



CENTRO UNIVERSITÁRIO DR. LEÃO SAMPAIO – UNILEÃO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

PEDRO CAETANO DE OLIVEIRA NETO

**REGIME JURÍDICO ESTATUTÁRIO: A PERSPECTIVA DO LEVANTAMENTO
DO FGTS EM VIRTUDE DA MUDANÇA DO REGIME CELETISTA PARA
ESTATUTÁRIO**

Juazeiro do Norte
2019

PEDRO CAETANO DE OLIVEIRA NETO

**REGIME JURÍDICO ESTATUTÁRIO: A PERSPECTIVA DO LEVANTAMENTO
DO FGTS EM VIRTUDE DA MUDANÇA DO REGIME CELETISTA PARA
ESTATUTÁRIO**

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito do Centro
Universitário Dr. Leão Sampaio, como
requisito para a obtenção do grau de
bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Espec. Rawlyson Maciel
Mendes

Juazeiro do Norte
2019

PEDRO CAETANO DE OLIVEIRA NETO

**REGIME JURÍDICO ESTATUTÁRIO: A PERSPECTIVA DO LEVANTAMENTO
DO FGTS EM VIRTUDE DA MUDANÇA DO REGIME CELETISTA PARA
ESTATUTÁRIO**

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito do Centro
Universitário Dr. Leão Sampaio, como
requisito para a obtenção do grau de
bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Espec. Rawlyson Maciel
Mendes

Data de aprovação: ___/___/___

Banca Examinadora

Prof.(a) _____
Orientador(a)

Prof.(a) _____
Examinador 1

Prof.(a) _____
Examinador 2

*Dedico inicialmente ao tempo de
aprendizado e conhecimento
adquiridos ao longo do curso, aos
meus pais por acreditarem nessa
vitória e amigos por estarem
sempre presentes.*

AGRADECIMENTOS

Iniciando os agradecimentos, agradeço a Deus por me proporcionar esse momento único, a conclusão do curso de Direito e realização de uma vontade escolhida desde criança. Agradeço por me alimentar com forças para as batalhas da vida e dificuldades encontradas nesta caminhada, não deixando faltar a esperança para concluir mais essa etapa na vida.

Agradeço a todos da minha família pela contribuição realizada de alguma forma para minha formação pessoal, profissional, educacional, intelectual, em especial aos meus pais que são a base de tudo para sempre! Ensinarão-me tudo da maneira simples e correta, também fizeram de tudo para garantir essa oportunidade e assegurar meu futuro para seguir a vida com os próprios passos.

Agradeço ainda aos amigos adquiridos nesse intervalo, em especial aos colegas, Gledison Lima, Breno Fontes, Elias Felix, Geniericon, Igor Dias, Fabio Lemos, Matheus, Christian Freitas, Daniel Cavalcante, Gardênia Maria, Elaine Lobo, Vitoria, Bruna, Stefanny, Ana Carla, Aline, Clarissa, Camila, Corrynha, Kiary Julia, Lara, pela oportunidade de conhecê-los, sendo compartilhado diversos momentos nesse período.

Agradecer aos membros da Instituição, aos professores e coordenadores do curso de Direito pelo conhecimento apresentado, pelas experiências compartilhadas, pelas dificuldades vencidas, pela amizade adquirida!

Por fim, obrigado a todos.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a investigação sobre a possibilidade do levantamento do FGTS para servidores públicos em virtude da mudança do regime de celetista para estatutário. Como metodologia, foi adotada a pesquisa bibliográfica e documental, expositivo-exploratório. O trabalho foi dividido em três capítulos, nos quais houve exploração do contexto histórico e conceituais, a fim de facilitar a leitura dos temas seguintes a serem trabalhados. Em seguida, os regimes estatutário e celetista, bem como a relação com o FGTS, tratando de suas características e finalidades, conforme expressos em lei. Ainda, no terceiro capítulo, foram trabalhados os contextos legais, constitucionais e, ainda, jurisprudenciais que ensejaram a edição da Súmula nº 382 do TST. Os resultados mostram a existência da possibilidade do levantamento, tem-se uma barreira por falta de unanimidade sobre a temática, sendo necessário demandar judicialmente para concessão. Conclui-se a existência de um direito já adquirido pelos servidores estatutários que migraram do regime celetista.

Palavras-chave: FGTS. Servidor Público. Regime Jurídico. Súmula nº 382 do TST.

ABSTRACT

The present work has the objective of investigating the possibility of raising the FGTS for public servants due to the change from the regime of grantista to statutory. As a methodology, the bibliographic and documentary research, expositive-exploratory, was adopted. The work was divided in three chapters, in which the historical and conceptual context was explored, in order to facilitate the reading of the following themes to be worked on. Next, the statutory and bargaining regimes, as well as the relationship with the FGTS, dealing with its characteristics and purposes, as expressed in law. Also, in the third chapter, the legal, constitutional, and jurisprudential contexts that led to the edition of Precedent n° 382 of the TST were worked out. The results show the existence of the possibility of the survey, there is a barrier due to lack of unanimity on the subject, and it is necessary to file a lawsuit for the concession. It concludes the existence of a right already acquired by the statutory servants who migrated from the bargaining regime.

Keywords: FGTS. Public Worker. Juridic Sistem. Precedent n. 382 from TST.

SUMÁRIO

	página
1 INTRODUÇÃO	9
2 CAPÍTULO 1: CONTEXTO HISTÓRICO E CONCEITOS	11
2.1 CONCEITO DE DIREITO DO TRABALHO	11
2.2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO	13
2.3 O FENÔMENO CONSTITUCIONAL JUS-TRABALHISTA: ASPECTOS PRÉ- CONSTITUIÇÃO DE 1988.	16
3 CAPÍTULO 2 – ASPECTOS JURÍDICOS E LEGAIS	20
3.1 REGIMES JURÍDICOS FUNCIONAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	21
3.1.1 Regime celetista	23
3.1.2 Regime estatutário	25
3.2 FGTS E SUA ABRANGÊNCIA	27
3.2.1 Características do FGTS	28
3.2.2 Beneficiários e finalidade do FGTS	29
3.3 SERVIDORES E FGTS	30
4 CAPÍTULO 3 – A TRICOTOMIA LEI, CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, A SÚMULA Nº 382 DO TST E O REGIME ÚNICO DOS SERVIDORES	33
4.1 A SUSPENSÃO DO REGIME ÚNICO AOS SERVIDORES PÚBLICOS PELO STF: EC 19 <i>VERSUS</i> ADI Nº 2.135.....	33
4.2 SÚMULA Nº 382 DO TST E SEUS IMPACTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO	35
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	43

1 INTRODUÇÃO

Partindo do ponto que o trabalho surge junto com o homem, pois este necessita transformar a natureza para satisfazer as necessidades, o trabalho veio sofrendo modificações, dentre elas surge o trabalho escravo onde havia uma exploração de mão de obra dos negros, sendo abolido no Brasil em 1888 com a implementação da Lei Áurea. Em 1943 foi criada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), estando em vigência.

A lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) de 1990, foi criada na época do regime militar, com intenção de organizar a relação de empregado e empregador para a substituição da estabilidade do emprego, sendo que o trabalhador poderia optar pelo FGTS ou Estabilidade Decenal. Contudo a Constituição Federal de 1988 (CF/88), estabeleceu o FGTS como um direito do trabalhador e acabou com o regime alternativo de estabilidade.

A partir da criação da lei houve vários requisitos que autorizavam os trabalhadores a terem acesso aos valores do fundo de garantia por tempo de serviço. Situação essa que foi flexibilizada com a reforma trabalhista que criou uma nova hipótese para recebimento do FGTS.

A partir do momento em que o FGTS ficou estabelecido pela CF/88 como um direito, qual a consequência da mudança do regime jurídico de celetista para estatutária irá implicar no levantamento do mesmo?

Como houve uma flexibilização pela reforma trabalhista, houve uma modificação para o saque do FGTS, onde poderá ser sacado mesmo na dispensa sem justa causa, gerando facilitação para o trabalhador.

Como os valores depositados pelos empregadores não ficam parados, os recursos são aplicados em projetos públicos, o governo utiliza o dinheiro para realizar investimentos que a iniciativa privada não faz. Diante disso, os setores econômicos relacionados ao consumo de bens e serviços criam uma expectativa para que as pessoas gastem esse dinheiro. Por outro lado, parte dos brasileiros deve usar os recursos do FGTS para quitar parte dessas dívidas, gerando uma redução na taxa de inadimplência ou, pelo menos, as pessoas ficarão menos endividadas.

No conteúdo do primeiro capítulo, foi desenvolvido o contexto histórico, conceitos e constituições anteriores a 1988, sobretudo quanto aos direitos trabalhistas e sociais anteriores à Constituição cidadã. Para tal, dividiu-se o capítulo da seguinte maneira: conceito de direito do trabalho, evolução histórica do direito do trabalho e, por fim, sobre os contextos fenomenológicos justrabalhistas.

No capítulo segundo, foram trazidos os aspectos jurídicos e legais que retratam a questão do regime celetista e estatutário no âmbito da Administração Pública, referente ao

FGTS. Nele foram trabalhados os regimes funcionais (celetista e estatutário), bem como as questões referentes ao FGTS e sua abrangência, subdividindo esse tópico em características do FGTS e seus beneficiários, bem como a finalidade de sua existência. Ainda dentro do capítulo, foram trabalhadas as questões inerentes ao FGTS e servidores.

Por fim, no último capítulo, trabalharam-se os aspectos tricotômicos, nos quais se verificaram os pressupostos legais, a Constituição e a Súmula do TST. Para tal, se inicia a discussão sobre a suspensão do Regime Único, dada pela redação original da Constituição Federal, que veio pela ADIn nº 2.135, que suspendeu, em medida cautelar, a eficácia da EC nº 19. Após, foram verificados pontos da Súmula nº 382 do TST e seus precedentes, que possibilitam o levantamento do FGTS.

Diante do exposto, o objetivo desse trabalho é investigar os impactos referentes a mudança de regime de celetista para estatutário referente ao levantamento do FGTS, abordando um entendimento dos dispositivos legais.

Os métodos utilizados para a realização do trabalho são: a pesquisa exploratória, bibliográfica, documental e qualitativa, tendo em vista que se busca a melhor discussão e compreensão para o trabalho.

Portanto, presume-se que será o melhor caminho a seguir. Trazendo aspectos reais, que não são relacionados e precisam de um olhar mais detalhado. A abordagem ganha valor para o estudo, no momento prático vivido pelos servidores públicos.

Tendo escolhido a pesquisa exploratória por conta da finalidade principal a ser desenvolvida, estar voltada para modificar conceitos e ideias para trazer uma visão mais aproximada sobre a causa citada. Sendo assim podemos catalogar as demandas envolvendo a temática e trabalhar o problema de maneira detalhista para os interessados na causa e população na sua forma geral. Não privando, a utilização de jurisprudências, precedentes, doutrinas, súmulas, legislações para que assim o resultado possa ter qualidade.

2 CAPÍTULO 1: CONTEXTO HISTÓRICO E CONCEITOS

2.1 CONCEITO DE DIREITO DO TRABALHO

Para entender a essência e elementos que compõem o direito do trabalho há posturas jurídicas a serem adotadas de acordo com a perspectiva analisada. Quando se fala de sujeitos que compõem uma relação jurídica sob uma ótica especializada, estamos em uma perspectiva subjetiva. Se falarmos sobre o ponto da matéria e conteúdo de relações jus trabalhistas temos o ponto de vista objetivo. Surgindo assim a mista, que relaciona os aspectos individuais trabalhados anteriormente em uma visão conjunta (DELGADO, 2010).

Com base nisso, as dimensões abordadas possuem um entendimento no aspecto subjetivo, objetivo e misto. Sendo eles, o subjetivo conforme exposto por Hueck e Nipperdey *apud* Delgado (2010), o objetivo exposto por Donato *apud* Delgado (2010) e a mista sendo exposta por Magano *apud* Delgado (2010):

É *subjetivista* a definição por Hueck e Nipperdey: “... o Direito do Trabalho é o direito especial de um determinado grupo de pessoas, que se caracteriza pela classe de sua atividade lucrativa (...) é o direito especial dos trabalhadores (...) O direito do Trabalho se determina pelo círculo de pessoas que fazem parte do mesmo”. É *objetivista* a definição por Donato: “corpo de princípios e de normas jurídicas que ordenam a prestação do trabalho subordinado ou a este equivalente, bem como as relações e os riscos que dela se originam”. É *mista* a definição por Magano: “conjunto de princípios, normas e instituições, aplicáveis à relação de trabalho e situações equiparáveis, tendo em vista a melhoria da condição social do trabalhador, através de medidas protetoras e da modificação das estruturas sociais”. (DELGADO, 2010 – grifos do autor)

Diante das três correntes esplanadas, observa-se que o subjetivista considera a relação de emprego como forma de categoria fundamental sobre a construção do direito do trabalho, o que se torna inconsistente do ponto de vista científico, pois nem todas as relações jurídicas são regidas por um ramo jurídico de forma limitada como trata a visão subjetivista. Já a objetivista se apresenta mais flexível no tocante a regulamentação trabalhista e jurídica, por conta da visão das relações jurídicas que esta proporciona, saindo de um ponto específico e passando a abranger de forma conjunta. Portanto a utilização que melhor satisfaz seria a mista, por balancear a utilização de um perante o outro, são faces da mesma moeda, portanto não há como separar a preocupação social com aplicação da lei, apenas adequar na sua utilização prática.

A partir disso, conseguimos desenvolver o chamado Direito Individual do Trabalho e Direito Coletivo do Trabalho, sendo o primeiro um conjunto de princípios, regras e institutos

jurídicos que regulam a relação de pessoas e matérias envolvidas na relação empregatícia do trabalho. Já no segundo tem-se um conjunto de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam as relações laborais entre empregados e empregadores, além de outros grupos jurídicos especificados. Surge então, a compreensão de Direito do Trabalho que é a junção de regras e princípios jurídicos reguladoras das pessoas propriamente ditas com a coletividade empregatícia desenvolvida dentro de uma relação de trabalho.

Assim, deve-se observar uma diferença entre a história do trabalho e história do direito do trabalho. A história do trabalho baseou-se na organização social e no modo de produção desenvolvido naquele período. Na história do direito do trabalho, a concepção veio através da norma e seu meio de fim, ou seja, a aplicação destas se deram de acordo com as causas e os valores admitidos a época (NASCIMENTO, 2014).

Para Martins Filho (2017), a expressão Direito do Trabalho possui característica reguladora das relações de trabalho individuais e coletivas. Está interligado aos valores sociais do trabalho e livre iniciativa com as bases fundamentais do estado.

Com isso chegou-se na expressão direito do trabalho, conforme conceituado, sendo definido como um ramo de Direito Público, ou seja, a maioria das normas protegem a segurança no trabalho, inspeção, organização judiciária do trabalho, conflitos trabalhistas, preocupando-se tanto o trabalhador individual como as entidades sindicais, o bem-estar social como um todo (MARTINS FILHO, 2017).

Tratando na perspectiva de Cairo Junior (2017) o direito do trabalho segue regras e princípios ordenados dentro da relação de trabalho, onde existe a hipótese de subordinação. Já o direito laboral, observa um aspecto objetivo com finalidade de prevenção de irregularidades previamente acordadas.

Para Cairo Junior (2017) a origem do Direito Laboral veio ser desenvolvido na teoria clássica, onde o cuidado estava voltado simplesmente para a relação de emprego subordinada. Entende o autor que isso é falho, pois deixa de abranger outras categorias como os profissionais liberais, contratos de empreitada, dentre outros. Compreende que as relações de trabalhos são amplas, abrangendo relações onde há subordinação e espécies em que não existe subordinação de trabalho.

Para Cairo Junior (2017) a expressão Direito do Trabalho é uma criação para designação de ciência jurídica. Ocorre que o autor defende a utilização de Direito Social, por tratar de uma amplitude geral para o trabalhador e seus dependentes. Critica-se esse termo por conta que o direito em si já seria para abranger o âmbito social que contemplaria todas as hipóteses jurídicas cabíveis.

A partir disso, conseguimos desenvolver o chamado Direito Individual do Trabalho e Direito Coletivo do Trabalho, onde o Direito Individual trata de ações intersubjetivas, no sentido de que cada ramo possui sua divisão e organização específica para lidar na relação intersubjetiva, sendo regulada pela subordinação jurídica no âmbito contratual, logo é um ramo de Direito Privado redigido por um conjunto de princípios e regras dentro da relação de trabalhador e empregador, contendo também hipóteses para o descumprimento dos requisitos acordados pelo contrato. Sobre o Direito Coletivo do Trabalho, sendo essa nomenclatura justamente por representar o ente coletivo, o interesse de uma classe de pessoas, diferindo do Direito Individual do Trabalho por não representar individualmente, logo é um ramo do Direito Privado, basicamente regula sindicatos de categorias profissionais e sindicatos da categoria econômica a fim evitar conflitos entre as pessoas interessadas.

2.2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

O surgimento do trabalho ocorreu desde os primórdios, com o passar do tempo um homem começa a servir outro homem e assim surge uma ideia do que seria uma relação de trabalho. A partir disso, a expressão direito do trabalho passou a existir como consequência social da Revolução Industrial do século XVIII na Inglaterra, trazendo consigo aspectos socioeconômicos, políticos, culturais e humanistas. Um novo paradigma iniciou-se, acarretando os efeitos do capitalismo, como substituição do trabalho manual por máquinas, gerando uma nova forma de trabalho e de produção (NASCIMENTO, 2014).

Para Cairo Junior (2017), o direito não surge do nada, portanto as regras jurídicas surgem a partir da necessidade dos seres humanos em convivência social que reflete no tempo, no espaço e cultura de cada época. Sendo assim analisaremos os aspectos políticos, econômicos e sócias para o surgimento do direito em suas especialidades para entender e compreender a melhor aplicação do direito.

A Revolução Industrial marcou a origem do trabalho conforme a visão de alguns doutrinadores, uma sociedade que vinha da época do feudalismo, agricultura, trabalho braçal, inexistência de perspectiva de mudança, pelo fator de serem muitos explorados e pobres na maioria dos casos.

Salienta-se ainda que, independente da Revolução Industrial, as relações de trabalho sempre aconteceram em outras épocas e, portanto, a concepção de Direito Laboral tem o objeto da relação de trabalho subordinado, conforme mencionado no conceito de direito laboral já citado. (CAIRO JUNIOR, 2017).

Com a inovação, as máquinas, a produção de materiais como pregos, tecidos, aço, dentre outros, cresceram de forma gigantesca comparado a produção realizada antes sem auxílio das máquinas. Nesse ritmo, não demoraria muito para acontecer a divisão do trabalho e as primeiras especializações, novas formas de organização do trabalho. Acompanhando esse ritmo, veio a eletricidade para acrescentar e adequar as máquinas. Portanto ocorreu uma maior busca pelo empresário no tocante à contratação de mão de obra, ocasião que contratava o trabalhador não qualificado recém-chegado à cidade, em busca de qualquer coisa que pudesse gerar dinheiro para sustentar-se como também a família que o acompanhava, além de enfrentar as dificuldades adquiridas como doenças, criminalidade, dificuldades sociais, onde as cidades não estavam preparadas para receber essa mudança e quantidade de forma imediata (NASCIMENTO, 2014).

O direito do trabalho, em seu processo de formação, na Inglaterra, tratou de normas protetivas a menores em um primeiro momento. Em um segundo momento, na Revolução Francesa (1789), desenvolveu-se uma percepção de igualdade entre os cidadãos, baseado na liberdade contratual e ausência do Estado em normas contratuais ou econômicas. O que gerou a alta da mão de obra na atividade das fábricas para dar vazão ao grande volume de produção exigido. Contudo, o que ocorreu foi uma exploração dos trabalhadores, tendo como consequência fragilidade sobre a proteção propriamente dita. Sobre o terceiro momento, temos a Conferência de Berlim, que admitiu direitos trabalhistas com uma nova postura, no sentido de classes coletivas, tornando-se o que temos hoje, as entidades sindicais.

A perspectiva da Revolução Francesa deixou marcas como as ideias de igualdade, liberdade e fraternidade, tendo em vista a perspectiva do Estado voltada para a ótica mais liberal, abrindo margem para a liberdade do cidadão perante o Estado. Como consequência, a ascensão do princípio da autonomia da vontade passa a ser dogma, da mesma forma que ocorreu a máxima latina *pacta sunt servanda*, a força obrigatória dos contratos. (CAIRO JUNIOR, 2017).

Sobre essa primeira fase o autor (Delgado, 2010) refere-se como uma manifestação incipiente ou esparsa, restringindo a utilização de menores. Essa fase se destaca, por dar o pontapé inicial sobre algo além de perspectiva de direito, algo para ser aplicado como um direito ou regulamentação trabalhista. Sobre a segunda fase, o autor (Delgado, 2010) aborda como uma sistematização e Consolidação, tendo como referência principalmente a revolução francesa, que retrata a primeira grande ação coletiva sistemática na estrutura socioeconômica da época perante a “ordem” então vigente. Há também o reconhecimento do direito de associação e greve e a fixação da jornada de 10 horas, tendo reflexos também na Inglaterra. A terceira fase, chamada também de institucionalização do direito do trabalho, possui reflexos bem mais fortes

do ponto de vista jurídico, em que o direito do trabalho passa a ter absoluta cidadania nos países de economia central. Cria-se a organização internacional do trabalho, constitucionaliza-se o direito do trabalho, ou seja, pela primeira vez surge uma legislação autônoma trabalhista de larga escala no ambiente jurídico do século XX.

Tratando do direito do trabalho brasileiro, é importante ressaltar que a formação do país é colonial, economia agrícola e com ênfase na relação escravista. Então, temos como marco histórico a Lei Áurea, que cumpriu o papel de mudança para o novo mundo do direito trabalhista, utilizando a fórmula social da força de trabalho que é a relação de emprego (DELGADO, 2010).

A partir dessa abordagem, a mensagem a ser transmitida com base na Lei Áurea é de garantia na aplicação de alguns aspectos legais. Conforme visto anteriormente, no período inicial não existia essa condição, então ocorreram transformações sociais desde a revolução industrial e revolução francesa para, então, chegar ao Brasil, para ocorrer a integralização de algumas normas firmadas, dando início à caminhada jurídica brasileira.

Sobre a primeira fase, ou seja, as Manifestações Incipientes ou Esparsas, o desenvolvimento aconteceu na área agrícola cafeeira em São Paulo, em paralelo com a emergente industrialização do Distrito Federal (Rio de Janeiro). Essas manifestações autônomas e de negociação privada oscilam, no sentido de não ser período constante, sendo dependente ainda dos ciclos de produção e da mão de obra estrangeira, que possuía certo conhecimento jurídico. Tratando da segunda fase, a institucionalização do direito do trabalho é vista sob a ótica administrativa e legislativa do Estado, o qual tem o marco iniciado no período de 1930, firmando um novo modelo trabalhista até o final da ditadura getulista, em 1945, onde a política trabalhista de Getúlio Vargas passa a ter maior aceitação, influenciada pelo modelo corporativista italiano.

Iniciando a instauração, possibilitando a coordenação das ações institucionais da administração federal com a criação do Ministério do trabalho, indústria e comércio pelo decreto n. 19.443 de 26 de novembro de 1930; instalação do departamento nacional do trabalho pelo decreto n. 19.671-A; Regulamentação sindical através do decreto nº. 19.770.

Para Cairo Junior (2017), o Direito do Trabalho no Brasil não tem sua criação relacionada diretamente com os movimentos sindicais dos trabalhadores da época, surgiu então da concentração dos grandes proletariados nas grandes cidades, que desenvolveram no ritmo da Revolução Industrial, tendo sido instaurada no Brasil a partir do século XX. Momento que o Presidente, senhor Getúlio Vargas, acrescentou várias medidas legislativas, gerando impactos

extremamente positivos para a autonomia do Direito do Trabalho Brasileiro, como a criação da Consolidação das Leis Trabalhistas, pelo Decreto-Lei de número 5.452 de 01 de maio de 1943.

2.3 O FENÔMENO CONSTITUCIONAL JUS-TRABALHISTA: ASPECTOS PRÉ-CONSTITUIÇÃO DE 1988.

De acordo com Afonso (2015), no tocante ao direito do trabalho no âmbito constitucional brasileiro, temos as constituições que tratam sobre essa temática. Iniciando pela primeira Constituição Política do Império do Brasil de 1824, que não tinha nenhuma pretensão de regular direitos trabalhistas, mas fez uma menção ao trabalho em seu artigo 179 sobre direitos civis. O referido art. 179 dispunha o seguinte:

A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos. XXV. Ficam abolidas as Corporações de Officios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres. (BRASIL, 1824).

De acordo com a época, percebe-se uma influência da revolução francesa de 1789, por conta da proximidade do contexto histórico e, com isso, alguns aspectos e formas incorporados no ordenamento constitucional de 1824, como, por exemplo, a abolição das corporações de ofício (artigo 179, XXV), que tratava da liberdade de ofícios e profissões, tirando, assim, qualquer restrição pelo Estado.

Dando continuidade, temos a Constituição de 1891, a segunda do Brasil, já moldada em uma perspectiva histórica diferente, tendo em vista a proclamação da República em 1889, que marcou a primeira Constituição republicana. Ainda com aspectos da Revolução Francesa, como a mudança para um Estado laico, a preocupação em manter a liberdade adquirida na Constituição anterior e acrescentar a oportunidade de associação, positivado no artigo 72, §8º que dispunha:

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: § 8º A todos é licito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a policia senão para manter a ordem publica. (BRASIL, 1891).

Apesar de ser uma medida pequena, aos poucos o direito trabalhista estava sendo preparado para o futuro. Não havia como falar em associações de trabalhadores por conta da ausência de norma sobre direito do trabalho.

Na sequência temos a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, a primeira a tratar sobre o direito do trabalho propriamente dito, portanto, podemos dizer que esta é a Constituição mais importante para os direitos trabalhistas, pois aqui foi o surgimento de direitos sindicais, direitos trabalhistas e até mesmo da Justiça do Trabalho, ganhando o Título IV que trata da Ordem econômica e Social, abrangendo esses direitos trabalhistas em muitos aspectos como: a proibição de diferença salarial; a regulamentação de oito horas diárias na jornada de trabalho; a proibição do trabalho para o menor de quatorze anos; implementando a indenização na dispensa sem justa causa; o reconhecimento de convenções coletivas de trabalho; especificando também o trabalhador rural; por último os conflitos oriundos de relação de empregatícia. (AFONSO, 2015)

A partir desta Constituição, podemos dizer que os direitos trabalhistas começaram a caminhar a passos largos, trazendo os princípios basilares que vieram evoluindo nas próximas Constituições.

Iniciando um novo momento de intervenção do Estado, surge a Constituição de 1937 chamada de Constituição dos Estados Unidos do Brasil, outorgada por Getúlio Vargas.

Seguindo a mesma linha de raciocínio desenvolvida/iniciada na constituição anterior de forma expressa, tratou de regulamentações como a proteção do Estado aos trabalhos intelectuais, técnico e manual, garantindo condições de subsistência por meio de trabalho, que deve ser protegido pelo Estado, conforme consta no artigo 136, da CF/1937. Também trata de direitos aos contratos coletivos de trabalho concluídos pelas associações, legalmente reconhecidas de empregadores, trabalhadores, artistas e especialistas, sendo os direitos aplicados a todos os associados, trazendo garantias adquiridas na constituição pretérita, conforme artigo 137, CF/1937.

Dentre outros pontos, merece destaque o artigo 140, da CF/1937 que determina:

Art. 140 - A economia da produção será organizada em entidades representativas das forças do trabalho e que, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos deste e exercem funções delegadas de Poder Público. (BRASIL, 1937).

Nesse aspecto fica configurado a intervenção estatal no sentido de rearticular e submeter as estruturas econômicas do poder ao Estado.

Seguindo, temos a quinta Constituição do país, a CF/1946, a qual foi promulgada após o período republicano autoritário, trazendo consigo uma vontade de reestabelecer um governo mais “livre”, buscando reintegrar os preceitos democráticos da CF/1934 que antecipou o Estado Novo. (AFONSO, 2015)

Verifica-se que manteve a ordem econômica e social, trazendo como novidade para o Poder Judiciário, a implementação da Justiça do Trabalho, fazendo parte da organização de âmbito federal, sendo regulamentada e organizada nos artigos 122 e 123 da CF/1946. Onde o artigo 122, CF/1946 tratava especificamente da composição por: um tribunal superior do trabalho; tribunais regionais do trabalho; juntas ou juízes de conciliação e julgamento. Já o artigo 123, CF/1946 tratava da competência, onde a mesma é apta para conciliar e julgar dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores, e demais assuntos relacionados a trabalho tratadas na legislação especial. (AFONSO, 2015)

Impende falar sobre a estabilidade prevista em seu artigo 157, inciso XII, CF/1946 que regulamentava e garantia de forma expressa a estabilidade na empresa ou na exploração rural, resguardando o direito de indenização aos trabalhadores despedidos nos casos e condições previstas em lei. (AFONSO, 2015)

Posteriormente surgiu a Constituição de 1967, que basicamente não trouxe alterações no texto constitucional, mantendo a estrutura, ocorrendo apenas uma atualização de lacunas referentes a composição, formação e competência da Justiça do Trabalho. Desse modo o artigo 133, da CF/1967 trata o seguinte:

§ 1º - O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de dezessete Juízes com a denominação de Ministros, sendo:

a) onze togados e vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal: sete entre magistrados da Justiça do Trabalho, dois entre advogados no efetivo exercício da profissão; e dois entre membros do Ministério Público da Justiça do Trabalho, todos com os requisitos do art. 113, § 1º;

b) seis classistas e temporários, em representação paritária dos empregadores e dos trabalhadores, nomeados pelo Presidente da República, de conformidade com o que a lei dispuser.

§ 2º - A lei fixará o número dos Tribunais Regionais do Trabalho e respectivas sedes e instituirá as Juntas de Conciliação e Julgamento, podendo, nas Comarcas onde elas não forem instituídas, atribuir sua jurisdição aos Juízes de Direito.

§ 3º - Poderão ser criados por lei outros órgãos da Justiça do Trabalho.

§ 4º - A lei, observado o disposto no § 1º, disporá sobre a constituição, investidura, jurisdição, competência, garantias e condições de exercício dos órgãos da Justiça do Trabalho, assegurada a paridade de representação de empregadores e trabalhadores.

§ 5º - Os Tribunais Regionais do Trabalho serão compostos de dois terços de Juízes togados vitalícios e um terço de Juízes classistas temporários, assegurada, entre os Juízes togados, a participação de advogados e membros do Ministério Público da Justiça do Trabalho, nas proporções estabelecidas na alínea a do § 1º. (Brasil, 1967)

Temos uma diferença se comparado a anterior, onde essa traz a regulamentação de forma detalhada em seus artigos de forma expressa. A outra apenas mencionava a regulamentação por meio de lei, que se fez presente nesta Constituição de 1967.

Sobre a competência da Justiça do Trabalho não houve alterações na matéria, apenas uma inversão organizacional na estrutura da constituição.

Trouxe uma nova perspectiva que integrava o trabalhador na empresa e participação nos lucros, temos o artigo 158, inciso V, CF/1967. Como consequência disso surgiu o PIS e depois PASEP. Outra alteração importante que é tratada no mesmo artigo, inciso XIII, é sobre a criação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço que surge pela primeira vez como direito para o trabalhador em âmbito constitucional, tendo sua regulamentação por lei ordinária em 1966. Continuando na linha de inovação, temos a questão da aposentadoria para a mulher, com tempo de trabalho equivalente a trinta anos e sendo o salário integral conforme inciso XX do referido artigo. No âmbito econômico criou, que o pagamento de serviço assistencial e benefícios da previdência social não serão criadas sem a fonte de custeio total, e estabeleceu que a União terá participação nos custeios relativos a previdência social. Concluindo, manteve o direito de greve já conquistado na Constituição de 1946, acrescentado apenas a restrição aos trabalhadores dos serviços públicos e de atividades essenciais conforme regulamentar a lei. (AFONSO, 2015)

Finalizando com a Constituição de 1969, para alguns tratada apenas como Emenda Constitucional, não cabendo essa discussão no momento, no que tange os direitos trabalhistas realizaram mudanças na redação da Constituição e na estrutura organizacional, mantendo o conteúdo central estabelecido e adquirido na anterior, alterando a ordem de alguns dispositivos. Essa presente Constituição realizou manutenção dos direitos trabalhistas estabelecidos até a CF/1967, com inovação na aposentadoria dos professores, onde estabeleceu o tempo de trinta (30) anos para o professor e vinte e cinco (25) anos para a professora de efetivo exercício de magistério.

3 CAPÍTULO 2 – ASPECTOS JURÍDICOS E LEGAIS

Sendo um marco jurídico no ramo trabalhista, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) adveio de modo a unificar todo o complexo de normas já existentes que versavam acerca dos aspectos normativos referentes às relações trabalhistas, a que constavam espalhadas e sem uma estrutura delineada para aplicação eficaz, viabilizando assim a organização de tais normas na legislação brasileira. Posteriormente, a Constituição Federal trouxe consigo uma implementação normativa ainda maior em face as relações trabalho, sejam no âmbito individual ou coletivo.

Conforme salienta Bezerra Leite (2018), as normas referentes ao ramo do Direito do Trabalho vêm sendo tratadas desde a Constituição de 1934, a partir dos princípios e regras pertencentes à seara trabalhista, partindo da perspectiva do modelo liberal clássico, sendo que, somente com o advento da Constituição de 1988 houve a instituição de um novo modelo pautado, sobretudo, no panorama do estado Democrático de Direito que, a partir do postulado de proteção em face aos direitos sociais, ocasionou forte influência sob o Direito do Trabalho e as relações reguladas por este.

Segundo Delgado (2017), a partir do ideal buscado pela Constituição de 1988 de implementar um Estado Democrático de Direito, pautando-se em três elementos, quais sejam, a pessoa humana e sua dignidade, a sociedade política e a sociedade civil, impactou fortemente a dimensão do Direito Coletivo do Trabalho, bem como a realidade socioeconômica das relações trabalhistas. Desta forma, possibilitou ao Direito Coletivo do Trabalho a atuação sob prerrogativa de um instrumento regulador que anteriormente não existia, situando-se como um incentivo constitucional para garantia de uma experiência até então impossibilitada na legislação.

Nascimento coaduna com seguinte entendimento:

As tendências do direito brasileiro voltaram-se para a prática da negociação coletiva como amplo e efetivo processo de autocomposição de interesses entre trabalhadores e empregadores. Visaram a fixar condições de trabalho bem como a regular as relações entre as partes estipulantes, possibilitando, assim, o ajuste não só de cláusulas normativas destinadas a estabelecer direitos e deveres entre aqueles que figuram no contrato individual de trabalho como também de cláusulas obrigacionais que vinculam as entidades e sujeitos estipulantes da convenção coletiva. (NASCIMENTO, 2014, p. 116-117).

Nesse sentido, tem-se a carta magna como o marco inicial delineador do histórico acerca das normas trabalhistas, ainda que tal instrumento normativo não possua nenhum caráter jus

trabalhista, visto que, este atuou de modo a estabelecer um ramo especializado direito, fixando pressupostos de modo a garantir a proteção no âmbito trabalhista.

3.1 REGIMES JURÍDICOS FUNCIONAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Até a promulgação da Constituição de 1988, o regime jurídico do funcionalismo público sofreu inúmeras mudanças de acordo com os anseios sociais e as circunstâncias históricas pelas quais a legislação passava, como já exposto no capítulo anterior.

Conforme Cairo Junior (2017), o diploma normativo de 1988 trouxe uma inovação em relação ao tratamento deste instituto, delimitando o chamado “regime jurídico único de pessoal”, de modo a sanar a desorganização em face a seleção do regime adequado para os funcionários públicos, conforme expõe o artigo 39 de tal:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. (BRASIL, 1988).

Carvalho Filho (2018) pontua que tal inovação trouxe consigo toda uma gama de questionamentos acerca da determinação da natureza do regime a ser implantado, conforme a previsão do dispositivo supracitado, haja visto que naquele dado momento tinha-se como parâmetro os regimes celetista e estatutário até então desenvolvidos pelo funcionalismo público nos anos 50. Ainda assim, salienta que para alguns autores o regime funcional não teve nenhuma delimitação prevista na constituição, cabendo aos entes estatais a determinação do regime a ser aplicado, seja ele do direito público (estatutário), ou do direito privado (celetista).

Conforme entendimento de Carvalho (2017), seguindo esta linha de raciocínio, a maioria dos entes estatais definiram o regime estatutário como sendo o instrumento jurídico para reger as suas relações funcionais. Nesse sentido, a União determinou como sendo o regime estatutário o parâmetro regulador entre o estado e seus servidores, consolidando esta vertente através da Lei nº 8.112 de 1990, de modo a estabelecer as garantias inerentes aos servidores públicos e a independência na prestação de serviços, bem como a promoção de uma maior efetividade em face os princípios basilares da administração pública.

Ainda assim, alguns entes estatais optaram pela utilização do regime de contratação de servidores através das normas elencadas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Nessa perspectiva, Carvalho (2017, p. 777) pontua “Não obstante o regime estatutário ser

preponderante no âmbito federal e estadual, alguns municípios optaram pela aplicação do regime de emprego, contratando servidores, em respeito às normas da CLT”.

Cairo Junior assevera:

A União, por meio da Lei nº 8.112/90, instituiu o regime estatutário para reger as relações com os seus servidores. O Estado da Bahia, por exemplo, procedeu da mesma forma, com a edição da Lei Estadual nº 6.677/94. Alguns Municípios, todavia, elegeram o regime celetista, que gera uma relação contratual com todos os seus servidores. (CAIRO JUNIOR, 2017, p. 358).

Com a finalidade de extinguir o denominado Regime Jurídico Único de Pessoal, em 1994, fora enviado pelo chefe do executivo ao Congresso Nacional a proposta de emenda constitucional (PEC) 173-A/1995, sob a designação de “Emenda da Reforma Administrativa”, a qual posteriormente viria a se tornar a emenda constitucional 19 de 1998, resultando na supressão total do Regime Único.

Segundo Carvalho (2017), após o advento da Emenda Constitucional e a abolição do Regime Único, as disposições normativas que anteriormente vigoravam foram alteradas, de modo a possibilitar o ingresso de empregados mediante contratação ou a nomeação de servidores estatutários, ou seja, permitindo a coexistência de servidores de ambos os regimes no funcionalismo do mesmo órgão ou entidade.

Ainda nesse sentido, Di Pietro (2018) salienta que no âmbito federal a Lei 8.112/90 fixou o regime estatutário como sendo o regime único para reger os servidores da Administração Direta, suas autarquias e fundações públicas, estabeleceu o regime estatutário como regime jurídico único para os servidores da Administração Direta, autarquias e fundações públicas, sendo que tal dispositivo continuou tendo aplicação direta, deixando de ter obrigatoriedade em face as categorias de servidores em observância ao disposto na Emenda Constitucional nº 19.

Di Pietro (2018) destaca que em face ao julgamento da ADIn 2.135/DF, em 02 de agosto de 2007, pelo Supremo Tribunal Federal, suspendeu-se a vigência da alteração realizada pela Emenda Constitucional nº 19/1998 que modificou a redação original do art. 39, *caput*, da CF/88, extinguindo o Regime Único, voltando a ser aplicado o dispositivo supracitado com a sua redação original, ou seja, o regime jurídico único de pessoal volta a ser obrigatório no funcionalismo público, para os servidores da administração direta, das autarquias e das fundações públicas. Nesse sentido, sendo que a decisão emanada pelo STF possui efeito *ex nunc*, os servidores que constavam regulados por regimes jurídicos diversos posteriormente a

edição da Emenda Constitucional nº 19/1998 continuaram sendo regidos pelos regimes cujos quais foram delimitados na admissão.

Sucedo que, após a decisão do STF e posterior suspensão dos efeitos emanados pela redação atribuída ao artigo 39 pela Emenda Constitucional nº 19/1998, retornou a controvérsia a respeito da matéria, em face de não haver transparência suficiente sobre o significado do Regime Jurídico Único de Pessoal. Sendo hipótese debatida com ênfase no capítulo 03.

Carvalho Filho complementa com a seguinte colocação:

De qualquer modo, pensamos que o Constituinte nem quis obrigar à adoção exclusiva do regime estatutário, nem, por outro lado, desejou admitir a cisão de regimes entre a Administração Direta, de um lado, e as autarquias e fundações de direito público, de outro. No primeiro caso, não houve expresso mandamento constitucional que conduzisse àquela conclusão; no segundo, a cisão retrataria uma ruptura na lógica criada para a unicidade do regime. Por via de consequência, reiterando pensamento que já adotávamos em edições anteriores, consideramos que a intenção do Constituinte foi a de que o regime de pessoal fosse apenas único, seja o estatutário, seja o trabalhista – tese sufragada pela segunda corrente doutrinária já mencionada – com o que se poderiam evitar os velhos confrontos entre servidores da mesma pessoa federativa, tendo por alvo normas diversas estabelecidas por cada um daqueles regimes. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 653).

Neste cenário, Carvalho (2017) pondera que prevalece a preferência pela adoção do regime estatutário, em face ao garantismo aos agentes públicos na prestação de suas atribuições, e em relação a estabilidade e aposentadoria especial, sendo de competência de cada ente da federação, a escolha do regime que deverá ser atribuído aos servidores de sua Administração Direta, suas autarquias e fundações de direito público, sendo obstado a escolha de mais de um regime simultaneamente, haja visto, a interpretação do regime único estabelecido na constituição.

3.1.1 Regime celetista

Tem-se como regime celetista aquele cujo qual a relação funcional é regulamentada conforme as disposições estabelecidas na Consolidação das Leis do Trabalho, ou seja, através de um contrato de trabalho, pactuado conforme a CLT. Insta salientar que, ainda que regidos pela CTL, os agentes sob esta condição estão sujeitos a todos os mandamentos constitucionais concernentes a investidura em cargos, acumulação e proventos, dentre as demais normas referentes aos regimes funcionais estabelecida na Constituição Federal. (OLIVEIRA, 2018).

Segundo Di Pietro (2018), o regime celetista se aplica aqueles sob a denominação de empregados públicos, contratados sob o crivo da CLT para exercer uma determinada função

em um emprego público. Frisa-se que a terminologia “emprego público” é utilizada de forma correlata a “cargo público” para designar um determinado conjunto de atribuições, distinguindo-se apenas no que se refere ao instrumento jurídico que rege o vínculo entre o Estado e servidor.

Delgado complementa:

É evidente que não se está falando aqui do servidor celetista, isto é, aquele contratado por entidade estatal por meio do sistema jurídico da CLT. Este é empregado, como qualquer outro, tendo como empregador a correspondente pessoa jurídica de Direito Público. Tal situação, aliás, era muito comum antes de 1988, quando conviviam na administração pública os regimes de natureza estatutária, celetista e, ainda, o regime especial. Com o surgimento do regime jurídico único, previsto pela nova Constituição (antigo art. 39, CF/88), a tendência foi de se tornar apenas administrativa a modalidade de admissão de servidores pelos entes estatais. (DELGADO, 2017, p. 347-348).

Oliveira (2018) assevera que em relação a caracterização do regime celetista tem-se três elementos básicos, quais sejam, a unicidade normativa, que relação a competência exclusiva da União para legislar em face as normas que versem sobre o âmbito trabalhista; o vínculo contratual, na qual a partir deste ter-se-á um instrumento hábil a formalizar a relação jurídica trabalhista entre o servidor e o Estado, através de um contrato de emprego; a competência para tratamento dos processos que envolvam empregados público, na qual tem-se a Justiça do Trabalho como sendo a seara responsável por tal mister conforme disposição do artigo 114, inciso I da CF/88.

Neste sentido, Carvalho (2017) salienta que se tratando da aplicação das normas concernentes ao regime celetista, na esfera federal a CLT é aplicada de forma subsidiária, haja visto que neste âmbito tais normas são regidas pela Lei nº 9.962/2000 que regulamenta o regime de emprego público dos servidores da Administração Federal Direta, autárquica e fundacional, bem como disciplina os parâmetros referentes ao contrato de trabalho, em face ao seu prazo e extinção. Destaca-se que este instrumento normativo possui caráter federal e aplica-se exclusivamente as entidades públicas federais, tendo em vista que a referida lei é taxativa ao restringir a sua abrangência as pessoas administrativas federais, visto que a União possui competência privativa para legislar sobre as normas do direito do trabalho, assim, não é admissível a aplicação do regime de emprego público aos servidores públicos em âmbito estadual e municipal, devendo, nestes casos, os servidores se submeterem ao disciplinado na Lei 9.962/2000.

Oliveira (2018) pontua que se faz necessário a realização de concurso público de provas, ou de provas e títulos, conforme estabelece o artigo 37, II da CF/88, para que o contrato de

emprego seja celebrado, devendo tal requisito ser preenchido ainda que a prestação de serviços seja destinada aos entes privados da administração descentralizada.

Ademais, Mazza (2018) ressalta que os empregados públicos não estão sujeitos a um período de estágio probatório, entretanto, terão de ser submetidos a um lapso temporal de noventa dias a título de período de experiência, conforme disposição do artigo 455, parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho. Outrossim, em relação a demissão, o referido autor explicita que esta somente se dará após um processo administrativo, com observância as garantias do contraditório e ampla defesa, devendo ainda ter a devida motivação.

Ainda nesse sentido Mazza ressalta:

Constitui absurdo impensável admitir que o empregado público ingressa na função mediante concurso público e pode ser demitido sem justa causa. A demissão imotivada, comum na iniciativa privada, é incompatível com os princípios administrativos da obrigatoria motivação, impessoalidade, finalidade, legalidade, moralidade, entre outros. Isso porque o regime aplicado ao emprego público é predominantemente privado, mas não exclusivamente privado, sofrendo marcante influência de princípios e normas do Direito Administrativo derogatórios do regime empregatício privado. Os principais aspectos do regime de emprego, influenciados pelas regras públicas, relacionam-se com a entrada e a saída na função, ou seja, quanto às exigências, respectivamente, de concurso público para ingresso e de processo administrativo para demissão. Essas duas características especiais não se aplicam às vinculações empregatícias comuns da iniciativa privada. (MAZZA, 2018, p. 739-740).

Carvalho Filho (2018) sustenta que a hipótese de rescisão unilateral constante no artigo 479 da CLT resta afastada, e que a dispensa deverá ser vinculada as hipóteses estabelecidas no artigo 3º e incisos, da Lei nº 9.962/2000, sendo que em nenhuma hipótese a Administração poderá dispensar um servidor a sua mera conveniência. Ainda assim, perante a exigência de que a rescisão seja vinculada a uma das hipóteses do dispositivo supracitado, o empregado público tem consigo o direito de reintegração caso a Administração venha a rescindir o acordo trabalhista sem estar devidamente pautado nas hipóteses da lei, ou eivado de algum vício de legalidade.

3.1.2 Regime estatutário

Conforme entendimento de Carvalho Filho (2018), o regime estatutário consubstancia-se como o conjunto de normas destinadas a disciplinar as relações funcionais entre o Estado e os seus servidores através de um instrumento legal denominado estatuto, que se encontra estipulado na unidade funcional da pessoa federativa. Desta forma, o estatuto traz consigo as

normas básicas atinentes a regulamentação da relação laboral com o servidor, obedecendo os mandamentos constitucionais, podendo conter também normas de caráter organizacional.

Nesse sentido, Carvalho complementa:

Tais agentes se vinculam ao poder público sem a celebração de contrato de emprego, com vínculo decorrente diretamente do texto da lei, o que confere mais garantias aos servidores. Com efeito, as normas dispostas no estatuto se aplicam a todos os servidores a ele submetidos, indistintamente, não havendo relação individualizada com a Administração mediante a celebração de qualquer espécie de acordo. (CARVALHO, 2017, p. 786).

Neste cerne, Carvalho (2017) ainda salienta que, tal como os empregados públicos, os servidores possuem vínculo permanente, de caráter profissional, com um lapso temporal indeterminado para a execução de atribuições conforme o interesse do Estado, e podem compor além da organização da pessoa jurídica federativa, suas autarquias e fundações. E estes se vinculam ao poder público sem a formalização de um contrato de emprego, haja visto que o vínculo pactuado decorre diretamente da lei.

Oliveira (2018) elenca dois elementos principais que caracterizam o regime estatutário, quais sejam; a pluralidade normativa, assinalando que os estatutos funcionais são múltiplos, e traduz-se na autonomia que cada ente da federação possui para disciplinar as normas estatutárias destinadas a regulamentação de seus servidores, haja visto que o regime estatutário possui natureza de regime jurídico administrativo propriamente dito, e desta forma as normas do Direito Administrativo encontram-se intrínsecas a autonomia política dos entes da Administração Direta, ou seja, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; e o vínculo legal, consubstanciado através do termo de posse, na qual ao ser nomeado e empossado no cargo o servidor submeter-se-á as normas legais que disciplinam a sua relação funcional.

Carvalho Filho (2018), salienta que a iniciativa para propositura de lei que disponha acerca do regime jurídico de servidores públicos, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria, é de competência privativa do Chefe do Executivo conforme disposição do artigo 61, § 1º, II, “c”, da CF/88. Ainda assim, menciona que é de competência da Justiça Comum o processo e julgamento dos servidores estatutários, a Justiça Federal em se tratando dos estatutários servidores da União, e Justiça Estadual, em relação aos estatutários servidores do Estados e Municípios.

Segundo Carvalho Filho (2018), após a Reforma do Judiciário emanada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que alterou a redação do artigo 114 da CF/88 houve dissenso em relação a competência para julgamento das lides referentes aos servidores estatutários. Entretanto, o supracitado autor reconhece como sendo equivoco tal posicionamento, tendo em

vista que a Justiça do Trabalho está direcionada para tratamento das relações de natureza contratual, não sendo o foro apropriado para deslindar as relações com servidores estatutários, visto que não existe nenhum instrumento contratual entre os servidores e os entes públicos.

Carvalho (2017) destaca que devido à ausência de um instrumento contratual que disponha acerca das normas de regência da relação entre o servidor e o ente estatal, o servidor estatutário não faz jus ao direito adquirido, não podendo prover das prerrogativas estabelecidas em lei.

Seguindo este entendimento, Carvalho (2017) elucida:

A título de exemplo, se o estatuto do servidor prevê a concessão de licença prêmio aos servidores desta carreira que contam com mais de cinco anos no serviço e, posteriormente, a norma é revogada pela edição de lei posterior, aqueles agentes que já haviam ingressado na carreira, mas não possuíam cinco anos de serviço, não têm qualquer direito garantido. Situação diversa ocorreria se o servidor tivesse vínculo contratual; afinal, neste último caso, a alteração legal não atinge sua relação individualizada. Para que lhe seja suprimida qualquer garantia, deve ser realizada uma alteração no contrato de emprego que lhe define os direitos e as obrigações. (CARVALHO, 2017, p. 786).

Ademais, Oliveira (2018) pontua que conforme disposição da Lei nº 9.962/2000 o regime estatutário não é parâmetro jurídico aplicável para a reger as relações entre o Estado e os agentes políticos, terceirizados, empregados das empresas estatais, particulares em colaboração, e empregados públicos das pessoas jurídicas de direito público.

3.2 FGTS E SUA ABRANGÊNCIA

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) é um depósito realizado mensalmente pelo empregador, sendo este, obrigado a depositar em uma conta bancária da Caixa Econômica Federal por regulamentação do decreto 9116/2017. Representa uma “poupança” para o trabalhador que poderá levantar/sacar em hipóteses específicas, as quais serão descritas posteriormente.

Segundo entendimento de Martins (2012), o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS caracteriza-se como uma espécie de poupança bancária em nome do empregado, constituída através de recolhimentos realizados pelo empregador, mensalmente, e em uma conta vinculada, nos moldes de um parâmetro de cálculo legalmente estabelecido, e que poderá ser sacado conforme as hipóteses previstas em lei.

Delgado (2017) explica que tal instituto foi criado pela Lei nº 5.107/66, alterado pelo Decreto-lei nº 20 de 1966, e posteriormente, foi regularizado pelo Executivo através do Decreto

nº 59.820 de 1966, de modo a instituir um sistema diverso ao indenizatório e estabilizatório estabelecido pela CLT, sendo que a estipulação deste instrumento estava submetida a uma manifestação escrita por parte do trabalhador ao fixar o pacto laboral, e este ainda tinha a possibilidade de optar pela retroatividade do instituto no decorrer do contrato. Entretanto, o diploma normativo que disciplinava tal instituto, previa que mesmo nos contratos em que o trabalhador não houvesse optado pela opção escrita ou pela retroatividade, era obrigatório a realização do recolhimento por parte do empregador da importância correspondente ao respectivo Fundo de Garantia.

Conforme entendimento de Cairo Junior (2017), com o advento da Constituição de 1988, o sistema optativo do FTGS é suprimido, passando tal instituto a ser um direito do trabalhador, generalizando o sistema conforme o mercado empregatício nacional. Posteriormente, fora editada a Lei nº 7.839/89 que veio a revogar a Lei nº 5.107/66, trazendo em seu bojo a transferência das contas para uma única instituição financeira, como sendo a maior inovação deste diploma. Ainda assim, trouxe modificações como a majoração de determinados percentuais em face a despedida sem justa causa, e a fixação de um percentual a título de juros em caso de atraso no depósito do FGTS. Sucessivamente, em 11 de maio de 1990, teve-se o advento da Lei nº 8.036 de modo a complementar a legislação pertinente a disciplina do Fundo de Garantia, e que teve sua regulamentação efetivada pelo Decreto nº 99.684/90.

3.2.1 Características do FGTS

Segundo Delgado (2017) o Fundo de Garantia caracteriza-se como um instituto jurídico complexo, e que possui em sua dimensão primordial um caráter de proteção no âmbito trabalhista. Desta forma, segundo este instituto possui três elementos básicos que o caracterizam, quais sejam, o recolhimento, o saque e a sua abrangência.

No que diz respeito ao recolhimento, Martins (2012) explicita que o depósito do montante referente ao Fundo de Garantia será efetuado em uma conta vinculada ao trabalhador, e que caso este não possua, a abertura caberá a responsabilidade do empregador.

Nesta perspectiva Martins complementa:

Os valores pertinentes aos depósitos não recolhidos deverão ser pagos e creditados na conta vinculada do empregado, sendo vedado o pagamento direto ao trabalhador. O art. 18 da Lei na 8.036/90 determina que a empresa deposite na conta vinculada do trabalhador; na rescisão do contrato de trabalho, os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e ao

imediatamente anterior que ainda não houverem sido recolhidos. (MARTINS, 2012, p. 482).

Em outro ponto, Delgado (2017) menciona que o saque do FGTS poderá ser realizado conforme as diversas hipóteses elencadas legalmente, nos artigos 18 a 21 da Lei nº 8.036/90.

Delgado ainda elucida:

Do ponto de vista rigorosamente *trabalhista*, despontam com grande importância as hipóteses de saque vinculadas à *terminação do contrato de trabalho*, tais como, dispensa sem justa causa, rescisão indireta, ruptura por culpa recíproca, término contratual em face de extinção da empresa ou do estabelecimento, fim do contrato por morte do obreiro, etc. (DELGADO, 2017, p. 1444).

Tratando-se de sua abrangência, Delgado (2017), pontua que o Fundo de Garantia se constitui como um Direito Trabalhista que o empregador deve imperativamente a todo empregado urbano ou rural, conforme disposição constitucional.

Nesse sentido, Martins (2012, p. 481) pondera que “Terão direito aos depósitos os trabalhadores regidos pela CLT, os avulsos, os empregados rurais, ficando excluídos os autônomos, eventuais e os servidores públicos civis e militares”.

3.2.2 Beneficiários e finalidade do FGTS

Os beneficiários do Fundo de Garantia constam arrolados no artigo 15, §2º da Lei 8.036/90, quais sejam: “pessoa física que presta 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”. Em se tratando dos trabalhadores temporários, a Lei nº 7.839/89 passou a elencá-los, tendo a Lei nº 8.036/90 solidificado este entendimento. (CAIRO JUNIOR, 2017).

Em relação ao empregado doméstico, Bezerra Leite (2018) menciona que conforme o entendimento da Lei nº 5.589/72, estes estão submetidos a faculdade do empregador depositar ou não o montante equivalente, restando a não obrigatoriedade conforme a disposição do artigo 3º-A do diploma supracitado. Entretanto, em face a disposição da EC 72/2013 o FGTS passou a ser de natureza obrigatória para o empregado doméstico, sendo que posteriormente este entendimento veio a ser consolidado pela LC 150/2015.

Cairo Junior (2017) pontua que os servidores públicos regidos pelo regime estatutário não fazem jus ao FGTS, haja visto que estes já se encontram sob a salvaguarda da estabilidade prevista da Constituição Federal, conforme previsão do artigo 41 deste texto. Já o empregado

público contratado sob a ótica CLT, após a devida aprovação em concurso público, terá direito ao recolhimento fundiário conforme disposição da Súmula 390 do TST.

Dentre as finalidades do Fundo de Garantia, Cairo Junior (2017), salienta que o FGTS atua de modo a proporcionar um amparo financeiro ao trabalhador durante o período em que permanecer desempregado, atuando ainda como um instrumento apto a inibir a dispensa do empregado sem justa causa, na medida em que neste caso o empregador terá de arcar com um percentual de 40% sobre o total dos recolhimentos efetuados a conta vinculada do empregado.

Ainda assim, Cairo Junior complementa acerca das finalidades do Fundo de Garantia pontuando que tal instituto é:

Fomentador de programas sociais de habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana, por meio de programas de financiamento; e meio de garantia para pagamento de crédito consignado (10% do saldo da conta vinculada e 100 % da multa pela despedida sem justa causa, culpa recíproca ou força maior - Lei nº 13.313/16).

Portanto, observa-se que Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e seu âmbito individual, consubstanciado na poupança para o empregado, bem como sob a perspectiva coletiva, materializado através dos programas de financiamento do governo, traz consigo um caráter voltado ao fator social para com o trabalhador.

3.3 SERVIDORES E FGTS

A Constituição Federal de 1988 preceitua que o Fundo de Garantia é um direito de todos os trabalhadores urbanos e rurais, conforme disposição do seu artigo 7º, III, sendo que tal fundo constitui-se através de depósitos mensais conforme um percentual estabelecido legalmente, e que terá de ser recolhido mensalmente por parte do empregador junto a uma conta vinculada ao trabalhador.

Na medida em que as disposições constantes na Consolidação das Leis Trabalhistas destinam-se somente àqueles que possuam vínculo trabalhista, e o Estatuto dos Servidores Público destinado aqueles vinculados a Administração Direta, a Constituição Federal tem consigo normas trabalhistas atinentes a ambas as categorias e com aplicação ampla e eficaz, de modo que todos os brasileiros gozam indistintamente. (MARTINS, 2017).

Desta forma, as garantias tuteladas aos trabalhadores previstas na Constituição Federal caracterizam-se como cláusulas pétreas do nosso ordenamento jurídico, conforme disposição do artigo 60, § 4º da CF/88, e assim, tais direito possuem a máxima amplitude, transcendendo

as garantias estabelecidas pelo regime jurídico dos servidores público, sendo que o constituinte originário deixou expressamente claro a aplicação dos direitos sociais aos trabalhadores em geral, conforme o previsão do artigo 39, § 3º da Constituição Federal. (MARTINS, 2017).

Entretanto, em face a estabilidade conferida aos servidores regulados pelo regime estatutários, ocupantes de cargos públicos em provimento efetivo, o FGTS não se aplica sob estes, tendo em vista que para esta espécie de agente público não recai a dispensa sem justa causa, somente podendo dispensado em conformidade as hipóteses legalmente estabelecidas, em decorrência da estabilidade concedida nos moldes do artigo 41 da Carta Magna. (MAZZA, 2018).

Em outro sentido, Cairo Junior (2017) salienta acerca da hipótese de recolhimento de FGTS a servidor estatutário que se encontre em situação de desacordo no que diz respeito as regras de admissão estatuídas no artigo 37 da CF/88, na qual o artigo 9º da MP nº 2164-41/2001, inseriu o artigo 19-A na Lei 8.036/90 que veio a estabelecer o direito ao FGTS ao servidor nessa situação específica.

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento a partir da súmula de nº 466, segundo o qual a nulidade do vínculo estabelecido entre o servidor e a Administração sem a devida aprovação em concurso público, ensejará o recolhimento do Fundo de Garantia, assim vejamos:

Súmula 466 do STJ: O titular da conta vinculada ao FGTS tem o direito de sacar o saldo respectivo quando declarado nulo seu contrato de trabalho por ausência de prévia aprovação em concurso público. (PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/10/2010, DJe 25/10/2010)

Dito isto, atenta-se que a disposição emanada pelo STJ vai ao encontro do estabelecido pelo artigo 19-A da Lei 8.036/90, proporcionando ao trabalhador que fixou contrato com a Administração Pública e que restou invalidado em face ao preenchimento do requisito do prévio concurso público, o resguardo ao seu direito ao instituto do FGTS.

Para realizar o levantamento do FGTS, ou seja, a quantia deposita na conta que é a segurança para o trabalhador, ele terá que cumprir requisitos estabelecidos no artigo 20 da lei 8.036/90. Como por exemplo, uma rescisão contratual, termino do contrato de trabalho, aquisição de casa própria, liquidação ou amortização de financiamento habitacional, aposentadoria, necessidade em caso de desastre natural, falecimento do trabalhador, pessoa com doença em grave estágio terminal, trabalhador que tiver idade igual ou superior a setenta anos, dentre outras possibilidades. Esses requisitos garantem o saque do FGTS para os trabalhadores,

eles deveram comparecer a caixa, munidos da documentação necessária de acordo com seu motivo específico, possibilitando o direito ao Fundo de Garantia.

Um parêntese deve ser aberto sobre a perspectiva do artigo 15, § 1º da lei 8.036/90. O dispositivo legal menciona o seguinte texto:

Art. 15. Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965. (Vide Lei nº 13.189, de 2015) Vigência

§ 1º Entende-se por empregador a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se. (LEI 8.036/90).

Neste contexto abrangendo o celetista e estatutário, deve-se analisar que a mudança de regime jurídico não contempla causa de saque para o FGTS perante a legislação, porém temos a discussão levantada nos próximos capítulos, referente a sumula 382 do TST, inclui essa hipótese em caráter legal devendo ser executada. Gerando uma perspectiva para os trabalhadores que encontram-se nessa situação.

Considerando que a administração desse dinheiro compete ao Governo Federal, o mesmo entende que a aplicação do Fundo se faz por necessário em outras áreas, como saneamento básico, habitação popular, infraestrutura, conforme explanado no artigo 5º, inciso I, lei do FGTS.

Fechando o parêntese, resta analisar o que seria impactos sociais. A liberação do FGTS por parte do estado perante essa nova hipótese levantada pela sumula, ou o bloqueio dessa liberação frente a administração do Estado perante todos na sociedade civil.

4 CAPÍTULO 3 – A TRICOTOMIA LEI, CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, A SÚMULA Nº 382 DO TST E O REGIME ÚNICO DOS SERVIDORES

4.1 A SUSPENSÃO DO REGIME ÚNICO AOS SERVIDORES PÚBLICOS PELO STF: EC 19 *VERSUS* ADI Nº 2.135

De início se analisa a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de número 2.135, onde em sua petição inicial menciona a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional de número 19 de 1998 (EC 19/1998) em vários aspectos, no sentido de alterações “ilegais”. O tema não está decidido e com base no artigo 39 da Constituição Federal de 1988, temos duas interpretações:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. (Vide ADIN nº 2.135-4)

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Vide ADIN nº 2.135-4)

Diante disso a interpretação ficaria confusa, pois o ordenamento jurídico não deve ter entendimentos diferentes expressos na Constituição, como no caso do artigo citado, existindo duas definições que, em tese, se encontram em vigência. Por um lado, permite o sistema de regime jurídico único, por outro permite a utilização de regime jurídico celetista. Diante disso, considerado os atos decisórios proferidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF), deve-se interpretar o artigo 39 do referido diploma nos termos da decisão.

O documento continua tratando das inconstitucionalidades formais no tocante ao procedimento inadequado perante o ordenamento interno do Congresso Nacional e também materiais, ferindo o princípio da isonomia, os direitos e garantias individuais tidos como cláusulas pétreas.

Para Furtado (2018), com a EC 19/1998 o regime jurídico único foi extinto e admitiu-se o sistema de servidores celetistas (que são regulados pela CLT) e servidores estatutários de acordo com quadro de entidade da administração direta e indireta. Ainda de acordo com Furtado (2018), com a concessão da medida cautelar emitida na ADI 2.135, o STF cessou a eficácia do artigo 39, caput, da CF/88 ocasionando o retorno na redação anterior, trazendo novamente o regime jurídico único para os servidores da administração direta, das autarquias e fundações públicas.

Percebemos que a vedação constitucional está ligada ao tipo de atividade a ser desenvolvida, não sendo característica principal a natureza jurídica em que o agente se vincule. Por exemplo, se a atividade possuir características específicas de Estado, é vedado o regime da CLT, então a lei admite empregados públicos se não for utilizado funções específicas de Estado. Temos como empregados públicos, as pessoas físicas contratadas pelas entidades administrativas para realizar serviços regido pela CLT. O empregado público é agente público, mas não é servidor público, mas com a advento da ADI 2.135 aplica-se o regime jurídico único para os servidores da administração independente de atividade típica ou não. (FURTADO, 2018).

A ADI, basicamente, considerando os pedidos nela delimitados, tem consigo a possível defesa de norma que visa o devido processo legal, adentrando os contextos de processo legislativo.

Para Carvalho (2017) com aprovação da EC/19 foi abolida a exigência do regime jurídico único na Administração Direta, autarquias e fundações, coexistindo dois regimes em um mesmo órgão ou entidade, ou seja, o ente federativo emitia a lei decretando o regime a ser seguido por seus servidores, podendo ocorrer a contratação e nomeação de estatutários simultaneamente.

Diante disso, a União na forma da lei cria a 8.112/90, denominada “Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União” e suas regras não se aplicam aos contratados pelo regime da CLT, mesmo que prestem serviços aos órgãos federais.

No âmbito federal existe a hipótese de ser aplicada a CLT, mas apenas de forma subsidiária a lei 9.962/2000 que retrata sobre o regime de Emprego Público da Administração Federal Direta, Autarquias e Fundacional. Sobre o regime celetista, as determinações são que o prazo para o contrato de trabalho não terá prazo para encerrar, poderá ser rescindido por ato unilateral em casos graves ou nos casos enumerados no artigo 482 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CARVALHO, 2017).

Com o advento da EC/19 e suas alterações, ocorreu uma insatisfação na qual foi promovida uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de número 2135 para declarar sua inconstitucionalidade formal e material. Em 02 de agosto de 2007, o STF concedeu liminar para suspender-la, voltando a admitir-se apenas um regime para os servidores da Administração Direta, Autárquica e Fundacional, ficando, portanto, vinculado a lei 8.112/90 até o julgamento final da ADI 2135, portanto, aplica-se o artigo 39 da CF/88 que determina a aplicação do Regime Jurídico Único. (CARVALHO, 2017).

Vale ressaltar que a decisão liminar da ADI 2135 não atinge aos servidores que já ingressaram no serviço público, mantendo o vínculo adquirido respeitando assim a irretroatividade. No entanto, deve-se aguardar a posição final da Corte Suprema sobre o tema para que assim a discussão tenha uma única via e não haja controvérsias. (CARVALHO, 2017).

Dito isto, Carvalho (2017) faz uma breve distinção entre os celetistas e estatutários. O que difere de fato é a natureza jurídica do vínculo que desempenham com o Ente Público, diferindo em direitos e obrigações. O servidor celetista é aprovado em concurso, convocado para assinar um contrato de emprego. O servidor estatutário também é aprovado em concurso, mas a convocação é mediante ato de nomeação e posterior posse para, assim, assumir o cargo público.

Diante da premissa desse traço distintivo, é necessário verificar um importante aspecto dentro desse montante de regras, afinal, o servidor estatutário, em regra, não se submete a determinadas leis que são impositivas dentro da relação justralhista. É necessário observar que, dentro dos conjuntos de leis aplicados à relação entre Estado e seus trabalhadores, embora a regra seja a não aplicação de leis trabalhistas aos servidores, o STF decidiu, quanto ao direito à greve, que será aplicada aos servidores a lei comum a todos os trabalhadores. A Lei de Greve é aplicável, assim, aos servidores, implicando em sua aplicação, até que o Congresso Nacional discipline tal regramento.

Esse precedente, poderia, em tese, trazer possíveis considerações quanto à aplicabilidade de leis trabalhistas dentro do cenário vivenciado pelos servidores estatutários, ao menos em uma análise preliminar, o que permite inferir, com limites, os possíveis impactos que são integrantes de toda essa discussão.

Mas, diante disso, da possibilidade de aplicação de norma distinta à legislação administrativa estatutária, há de se ponderar sobre contextos de segurança jurídica, que é elencado dentro do inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal: Art. 5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

É nesse cenário que se iniciam as ponderações quanto à aplicabilidade da Súmula nº 382, TST, bem como os possíveis impactos que dela possam decorrer.

4.2 SÚMULA Nº 382 DO TST E SEUS IMPACTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Inicialmente devemos fazer uma análise sobre a Súmula 382 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) juntamente de alguns julgados e jurisprudências visando entender os aspectos que norteiam esses entendimentos. Conforme entendimento da Súmula nº 382 do TST temos:

MUDANÇA DE REGIME CELETISTA PARA ESTATUTÁRIO. EXTINÇÃO DO CONTRATO. PRESCRIÇÃO BIENAL (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 128 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 A transferência do regime jurídico de celetista para estatutário implica extinção do contrato de trabalho, fluindo o prazo da prescrição bienal a partir da mudança de regime. (ex-OJ nº 128 da SBDI-1 - inserida em 20.04.1998)

Antes de maiores detalhamentos quanto à interpretação da súmula, verifiquemos seus precedentes jurisprudenciais, que dão o início à edição de Orientação Jurisprudencial e, posteriormente, na edição da súmula.

PROCESSO: RR NÚMERO: 153813 ANO: 1994

PUBLICAÇÃO: DJ - // A C Ó R D Ã O (Ac.3ªT-9832/96) MMF/a/m
EMENTA - PRESCRIÇÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MUDANÇA DE REGIME JURÍDICO - A passagem do servidor, do regime da CLT para o regime jurídico único, nos termos da lei estadual competente, acarretou a extinção do contrato de trabalho, operando-se a prescrição após o decurso do prazo de 2 anos. Recurso de revista desprovido. RELATÓRIO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista Nº TST-RR-153.813/94.9, em que são Recorrentes MARLENE SANTIAGO DA SILVA BRANDER E OUTROS e é Recorrida FUNDAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR DE PERNAMBUCO - FESP. O egrégio TRT da Sexta Região negou provimento ao recurso ordinário dos Reclamantes (fls.204/6). Irresignados, os autores interpuseram Recurso de Revista (fls. 209/14), alegando violação de lei e conflito jurisprudencial. Despacho de admissibilidade à fl. 218. Não houve contra-razões. A d. Procuradoria-Geral, em parecer do ilustre Dr. César Zacharias Mártires, opinou pelo não conhecimento ou desprovemento do recurso (fl. 222). É o relatório. VOTO CONHECIMENTO 1. PRESCRIÇÃO - MUDANÇA DE REGIME JURÍDICO O eg. Regional entendeu prescrito o direito de ação, mantendo a r. sentença de fls. 183/84 ao fundamento seguinte (fl. 205): - "Prescrito está o direito dos reclamantes de postular as diferenças salariais aludidas na petição inicial. Todas decorrem da relação de trabalho mantida com o órgão reclamado, sob o regime celetista. Esse vínculo, entretanto, extinguiu-se com a instituição do regime jurídico único do Estado, através da Lei Complementar nº 03/90. A relação de trabalho entre as partes passou a ser estatutária, regida por vínculo administrativo que não se confunde com o contrato de trabalho. Como bem ressaltou a MM. Junta, 'pereceram os contratos de trabalho, outrora mantidos pelas partes, em setembro de 1990, quando se operou a metamorfose da relação contratual para institucional'. Havendo a extinção dos contratos de trabalho em setembro de 1990 e ajuizada a reclamação trabalhista aos 11.01.94, óbvio que o direito dos autores está inteiramente fulminado pela prescrição a que alude a letra 'a' (parte final), do inciso XXIX do artigo 7º, da Constituição Federal. Esse dispositivo constitucional fixa, para os 'créditos resultantes das relações de trabalho', um prazo prescricional até o 'limite de dois anos após a extinção do contrato'. Os Reclamantes alegam que não houve rescisão contratual, mas apenas transformação do regime jurídico, mantido o vínculo. Apontam ofensa ao art. 7º, XXIX, "a", da CF, citando um aresto à fl. 212 para confronto de teses. Por violação não conheço porque o mencionado dispositivo constitucional alude, genericamente, à EXTINÇÃO DO CONTRATO, nada dispondo a respeito de hipóteses peculiares como a

dos autos. Violação à Carta Magna tem que ser demonstrada de forma clara e inequívoca. Conheço do recurso por divergência com o aresto citado. 2. "URP" DE FEVEREIRO/89 A matéria em foco não foi examinada pelo eg. TRT em face da declaração de prescrição. Não conheço. MÉRITO A matéria já foi apreciada por esta Turma que, no julgamento do RR-130.494/94, tendo sido Relator o Ministro Roberto Della Manna, concluiu que a transformação do regime jurídico do Reclamante, de celetista para estatutário, acarreta a extinção do contrato de trabalho e, por conseguinte, "o início da contagem do prazo prescricional... coincide com a mudança do regime jurídico, equivalente essa como ruptura do contrato de trabalho" (DJ 06.9.96, pág. 32.191, decisão unânime). Correta, portanto, a decisão regional. Pelo exposto, Nego provimento ao recurso de revista dos Reclamantes, de acordo com a d. Procuradoria-Geral. ISTO POSTO ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, unanimemente, conhecer da revista, por divergência, quanto à prescrição - mudança de regime jurídico e, no mérito, negar-lhe provimento.¹

PROCESSO: RR NÚMERO: 193981 ANO: 1995; PUBLICAÇÃO: DJ -// ACÓRDÃO (Ac.3ªT-7399/97) MMF/h/i PRESCRIÇÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MUDANÇA DE REGIME JURÍDICO - A passagem do servidor, do regime da CLT para o regime jurídico único, sem ressalva na lei estadual competente, acarreta a extinção do contrato de trabalho, operando-se a prescrição após o decurso do prazo de 2 anos. Recurso de revista provido. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-193.981/95.1, em que é Recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO e são Recorridos ANTÔNIO ROGÉRIO WALTRICK ROSA E OUTRO e FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO ESTADO DE SANTA CATARINA - UDESC. O egrégio TRT da Décima Segunda Região negou provimento à remessa de ofício (fls.132/141). Inconformado, o Ministério Público do Trabalho da 12ª Região interpôs Recurso de Revista, alegando violação de lei e divergência jurisprudencial (fls.143/147). Despacho de admissibilidade à fl. 159. Não houve contrarrazões. A d. Procuradoria-Geral, não exarou parecer, tendo em vista que o recurso em foco foi aviado pelo Ministério Público do Trabalho da 12ª Região (fl. 162). É o relatório. VOTO. CONHECIMENTO. PRESCRIÇÃO - MUDANÇA DE REGIME JURÍDICO. O eg. TRT de origem, a respeito, consignou: -"No caso, ocorreu a conversão do regime jurídico, de celetista para estatutário. Em momento algum ocorreu a ruptura da relação de trabalho. Os contratos de trabalho iniciaram-se em 08-02-82 e 1º-10-67, respectivamente, e, pelo que se deduz, ainda perduram. A relação de trabalho "lato sensu", embora com aplicação das normas estatutárias, continua em pleno vigor. Logo o prazo prescricional a ser considerado é quinquenal previsto no art. 7º da Constituição Federal e não o bienal, do art. 11 da CLT" (fls. 139). Conforme esclarecido na inicial, os Reclamantes passaram do regime da CLT para o regime jurídico único em novembro/89 (fl. 02). A Reclamação dos autos foi ajuizada em 15.09.92 (fl. 02). O Recorrente alega violação do art. 7º, XXIX, "a", da Carta Magna, citando aresto para confronto de teses. Por violação não conheço porque o mencionado dispositivo constitucional alude, genericamente, à "extinção do contrato", nada dispondo a respeito de hipóteses peculiares como a dos autos. Violação à Carta Magna tem que ser demonstrada de forma clara e inequívoca. Conheço do recurso por divergência com o aresto citado. MÉRITO. A matéria já foi apreciada por esta

¹ Disponível em:

<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=2093.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>

Turma que, no julgamento do RR-130.494/94, concluiu que a transformação do regime jurídico do Reclamante, de celetista para estatutário, acarreta a extinção do contrato de trabalho e, por conseguinte, "o início da contagem do prazo prescricional... coincide com a mudança do regime jurídico, equivalente essa como ruptura do contrato de trabalho" (DJ 06.9.96, pág. 32.191, decisão unânime). A prescrição só não se consumaria na hipótese se, a respeito, a lei estadual tivesse consignado alguma ressalva especial quanto ao exercício do direito de ação trabalhista. Pelo exposto, Dou provimento ao recurso de revista para declarar a prescrição total do direito de ação e, em consequência, extinguir o processo com julgamento do mérito, na forma do art. 269, IV, do CPC, ficando invertidos os ônus da sucumbência no tocante às custas. ISTO POSTO ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, unanimemente, conhecer da revista, por divergência e, no mérito, dar-lhe provimento para declarar a prescrição total do direito de ação e, em consequência, extinguir o processo com julgamento do mérito, na forma do art. 269, IV, do CPC, invertendo-se os ônus da sucumbência no tocante às custas.²

Entende-se do trecho acima, diversos foram os problemas decorrentes da alteração do regime de trabalho dos servidores públicos num primeiro momento, tendo em vista que a demanda chega à apreciação do Poder Judiciário. Considerando e ponderando que a lei que rege os servidores estatutários só é promulgada anos depois da determinação do regime único da CF/88, verifica-se haver uma lacuna legal entre 1988 e 1990. Neste sentido, algumas demandas passam a figurar no Judiciário, vindo a manifestar entendimentos, dos quais resulta a Súmula nº 382 do TST.

Quanto ao FGTS, conforme demonstrado anteriormente, é verba decorrente de construção para mitigar os aspectos de estabilidade decenal. Lembremo-nos que o FGTS é derivado de um contexto de direitos fundamentais e sociais, que vislumbram, sobretudo, a verificação da dignidade humana. Afinal, “Os direitos sociais são conhecidos como fundamentais” e isso repercute, dentre outros aspectos, na promoção de políticas públicas que integrem os contextos de bem-estar social (LEITE; SARLET, 2013, p. 72).

Nesse sentido, há de se ponderar, dentre outros aspectos, quais seriam os impactos dentro dessa abertura de possibilidade de pagamento do FGTS. Isso porque, dentre outras coisas, há na legislação, a imposição de multa pela quebra do vínculo. Essa previsão está expressa no parágrafo 1º do artigo 18 da Lei de FGTS:

Art. 18. Ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador, ficará este obrigado a depositar na conta vinculada do trabalhador no FGTS os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e ao imediatamente anterior, que ainda não houver sido recolhido, sem prejuízo das cominações legais.

² Disponível em <http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=2089.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>

§ 1º Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a **quarenta por cento** do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros.

Ora, diante do mandamento legal, combinado à determinação da Súmula nº 382 do TST, surge a pergunta sobre como se daria esse pagamento: haveria ao Estado a imposição da multa de 40% (quarenta por cento)? Quanto aos dizeres exatos, a redação da Súmula não é expressa quanto à exigibilidade, ao menos numa análise preliminar, das verbas decorrentes do Fundo de Garantia. Ela simplesmente traz consigo dizeres nos quais há a ruptura do vínculo.

Porém, considerando os dizeres legais esculpido no art. 19-A da Lei do FGTS, bem como decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, há notações que possibilitam a verificação de possíveis soluções ao questionamento acima citado.

Ora, diante do vínculo precário juntamente com a Administração Pública, já fora decidido pelo STF que são devidos o recolhimento e o pagamento das verbas de FGTS seriam devidas, ainda que diante de anulação de concurso público (CARVALHO, 2017). Importante destacar o RE, trazido por Carvalho (2017) em seu livro.

Ementa: Recurso extraordinário. Direito administrativo. Contrato nulo. Efeitos. Recolhimento do FGTS. Artigo 19-A da Lei n. 8.036/90. Constitucionalidade. 1. É constitucional o art. 19-A da Lei n. 8.036/90, o qual dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na conta de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o seu direito ao salário. 2. Mesmo quando reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição Federal, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS quando reconhecido ser devido o salário pelos serviços prestados. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. RE 596478 / RR – RORAIMA; RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. ELLEN GRACIE; Relator(a) pi Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI; Julgamento: 13/06/2012 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

É importante observar que a autorização desse montante do FGTS se dá devido às várias interpretações obtidas ao longo do tempo. Porém, em 2017, uma inovação legislativa ocorre e põe fim a qualquer margem de interpretação contrária. A Lei nº 13.467/2017 pacifica a questão, inserindo o inciso I-A ao artigo 20 da Lei nº 8.036/90. De acordo com a redação, a “extinção do contrato de trabalho prevista no art. 484-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943”, dá autorização ao trabalhador ao resgate do Fundo de Garantia.

Havendo tal autorização esculpida pela Súmula, acrescida pela redação do inciso I-A do artigo 20 da Lei do FGTS, há de se ponderar os impactos que isso poderia causar dentro de todo o cenário macro. Questões como previsões orçamentárias, arrecadação. Muito disso em razão de que o Estado, em vez de mero fiscal, era o empregador e necessitava efetuar o recolhimento dos valores antes de 1988, ao menos deveria ser.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o conteúdo trabalhado, verificaram-se alguns aspectos a respeito da temática levantada. No conteúdo do primeiro capítulo, foi desenvolvido o contexto histórico, conceitos e constituições anteriores a 1988. Faz-se necessário o contexto histórico para compreensão do que pretende explicar na atualidade, a importância está relacionada com as transformações e construções que ocorreram ao longo do tempo, o surgimento do trabalho praticamente acompanha o do homem, pois desde os primórdios já existia o trabalho, então, houve a necessidade de regulamentações e conseqüentemente a formulação do direito do trabalho.

No capítulo segundo, foram trazidos os aspectos jurídicos e legais que retratam a questão dos regimes celetista e estatutário no âmbito da Administração Pública, referente ao FGTS. Sendo matéria propriamente de direito e aplicação técnica, pois a Administração Pública está inserida no contexto do Poder Executivo e, portanto, desempenha papel funcional e também organizacional dentro do ordenamento jurídico vigente.

Por fim, no último capítulo, trabalharam-se os aspectos tricotômicos, nos quais se verificaram os pressupostos legais, a Constituição e a Súmula do TST. Para tal, se inicia com discussão sobre questões sociais, regulamentação de normas pelo direito em que o Estado é competente para decidir e, assim, aplicar a norma de maneira adequada perante os indivíduos que encontram-se nessa situação.

Diante de toda essa discussão, verifica-se a possibilidade dada pela Súmula nº 382 do TST, que tem o condão para autorizar o saque do FGTS de servidores que tenham emprego público e, ainda, num contexto mais estrito, até mesmo de quem estiver ligado aos regimes estatutários, desde que haja a autorização legal, bem como os aspectos necessários para tal levantamento.

Lembre-mos que o FGTS é derivado de um contexto de direitos fundamentais e sociais, que vislumbram, sobretudo, a verificação da dignidade humana. Afinal, “Os direitos sociais são conhecidos como fundamentais” e isso repercute, dentre outros aspectos, na promoção de políticas públicas que integrem os contextos de bem-estar social. Devendo ocorrer uma ponderação para os impactos que essa decisão proporcionara.

Frise-se que esse posicionamento poderá sofrer alteração, considerando que a ADIn ainda não teve desfecho, o que pode alterar, até mesmo gerando impactos, em servidores que, em tese, estariam estabilizados. Isso se dá em razão de poder ocorrer a suspensão definitiva do regime único, cujos impactos são ainda desconhecidos, tendo em vista que não se tem a posição externada pelo STF, bem como ainda por ser fato futuro, os quais poderão e deverão ser

estudados com mais cuidados os impactos em toda a estrutura do Estado, podendo ser aplicada a modulação dos efeitos, inclusive.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Túlio Augusto Tayano. **Evolução Constitucional do Trabalho na Ordem Econômica Jurídica Brasileira**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/naais/salvador/tulio_augusto_tayano_afonso.pdf>. Acesso em: 10 de mar. 2019.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito do trabalho**. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 de março de 1824. Registrada na Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil a fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiais. Rio de Janeiro em 22 de abril de 1824. Visita em 26 de fevereiro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm.

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Publicada no Diário Oficial da União em 24 de fevereiro de 1891, Rio de Janeiro – RJ. Vista em 26 de fevereiro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 16 de julho de 1934. Publicada em Diário Oficial da União em 16 de julho de 1934, suplementada e republicada em 19 de dezembro de 1935, Rio de Janeiro – RJ. Visita em 10 de março de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm.

_____. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Outorgada em 10 de novembro de 1937. Visita em 17 de março de 2019. Publicada no Diário Oficial da União em 10 de novembro de 1937. Republicada em 19 de novembro de 1937, Rio de Janeiro – RJ. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm.

_____. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 18 de setembro de 1946. Visita em 20 de março de 2019. Publicado no Diário Oficial da União em 18 de setembro de 1946. Rio de Janeiro-RJ. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Outorgada em 24 de janeiro de 1967. Visita em 22 de março de 2019. Publicação em Diário Oficial da União em 24 de janeiro de 1967, Brasília-DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm

_____. Constituição (1967). **Emenda Constitucional nº 1 de 1969**, Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Outorgada em 17 de outubro de 1969. Publicada no Diário Oficial da União em 20 de outubro de 1969, retificada em 21 de outubro de 1969, republicada em 30 de outubro de 1969. Visita em 25 de março de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Visita em 22 de maio de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

CAIRO JR, José. **Curso de direito do trabalho**. - 13. ed. rev. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. - 4. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPodivm, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. — 16. ed. rev. e ampl.— São Paulo : LTr, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. – 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo, LTr, 2010.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (org). **Constituição, Política e Cidadania**. GIW Editora. Porto Alegre, 2013.

MARTINS Filho, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho**. 24ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. - 28. ed. - São Paulo: Atlas, 2012.

_____, Sérgio Pinto. **Manual do FGTS**. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. – 29. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 29ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

STF. **ADIn N° 2.135-4**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513625> Visita em 20.05.2019.