

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, ⁽¹⁾ 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. ⁽²⁾

(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 acepçiona LANGE ("Das subjektive Recht ist einmal mehr als ein allgemeines gesellschaftliches oder rechtliches Dürfen")⁽⁵⁾ 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.⁽⁶⁾ 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 nexó 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.