

DA RENDIÇÃO DO FUNDO PÚBLICO: FGTS E PRESCRIÇÃO DA EXIGIBILIDADE DE DEPÓSITOS EM FUNDO PÚBLICO CONFORME JULGAMENTO DO ARE 709212 PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Sandro Lunard Nicoladeli
Paulo Ricardo Opuszka

1. A decisão judicial no Agravo em Recurso Extraordinário n. 709.212. 2. Natureza jurídica tríplice do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. 3. Retrocesso jurisprudencial. 4. Falta de participação da comunidade social e jurídica: ausência de legitimidade da decisão. 5. Conclusão: a nova jurisprudência trabalhista.

O percurso traçado será apresentar a decisão, explicar a finalidade dos fundos públicos a partir da tese do Prof. Francisco de Oliveira, discutir a natureza jurídica do FGTS e as principais consequências sociais e efeitos jurisprudenciais da referida decisão no entendimento judicante especializado pátrio.

Introdução

A finalidade do presente artigo é discutir e problematizar a decisão judicial no Agravo em Recurso Extraordinário 709.212, que acaba com a prescrição trintenária do FGTS, um fundo público que no nosso modelo de Estado Providência serve de indutor econômico para reprodução do trabalho, fundamental nos tempos de crise pois garante sustentabilidade nos períodos de crise financeira.

A metodologia utilizada será a análise da decisão em sede de STF, a luz da teoria socioeconômica, a partir das premissas do pensamento crítico de fundo desenvolvimentista do setor público presentes nas reflexões dos principais pensadores do desenvolvimentismo brasileiro tais como Francisco de Oliveira, Celso Furtado, Maria da Conceição Tavares e Ricardo Bielschowsky.



.....
Sandro Lunard Nicoladeli

Advogado trabalhista, doutorando em Direito e professor de Direito do Trabalho da Universidade Federal do Paraná.



Paulo Ricardo Opuszka

Doutor em Direito pela UFPR. Professor de Direito do Trabalho da Universidade Federal de Santa Maria/RS. Professor Colaborador do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba.

1. A decisão judicial no Agravo em Recurso Extraordinário n. 709.212.

Trouxe grande surpresa à comunidade jurídico-trabalhista o recente julgamento do Supremo Tribunal Federal que decretou a inconstitucionalidade, em sede de repercussão geral, dos dispositivos inseridos no § 5º, art. 23, da Lei n. 8.036, de 1990, conhecida como “Lei do FGTS”, e do artigo 55 do Decreto n. 99.684, de 1990, que consolida as normas regulamentares do referido fundo.¹ A mencionada decisão judicial estabeleceu a aplicação de menor lapso temporal prescricional quanto à exigibilidade de depósitos do FGTS. Traduziu-se em movimento contrário à maciça doutrina juslaboral e a unânime jurisprudência trabalhista, a teor das Súmulas n. 362 do Tribunal Superior do Trabalho² e 210 do Superior Tribunal de Justiça,³ que conferiam tratamento diferenciado aos depósitos fundiários, adotando, “in casu”, a prescrição trintenária.

O novo posicionamento, decretando a inconstitucionalidade dos referidos artigos, acabou por submeter aos depósitos fundiários a regra geral dos demais créditos trabalhistas inseridos no artigo 7º, inc. XXIX, da Constituição

1 O ARE (Recurso Extraordinário com Agravo) n. 709.212 foi julgado na sessão plenária do STF de 13 de novembro de 2014, o acórdão foi publicado em 19 de fevereiro de 2015 e a decisão transitou em julgado em 24 de fevereiro de 2015.

2 Súmula n. 362: FGTS. PRESCRIÇÃO. É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.

3 Súmula n. 210: A ação de cobrança das contribuições para o FGTS prescreve em trinta (30) anos.

Federal, ou seja, a prescrição quinquenal. O processo ARE n. 709.212 foi relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, obtendo os votos contrários dos ministros TeoriZavaschi e Rosa Weber.

2. Da finalidade dos fundos públicos

No seu clássico “o surgimento do antivalor” o Professor Francisco de Oliveira relata a construção teórica e histórica do antivalor, ou seja, a entrada do Fundo Público na equação refletida na tese marxiana que sustenta o capitalismo sendo $D - M / PT / M' - D'$ onde D significa dinheiro que compra M, mercadoria, que, através do processo de trabalho P T, transforma M em M' (com valor agregado) mas que precisa ser realizada, a partir do que se chamou “salto mortal” da mercadoria.

Se realizada, a mercadoria devolve para o capitalista D', que no final da equação, é maior do que D. Essa equação representa o Capitalismo.

Na equação de Chico de Oliveira, com base nas premissas keynesianas e no advento histórico do Estado Providência, antes do D, os Estados da referida natureza introduzem o fundo público, como financiamento do próprio dinheiro (D), motriz do sistema Capitalista.

No caso do Brasil, as políticas públicas realizadas pelo BNDES, funcionam como uma política anticíclica de cunho permanente.

Desta forma, para o autor, a luta de

classes muda seu cenário: se antes era no chão de fábrica, agora é na disputa do fundo público. A grande questão é se os fundos vão financiar o capital ou se vão financiar o trabalho.

Quando são utilizadas para promover o desenvolvimento social, seja através de construção de creches, escolas, hospitais, Universidades, ou mesmo financiar seguro-desemprego, FGTS, auxílios sociais, lazer, estarão reproduzindo o trabalho; quando servem aos bancos privados, empresas, sistema “S”, crédito para ações empreendedoras no ramo empresarial, reproduzem o capital.

O contrário também pode ser destacado. Quando estes fundos, que reproduzem o trabalho, são diminuídos, a contrário sensu, reproduzem o capital. É o caso em tela.

3. Natureza jurídica tríplice do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Num breve aspecto histórico e descritivo, podemos dizer que o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço/FGTS, constitui-se num fundo público, que teve como missão ser o substituto da então estabilidade decenal dos trabalhadores. Dessa forma, trocou-se a estabilidade por uma “poupança forçada”, com recursos oriundos do empregador.

Sua natureza jurídica envolve vários feixes obrigacionais, assim definidos: a) relação do contrato de emprego: substrato fático originário da constituição do fundo, no qual o empregador destina 8% (oito por cento) incidente sobre a folha de pagamento, donde verte os recursos à conta vinculada do empregado, e tais recursos são utilizáveis comumente em situações de

desemprego imotivado, doenças especiais e para o seu financiamento habitacional; b) relação trabalhador X conta vinculada (FGTS): encarnada na relação jurídica entre o agente operador (artigo 4º da Lei n. 8.036, de 1990), a Caixa Econômica Federal e o titular da conta vinculada, no caso o trabalhador;⁴ c) relação fundo público (FGTS) X sociedade brasileira: o conjunto dos saldos das contas vinculadas do FGTS é gerenciado pelo Conselho Curador do FGTS, que tem por missão estabelecer as diretrizes e os programas de alocação de todos os recursos (artigo 5º da Lei n. 8.036, de 1990); são utilizados em políticas públicas de infraestrutura (habitação, saneamento e transporte etc.).

Nesse sentido, ensina Mauricio Godinho Delgado que

O Fundo de Garantia é um instituto complexo, de caráter multidimensional. Uma de suas mais importantes dimensões – senão a principal – é, sem dúvida, a trabalhista, que é, inclusive, expressamente reconhecida pela Constituição (art. 7º, III, CF/88). Grande parte de suas mais significativas características são de natureza trabalhista, sem dúvida. Contudo, nem todas elas têm essa estrita natureza: é que o FGTS tornou-se no país um dos mais importantes *fundos sociais de destinação variada*, com notável impacto público.⁵

4 Diga-se de passagem, relação jurídica controvertida, tendo em vista os desafios jurídicos existentes nas inúmeras questões aforadas acerca da correção dos depósitos.

5 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1337 (destaques no original).

Godinho Delgado ressalta, adiante, que três são as relações jurídicas que têm em seu cerne o FGTS: a) a relação entre empregado e empregador, estando este obrigado a efetuar depósitos mensais em conta de titularidade daquele; b) a relação entre empregador e Estado, cabendo ao primeiro efetuar os depósitos mensais e ao segundo cobrá-los na hipótese de inadimplemento daquele; e c) a relação entre o Estado e a comunidade em geral, pois esta é beneficiária de ações de melhoria social promovidas por aquele, tal como o financiamento habitacional.⁶

O registro de todos os reflexos dos depósitos fundiários não é em vão, pois a referida decretação de inconstitucionalidade, além de retirar do patrimônio jurídico dos trabalhadores um direito consolidado por longas décadas, acaba legitimando a cultura da sonegação de depósitos fundiários, infelizmente, ainda muito comum no nosso cotidiano de relações laborais. Muito mais do que isso, a ausência de depósitos regulares nas contas do FGTS poderá legitimar calote bilionário, é bem verdade, tendo como primeiros prejudicados os trabalhadores que possuam extenso contrato de trabalho. Porém, a sonegação dos depósitos, no decorrer de décadas, refletirá no custeio de projetos fundamentais ao país custeados pelo fundo público do FGTS. Nem mesmo a modulação assentada no julgado, o que pretensamente asseguraria segurança jurídica e previsibilidade na decisão, poderá minimizar os prejuízos nas relações jurídicas até então estabilizadas e socialmente justas.

6 DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 1344.

3. Retrocesso jurisprudencial.

Em seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso manifestou-se no sentido de ser constitucional ao legislador fixar prazo superior a cinco anos de prescrição, mas não trinta, pois isso vulneraria a segurança jurídica. Argumento contraditório, tendo em vista que o que vulnerou a segurança jurídica foi exatamente a rejeição do Tribunal quanto à jurisprudência que até então vinha adotando, pois, como observa Luiz Guilherme Marinoni, “[...] as decisões não podem ser livremente desconsideradas pelo próprio Poder Judiciário.”⁷

Quem perde com o novo exíguo prazo estabelecido no julgamento do STF é toda a sociedade, principalmente aquela parcela que mais necessita de ações do Poder Público. A este respeito, logo após a promulgação da Constituição de 1988, que Ulysses Guimarães chamou de “Constituição Cidadã”, em virtude dos numerosos avanços sociais que trouxe, o professor Amauri Mascaro Nascimento escreveu que o FGTS é “[...] um sistema de depósitos bancários, efetuados pelo empregador, visando proporcionar recursos a serem investidos num plano de construção de habitações, além de outros fins [...]”.⁸

Nota-se, assim, o nítido caráter social

7 MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. *In: A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. rev. ampl. e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 567.

8 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do trabalho na constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 92.

e comunitário presente nas finalidades do Fundo de Garantia, não levado em conta no julgamento, inclusive mediante a observação do Presidente da Corte, Ministro Ricardo Lewandowski, quando afirmou que o que se estava discutindo era uma relação entre empregado e empregador, e não a relação jurídica entre o Fundo de Garantia ou a Fazenda Pública como legitimados para a cobrança de quantias não pagas.⁹ A ideia de um fundo social de destinação variada, não sendo apenas direito trabalhista, mas instituto de natureza híbrida, foi muito bem ressaltada no voto da Ministra Rosa Weber,¹⁰ mas ignorada pelo plenário da Corte.

4. Falta de participação da comunidade social e jurídica: ausência de legitimidade da decisão.

Pergunta-se: dado o impacto e a relevância do julgado, não caberia ouvir a comunidade interessada no julgado? Minimamente, centrais sindicais, entidades patronais, conselho curador do FGTS e Poder Executivo não deveriam ter se manifestado em audiência pública, ante a repercussão da decisão judicial?

Com efeito, três são os caminhos para o exercício do controle de constitucionalidade em nossa República, quais sejam a) pela via da exceção, exercida num caso concreto submetido à apreciação do Poder Judiciário; b) pela via da ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada por pessoas e entidades especificamente

indicadas pelo texto constitucional; e c) pela iniciativa de um Juiz, também no âmbito de um processo judicial, mas mediante iniciativa do próprio julgador e não das partes.¹¹

Quanto ao controle de constitucionalidade exercido no ARE n. 709.212, nota-se que se tratou de controle pela via da exceção, pois, num processo inter-partes, o Tribunal julgou matéria constitucional, com repercussão geral. Sobre esse ponto, a Lei n. 11.418, de 2006, alterou o Código de Processo Civil de 1973 para trazer a seguinte regra ao procedimento da repercussão geral, no art. 543-A, § 6º, “O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.” Ora, em se tratando, na linguagem do Ministro Relator, de “revisão da jurisprudência”, é evidente que a declaração de inconstitucionalidade deveria ter seguido a regra do Código de Processo Civil, uma vez que está presente o interesse de toda a sociedade trabalhadora e dos próprios juristas, que foram pegos de surpresa com tal retrocesso social.

Deve-se registrar, infelizmente, que, na prática, o referido julgado dinamitou os princípios basilares do Direito do Trabalho, consagrados na proteção do trabalhador e na aplicação da norma mais favorável, além de deslegitimar jurisprudência progressista no campo dos direitos sociais.

9 Cf. página 38 do Acórdão.

10 Cf. página 44 do Acórdão.

11 Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 52.

No plano da colisão de preceitos fundamentais, a decisão judicial por aplicação de prescrição mais diminuta na exigibilidade de depósitos em fundo público efetivamente desconectou nossa corte constitucional dos vetores essenciais do Estado Social, pois esvaneceu princípios constitucionais fundantes da nossa República, como a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho e do emprego, a justiça social, e, por fim, o não retrocesso social.

Acerca desse aspecto, bem lembrou a Ministra Rosa Maria Weber, em seu voto, o caráter essencialmente protetivo do Direito do Trabalho, corroborado pela afirmação contida no *caput* do art. 7º da Constituição, segundo o qual o rol de direitos ali previstos não exclui outros que objetivem a melhoria da condição social do trabalhador, sendo consequência desse raciocínio a constitucionalidade de previsão de lapso prescricional maior fixado pela legislação infraconstitucional ou por negociação coletiva.¹² A Ministra, ainda, afasta a opinião de Sérgio Pinto Martins, que defende, conforme consta no voto do Ministro Relator, a inconstitucionalidade do prazo prescricional trintenário, afirmando, a Ministra, que o citado doutrinador “[...]é magistrado do trabalho, paulista, e, a meu ver, uma voz quase isolada do ponto de vista aqui destacado.”¹³

Não obstante o abalizado e majoritário entendimento da doutrina e da jurisprudência nacional, defendendo o prazo trintenário, prevaleceu a tese minoritária.

12 Cf. página 41 do Acórdão.

13 Cf. página 43 do Acórdão.

5. Anova jurisprudência trabalhista.

Com o trânsito em julgado da decisão proferida do ARE n. 709.212, as decisões mais recentes na área justrabalhista já estão se adaptando ao entendimento do STF. A esse respeito, veja-se a seguinte decisão do TRT de Minas Gerais:

EMENTA: PRESCRIÇÃO FGTS. DECISÃO PROFERIDA NO ARE nº 709.212 PELO STF. MODULAÇÃO DE EFEITOS. A alteração do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE nº 709.212, por meio do qual declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 8.036/90 e do Decreto nº 99.684/90 e, assim, alterou o entendimento de que a prescrição do FGTS é quinquenal, a teor do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, e não trintenária, conforme entendimento consagrado na Súmula 362 do TST e 210 do STJ, deve observar a modulação de efeitos determinada, de modo que a decisão proferida tem efeito *ex nunc*, ou seja, não afeta as relações jurídicas anteriores à sua decisão. (TRT da 3.ª Região; Processo: 0001400-21.2014.5.03.0173 RO; Data de Publicação: 18/03/2015; Disponibilização: 17/03/2015, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 53; Órgão Julgador: Segunda Turma; Relator: Sebastião Geraldo de Oliveira; Revisor: Jales Valadão Cardoso)

Em se tratando de decisão flagrantemente contrária aos princípios e fundamentos do Direito do Trabalho, é incontestável que o julgamento do STF no ARE n. 709.212 produziu um resultado injusto, na

medida em que tinha a oportunidade de dar à decisão um sentido consentâneo com as finalidades sociais que o FGTS, indubitavelmente, possui. Nesse aspecto, ensina Jorge Luiz Souto Maior que

[...] não se pode mais imaginar um Judiciário despreocupado com a justiça de suas decisões, ou seja, em reproduzir um direito que não almeje a justiça social, pois sua atuação meramente formalista pode produzir resultados injustos e a culpa será, então, sua, e não da lei, já que no ato de interpretar a lei o juiz podia ter-lhe dado um sentido mais de acordo com o postulado da justiça social.¹⁴

Considerações Finais

No passado, a tutela constitucional foi capaz de proteger os fundos públicos, verdadeiro colchão de direitos que redundam na proteção de um fundo social capaz de financiar da Economia em tempos de crise, em especial nos anos 90.

Sem dúvida, foram os fundos públicos que salvaram o Brasil de um estado maior de miséria no início dos anos 2000, tempo de crescente aumento do superávit primário, recessão econômica e desemprego estrutural, quadro superado pelos Governos posteriores, ainda que a grande mídia não reconheça de forma massiva a referida realidade até os dias atuais.

Também foram os fundos públicos, em especial os administrados pelo FED Americano, que salvaram os Estados Unidos da grande depressão nos anos 2007/2008 e a aplicação de políticas anticíclicas evitaram que a locomotiva americana descarrilhasse definitivamente sobre a América Latina, Europa, Ásia e África. Os efeitos do “acidente” deixaram vítimas mas estão sendo, de forma lenta e gradual, redimensionados, não sem a ajuda do Estado Americano.

Em suma, nunca é demais rememorar os ensinamentos de Francisco de Oliveira,¹⁵ pois, ao analisar a profunda necessidade do financiamento do Estado-providência via fundos públicos, para reprodução das condições contemporâneas do trabalho e continuidade da disposição da renda.

Neste caso, o STF, ao desconstituir esse fundo público, um dos maiores direitos sociais conquistados pelos trabalhadores, acaba, por via reflexa, descapitalizando um dos maiores fundos públicos indutores do desenvolvimento de nosso País contribuindo para a bifurcação que, em ambas as alternativas de caminho a ser tomado, depare-se com a placa iluminada: sem saída.

Referências bibliográficas

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

14 MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000, p. 280.

15 **O surgimento do antivalor**. Disponível em: <http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/56/20080623_o_surgimento_do_antivalor.pdf> Acesso em 24 novembro 2014.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. *In: A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. rev. ampl. e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do trabalho na constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

OLIVEIRA, Francisco. **O surgimento do antivalor**. Disponível em: <http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/56/20080623_o_surgimento_do_antivalor.pdf> Acesso em 24 novembro 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015