalho em razão da mudança de regime, tem direito ou não o empregado ao seu levantamento.

Parece-nos que as primeiras incursões da jurisprudência pelo tema não têm sido das mais felizes e sem a abrangência jurídica que a hipótese comporta.

Somente se poderia considerar a mudança de regime — a do celetista para o estatutário, ou o regime único — como apenas uma transformação composta de relações jurídicas (o conjunto de direitos e obrigações ou de direitos e deveres) sem que o feixe anterior dos direitos do trabalhador ou ficasse preservado na modificação ou, a despeito dela, tivesse continuidade em seus institutos ou em efeitos de tais institutos.

Na realidade, a refisionomização da situação jurídica, de celetista para estatutária — imposta por ato estatal, portanto, no interesse do empregador público — preservou certos institutos trabalhistas congêneres ou compatíveis com o novo regime, tais como contagem de tempo de serviço (para fins de férias, aposentadoria, gratificação natalina etc.)¹¹, assim como a remuneração, que é constitucionalmente irredutível. É o que, com muita autoridade, se lê na citada obra de ANASTACIA¹².

Todavia, mais abaixo, o ilustre tratadista teve de convir, e aí ele abre uma das chaves para a solução do problema, ao afirmar:

“A alteração de maior monta dar-se-á em razão do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS, que deixa de ser recolhido pelo Estado, por ser incompatível com a estabilidade típica do servidor público” (ob. cit., pág. 91/2, n.ºs 5.2.3).

Neste crucial ponto, dá-se o inverso do que ocorreu nas relações trabalhistas, quando o regime do FGTS sucedeu ao da estabilidade, enquanto no regime único a estabilidade sucedeu ao regime do FGTS.

Portanto — e isto é bastante elementar —, no novo regime, não mais se pode falar em FGTS, pois se trata de instituto radicalmente extirpado do quadro de direitos do servidor público e com eles incompatível.

11 Ver art. 39, § 2º da Constituição vigente.

12 Agora a p. 91, n.ºs 5.2.3.

Acrescente-se ainda: do FGTS nada se aproveita no regime novo e, ao de repente, passou o trabalhador a ficar órfão de um direito antes integrado em seu patrimônio, com a preservação constitucional do art. 5.º XXXVI, da Carta de 1988.

Ora, promovida pelo Estado-patrão a supressão unilateral de um contrato em que se abriga um direito a ele peculiar, o FGTS, é evidente que tal supressão deve acarretar efeitos ou conseqüências jurídicas sob pena de consagrar-se o enriquecimento *sine causa* ou ilícito do FGTS ou de retirar-se da própria lei deste uma das causas explícitas de seu levantamento pelo trabalhador, qual seja, a extinção do contrato de trabalho ou *ex vi legis* ou *moto* próprio do empregador. É o princípio jurídico defluente do art. 19 da Lei n.º 8.036/90 (que se remete a um seu art. 14, que não fala absolutamente nada), do art. 20, II e IX (que prevê, até, a extinção normal do contrato a termo, supondo-se que a conversão do regime fixou termo *ex abrupto* no contrato de trabalho), da Lei n.º 8.036, de 11 de maio de 1990.

A decorrência do princípio, como ato unilateral de extinção do contrato e, depois do hiato *jurídico*, a sua conversão em um regime que abriga *manifesta rejeição* pelo FGTS, em nada se diferencia do dispositivo do artigo 18 e seu § 1.º, que impõem o pagamento do Fundo e autoriza seu levantamento, em caso de "rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador" ou de "despedida pelo empregador sem justa causa", já que o trabalhador, *no concernente ao FGTS* vai para o nada jurídico. Negar o levantamento será, *ultima ratio*, ainda, nada mais nada menos que um ato de expropriação.

O que se sustenta, aqui, é que a extinção do contrato de trabalho, no que *concerne ao FGTS*, tem o mesmo efeito rescisório da dispensa ou da rescisão por ato do empregador, as quais facultam o levantamento pelo trabalhador.

De toda pertinência é a Súmula n.º 178 do extinto Tribunal Federal de Recursos, *verbis*:

"Resolvido o contrato de trabalho com a transferência do servidor do regime da CLT para o estatutário, em decorrência de lei, assiste-lhe o direito de movimentar a conta vinculada do FGTS" (TFR-Súmula n.º 178).

O antigo preceito acima sumulado dá, ao ato de extinção do contrato, a qualificação de "resolução", pois exprime com toda a objetividade: "resolvido o contrato". Quer isto significar que a "resolução" precede a transferência, pois não se carregam para o novo *status*, os mesmos direitos e obrigações que os do antigo "contractus"; sob um segundo aspecto, vê-se que, ao precisar a natureza do ato de mudança como "resolução", quis o

então TFR significar a subsequente ocorrência de conseqüências ou efeitos, quais sejam, se na esfera civil, a de indenizar ou reparar.

Dentro desta linha, decidiu o ilustre Tribunal Regional do Trabalho da 12.^a Região:

“FGTS. Alteração de regime jurídico. A alteração de regime jurídico, dito celetista para estatutário, assegura ao trabalhador não só o levantamento dos depósitos do FGTS, como o direito a comprovação de seu correto recolhimento pelo trabalhador” — TRT — 1.^a Reg. (unân.) Proc. RO-280/88. Rel. Juiz J. F. CÂMARA RUFINO” in BOMFIM, B. Calheiros & SANTOS, Silvério dos. *Dicionário de Decisões Trabalhistas*. 22.^a ed. Rio de Janeiro. Ed. Trabalhista, s/d, p. 316, Ementa n.º 2.037.

Voltando-se à Súmula n.º 178, do TFR, depara-se outra peculiar colocação, quando ali se exara que a resolução do contrato e transferência para o regime estatutário se deram em “decorrência de lei”.

O plano jurídico aqui visualizado passa a exigir uma especial, embora sucinta, exposição, em razão mesmo das dimensões deste trabalho.

Está-se sempre sustentando que a mudança de regime decorreu de dispositivo legal e até com direta escora constitucional. Significa isto que tanto a administração estatal — os órgãos estatais, encarregados de gerir o Estado —, este como *sujeito de direito*, assim como os servidores empregados estão subordinados à lei, ao Estado-lei, como *ordem jurídica*. Em razão disto, supor-se-ia a inexistência de responsabilidade do Estado-sujeito pela mudança de regime e pela cessação do contrato de trabalho.¹³

Acontece, porém, que das sucessivas colocações devem, sob este ponto de vista, ser timbradas: a) em primeiro lugar, ainda o *Estado-ordem-jurídica*, dentro do que corretamente se qualifica “Estado de Direito”, está condicionado em seu constante processo de reestruturação legal ao princípio básico da constitucionalidade e da força vinculante das normas superiores sobre as inferiores (como magistralmente compendiara HANS KELSEN). A mudança de regime, portanto, não pode atentar, ainda que pela lei, contra determinados direitos e garantias básicas, expostos na Constituição, mormente, aqui, o do ato jurídico perfeito, o do direito adquirido e o da responsabilidade por atos que importem alterações lesivas ou “ad minus” das situações jurídicas legitimamente constituídas das partes e das pessoas em geral. Entende-se, sob tal acepção, que a supressão do FGTS, como um bloco patrimonial constituído e integrado nos direitos

¹³ Cfr. o desenvolvimento da temática da dicotomia Estado-sujeito-de-direito e Estado-ordem-jurídica por nós exposto no livro *Direito Público e Direito Privado, sob o prisma das relações jurídicas*. São Paulo. Ed. Saraiva, 1975, pp. 23 e ss.

subjetivos-públicos do trabalhador estatal,¹⁴ viola princípios constitucionais fundamentais, o que é vedado à lei ao disciplinar a matéria, pois não se desatendeu ao comando constitucional da mudança de regime, *in procedendo*, atendeu-o mal, *in essentia*; b) em segundo lugar, ainda assim, ou seja, ao entendimento de que a mudança adveio da *vontade da lei e não da vontade do Estado-administrador*, ainda assim, o nexo entre uma e outra *in casu* é tão íntimo que dificilmente se poderá ocultar ter sido tal mudança levada a efeito no exclusivo, senão dominante interesse do *Estado-sujeito*, ou seja, a benefício do FGTS ou a alteração na condição de tal levantamento antes prevista e assegurada em lei nos casos de extinção do contrato de trabalho, que sofreram agudo golpe de natureza supressiva ou *in mora* danosa.

O privilegiamento não se aloca, propriamente no Estado-empregador, mas no FUNDO mesmo, este órgão ou, mais precisamente, pessoa, que passa a apropriar-se de dinheiros que não lhe pertencem e a *administrar* não *in nomine proprio*, mas *alieno nomine*.

Portanto, em qualquer ângulo a que se alce a dialética do problema, não se pode fugir do resguardo do direito de levantar-se o Fundo, em caso de mudança de regime, tal a distorção imprimida na ordem jurídica, tal o rompimento da regularidade jurídica-eficacial em que se estrutura o contrato de trabalho.

O que não se admite é a imposição da vontade do Estado-patrão como se a lei pudesse acobertá-lo de vantagens arbitrárias em detrimento da pessoa trabalhadora, a que a Constituição visou preservar na elevada pontuação de seus direitos.

7. Duas especificidades sejam alertadas.

7.1 Os trabalhadores ou servidores federais, então celetistas, tiveram seus contratos extintos no dia 11 de dezembro de 1990, data da Lei n.º 8.112, que implantou o regime único na esfera federal.

A partir, portanto, do dia 12 de dezembro, os servidores, com os contratos extintos já passaram a ter incorporado em seu patrimônio jurídico o direito ao levantamento do FGTS, pelas razões acima apontadas.

Ao editar a lei federal 8.162, de 8 de janeiro de 1991, que, no seu artigo 6.º, § 1.º, veda "o saque pela conversão de regime", o legislador já encontrou uma situação juridicamente constituída, perfeita e acabada

¹⁴ Cf. na obra que sistematizou o conceito, JELLINEK, Georg. *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*. Neudruck der 2. Auflage. Tübingen 1919. Scientia Verlag. Aalen, 1964, S. 41-53.

e não poderia fazê-la reverter, sob pena de retroatividade, lesão ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, aqui dentro do campo da intertemporalidade, em afronta ao citado art. 5.º, XXXVI da Constituição Federal. Para os federais, bem como para os servidores de outras esferas de poder que tenham tido os seus regimes implantados antes de 8-1-91, a Lei 8.112/91 chegou atrasada em sua eficácia jurídica. É írrita.

7.2 Finalmente, importa resguardar-se uma posição antiga¹⁵ que vimos sustentando e agora mais robustecida pelo entumescimento orgânico dos quadros retentores e administradores das importâncias em dinheiro do FGTS, posição esta segundo a qual o FGTS constitui uma pessoa jurídica, tem *interesses* próprios, como centro de retenção e de administração de interesses que se confundem com interesses nele centralizados. Adverte-se que de tal forma se abriu o fosso, que os interesses são na sua quase totalidade contrapostos aos dos trabalhadores. E, em razão de tal posição, é indispensável sejam ou concomitantemente acionados ou notificados da reclamatória visando ao levantamento do Fundo tanto a Caixa Econômica Federal, e o Ministério do Trabalho e da Previdência Social (que é mero órgão, mas a que a Lei n.º 8.036/90, art. 25, parágrafo único, dá legitimação processual para isto e a ponto de o art. 26 dizer que, além da Caixa, o Ministério do Trabalho e da Previdência Social pode figurar como “litisconsorte” — *sic*).

Não pode prescindir o aplicador, em casos tais, de uma ampla abordagem do tema e a nível de ordem jurídica, em que se resguardam os princípios da legalidade e o consectário da constitucionalidade.

O contrasenso não transita apenas pelo absurdo lógico, mas contamina também e substancialmente a ciência jurídica e seria um contrasenso convir na legitimidade de um ato (a supressão do FGTS) ínsito no contrato de trabalho que compõe um de seus pressupostos até de afirmação. Nasce o pacto optando-se.

Com sua proverbial percuciência e acuidade, observou CÉLIO GOYATA, cuja lição nunca nos servirá tanto:

“Ora, o contrato de trabalho é um contrato realidade e deve ser interpretado em consonância com os pressupostos de sua pactuação” — Da Dissolução dos Contratos de Trabalho a Termo “*incertus quando*”. — Separata da *Revista dos Tribunais*. Vol. 243 — janeiro-1956, pp. 42 a 80.

15 Cf. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. “Fundo de Garantia e Personalidade Jurídica”, in *Direito do Trabalho e Fundo de Garantia: Temas atuais de direito material e processual*, São Paulo. Ltr. 1978, especialmente à p. 35.