

Análise da viabilidade de cláusula coletiva autônoma no que tange ao estabelecimento de culpa recíproca e indenização de 20% como hipótese de saque do FGTS*

Marcos Ulhoa Dani

Ex-Advogado da CAIXA

Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 3ª Região

RESUMO

O presente estudo faz uma análise de uma nova situação apresentada ao Judiciário Trabalhista. Trata-se da verificação da viabilidade de saque do FGTS, através de culpa recíproca encetada mediante convenção coletiva autônoma, com negociação de 20% da multa e não pagamento do aviso prévio. O trabalho estabelece um cotejo entre a flexibilização coletiva e os princípios limitadores da autonomia coletiva no Direito do Trabalho, além da análise das possibilidades de saque do Fundo, aliada à da atuação de seu órgão gestor. Análise do Princípio da Dignidade Humana sob os prismas individual e coletivo. Finalmente, verifica-se o conceito legal e doutrinário para a configuração de culpa recíproca.

Palavras-chave: FGTS. Culpa recíproca. Convenção coletiva. Indisponibilidade.

ABSTRACT

The present study makes an analysis of a new situation presented to the Judiciary. One is about the verification of the FGTS's draft viability, settled through "reciprocal guilt" in independent Collective Agreement, with negotiation of 20% of the fine and without the notice to quit. The study establishes a confrontation between the collective flexibilization and the limiter principles of the collective autonomy in Labor Law. Furthermore, establishes an analysis of the FGTS's draft possibilities, combined to the performance of its Managing Agency. Analysis of the Human Dignity's principle under individual and collective's views. Finally, the legal and doctrinal concept for the configuration of reciprocal guilt is verified.

* Publicado originalmente In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5940>.

Keywords: FGTS. Reciprocal guilt. Collective Agreement. Unavailability.

Introdução

O Judiciário Trabalhista vem enfrentando uma questão nova no que concerne à possibilidade de levantamento do numerário do FGTS. Sindicatos de empresas prestadoras de serviços terceirizados estão encetando convenções coletivas com os sindicatos profissionais no sentido de estabelecer uma nova hipótese de saque. Trata-se de estabelecimento de “culpa recíproca” via negociação coletiva. De pronto, cabe frisar que qualquer discussão acerca da competência para tratar de tais feitos está solapada pela incidência das disposições da EC-45/04, que alteraram o artigo 114 da CRFB-88, bem como pela incidência do artigo 625 da CLT¹. De fato, a competência, nesses casos, é da J. Especializada.

Exemplificativamente, analisa-se o recurso de revista RR-63/2007-003-10-00, julgado pela 1ª turma do TST e publicado no DJU em 29-08-2008. No instrumento coletivo analisado, foi encetada, sem a participação do órgão gestor do FGTS (CAIXA ECONÔMICA FEDERAL), convenção coletiva cuja cláusula 30ª estabelecia os seguintes parâmetros:

CLÁUSULA 30ª - INCENTIVO À CONTINUIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO. Considerando a tipicidade da atividade de terceirização de serviços e a necessidade de prever para os trabalhadores maior segurança no emprego, e para isso incentivar as empresas para efetivamente participarem desse intento, fica pactuado que as empresas que sucederam as outras na prestação do mesmo serviço, em razão de nova licitação pública ou novo contrato, contratarão todos os empregados da empresa anterior sem descontinuidade quanto ao pagamento dos salários e a prestação dos serviços. Nesse caso a rescisão do contrato obrigará ao pagamento do percentual de 20% (vinte por cento) sobre os depósitos do FGTS a título de multa e as empresas ficarão desobrigadas de pagar o aviso prévio, porque não caracteriza hipótese de despedida e muito menos arbitrária ou sem justa causa. A rescisão do contrato de trabalho será por acordo, por ter ocorrido culpa recíproca das partes, em relação ao rompimento do contrato de trabalho; conforme previsto no Decreto nº 99.684/90, art. 9º, § 2º. O Termo de Rescisão Contratual, no campo referente a forma de rescisão, constará CL 28ª - CCT ou na sua impossibilidade, deverá

¹ “Artigo 625. As controvérsias resultantes da aplicação de Convenção ou de Acordo celebrado nos termos deste Título serão dirimidas pela Justiça do Trabalho.”

constar no ato da homologação, a expressa referência à presente cláusula. Parágrafo Primeiro - Havendo real impossibilidade da continuação do trabalhador nos serviços, devidamente justificada perante os dois sindicatos convenentes, este trabalhador terá direito à indenização normal no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre os depósitos do FGTS e demais verbas rescisórias.

O caso é de sindicatos de empresas terceirizadoras de mão de obra que, ao resultarem vencidas em procedimento licitatório para serviços em órgãos da Administração Pública, resolveram encetar convenção coletiva com o sindicato profissional e criar uma hipótese "culpa recíproca, via negociação coletiva". Tal disposição prevê os efeitos de depósito de multa de apenas 20% do FGTS aos empregados e não pagamento de aviso prévio. Tais consequências ocorreriam na hipótese de os trabalhadores serem absorvidos por outra empresa, vencedora do procedimento licitatório.

Em outras palavras, a cláusula coletiva convencionada que as resilições unilaterais dos contratos de trabalho seriam registradas como casos de rescisão por culpa recíproca, implicando o não pagamento do aviso prévio e saque do numerário do FGTS, com multa de apenas 20%, além das demais consequências previstas na Súmula 14 do TST.

A situação vem se repetindo com alguma frequência e traz para a análise o sopesamento entre princípios norteadores da produção jurídica oriunda de fontes autônomas e heterônomas; entre flexibilização trabalhista, os limites jurídicos de ordem pública e os patamares mínimos civilizatórios que devem ser observados em situações como a presente. Ademais, mostra-se necessário verificar se a situação se amolda ao taxativo rol de possibilidades de movimentação da conta do FGTS.

Analisa-se, no estudo, a viabilidade e eficácia jurídica de tal cláusula, tanto em relação aos empregados demitidos, como em relação ao órgão gestor do FGTS – a CEF.

1 Ausência de previsão legal para o levantamento e inobservância de direitos de terceiros – órgão gestor do FGTS

Inicialmente, é necessário verificar que o artigo 20 da Lei nº 8.036/90, reguladora do FGTS, não prevê o saque nestas condições (culpa recíproca decorrente de negociação coletiva). A culpa recíproca decorre, como se irá demonstrar, de uma análise fática para conseqüente subsunção normativa, e não o contrário.

De acordo com Cassar (2008), a culpa recíproca detém quatro elementos caracterizadores, quais sejam: a) duas faltas graves; b) proporcionalidade entre as faltas; c) atualidade ou contemporaneidade; d) nexo de causalidade. Com relação ao primeiro requisito, diz a autora:

Para a caracterização da culpa recíproca é necessário que o empregado pratique uma falta gravíssima a ponto de, por si só, justificar o rompimento do contrato e que o empregador também tenha praticado outra falta gravíssima capaz de tornar insuportável a continuidade do contrato. Logo, são duas faltas graves, uma praticada por cada um (CASSAR, 2008, p. 1137).

Sob esse prisma, percebe-se que, faticamente, o requisito exigido pela doutrina não existe no caso em análise, na medida em que a culpa recíproca decorre de uma subsunção de fatos à norma, e não o contrário. A situação fática denota uma resilição unilateral do contrato, feita pelas empregadoras, derrotadas no procedimento licitatório. Os defensores da possibilidade da cláusula em debate advogam a tese de que a viabilidade da disposição decorreria do disposto no artigo 7º, XXVI da CRFB-88, aliado aos princípios da Criatividade Jurídica das Negociações Coletivas e da Adequação Setorial Negociada e à Teoria do Conglobamento.

O conflito de disposições aponta para uma solução via sopesamento de direitos e princípios, com observância da Ordem Pública e Proteção aos direitos indisponíveis dos trabalhadores/fundistas. Ademais, resta observar que os direitos de que os trabalhadores estão abrindo mão (multa de 40% do FGTS e aviso prévio), através de instrumento coletivo, não estão inseridos nas ressalvas parciais expressamente feitas pela própria Constituição da República Federativa do Brasil - art. 7º, VI, XIII e XIV.

É de se observar que o órgão gestor do FGTS, CEF, não participou do instrumento coletivo, sendo que as negociações coletivas não podem se imiscuir em direitos de terceiros. O FGTS, previsto constitucionalmente no art. 7º, III, está inserido entre os direitos sociais básicos e fundamentais dos trabalhadores e foi instituído com funções benéficas a toda a sociedade, entre elas, a utilização do numerário para infraestrutura, habitação e saneamento. Além disso, o intuito primordial foi o amparo do trabalhador em seu momento mais delicado, qual seja, o momento da perda do emprego. Nesse diapasão, o legislador infraconstitucional estabeleceu a Caixa Econômica Federal (CEF) como órgão gestor do Fundo. A CEF atua por determinação legal – artigo 7º da Lei nº 8.036/90 –, sendo responsável, entre outras atribuições que lhe são conferidas, por centralizar os recursos do FGTS, manter e controlar as contas

vinculadas, bem como por emitir, quando for o caso, o Certificado de Regularidade do FGTS.

O FGTS, como entidade despersonalizada, além dos numerários oriundos dos próprios depósitos mensais feitos pelas empresas, conta com outras rendas, com o intuito de atender todas as suas funções legalmente estabelecidas. Exemplo disso é a contribuição social de 10% do valor da conta vinculada, revertida a favor do Fundo, no caso de dispensa imotivada do trabalhador, prevista no artigo 1º da Lei Complementar nº 110/01. A situação presente que, faticamente, configuraria uma dispensa imotivada poderia, segundo o instrumento coletivo, transmudar-se para culpa recíproca. Estabelece-se, portanto, que, além de afetar os direitos dos trabalhadores, a prática pode afetar direitos de terceiros, uma vez que o patrimônio do FGTS se reverte em benefício de toda a sociedade, daí a necessidade de gestão da CEF.

A importância do FGTS, portanto, transpõe os limites do interesse de empregados e empregadores, sendo o mesmo relevante para toda a sociedade, porquanto se volta para o financiamento de projetos essenciais ao desenvolvimento social, mormente aqueles relativos ao saneamento básico, à infraestrutura e à habitação. Nesse contexto, indubitável que o órgão gestor também tem interesse no pleito, em obediência aos termos da Lei nº 8.036/90, diploma legal que rege o Fundo de Garantia.

Assim, entende-se que o estabelecimento da referida cláusula coletiva firma uma obrigação para terceiros, no caso a CEF, em liberar o numerário do FGTS fora das hipóteses legais e contra os interesses do próprio Fundo, observado, nesse particular, o artigo 1º da LC 110/01 (contribuição social de 10% em caso de dispensa imotivada). Disposição que extrapola os limites das entidades convenientes vai contra o entendimento do artigo 611, parágrafo 1º da CLT c/c a Súmula 374 do TST, em aplicação analógica. Frise-se que, nessa situação, de estipulação de promessa de fato de terceiro, eventual negativa da CEF em autorizar o saque, uma vez que fora das hipóteses legais, implica a responsabilização dos sindicatos convenientes pela invalidade da cláusula², na forma do artigo 439 do Novo Código Civil.

Com efeito, não se vislumbra a possibilidade de que, por meio de acordo ou convenção coletiva, conceitos legais estabelecidos possam ser alterados ou ampliados, especialmente no que tange aos critérios legalmente previstos para a movimentação da conta vinculada. Isso porque, dada a importância do numerário para o

² Lembra-se, sempre, que a doutrina considera a convenção e o acordo coletivo como negócios jurídicos *sui generis*.

trabalhador e para a sociedade, todas as hipóteses de saque são autorizadas taxativamente na lei. Entre elas não está uma “culpa recíproca” criada em negociação e não comprovada pela Justiça do Trabalho. Além disso, não se vislumbra a possibilidade de se estabelecer obrigações, através de instrumento coletivo, para terceiros.

1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana sob os prismas individual e coletivo – análise da possibilidade de saque

Apesar de nos posicionarmos acerca da taxatividade do rol do artigo 20 da Lei nº 8.036/90, que trata das hipóteses de saque do FGTS, é necessária a análise de eventuais possibilidades de saque fora das previsões legais, avaliando, como pano de fundo, o caso concreto.

Jantalia (2008) traz interessante discussão acerca da possibilidade de saque do numerário do FGTS fora das hipóteses legais. O que se discute seria que o trabalhador, eventualmente, poderia fazer o saque do Fundo, fora das hipóteses legais, com fins de proteger a sua própria dignidade, em um momento de necessidade financeira. Um exemplo disso seriam as doenças degenerativas não previstas no rol do artigo 20 da lei de regência, como o mal de Parkinson.

Em hipóteses como essa, o STJ já tem julgados³ prevendo a possibilidade de saque do numerário, mesmo fora das hipóteses legais, como um meio de garantia à dignidade humana do fundista, que se encontra fragilizado por uma doença de imensa gravidade.

Situações como essa realmente retratam a possibilidade de interpretação acerca da norma, apesar de lembrarmos, mais uma vez, que, ao gestor do Fundo, por exercer um *munus* público, não lhe cabe fazer interpretações extensivas. Deve, como administrador público, aplicar, tão somente, o previsto em lei. Todavia, para que a questão seja solucionada, uma vez apresentada ao Judiciário, o susomencionado autor faz o cotejo entre a dignidade humana em sua dimensão individual e coletiva. Com efeito:

Dentro dessa linha, a dignidade humana tem contornos individuais e a análise de sua concretização leva em conta apenas a situação ou as necessidades pessoais e fundamentais do titular da conta vinculada, não cogitando de qualquer aspecto externo a ele, como uma eventual repercussão do FGTS. A dimensão individual da dignidade, então, vai privilegiar linhas de interpretação da Lei n. 8036-90 que exaltem o direito do fundista, como úni-

³ REsp 670027/CE, DJ 13-12-2004; AgRg no REsp 630602/CE, DJ 30-09-2004.

co detentor de direitos sobre aqueles recursos, partindo do pressuposto de que a conta vinculada é patrimônio do trabalhador. Por outro lado, se examinando o FGTS à luz da ampla destinação social conferida aos seus recursos, identifica-se uma espécie de **dimensão coletiva da dignidade humana**, expressada através do provimento de condições básicas de existência aos cidadãos que, direta ou indiretamente, são beneficiados com investimentos em saneamento básico, habitação e infraestrutura urbana, tendo acesso a dignas condições de vida. Essa dimensão está associada à visão do FGTS como fonte de recursos para investimento em habitação popular, saneamento básico e infra-estrutura urbana, afigurando-se como instrumento de fomento, por destinar crédito a setores e atividades geradoras de emprego e bem-estar social. [...] No caso do Fundo de Garantia, a escolha majoritária firmada pelo Estado brasileiro foi no sentido de se valer de seus recursos para a garantia da indenização por tempo de serviço do trabalhador e, subsidiariamente, financiar o desenvolvimento urbano. Desta destinação específica, e da prerrogativa constitucionalmente assegurada ao legislador ordinário de conformar os direitos sociais constitucionalmente assegurados – preservando-lhe, por certo, sua efetividade – é que resulta a legitimidade da restrição, imposta pela própria Lei n. 8.036/90, ao saque das contas vinculadas (JANTALIA, 2008, p. 187, 191 e 192, grifo do autor).

Trazendo a reflexão para o caso concreto analisado, percebe-se que a dignidade humana, tanto em sua dimensão individual como na coletiva, impede a possibilidade de saque por culpa recíproca encetada via negociação coletiva. A um porque o fundista não se encontra em situação extrema, que possibilitaria uma interpretação extensiva dos ditames legais; a dois porque há uma dimensão coletiva da dignidade humana em xeque, eis que o Fundo detém funções sociais que garantem à coletividade condições dignas de vida, impingindo o respeito à taxatividade legal; e, finalmente, porque o recolhimento a menor da multa (20%) em uma situação em que, faticamente, não há culpa recíproca viola a própria dignidade humana do fundista que, em um posterior momento de real necessidade, encontrar-se-á privado ao acesso da maior parte de seu numerário em conta vinculada. O procedimento trata de verdadeira renúncia, uma vez que o direito é indisponível e certo, tanto pelos aspectos individual e coletivo (sociedade), como pela ótica do Administrador Público que gere o Fundo (CEF).

Compreende-se que o desejo a benefício imediato pode viciar a vontade da categoria profissional, ansiosa por um acesso precoce ao numerário, sem o devido sopesamento com necessidades futuras, daí a obrigatoriedade de extrema cautela por parte do intér-

prete na análise do caso concreto. Nesse sentido, ensina Plá Rodriguez (2000, p. 177):

Em geral, admite-se a transação e rechaça-se a renúncia. Há duas razões fundamentais. A primeira, de caráter teórico, porque a transação supõe a troca de um direito litigioso ou duvidoso por um benefício concreto e certo, enquanto a renúncia supõe simplesmente a privação de um direito certo. A segunda, de caráter prático, porque o fato de a transação ser bilateral não significa sacrifício gratuito de qualquer direito, vez que, ao contrário de uma concessão, sempre se obtém alguma vantagem ou benefício. Mas isto obriga a examinar cuidadosamente o conteúdo de cada acordo para descobrir se ele não se limita a dissimular uma ou mais renúncias, tentação que muitas vezes os trabalhadores enfrentam, desejosos de tornar efetivo, de imediato um crédito que o empregador se nega a pagar integralmente, com ou sem fundamentos.

2 Presunção de culpa recíproca, *jus variandi* e Princípio da Alteridade

O FGTS, conforme esclarecido, tem importância que vai além da relação de emprego entre patrões e trabalhadores, beneficiando toda a sociedade. Constitui direito social básico/fundamental previsto na CRFB-88. Assim, necessário foi o estabelecimento de um rol taxativo para as hipóteses de saque dos numerários, na forma do artigo 20 da Lei nº 8.036/90.

Esse diploma prevê, como uma das hipóteses de saque, a culpa recíproca, com multa de 20%. Todavia, a verificação de tal culpa recíproca depende de confirmação do fato pela Justiça do Trabalho, como efeito de incidência do parágrafo 2º do artigo 18 do mesmo diploma legal.

A culpa recíproca não pode ser presumida nem fictícia, sendo que a própria lei exige o seu reconhecimento em ação judicial própria. Diz o parágrafo 2º do artigo 18 da Lei nº 8.036/90 (grifo nosso):

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.

§ 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.

§ 2º Quando ocorrer despedida por culpa recíproca ou força maior, reconhecida pela Justiça do Trabalho, o percentual de que trata o § 1º será de 20 (vinte) por cento.

Igual entendimento poder-se-ia inferir do artigo 484 da CLT, que remete o reconhecimento da culpa recíproca aos Tribunais do Trabalho.

Assim, é necessária a análise do instituto da culpa recíproca, sendo que, no caso, vem o socorro do magistério de Carrion (2008, p. 390-391), *in verbis*:

A culpa recíproca possui na doutrina uma conceituação muito rigorosa, tornando difícil, quando não impossível, a configuração do caso concreto. [...] São elementos caracterizadores: a) a existência de duas justas causas; uma do empregado, outra do empregador; as duas graves e suficientes por si sós serem causa da rescisão (Maranhão, *Instituições*, v.1, p. 507; também Lamarca, *Manual*, p. 45); não se trata de duas faltas leves que pela concomitância se transformem em uma grave (idem); duas relações de causa e efeito; a segunda falta, que é causa da rescisão do contrato, é por sua vez efeito da culpa cometida pela outra parte (idem); c) contemporaneidade (Giglio, *Justa Causa*) e não simultaneidade, que seria exagero; d) uma certa proporcionalidade entre as faltas. [...] Veja-se o mestre Lamarca, que quis filtrar e vivificar o que havia no campo da justa causa: reproduziu dez casos onde os tribunais tipificaram a culpa recíproca; aceita apenas uma das hipóteses como sendo culpa recíproca e ainda assim o que consistiu "troca de ofensas" entre empregado e empregador (*Manual de Justas Causas*, 51-5). Haveria que reconhecer que é exatamente assim que a primeira falta rescindiria o contrato e que a segunda, provocada pela primeira, *também* o fez.

Nessa esteira, observa-se que a doutrina não corrobora o fato em análise como culpa recíproca, eis que, primordialmente, não há atitudes faltosas por parte dos empregados. Tais atitudes, segundo Carrion, são aquelas caracterizadas no artigo 482 (justas causas) da CLT, o que, indubitavelmente, incorre no caso. Seriam necessárias duas justas causas, uma por parte dos empregadores e outra por parte dos empregados. A elasticidade na interpretação do rol do artigo 482 não admite ilações muito extensivas, uma vez que as normas sancionatórias não podem ser alargadas para causar preju-

ízo. A rigor, também não haveria como capitular no artigo 483 da CLT a atitude dos empregadores.

O que se observa, no caso, é a atuação dos empregadores, no exercício de seu *jus variandi*, para a terminação dos contratos de trabalho. É certo que o término dos contratos de trabalho deveu-se à ausência de êxito de uma determinada empresa em procedimento licitatório. Todavia, o ônus/risco do insucesso da atividade empresarial é do empregador, segundo informa o Princípio da Alteridade. Insucesso na atividade empresarial por derrota em procedimento licitatório caracteriza, quando muito, fortuito interno, inerente à atividade empresarial. Esse tipo de situação, portanto, não é excludente da responsabilidade patronal. O que se percebe é uma tentativa de divisão de responsabilidades com o empregado, o que, por via transversa, constituiria uma verdadeira cláusula *star del credere*, a desfavor dos trabalhadores, figura esta rechaçada pelo ordenamento jurídico.

Ademais, a figura da culpa recíproca deve ser estabelecida pela Justiça do Trabalho, por força dos dispositivos legais suso mencionados.

No caso analisado, não há qualquer reconhecimento, pela Justiça do Trabalho, de culpa recíproca. Tal situação foi verdadeiramente criada para afetar direitos/deveres de terceiros, uma vez que a CEF teria que responder por um dever criado em uma negociação coletiva da qual não participou. Mais grave, direitos de toda a sociedade estariam sendo violados, na medida em que se estaria criando nova hipótese, não prevista em lei, de saque desse numerário, que é público. Frise-se que entendemos ser a lei taxativa no que tange às hipóteses de saque do FGTS, dada a importância do Fundo para a Nação. O órgão gestor não pode permitir saques fora das hipóteses da lei, sob pena de ferir toda a sociedade e suas próprias obrigações, previstas em lei e sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas da União e do Conselho Curador do FGTS.

Nos termos da própria lei civil, em aplicação subsidiária autorizada pelo artigo 8º da CLT, diz o inciso VI, do artigo 166 do NCC, que o negócio jurídico será inválido naquilo que tentar extrapolar lei imperativa. Por certo que a lei reguladora do saque do FGTS é norma de ordem pública, com clara função social, que não pode ser desvirtuada para além dos seus limites. Tanto assim o é que a interpretação sistemática do artigo 7º da CRFB autoriza a sua inclusão como direito fundamental do trabalhador.

Afigura-se temerário que, para solucionar essas questões, a norma coletiva possa dispor contrariamente à lei e, inclusive, impactar no ingresso e na saída de recursos ao Fundo de Garantia, o qual não se destina apenas ao trabalhador, já que se constitui

em fundo social de múltiplas e complexas funções, com benefícios para toda a coletividade, que, diga-se de passagem, não podem ser comprometidos.

Nesse sentido, Delgado (2002, p. 1272), com maestria, leciona, *in verbis*:

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, embora preservando nítida natureza trabalhista, também consubstancia, em seu conjunto global e indiferenciado de depósitos, um fundo social de destinação variada, que se especifica expressamente na ordem jurídica. De fato, a Lei do FGTS dispõe que o Fundo é formado não somente dos recolhimentos mensais feitos pelo empregador ou tomador de serviços, mas de outras fontes monetárias (art. 2º, Lei n. 8.036/90). Além disso, o Fundo de Garantia, considerado na globalidade de seus valores, constitui um fundo social dirigido a viabilizar, financeiramente, 'a execução de programas de habitação popular, saneamento básico e infra-estrutura urbana' (art. 6º, IV, VI, e VII; art. 9º, § 2º, Lei n. 8.036/90).

3 Sopesamento entre princípios da negociação coletiva e indisponibilidade de direitos fundamentais

Por certo que a evolução do Direito do Trabalho perpassa pela evolução e respeito dos instrumentos coletivos. Isto já vem sendo reconhecido pela Carta Magna, que propugna o respeito à negociação coletiva, nos termos do artigo 7º, XXVI. Os instrumentos coletivos são, de fato, ferramentas indispensáveis para a evolução do mundo do trabalho. Todavia, a corrente flexibilizadora do Direito do Trabalho não escapa ao controle do Estado, no que tange à limitação de seus efeitos e estipulações. O Princípio da Criatividade Jurídica Coletiva, que orienta o estabelecimento de novas condições de trabalho através da negociação coletiva, tem que ser sope-sado com os patamares mínimos civilizatórios que equilibram a relação negocial a benefício, inclusive, de uma desejada maturidade sindical ainda a ser alcançada. Esses limites objetivos se encontram na harmonização entre as normas negociadas e a imperatividade de normas heterônomas estatais que, primordialmente, se orientam pela proteção a direitos indisponíveis do trabalhador. Nesse diapasão, a doutrina diferencia as parcelas contratuais a serem negociadas. Frisa-se, nos dizeres de Plá Rodriguez (2000, p. 188), que "as normas irrenunciáveis continuam sendo irrenunciáveis, seja o renunciante um sujeito individual ou coletivo". Não se nega, portanto, que a posição da categoria profissional, no que tange à capacidade negocial, é infinitamente superior à do trabalhador indi-

vidualmente considerado. Todavia, a disponibilidade não é absoluta. Há parcelas de indisponibilidade absoluta, infensas à negociação coletiva, e parcelas de indisponibilidade relativa, passíveis de negociação, pela incidência, inclusive, do Princípio da Adequação Setorial Negociada.

Esse princípio prega que a negociação coletiva, até pela sua natureza transacional, implica a capacidade negocial das partes em transacionar, ou seja, tudo gira em torno de prestações opostas das duas partes. Como ensina Cernelutti, elemento fundamental da negociação em torno dessas prestações é que o objeto das mesmas, muito além de ser *res litigiosa*, seja *res dubia*. Nesse tocante, cabe frisar que qualquer direito tido como certo e, por assim dizer, indisponível não pode ser qualificado como *res dubia*. É que, se um dos contratantes está certo da obrigação que lhe cabe solver (mediante, como foi demonstrado, disposições legais e constitucionais), age obviamente *contra legem* ao transacionar com a outra parte, beneficiando-se das recíprocas concessões então ajustadas. Nesse sentido, novamente o mestre Plá Rodriguez (2000, p. 175-176): “A *res dubia* – elemento essencial da transação – deve ser entendida em um sentido *subjetivo*, isto é, dúvida razoável sobre a situação jurídica objeto do precitado acordo”. E continua mais a frente: “É que, se um dos contratantes tem certeza da obrigação que deve cumprir, age obviamente de má-fé ao transacionar com a outra parte, beneficiando-se das recíprocas concessões convencionadas”.

Assim, não prevalece a criatividade jurídica coletiva se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta, os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. Tais parcelas são aquelas protegidas por uma tutela de interesse público, por serem estabelecidas em um patamar civilizatório mínimo que a sociedade moderna, fruto do Constitucionalismo Social, não concebe ver reduzidas em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontar a própria dignidade da pessoa humana e a valorização social ao trabalho (arts. 1º, III e 170, *caput*, CRFB/88). Entre as normas trabalhistas heterônomas concernentes aos direitos revestidos de indisponibilidade absoluta, encontram-se as normas constitucionais em geral (respeitadas, é claro, as ressalvas parciais expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); as normas de tratados e convenções internacionais vigentes no plano interno brasileiro (referidas pelo art. 5º, § 2º, CRFB/88); as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo (especialmente preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional,

dispositivos antidiscriminatórios etc.). Percebe-se que, no caso analisado, há disposição (diga-se, clara renúncia) a direitos indisponíveis dos trabalhadores, que dizem respeito ao FGTS e ao aviso prévio. Portanto, a regra subtrai direitos dos trabalhadores revestidos de indisponibilidade absoluta, garantidos na CRFB-88 (art. 7º, incisos III e XXI) e na legislação infraconstitucional (art. 487 e seguintes da CLT e Lei nº 8.036/96), sendo que as disposições tratadas não dizem respeito às ressalvas autorizadas pelo Texto Constitucional (artigo 7º, VI, XIII e XVI, exemplificativamente). Ademais, adentra em direitos da própria sociedade, na medida em que, como explicitado, o FGTS detém funções sociais maiores, a benefício de toda a coletividade. O certo é que não há que se confundir transação com renúncia, pura e simples, ainda mais quando estamos tratando de direitos irrenunciáveis.

No caso, as disposições coletivas extrapolam os limites negociais típicos do pacto social negociado, adentrando no campo da indisponibilidade do mínimo civilizatório.

Conclusão

A prática em análise viola uma série de direitos de ordem social indisponíveis, bem como estabelece obrigações a terceiros que não participaram da negociação coletiva. Finalmente, há uma criação jurídica que intenta sobrepujar norma imperativa, gerando ficção jurídica onde a norma é taxativa.

A prática, portanto, deve ser vedada, sendo que, a princípio, este vem sendo exatamente o entendimento do TST, haja vista recentes decisões a respeito (RR-415/2006-011-10-00.6 – 7ª turma – DJ 07-12-07; relator: ministro Ives Gandra Martins Filho; RR-63/2007-003-10-00; relator: ministro Luiz Phillippe Vieira de Mello Filho – 1ª turma – DJ 29-08-2008; RR-853/2006-020-10-00 – 8ª turma – DJ 22-02-2008; relator: ministro Márcio Eurico Vitral Amaro; RR-232/2007-003-10-00.7 – 4ª turma – DJe 6-11-08; relator: ministro Antônio José de Barros Levenhagen; RR-419/2007-016-10-00.7 – 2ª turma – DJe 21-11-08; relator: ministro José Simpliciano Fernandes; RR-710-2006-021-10-00-0 – 5ª turma – julgamento em 17-12-2008; relator: ministro João Batista Brito Pereira).

Referências

- CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 33ª ed. Atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 2ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2002.

JANTALIA, Fabiano. **FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço**. São Paulo: Editora LTr, 2008.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 3ª ed. atual. São Paulo: Ltr, 2000.