

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



**SENADO FEDERAL**  
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JULHO A SETEMBRO 1974 — ANO XI — NÚMERO 43

# A CONSTITUIÇÃO, A CLT E O FGTS

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena

1 — A cindibilidade conceitual do Direito Brasileiro do Trabalho. 2 — A diversidade de fins e o desdobramento dos princípios retores advindos da Constituição de 1967. 3 — Os núcleos de interesses tutelados pelo atual Direito Brasileiro do Trabalho. 4 — O comportamento interpretativo do investigador e do aplicador da legislação do Trabalho, à luz da Carta de 1967. 5 — O empregado estável-optante e a rescisão de seu contrato de trabalho. 5.1 — Quadro constitucional e legal, em que se apóia a doutrina que entende necessário o inquérito judicial. 5.2 — A estrutura normativa, sua direção, sua exegese e o descabimento do inquérito. 6 — Exposição. 7 — Conclusões.

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

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

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

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

2. Desde logo, impõe-se saliente que a instituição do regime do FGTS contribuiu para a abertura, ou reabertura, do plano negocial das relações individuais de trabalho e, conseqüentemente, para o desfiguramento da rigidez estrutural que representa a Consolidação das Leis do Trabalho, em sua integralidade.

Por outro lado, formou-se um sistema de canalização de créditos trabalhistas que, acumulando-se, retendo-se e se escoando por órgãos estatais ou vinculados, em suas operações, a diretrizes estatais (o Fundo e o BNH), extralimitou ao mesmo tempo em que peculiarizou o campo finalístico do Direito do Trabalho. Para além da tutela das relações entre empregado e empregador e/ou da tonificação da vontade jurídica deste, o economicamente débil, na acepção de GALLART FOLCH, <sup>(1)</sup> cumpre essa disciplina destinações ligadas a programas estatais de desenvolvimento econômico e de bem-estar geral (o problema da habitação), fim esse, quanto à sua especificidade, inteiramente estranho àqueles que, direta e correntemente, lhe dizem respeito. <sup>(2)</sup>

(1) GALLART FOLCH, Alejandro. *Derecho Español del Trabajo*, Barcelona — Rio de Janeiro, Editorial Labor S/A, 1936, pág. 16

(2) Cfr. PEREZ BOTIJA, Eugenio. *El Derecho del Trabajo*, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1947, págs. 19 a 33, esp. 26 e seqs.

Ressalve-se, em corte econômico, que a intensa programação de investimentos na faixa da construção civil atende à procura de emprego, reduz os percentuais de desemprego, o que acaba por fazer com que o Direito do Trabalho se reencontre com um de seus fins sociais e econômicos: o pleno emprego e a expansiva redistribuição de rendas. (9)

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

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

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

Antes de distribuí-los em função do novo regime do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço, é indispensável se advirta outra direção da ordem jurídica brasileira, quando se refere às relações de trabalho com a União, as autarquias federais e as empresas públicas federais, seja no que toca ao direito material (art. 106 da Constituição Federal), seja no que toca à competência (arts. 110 e 125, I, da Constituição Federal).

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

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

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

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

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

(9) Cfr. BARLETTA, Salvatore, *La Disoccupazione — Cause e Remedi*, Milano, A. Giuffrè Ed., 1954, págs. 21/22; e SALVADOR BULLÓN, Pablo e SALVADOR BULLÓN, Hilario, *La Teoría del "Full-Employment"*, o *Trabajo Para Todos*, Madrid, Ministerio del Trabajo, 1955, págs. 119 a 121.

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

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

Observe-se, **en passant**, que a legitimação originária para a cobrança de contribuições do FGTS não recolhidas cabe ao BNH, pelo INPS (legitimado processualmente), e a do empregado é ou concorrente ou subsequente (para acionar, não para receber, pois quem deve receber é o Fundo, pelo BNH), como se vê dos arts. 20 e 21 da mesma Lei.

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

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

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

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

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

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

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

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

Nada de estranho há em sustentar que a prescrição para ser acionada consuma-se com cinco e não dois anos (Lei nº 5.107, art. 20, parte final, que diz "pela mesma forma e com os mesmos privilégios das contribuições devidas à Previdência Social).

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

O exame de tão delicada questão não pode reter-se nos marcos da lei ordinária. Impõe incursões à Constituição.

5.1. Há corrente doutrinária e manifestações jurisprudenciais que sustentam dever a despedida, em casos tais, preceder-se de inquérito judicial e só por sentença consumir-se.

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

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

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

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

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

6. A regra do art. 160, I a VI, da Constituição tem caráter principiológico.

Condensa pensamento político dominante, como postulado e diretriz, que atenderá o Estado brasileiro na sua destinação econômico-social.

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

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

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

Ambos os dispositivos, os arts. 160 e 165 da Carta de 1967, com a Emenda Constitucional de 17 de outubro, condensam ordenações jurídicas fundamentais que, no ensinamento de HELMUT COING, modelam, no plano político, social e econômico, uma ordem jurídica ("Diesen Ordnungsgrundsätze ergeben vorbildliche Modelle der sozialen Ordnung"). (4)

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

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

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

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

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

O que sucede, porém, a despeito da força imediatamente asseguradora do § 3º do art. 158 da Constituição Federal — que resguarda o direito adquirido —, é que esse dispositivo não tem aplicação na situação jurídica ora em exame, por se definirem de maneira diversa as posições jurídicas, cuja titularidade se arroga o empregado estável-optante e dispensado.

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

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

(4) COING, Helmut. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 2. Auflage. Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1970, S. 199, 2.

indiscutível paridade tutelar, esteja ela sob as condições rescisórias da CLT, esteja ela regulada pelos efeitos do FGTS.

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

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

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

Por outro lado, definido o **direito subjetivo** como um poder jurídico ou negocial, que a ordem jurídica confere a determinada pessoa (*Rechtsmacht*), como, em geral o acepciona LANGE ("Das subjektive Recht ist einmal mehr als ein allgemeines gesellschaftliches oder rechtliches Dürfen")<sup>(5)</sup> e definido o **direito adquirido** como a intocabilidade ou a imutabilidade desse poder jurídico por vontade estranha à de seu titular, chega-se à elemental conclusão que também o poder de disponibilidade e de negociabilidade desse direito é garantido pela ordem jurídica.

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

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

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

A **renúncia** pressupõe o despojamento de um direito. O seu titular dele abdica-se, como condensa CÁIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ao defini-la o abandono voluntário do direito.<sup>(6)</sup> Por ela não se contrapresta. Encontra-se límpida, em sua fonte de irradiação jurídica, no ato unilateral do titular de direito, que dele abre mão.

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

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

(5) LANGE, Heinrich, *BGB-Allgemeiner Teil*, 10. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 1968, S. 81, 2. "a"

(6) PEREIRA, Cáio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, Rio, Ed. Forense, 1966, T. 1, pág. 278.



Por ato dependente de sua vontade que, em se tratando de estabilidade, não sofre a mínima interferência da vontade do empregador (salvo, como, por vezes sucede, a pressão por sanções indiretas, de natureza econômica, com a supressão de aumentos espontâneos, cessação de estímulos financeiros ou de natureza funcional, pelas alterações admissíveis, não-acesso), o empregado garante-se de situação jurídica diversa da que anteriormente o titularizava a ordem jurídica (cfr., para a transmissão de direito, como uma de suas modalidades, o poder de disposição do sujeito — "abhängige Verfügung über seine Rechtsmacht", LANGE). (7)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7 - LANGE, op. cit., p. 96, l. 75"

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A indenização resultante de um inquérito judicial reforça até o convencimento de que esse remédio processual não tem por fim garanti-la, mas a estabilidade. Impraticável esta, concede-se aquela.

No mesmo círculo de apreensão jurídica, nota-se que a indenização postulável por empregados estáveis, nas hipóteses dos arts. 497, 498 e 499, *caput*, da CLT, cumpre-se pelas vias da reclamatória.

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

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

7. Em linha de conclusão: a) no plano constitucional, equivalem-se os regimes da CLT e o do FGTS; b) quem dita os termos dessa equivalência é o legislador ordinário; c) o direito adquirido ao emprego pode ser objeto de transação; d) transação não se confunde com renúncia e com renúncia não se confunde a opção, que é forma de substituição de regimes jurídicos; e) optante o empregado estável, nada obsta seja despedido; f) o remédio processual, em que se vai discutir a indenização do estável-optante despedido, é a reclamatória comum e não o inquérito; g) este tem por exclusiva finalidade a dispensa do empregado, se portador de estabilidade.