

O princípio da norma mais favorável e o prazo prescricional da pretensão relativa aos depósitos do FGTS

Vinícius Lantyer Oliveira Esquivel

Resumo: Até 13 de novembro de 2014, entendia-se que o prazo prescricional relativo ao FGTS era de trinta anos. Nessa data, contudo, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o prazo especial para a cobrança dos recolhimentos do FGTS, por afronta ao prazo prescricional trabalhista definido pela Constituição Federal. Passou-se a aplicar, então, a partir do julgamento, a prescrição quinquenal, prevista no inciso XXIX, art. 7º, da Carta Magna, também aos depósitos do FGTS. Todavia, sabe-se que o Direito do Trabalho apresenta, dentre os seus princípios, aquele que determina a aplicação da norma mais favorável ao empregado, ainda que inferior hierarquicamente. O princípio encontra guarida na própria Constituição, pois o *caput* do seu art. 7º é enfático ao incentivar a criação de direitos mais benéficos ao trabalhador. Nessa toada, tendo em vista a inegável repercussão do novo entendimento na esfera patrimonial dos trabalhadores, busca-se compreender a relevância do princípio da norma mais favorável no debate acerca da constitucionalidade do prazo prescricional trintenário.

Palavras-chave: FGTS. Prescrição. Princípios. Constituição. Hierarquia.

1 Introdução

420

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 709.212/DF, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, firmou o posicionamento de que não se aplica o prazo prescricional de 30 (trinta) anos aos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, conforme antigo entendimento consubstanciado na Súmula n.º 362 do Tribunal Superior do Trabalho.

Por força dessa decisão, o verbete jurisprudencial do TST foi alterado para acolher a tese jurídica firmada pelo Supremo, oportunidade em que foram modulados os efeitos da aludida decisão. O novo prazo prescricional, de 5 (cinco) anos, passou a valer somente para as lesões posteriores à data do julgamento. Para as violações já ocorridas, foi inserida regra de transição.

A leitura preliminar do voto do relator, seguido pela maioria dos ministros da Suprema Corte, revela que não há menção expressa ao princípio da norma mais favorável, especificamente. Para ser preciso, há mera citação ao princípio protetivo, gênero que abrange o primeiro.

Debruçando-se sobre a discussão entre os ministros, por outro lado, vê-se que a maioria tomou como fundamento determinante para acompanhar o relator não a violação ao art. 7º, XXIX, como o fez Gilmar Mendes. Ao revés, nota-se que o pano de fundo da discussão lastreou-se, sobretudo, na razoabilidade e segurança jurídica do prazo trintenário, argumentos que não constam do acórdão do ARE 709.212.

Dito isto, cabe perquirir, não obstante a elevada responsabilidade constitucional e a notória sabedoria jurídica de seus membros, se o julgamento da matéria pela Corte Suprema considerou, efetivamente, argumento significativo para a análise do prazo prescricional dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço: as implicações do princípio da norma mais favorável.

2 Princípio da proteção

Dentre os princípios peculiares ao Direito do Trabalho, o princípio da proteção parece ser o principal balizador do raciocínio jurídico afinado à teleologia desse ramo do Direito.

O princípio protetivo surge do reconhecimento inicial – que tanto se reitera, mas que, por vezes, não é posto no seu merecido local de destaque nos debates atuais – de que nas relações de emprego, principal espécie do gênero relação de trabalho, a desigualdade entre as partes contratantes é patente.

Por consequência lógica, o tratamento normativo dispensado não pode ser o mesmo para cada parte, sob pena de malferir o princípio da igualdade. Sendo certo que os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida da sua desigualdade, porque “o procedimento lógico de corrigir as desigualdades é o de criar outras desigualdades” (RODRIGUEZ, 2000, p. 36), o conjunto normativo laboral deve potencializar a proteção à parte mais frágil da relação empregatícia, que é o trabalhador.

Assim, o princípio da proteção elucidada, nas palavras de Maurício Godinho Delgado (2014, p. 196), a própria natureza do Direito do Trabalho:

O Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

421

Posto que princípios particularizados são essenciais para a autonomia de cada ramo jurídico, o princípio tutelar talvez compreenda a própria razão de ser do Direito do Trabalho, trazendo forte carga valorativa que o distingue do Direito Comum. Sobreleva-se, com esse princípio, a igualdade material, substancial, em relação à mera igualdade formal. Assim, segundo a lição de Américo Plá Rodrigues (2000, p. 35):

Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.

Compartilha-se da opção doutrinária de subdividir o princípio da proteção em três outros princípios, como forma de homenagear a relevância que ele possui e, ao mesmo tempo, destacar a sua incidência em diversos aspectos peculiares das relações trabalhistas. No presente artigo, abordar-se-á somente a faceta mais relevante para a análise do julgamento do ARE 709.212/DF pelo Supremo Tribunal Federal: o princípio da norma mais favorável.

2.1 Princípio da norma mais favorável

O princípio da norma mais favorável aplica-se para os casos em que há embate entre duas fontes jurídicas distintas. Referido princípio dita que, em síntese, do choque entre duas normas aplicáveis a uma mesma situação, deve prevalecer a incidência daquela que seja mais

benéfica ao trabalhador, independentemente do patamar que ocupe na hierarquia das normas do direito comum.

Do conceito acima delineado depreende-se a clara natureza protetiva do aludido princípio, também denominado de princípio da aplicação da fonte jurídica mais favorável (MARTINEZ, 2013). Parte da doutrina também enquadra essa norma como regra (RODRIGUEZ, 2000).

Outra ilação que se faz é que o princípio da norma mais favorável subverte o critério clássico de hierarquia das normas.

Segundo o critério clássico, a norma de hierarquia superior prevaleceria sobre a norma de nível inferior, a menos que esta seja mais específica do que aquela (e, ainda assim, desde que respeitado os parâmetros gerais fixados na norma geral). Desse modo, ilustrativamente, decretos legislativos não podem ir além do quanto disciplina a lei ordinária; a lei ordinária, por sua vez, não pode jamais deixar de ser interpretada à luz da Constituição Federal.

Para o Direito do Trabalho, todavia, profundamente marcado pelo princípio protetivo, vale no caso concreto a norma mais favorável ao obreiro, ainda que inferior hierarquicamente. Esse efeito dá origem ao que parte da doutrina denomina de princípio da hierarquia dinâmica das normas no Direito do Trabalho (NASCIMENTO, 2015), o qual “consiste na aplicação prioritária de uma norma fundamental que será sempre a mais favorável ao trabalhador, excetuando-se disposições estatais imperativas ou de ordem pública.” (AZEREDO, 2015).

422

Neste passo, imperioso lembrar a lição de Amauri Mascaro Nascimento (2015, p. 537) sobre o efeito prático do princípio da norma mais favorável no âmbito do Direito do Trabalho:

De modo geral é possível dizer que, ao contrário do direito comum, em nosso direito, a pirâmide que entre as normas se forma não terá a Constituição Federal ou a lei federal ou as convenções coletivas de modo imutável. Os níveis normativos se alternam em constante modificação. O vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma aplicável no caso concreto em se tendo como tal a que resultar do ordenamento jurídico interpretado como um sistema.

Na mesma linha, pontifica Manoel Jorge e Silva Neto (2010, p. 759):

No âmbito da aplicação da norma mais favorável, o direito do trabalho se distancia sobremaneira das soluções encontradas pelo direito civil para o problema das antinomias entre normas jurídicas.

E por quê?

Precisamente à conta de a aplicação da norma mais favorável afastar, de ordinário, as graves e tormentosas discussões em derredor de critérios hierárquico (norma superior revoga inferior), temporal (norma posterior revoga anterior) e o da especialidade (norma especial sobrepõe-se à genérica), que são comumente utilizados para solucionar contradições de normas no direito civil.

Vólia Bomfim Cassar (2014), por sua vez, subdivide a hierarquia das normas em formal e material. A hierarquia formal seria aquela aqui referida como hierarquia do direito co-

num, ou seja, a graduação normativa na qual a norma inferior deve respeitar a norma de grau superior. A hierarquia material, por sua vez, é o fenômeno que NASCIMENTO (2015) denomina de hierarquia dinâmica das normas. Quanto a este aspecto, a autora destaca a peculiaridade da hierarquia normativa no Direito do Trabalho, aderindo à tese de que o princípio da norma mais favorável é vertente do princípio da proteção.

Na prática forense, é comum visualizar a prevalência de direitos previstos em normas de origem autônoma, como Acordos Coletivos de Trabalho e Convenções Coletiva de Trabalhos, sobre aqueles disciplinados na legislação estatal, por serem, evidentemente, mais benéficos para o obreiro.

São alguns exemplos de direitos normalmente avançados em normas coletivas: adicional de hora extraordinária superior a 50% (cinquenta por cento); adicional noturno urbano superior a 20% (vinte por cento) e adicional de férias superior a 1/3 (um terço).

Da leitura do texto constitucional no tocante aos direitos acima citados, pode-se ver que a intenção da Carta Magna era, justamente, propiciar a pactuação, coletivamente, por meio da atuação sindical, de direitos mais benéficos ao trabalhador. O art. 7º, XVI, dispõe que a remuneração do serviço extraordinário deve ser superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; o inciso XVII, por sua vez, determina que o gozo de férias anuais seja remunerado com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal. Referidos dispositivos demonstram claramente que a Constituição Federal preceitua direitos trabalhistas mínimos.

423

Por essa razão, o *caput* do art. 7º não poderia ser mais preciso ao pontuar, antes de enunciar os direitos laborais constitucionalizados, que “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social...”.

Do contexto normativo acima delineado, a única conclusão possível é, portanto, acerca da constitucionalização do princípio da norma mais favorável. Constata-se que a Carta Maior traz consigo o efeito central do princípio: a possibilidade de prevalência de direitos previstos em outras fontes jurídicas, mesmo quando também capitulados no seu art. 7º, pois este dispositivo fixa somente o piso ou, noutras palavras, o patamar mínimo civilizatório (DELGADO, 2014) da República Federativa do Brasil.

Sobre esse efeito do princípio da norma mais favorável, assim leciona Américo Plá Rodríguez (2000, p. 51):

O característico no Direito do Trabalho é que cada uma de suas normas fixa níveis mínimos de proteção. Ou seja, nada impede que acima desses níveis - que determinam o piso, porém não o teto, das condições de trabalho, como diz o mesmo autor - possam ir sendo aprovadas outras normas que melhorem aqueles níveis de proteção.

O resultado seria, para o mesmo autor, não a derrogação da norma de hierarquia superior, porém menos benéfica, mas, sim, a “conversão da norma em inoperante. Normalmente, porém, essa inoperância não é geral, mas parcial.” (RODRIGUEZ, 2000, p. 52).

É dizer, diferentemente do efeito prático da desobediência hierárquica no direito comum, que é a derrogação da norma inferior que divirja de outra que lhe seja superior, na hierarquia dinâmica das normas do Direito do Trabalho há mero afastamento pontual da norma menos benéfica, que continua vigente e apta a produzir efeitos para outras situações.

Nesse passo, oportuno mencionar o magistério de Amauri Mascaro Nascimento. Conquanto aborde especificamente o confronto entre fontes jurídicas heterônoma e autônoma, o autor é claro ao afastar a aplicação do termo “derrogação” para as hipóteses de conflito decorrente da hierarquia dinâmica das normas: “Não há oposição entre o direito estatal e o direito dos grupos. Harmonizam-se. Constituem componentes do mesmo conjunto. Daí a total impropriedade do uso da expressão *derrogação*. Não cabe no caso” (NASCIMENTO, 2015, p. 536).

No plano infraconstitucional, o princípio da norma mais favorável encontra respaldo na previsão contida no art. 620 da Consolidação das Leis do Trabalho. Segundo o dispositivo, as condições estabelecidas em Convenção Coletiva de Trabalho (CCT), quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo Coletivo de Trabalho (ACT).

Oportuno ressaltar que o ACT, em geral, é mais específico do que a CCT. Lembre-se que o primeiro é negociado diretamente pela empresa com o sindicato da categoria; o segundo, por seu turno, é pactuado entre o sindicato patronal – sendo a empresa, portanto, somente uma das entidades representadas pelo ente negociante – e o sindicato profissional.

424

Assim, uma análise precipitada da questão poderia levar o intérprete a imaginar a prevalência do ACT sobre a CCT nas matérias comuns. Todavia, adverte-se que, por clara influência do princípio da norma mais favorável, deve-se aplicar para o empregado a cláusula que lhe seja mais benéfica, ainda que prevista na Convenção Coletiva de Trabalho. Sobre o assunto, manifestou-se o Tribunal Superior do Trabalho mediante o seu Informativo n.º 17, destacando, na oportunidade, que não há derrogação, mas mera inaplicabilidade da norma menos favorável:

Ação anulatória. Acordo coletivo de trabalho que contém norma menos favorável que aquela prevista em convenção coletiva vigente no mesmo período. Art. 620 da CLT. Nulidade afastada. O confronto entre duas cláusulas disposto sobre a mesma vantagem constante tanto de acordo quanto de convenção coletiva vigentes no mesmo período não enseja a anulação da norma menos favorável, mas apenas a sua inaplicabilidade ao caso concreto, conforme dicção do art. 620 da CLT. O reconhecimento de que a convenção coletiva deve ser aplicada em detrimento do acordo coletivo, quando aquela for mais favorável, não implica a declaração da nulidade do acordo, pois, para tanto, seria necessária a constatação de irregularidades de ordem formal ou material a afrontar o ordenamento jurídico. Com esse entendimento, a SDC, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário para, afastando a nulidade das cláusulas terceiras dos acordos coletivos 2007/2008 e 2008/2009, firmados entre os réus, julgar improcedente a ação anulatória. Entendeu-se, outrossim, que a improcedência da presente ação não interfere na pretensão de aplicação da norma mais favorável aos empregados, a qual deve ser discutida em ação judicial própria. TST-RO-2643-24.2010.5.12.0000, SDC, rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 13/8/2012.

Firmadas tais premissas, passa-se, a seguir, à análise da legislação pertinente ao prazo prescricional da pretensão relacionada aos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

3 Prescrição do FGTS na lei n.º 8.036 de 1990

Enquanto os direitos trabalhistas previstos na Consolidação das Leis do Trabalho possuíam o prazo prescricional nela estipulado em seu artigo 11, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço sempre teve tratamento específico em diplomas normativos esparsos.

O artigo 23, §5º, da Lei n.º 8.036 de 1990, que atualmente regulamenta o Fundo, dispõe sobre o privilégio do FGTS à prescrição trintenária. O Decreto n.º 99.684, de 1990, que consolida as normas regulamentares do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, também contém disposição que ressalta a prescrição trintenária (art. 55). O prazo de trinta anos, entretanto, não surgiu com o mais recente diploma legal sobre o FGTS.

Desde a sua origem, com a Lei n. 5.107 de 1966, entendia-se pela prescrição trintenária dos depósitos do FGTS, a partir da leitura conjunta do seu artigo 20 e do artigo 144 da Lei Orgânica da Previdência Social (Lei n.º 3.807 de 1960). O dispositivo da legislação primeira do FGTS dispunha que competia à Previdência Social proceder “ao levantamento dos débitos porventura existentes e às respectivas cobranças administrativa ou judicial, pela mesma forma e com os mesmos privilégios das contribuições devidas à Previdência Social”, em clara referência à LOPS. A Lei Orgânica, por sua vez, estabelece no art. 144 que o direito de “receber ou cobrar as importâncias que lhes sejam devidas, prescreverá, para as instituições de previdência social, em trinta anos”.

Nesse sentido já decidia, reiteradamente, o Supremo Tribunal Federal, mesmo antes do advento da Constituição de 1988. Exemplo da tese jurídica então adotada pela mais alta corte do país é o seguinte precedente:

FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO. PRESCRIÇÃO. PRAZO TRINTENÁRIO. LEI ORGÂNICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, ART. 144. A natureza da contribuição devida ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço foi definida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 100249 - RTJ 136/681. Nesse julgamento foi ressaltado seu fim estritamente social de proteção ao trabalhador, aplicando-se-lhe, quanto à prescrição, o prazo trintenário resultante do art. 144 da Lei Orgânica da Previdência Social. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 134.328, rel. min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 19/2/1993).

O Tribunal Superior do Trabalho também adotara, mesmo antes da Constituição Federal de 1988 – e, logicamente, da Lei n.º 8.036/1990 –, essa corrente interpretativa acerca do prazo prescricional para a cobrança dos valores que deveriam ser recolhidos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Prova disso é a redação do antigo Enunciado n.º 95, datado de 15 de maio de 1980, no sentido de que “*É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.*”.

De outro giro, com o advento da Constituição de 1988 a jurisprudência também pacificou a ideia de que a prescrição bienal aplica-se à cobrança dos depósitos principais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Sobre o tema, válido mencionar o escólio de Maurício Godinho Delgado (2014, p. 268):

Em segundo lugar, como a nova Constituição fixou um prazo geral insuplantável de dois anos após a ruptura do contrato (tanto para o trabalhador urbano como para o rural), deve-se compreender que até mesmo o prazo trintenário do FGTS (repetido pelo art. 23, § 5º, Lei n. 8.036/90) não pode ultrapassar mais esses dois anos. Assim, proposta uma ação trabalhista, ilustrativamente, em março/2008, para reivindicar depósitos principais de FGTS oriundos de contrato extinto em março de 2005, incide, irremediavelmente, a prescrição bienal do Constituição de 1988.

Atentando para essa circunstância, o Tribunal Superior do Trabalho editou o Enunciado n.º 362 da Súmula de sua jurisprudência. Referido verbete firmava, em sua redação original (Res. 90/1999, DJ 03, 06 e 08.09.1999) que, após a ruptura do contrato de trabalho, é de dois anos o prazo prescricional para reclamar em Juízo o não-recolhimento da contribuição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Posteriormente, com a alteração engendrada pela Res. 121/2003 (DJ 19, 20 e 21.11.2003), o enunciado passou a condensar as duas ideias: prazo de dois para ajuizar a ação, após a ruptura do contrato, contando-se retroativamente da data de seu ajuizamento o prazo prescricional trintenário da Lei n.º 8.036/1990. Assim, segundo o C. TST, naquele momento prevalecia a tese de que “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”.

O entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho também era compartilhado pelo Superior Tribunal de Justiça. Embora tratando de ações movidas reclamando diferenças de correção monetária não creditadas nas contas vinculadas, matéria distinta das questões envolvendo empregado e empregador, julgadas pela Justiça do Trabalho, o STJ, reconhecendo a natureza não-tributária do FGTS, consolidou o entendimento segundo o qual “A ação de cobrança das contribuições para o FGTS prescreve em trinta (30) anos”, nos termos do Enunciado n.º 210 de sua Súmula.

4 Argumentos implícitos no acórdão do Are 709.212/DF

Consta do acórdão do ARE 709.212/DF que a Corte Suprema vislumbrou inconstitucionalidade do prazo prescricional trintenário, por ofensa ao art. 7º, XXIX, da Carta Magna. Todavia, a leitura da discussão da matéria no plenário da corte evidencia que alguns argumentos, seguramente aptos a formar o convencimento dos ministros, passaram ao largo do resumo do julgamento condensado no acórdão da lavra do relator, o ministro Gilmar Mendes.

O relator entendeu pela inconstitucionalidade do prazo prescricional trintenário, notadamente, em função da natureza trabalhista do Fundo de Garantia. Para ele, inexistia justificativa para a aplicação de prazo diferente daquele definido no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, uma vez que o FGTS consta no rol dos direitos trabalhistas previstos no aludido dispositivo

constitucional. É esta a conclusão do voto do ministro Gilmar Mendes, bem como a interpretação que se extrai do acórdão do ARE 709.212/DF.

Para acompanhar o voto do relator, que tendia a afastar o prazo de 30 (trinta) anos, alguns ministros valeram-se de raciocínio jurídico diverso, porém não facilmente verificável na leitura do acórdão e do voto vencedor. O ministro Celso de Mello, em verdade, foi o único a acompanhar o ministro Gilmar Mendes na integralidade do seu voto, sem trazer à discussão novos argumentos.

Diferentemente, para os ministros Luiz Fux, Roberto Barroso, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowsky, o prazo especial para a prescrição da pretensão de cobrança dos valores que deveriam ser recolhidos ao FGTS deveria ser afastada, notadamente, por atentarem contra dois primados da ordem constitucional: segurança jurídica e razoabilidade.

O ministro Luiz Fux, em seu voto, chegou a mencionar a natureza exemplificativa dos direitos trabalhistas insertos no art. 7º da Constituição Federal. Em consequência disso, a lei poderia criar direitos mais benéficos, ampliando o espectro de proteção à situação jurídica do trabalhador. Todavia, entende o ministro que o prazo prescricional de 30 anos é desproporcional. No seu sentir, ofende o princípio da segurança jurídica, pois incompatível com qualquer outro prazo adotado pelo ordenamento.

Nesse passo, concluiu que seria desarrazoado aceitar, para o FGTS, prazo três vezes superior ao maior previsto na legislação civil (10 anos, nos termos do art. 205 do Código Civil) ou na previdenciária (Lei n.º 8.213/91, arts. 103 e 103-A). Foi essa a razão para que o ministro acompanhasse o relator.

427

O ministro Luís Roberto Barroso, de maneira ainda mais clara, expressamente reconheceu que a lei ordinária poderia criar, em tese, prazo prescricional superior ao previsto na Constituição Federal, caso se entendesse que o prazo de 5 (cinco) anos não protege suficientemente o trabalhador no tocante ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Todavia, entende que o alargamento não pode alcançar o prazo de 30 (trinta) anos, por afronta à segurança jurídica.

Na mesma toada, a ministra Cármen Lúcia também entendeu que com o reconhecimento da natureza trabalhista do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, pela Carta Magna, a prescrição trintenária não seria consentânea com as regras que regem o sistema do Direito do Trabalho. Assim, muito embora reconheça que a jurisprudência do Supremo tenha se sedimentado em sentido diverso, admitindo a constitucionalidade do prazo de trinta anos, a ministra acompanhou o relator por entender que “o Direito é dinâmico, e essa proposta garante não apenas a razoabilidade, mas especialmente o princípio da segurança jurídica, que aqui não teria sido quebrado” (p. 67).

Outro ministro a utilizar o argumento da segurança jurídica aliado à questão da razoabilidade, Marco Aurélio destacou que o §5º do art. 23 da Lei n.º 8.036/1990, quando trata do prazo prescricional do Fundo de Garantia, o denomina como privilégio. Nesse passo, concluiu o ministro que o legislador foi honesto, no particular, pois “retratou que o prazo de trinta anos estaria a revelar um privilégio, e todo privilégio é odioso” (p. 71).

O ministro Ricardo Lewandowski também adotou o fundamento segundo o qual o prazo trintenário seria incompatível com os demais prazos prescricionais do nosso ordenamento jurídico. Ressalta que a Fazenda Pública estaria, hoje, suficientemente aparelhada para a cobrança, no prazo de cinco anos, dos valores que deveriam ser vertidos ao FGTS, por ser comum à prescrição administrativa e tributária.

Nessa parte do julgamento, o ministro Teori Zavascki, que havia divergido da tese adotada pelo ministro-relator, chamou a atenção para o fato de que o fundamento utilizado pelos ministros que vinham acompanhando Gilmar Mendes, em especial o ministro Roberto Barroso, consiste em argumento novo. A *ratio decidendi*, para Teori Zavascki, não era a mesma do voto do relator: o raciocínio empregado, aqui, para afastar a prescrição trintenária, seria o da ausência de razoabilidade de tal prazo. Em suas palavras, o “argumento da razoabilidade não tinha sido levantado, aliás, é um argumento plausível”. Em arremate, concluiu o ministro Teori Zavascki:

Nós declaramos a inconstitucionalidade do prazo de trinta anos, seja por incompatibilidade com o inciso XXIX, seja pela irrazoabilidade do prazo. Isso se aplica a todas as ações, inclusive àquelas movidas pelo próprio Fundo. Essa é a consequência.

Depreende-se do cenário acima delineado que a maioria dos ministros da Suprema Corte, a despeito de acompanharem o voto do relator quanto ao dispositivo, assim o fizeram por fundamentação diversa. O argumento preponderante para afastar a aplicabilidade do prazo prescricional trintenário, no voto de tais ministros, não foi, efetivamente, a inconstitucionalidade por afronta ao art. 7º, XXIX, da Constituição Federal – até mesmo porque, sublinhe-se, alguns ministros ventilaram a possibilidade de fixação de prazo prescricional diverso, em futura lei a ser editada, elemento que por si só contradiz a tese do ministro-relator.

De fato, a motivação inserta no voto dos ministros que acompanharam o relator, à exceção do ministro Celso de Mello, amparou-se na irrazoabilidade do prazo especial, que afrontaria a segurança jurídica das relações sociais.

Tais argumentos, contudo, não se evidenciam da rápida leitura do acórdão do ARE 709.212/DF, até porque inovam a fundamentação do voto do relator, como frisou o ministro Teori Zavascki. Merecem destaque, entretanto, uma vez que foram, como visto, essenciais para a tomada de decisão de quantidade significativa dos ministros da Corte Suprema. Cabe, neste momento, perquirir se efetivamente sustentam-se os argumentos preponderantes para a decisão.

5 Princípio da norma mais favorável vs. segurança jurídica

O princípio da norma mais favorável possui grande relevância para a afirmação do Direito do Trabalho enquanto ramo autônomo do Direito. A existência de tal princípio, como já afirmado, perpassa pelo reconhecimento da desigualdade material entre as partes convenientes quando se trata de contrato individual de emprego. O arcabouço normativo do Direito do Trabalho, ciente desse fato, surge para demarcar direitos sociais mínimos, voltados à tutela básica da dignidade do trabalhador.

Na discussão relativa ao prazo prescricional para a cobrança dos valores que deveriam ser depositados na conta vinculada do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, não se pode olvidar da incidência do princípio da norma mais favorável, como não poderia deixar de ser, especialmente por ter sido reiterada, no julgamento do ARE 709.212/DF, a natureza preponderantemente trabalhista do FGTS. Destaque-se que tal princípio é “inerente ao Direito do Trabalho e dotado de força normativa, com previsão no *caput* do art. 7.º da Constituição da República” (GARCIA, 2016, p. 806).

Em seu voto, o relator, ministro Gilmar Mendes, pontuou que o princípio da proteção não poderia conduzir à interpretação de que o prazo previsto no art. 7º, XXIX, seria uma espécie de piso, podendo ser ampliado pela legislação ordinária. Para o ministro, o princípio não poderia ser interpretado isoladamente, sem atentar para os demais princípios constitucionais que prezam pela necessidade de certeza e estabilidade das relações jurídicas.

Ocorre que, à luz do entendimento compartilhado por GARCIA (2016), o princípio protetivo – em especial, a sua derivação em princípio da norma mais favorável – encontra-se positivado no *caput* do artigo 7º da Carta Magna. A Constituição é expressa ao salientar que os direitos elencados no aludido dispositivo não devem excluir outros que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores.

De outro giro, quando há choque entre princípios constitucionais, o método adequado para a resolução do conflito é o juízo de ponderação, que consiste em propiciar a aplicação, no caso concreto, daquele princípio que possua maior relevância para dirimir a contenda, sem que com esse agir esteja-se a negar a relevância do princípio afastado. No caso, todavia, sequer se ressaltou, expressamente, qual seria o princípio constitucional apto a decantar a incidência do princípio da norma mais benéfica. Sobre o tema, válido relembrar a lição de MENDES & BRANCO (2013, p. 184/185):

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o núcleo essencial (modos primários típicos de exercício do direito). Põe-se em ação o princípio da concordância prática, que se liga ao postulado da unidade da Constituição, incompatível com situações de colisão irreduzível de dois direitos por ela consagrados.

[...]

É importante perceber que a prevalência de um direito sobre outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto. Não existe um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos.

Presumindo-se que o princípio a ser confrontado seja o da segurança jurídica, não se vislumbra onde residiria a incompatibilidade do prazo prescricional trintenário com o referido postulado. Frise-se que a estabilização social e a segurança jurídica são, sim, inegáveis valores

que devem ser resguardados no Estado Democrático de Direito. Cite-se a lição de José Afonso da Silva (2011), para quem o valor da segurança jurídica surge da necessidade de estabilizar relações jurídicas e a expectativa social em torno dos direitos subjetivos que dela emanam.

Todavia, entende-se que a incongruência do prazo trintenário em relação à segurança jurídica não se justifica por dois fundamentos: o necessário ajuizamento da ação trabalhista no biênio posterior à cessação do contrato de trabalho e a distinção, que há muito se faz, entre a cobrança do FGTS enquanto verba principal ou como parcela acessória.

Imperioso rememorar que o inciso XXIX do art. 7º da Constituição Federal contempla dois prazos prescricionais: o primeiro, de dois anos, relativo ao tempo que dispõe o empregado para ajuizar a ação a partir da ruptura contratual; e o segundo, de cinco anos, a contar retroativamente da data do aforamento da ação, refere-se ao período de alcance temporal da pretensão do empregado. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho firmou o mesmo entendimento, cristalizado no Enunciado n. 308 de sua Súmula.

A consequência imediata desta constatação é que o prazo trintenário, evidentemente, não compreende o tempo que o trabalhador possui para o ajuizamento da ação para cobrança dos valores que deveriam ser depositados na sua conta vinculada. O biênio após o desenlace contratual deve ser sempre respeitado. Somente se a ação for proposta no prazo de dois anos, portanto, é que a Justiça do Trabalho poderá averiguar a existência de créditos relativos aos últimos trinta anos, contados retroativamente da data do protocolo da reclamação trabalhista.

430

Convém destacar que a jurisprudência era pacífica quanto à pertinência do prazo bienal, como se vê da redação original do Enunciado n.º 362 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho: *“Extinto o contrato de trabalho, é de dois anos o prazo prescricional para reclamar em Juízo o não-recolhimento da contribuição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”*.

Daí porque não existe a situação, cogitada no debate do ARE 709.212/DF, de um trabalhador aguardar por trinta anos após a dispensa para, somente então, exigir do antigo empregador o recolhimento dos valores relativos ao FGTS. Tal cenário, de inegável transgressão aos primados da estabilização social e pacificação das relações jurídicas, não poderia existir, pois era expressamente rejeitado pela jurisprudência trabalhista.

Desse modo, ao empregado nunca foi concedido o prazo de trinta anos para ajuizar a ação de cobrança dos valores que deveriam ser vertidos ao FGTS. A despeito disso, parece que assim compreendeu o Ministro Luiz Fux, por exemplo, quando assinalou que *“Nenhuma dívida pecuniária deveria poder ser cobrada judicialmente trinta anos depois de seu inadimplemento”*. O ministro foi ainda mais categórico ao ilustrar o seu raciocínio com o seguinte exemplo (p. 64):

Senhor Presidente, o Direito vive para o homem, não o homem para o Direito. Será que a gente pode imaginar que uma pessoa vai viver de Fundo de Garantia trinta anos? Não vai viver de Fundo de Garantia trinta anos. Vai mandando embora, levanta o Fundo e vai arranjar outro emprego. Mas suponhamos uma tragédia maior: não arranja um outro emprego. Aí, sim, poder-se-ia, *ad argumentandum*, falar em princípio da vedação ao retrocesso. Bom, o sujeito foi embora; o Fundo de Garantia, ele pode cobrar durante trinta anos. Ele vai

se aguentando até que, no último ano desses trinta anos, ele quer levantar o Fundo. Mas não é isso que acontece. Só há vedação ao retrocesso quando não existem mecanismos de compensação. E hoje, Senhor Presidente, tem todos os mecanismos de compensação: tem seguro desemprego, tem bolsa família, tem minha casa e minha vida, tem tudo o que uma pessoa desempregada não faz força para ter e tem.

Na mesma toada, o ministro Marco Aurélio também não distinguiu o prazo bienal para o aforamento da ação daquele prazo que alcança a pretensão de cobrança (este, sim, então de trinta anos). Em suas palavras (p. 72):

Digo que o trabalhador não tem fôlego para deixar transcorrer período maior visando ajuizar ação trabalhista. Ajuíza de imediato, e ressaltou o ministro Gilmar Mendes que nós – recebo até hoje – recebemos, como titulares de conta do Fundo de Garantia, extrato da Caixa Econômica sobre os depósitos efetuados. Então, ou bem constata que não houve o depósito, principalmente cessado o vínculo empregatício e ajuíza a ação, ou não ajuíza, tendo os depósitos como feitos.

Vê-se, portanto, que os argumentos da razoabilidade e da segurança jurídica não se justificam, por esse prisma, pois firmados em premissas equivocadas. O prazo de trinta anos, repise-se, nunca foi concedido ao obreiro para o ajuizamento da ação de cobrança relativa aos depósitos do FGTS.

Outrossim, é preciso distinguir a cobrança do FGTS como parcela principal e a incidência do FGTS sobre outras parcelas salariais. A prescrição trintenária somente ao primeiro caso se aplicava. Poderia o trabalhador, segundo a hoje cancelada Súmula n.º 95 (datada de 1980) e a anterior redação da Súmula n.º 362 (datada de 2003), ambas do Tribunal Superior do Trabalho, reclamar contra o não-recolhimento do FGTS dos últimos trinta anos, respeitado o biênio após a ruptura contratual. O não-recolhimento mencionado pelos verbetes jurisprudenciais é a ausência de depósito em relação às parcelas salariais pagas ao longo do vínculo empregatício.

431

Diferente é a situação quando o trabalhador aciona o Estado para exigir do empregador o pagamento de parcelas salariais não adimplidas. Nesse caso, dada a natureza salarial dos valores cobrados em Juízo, o obreiro também pode exigir as diferenças de depósitos do FGTS, por força do art. 15 da Lei n.º 8.036 de 1990. Evidente que nesta situação o recolhimento à conta vinculada é pedido acessório, relacionado a parcelas discutidas judicialmente.

Assim, considerando que o acessório segue a sorte do principal, a prescrição dos valores devidos a título de recolhimento do FGTS, quando cobrado como acessório, era de cinco anos. À guisa de exemplo, os depósitos de FGTS relativos às horas extraordinárias deferidas em Juízo estarão prescritos no prazo de cinco anos. O Tribunal Superior do Trabalho há muito pacificara esse entendimento mediante o Enunciado n.º 206 de sua Súmula: “A prescrição da pretensão relativa às parcelas remuneratórias alcança o respectivo recolhimento da contribuição para o FGTS.”

Essa circunstância também prejudica a tese da irrazoabilidade do prazo prescricional trintenário, pois, como destacado, a sua incidência era restrita aos casos em que o empregador

pagava as verbas de natureza salarial, mas não recolhia o valor correspondente na conta vinculada do FGTS.

Atenta a tais elementos, que comprometem a argumentação utilizada pelos ministros que acompanharam o relator, a ministra Rosa Weber, divergindo do voto majoritário, demonstrou, com base nos mesmos fundamentos acima elaborados, que as ponderações relacionadas à segurança jurídica não subsistem. Concluiu a ministra que *“a preocupação do eminente Ministro Luís Roberto também não existe, porque só se pode reclamar até dois anos depois de extinto o contrato de trabalho.”*

6 Considerações finais

Com o devido respeito ao entendimento majoritário da Corte Suprema, entende-se que o prazo prescricional de trinta anos não é inconciliável com o texto constitucional, por múltiplos fundamentos.

É a própria Carta Constitucional, alicerce do ordenamento jurídico, que estipula não ser taxativo o rol dos direitos trabalhistas insertos no seu artigo 7º. Assim, por não ser catálogo exaustivo, os direitos elencados em tal dispositivo podem ser ampliados por conformação legislativa. É o caso, portanto, do prazo prescricional entabulado no inciso XXIX, ora ampliado pelo art. 23, §5º, da Lei n.º 8.036/90, e aplicado ao trabalhador por analogia.

432

Note-se que o dispositivo constitucional não só permite como, de fato, incentiva que a lei ou a norma de origem coletiva criem direitos mais benéficos ao trabalhador. Nesse passo, aplicar a prescrição trintenária para os depósitos do FGTS não significa negar a força normativa da Constituição Federal; em verdade, esse procedimento é o que melhor homenageia a máxima efetividade da Carta Magna.

Analisando a questão sob outra ótica, verifica-se também que o princípio da norma mais favorável poderia ser mais debatido no julgamento responsável pela mudança de entendimento. O ministro Gilmar Mendes citou o princípio da proteção, gênero que o abrange, mas não especificamente o princípio da norma mais benéfica, conceituado precisamente no voto da ministra Rosa Weber. No mais, o princípio não voltou a ser ventilado.

Referido princípio, inerente ao Direito do Trabalho, implica na modificação do critério de hierarquia das normas. Isso porque esse ramo do direito reconhece a hipossuficiência do trabalhador na relação empregatícia e, por isso, cria instrumentos para suavizar o natural desequilíbrio entre as partes contratantes. O princípio da norma mais favorável, nesse passo, é responsável por impor – pois sua força normativa é inegável – que, em situações de conflito entre duas normas distintas, voltadas à mesma situação, sobreponha-se aquela mais benéfica ao trabalhador.

De menor relevo, nessa seara, é o critério kelseniano de hierarquia das normas, orientado por uma pirâmide na qual a norma de patamar inferior busca fundamento de validade naquela que lhe é superior. No Direito do Trabalho, por influência do princípio da norma mais

favorável, diz-se que há hierarquia dinâmica das normas. Deve-se adotar, em cada caso, a norma que melhor atenda ao viés protetivo desse ramo do direito. É essa a norma, naquele específico caso, que estará no vértice da pirâmide normativa. No caso da prescrição da pretensão relativa aos depósitos do Fundo de Garantia, evidencia-se que a norma mais favorável ao trabalhador é aquela que dispõe sobre o prazo prescricional trintenário e, por conseguinte, é ela que deve ser aplicada, por estar no topo da pirâmide normativa.

Não se pode olvidar, ainda, da natureza jurídica do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Verificou-se que o Supremo Tribunal Federal fixara, há muito, a natureza preponderantemente trabalhista do instituto. Com isso, afastava-se a aplicabilidade da prescrição quinquenal, típica dos créditos tributários, sem que se cogitasse a aplicação do prazo prescricional trabalhista. No julgamento do ARE 709.212/DF, o Supremo manteve a natureza trabalhista do FGTS, mas entendeu pela inconstitucionalidade da prescrição especial. O argumento implícito, como se viu, era a suposta irrazoabilidade do prazo, que atentaria contra o postulado da segurança jurídica.

Ocorre que o prazo alargado é compatível com a natureza peculiar do Fundo de Garantia. Criado como alternativa e posterior substituto ao regime da estabilidade decenal, o FGTS é composto por depósitos que formam poupança de significância imprescindível para o trabalhador. Não à toa que o ADCT, no art. 10, I, ampliou em quatro vezes o acréscimo sobre o Fundo de Garantia a ser depositado em função da despedida imotivada. Reconheceu, com isso, a relevância do FGTS (e do acréscimo resilitório de 40%) para a proteção do empregado contra a despedida sem justa causa, direito previsto no inciso I do art. 7º da Constituição Federal.

433

Por outro ângulo, também é certo que ao trabalhador não é dada a possibilidade, na prática, de exigir do empregador, durante o vínculo empregatício, os direitos que entende devidos. A prática forense revela que, como dito pela ministra Rosa Weber no multicitado julgamento, a Justiça do Trabalho é a justiça dos desempregados. Por receio da ruptura contratual, o empregado não costuma exigir seus direitos enquanto estiver trabalhando. Assim, trabalhadores com contratos de duração prolongada certamente serão prejudicados quanto à pretensão de exigir os depósitos do FGTS.

Convém ressaltar, por oportuno, que não se prestigia a segurança jurídica com a redução do prazo prescricional, antes trintenário, para somente cinco anos. O objetivo da prescrição não é premiar a inadimplência, mas, sim, estabilizar as relações jurídicas. Nessa ordem de ideias, afirma-se que a jurisprudência já resguardava suficientemente a segurança jurídica ao destacar duas ressalvas ao prazo trintenário: a necessária propositura da ação no biênio posterior à ruptura contratual e a prescrição quinquenal do FGTS enquanto acessório.

Constatou-se, portanto, que o prazo trintenário é compossível com a natureza jurídica do Fundo de Garantia, também voltado, repise-se, ao financiamento estatal de projetos nas áreas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana – pelo que se vê a magnitude social dos valores recolhidos. O prazo de trinta anos também é o que melhor atende à finalidade protetiva do Direito do Trabalho, reconhecida a fragilidade do empregado e a dificuldade que o obreiro possui para ajuizar a ação de cobrança enquanto estiver laborando.

Desse modo, conclui-se que o princípio da norma mais favorável determina que prevaleça, na hipótese, o prazo prescricional de trinta anos, que se sobrepõe, por ser mais benigno, ao prazo quinquenal inserto no inciso XXIX, art. 7º, da Constituição Federal.

Referências

- AZEREDO, Maristela Paes de. **A súmula 294 do Tribunal Superior do Trabalho e sua incompatibilidade com a Constituição Federal, com os princípios constitucionais e com os fundamentos criadores do FGTS**. Julho de 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40990/a-sumula-294-do-tribunal-superior-do-trabalho-e-sua-incompatibilidade-com-a-constituicao-federal-com-os-principios-constitucionais-e-com-os-fundamentos-criadores-do-fgts>>. Acesso em: 22/04/2016.
- BOSON, Victor Hugo Criscuolo. **Divergência da doutrina**: Decisão que encurtou prazo para recolher FGTS impactará questões trabalhistas. 5 de jan. de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-05/victor-hugo-boson-decisao-stf-impactara-questoes-trabalhistas>>. Acesso em: 22/04/2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo** n.º 709.212/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 13 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4294417>>. Acesso em: 22/04/2016.
- CARRION, Valentim. **CLT: Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.
- CEZAR, Renata. **Direitos sociais frente ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6963/Direitos-sociais-frente-ao-Principio-da-Proibicao-do-Retrocesso-Social>>. 18 de ago. de 2011. Acesso em 19/05/2016.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 268-269.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **STF decide sobre o prazo prescricional do FGTS**. 14 de nov. de 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI211259,31047-STF+decide+sobre+o+prazo+prescricional+do+FGTS>>. Acesso em: 22/04/2016.
- GUSTIN, Miracy B. de S.; DIAS, Maria Tereza F. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed., rev. e atual. pela NBR 14.724, de 30/12/05, da ABNT – Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. **Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST – comentadas e organizadas por assunto**. 5. ed. Salvador: Juspodium, 2015.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 29. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Método, 2013.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2013.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado Vol. 6 - Contrato de Trabalho**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 6.e. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.