

SOB A LUZ DO GARANTISMO: O PRAZO PRESCRICIONAL PARA COBRANÇA DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO.

UNDER THE LIGHT OF THE WARRANTY: THE PRESCRIPTION PERIOD FOR THE
COLLECTION OF THE SERVICE TIME GUARANTEE FUND.

Karoline França Bastos Cunha¹

Resumo: O presente estudo tem por objetivo discutir acerca da mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do ARE 709212, no tocante à exigibilidade dos depósitos da conta vinculada do FGTS, pelo trabalhador. O método hipotético-dedutivo possibilitou o desenvolvimento da análise, partindo da observação das principais características do instituto, passando à descrição e reflexão dos argumentos

¹ Possui graduação em Direito pela UNIJORGE. Especialista em Direito Público pela UCSAL e em Direito e Processo do Trabalho pelo CERS. Atualmente é Mestranda em Direito, no PPGD/UNIFG, Advogada Trabalhista e Controller Jurídico - Brito, Ávila e Amaral, Advogados Associados. Atuando profissional e academicamente, sobretudo, nos seguintes temas: Direito Coletivo, Individual, Processual e Internacional do Trabalho.

prevalecentes nos votos dos ministros, em especial os do relator Gilmar Mendes e da ministra Rosa Weber – votos divergentes e minimamente fundamentados – para, enfim, tecer breves comentários sobre a teoria garantista proposta por Luigi Ferrajoli, mote teórico escolhido para alocar a crítica e os questionamentos trazidos sob a sua melhor luz.

Palavras-chave: FGTS. Prescrição trintenária. Direito do Trabalho. Garantismo.

Abstract: The purpose of this study is to discuss the change of position of the Federal Supreme Court, at the time of the judgment of ARE 709212, regarding the enforceability of deposits of the linked account of the FGTS, by the employee. The hypothetical-deductive method made it possible to develop the analysis, starting from the observation of the main features of the institute, to the description and reflection of the arguments prevailing in the votes of the ministers, especially those of the rapporteur Gilmar Mendes and Rosa Weber, grounded - to finally make brief comments on the guarantor theory proposed by Luigi Ferrajoli, the theoretical motto chosen to allocate the criticism and the questions brought in their best light.

Keywords: FGTS. Trinitarian prescription. Labor Law. Garantismo.

1- INTRODUÇÃO

O direito ao trabalho, no Brasil, está positivado no artigo 6º da Constituição Federal de 1988². Por esse motivo, o que lhe for decorrente deverá concebê-lo, primeiramente, como direito fundamental. Assim, o estudo jurídico que diga respeito a qualquer que seja o diploma normativo, no contexto de um sistema constitucional, supõe o exame e a compreensão da

² Artigo 6º, CF/88: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)”.

lógica de sua estrutura, bem como de suas bases fundamentais, considerando, igualmente, normas constitucionais específicas e normas jurídicas infraconstitucionais.

O conceito de direitos fundamentais da pessoa humana e a arquitetura principiológica humanística e social são inerentes à consecução do Estado Democrático de Direito, que consiste em uma superação qualitativa de uma premissa constitucional anterior, qual seja, o Estado Social. Assim, deve-se ressaltar a importância da matriz principiológica do texto constitucional, de modo a fincar-se no princípio da dignidade da pessoa humana.

À vista disso, o presente estudo tem como objeto de julgamento o ARE 709212, cujo entendimento é de inconstitucionalidade dos artigos 23, §5º da lei nº 8.036/90³, bem como do artigo 55 do Regulamento do FGTS⁴, em razão de supostamente estarem em descompasso com a literalidade do texto constitucional, ao excetuar o FGTS do prazo prescricional quinquenal, comum a todas as outras verbas de natureza laboral.

O objetivo do trabalho fundamenta-se em discutir, brevemente, as consequências sociais trazidas pelo julgamento, sob a ótica da teoria garantista proposta por Luigi Ferrajoli, questionando-se: de que modo a alteração do prazo prescricional para exigibilidade dos créditos do FGTS pode, em médio e longo prazos, ocasionar prejuízos aos trabalhadores?

Ademais, mencione-se previamente, que não pretende a presente discussão exaurir os argumentos e fundamentos relativos à temática, ao contrário, estas são as primeiras linhas de um longo debate teórico, sobretudo no que diz respeito à teoria utilizada para criticar o julgado em questão. Aqui, ela se apresenta como a melhor luz interpretativa, contudo, adiante, em análise mais aprofundada, que não é o destino deste texto, outros aportes teóricos poderão ser utilizados como vieses crítico-interpretativos.

³ Art. 23. *Competirá ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social a verificação, em nome da Caixa Econômica Federal, do cumprimento do disposto nesta lei, especialmente quanto à apuração dos débitos e das infrações praticadas pelos empregadores ou tomadores de serviço, notificando-os para efetuarem e comprovarem os depósitos correspondentes e cumprirem as demais determinações legais, podendo, para tanto, contar com o concurso de outros órgãos do Governo Federal, na forma que vier a ser regulamentada. § 5º O processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas reger-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária.*

⁴ Art. 55. *O processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas reger-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária.*

Assim, o texto está estruturado de modo a explicitar a origem, principais destinações e características do instituto, para analisar os dois votos principais do julgamento do ARE 709212, do relator, ministro Gilmar Mendes e da ministra Rosa Weber, valendo-se de algumas premissas da teoria do garantismo como mote teórico à construção dos questionamentos finais.

2 - FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO (FGTS): DO INSTITUTO

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), criado pela lei nº 5.107, de 1966, aproxima-se dos extintos sistemas de estabilidade decenal do emprego e de indenização por tempo de serviço. Consiste em um fundo de recolhimentos pecuniários mensais, efetuados pelo empregador em nome do trabalhador, observado o percentual instituído pela legislação, em conta bancária vinculada, gerido e administrado por um Conselho Curador, cuja operação é de responsabilidade da Caixa Econômica Federal⁵.

No tocante ao percentual recolhido ao fundo, corresponde a oito por cento do salário base do trabalhador⁶, ou seja, do complexo salarial mensal do obreiro, corrigido monetariamente, além da previsão de capitalização de juros de três por cento ao ano⁷.

Originalmente, o FGTS consistia em uma opção do trabalhador, quando do início do contrato de trabalho, de forma escrita, facultando ainda a opção retroativa, ou seja, no decorrer do contrato de trabalho ainda não inserido no novo sistema fundiário. Por outro lado, a legislação original previa a obrigatoriedade de recolhimento dos valores ao fundo pelo

⁵ FGTS. Quem administra? 2018. Disponível em: < <http://www.fgts.gov.br/Pages/sobre-fgts/quem-administra.aspx#section4> >. Acesso em: 10 jul. 2018.

⁶ Art. 15, caput, da Lei n. 8.036/90: *Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965. (Vide Lei nº 13.189, de 2015) Vigência.*

⁷ Art. 13, caput, Lei n. 8.036/90: *Os depósitos efetuados nas contas vinculadas serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança e capitalização juros de (três) por cento ao ano.*

empregador, independentemente da adesão pelo empregado, de modo que os valores então depositados eram recolhidos pelo Estado. Tal contrassenso impulsionou à adesão ao fundo pouco tempo após a sua implantação efetiva.

Do exposto, a Constituição de 1988 extirpou da legislação a faculdade mencionada, generalizando o sistema às contratações urbanas e rurais, inicialmente, já que o trabalhador doméstico fora inserido obrigatoriamente no sistema apenas em 1º de Outubro de 2015, posto que estruturado o denominado Simples Doméstico⁹. Desse modo, para melhor adequação ao sistema jurídico vigente, foi promulgada a lei nº 7.839/89, e revogada a de nº 5.107/66, ora mencionada, contudo, logo substituída por outra, a de nº 8.036/90.

Neste seguimento, O FGTS, constitui, portanto, um instituto jurídico de caráter multidimensional¹⁰, cuja análise, ainda que breve, conduz a uma complexa empreitada. Isso ocorre em virtude de ter-se transformando em um dos mais significativos fundos sociais de destinação variada¹¹, de profundo impacto público, por assim dizer. De mais a mais, observa-se que as suas características mais notáveis são, sem dúvidas, de natureza trabalhista.

Conhecidas as origens dos depósitos, passa-se ao exame das hipóteses de saque, tipificadas entre os artigos 18 e 21 da lei nº 8.036/90, resumindo-se o que se extrai da extensa redação do artigo 20, da lei mencionada:

- Na demissão sem justa causa;

⁸ Art. 7º, III, CF/88: *São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: III - fundo de garantia do tempo de serviço;*

⁹ Aqui, uma observação legislativo-social importante. Observe-se que, mesmo depois de promulgada a Carta Constitucional de 1988, o trabalhador doméstico manteve-se à margem de diversas garantias sociais decorrentes do ambiente em que prestava serviços, entre elas, o FGTS. Assim, apenas em março de 2000 (Decreto nº 3.361, de 10 de Fevereiro de 2000), tais trabalhadores foram notados pelo sistema legislativo, contudo, veja-se, conferindo ao empregador a opção de recolhimento dos valores destinados ao FGTS, ou seja, por ato gracioso do contratante. Finalmente, a sanção da Lei Complementar nº 150, de 2 de Junho de 2015, mais de vinte anos após a promulgação do atual normativo constitucional, figurou-se como um marco na conquista de direitos dos empregados domésticos, entre eles, a obrigatoriedade de recolhimento e adesão ao FGTS.

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. – 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017. p. 1449.

¹¹ Também dirigida à viabilização financeira de programas habitacionais, saneamento básico e infraestrutura urbana, conforme artigos 6º, IV, VI e VII e 9º, §2º, da Lei nº 8.036/90.

- Na rescisão por acordo (a partir de 11/11/2017 - lei nº 13.467/2017 - Reforma Trabalhista);
- No término do contrato por prazo determinado;
- Na rescisão do contrato por extinção total da empresa; supressão de parte de suas atividades; fechamento de quaisquer de seus estabelecimentos, filiais ou agências; falecimento do empregador individual ou decretação de nulidade do contrato de trabalho - inciso II do art. 37 da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário;
- Na rescisão do contrato por culpa recíproca ou força maior;
- Na aposentadoria;
- No caso de necessidade pessoal, urgente e grave, decorrente de desastre natural previsto no Decreto nº 5.113/2004, que tenha atingido a área de residência do trabalhador, quando a situação de emergência ou o estado de calamidade pública for assim reconhecido, por meio de portaria do Governo Federal;
- Na suspensão do Trabalho Avulso;
- No falecimento do trabalhador;
- Quando o titular da conta vinculada tiver idade igual ou superior a 70 anos;
- Quando o trabalhador ou seu dependente for portador do vírus HIV;
- Quando o trabalhador ou seu dependente estiver acometido de neoplasia maligna - câncer;
- Quando o trabalhador ou seu dependente estiver em estágio terminal, em razão de doença grave;
- Quando a conta permanecer sem depósito por 03 (três) anos ininterruptos cujo afastamento tenha ocorrido até 13/07/90, inclusive;
- Quando o trabalhador permanecer por 03 (três) anos ininterruptos fora do regime do FGTS, cujo afastamento tenha ocorrido a partir de 14/07/90, inclusive, podendo o saque, neste caso, ser efetuado a partir do mês de aniversário do titular da conta;
- Na amortização, liquidação de saldo devedor e pagamento de parte das prestações adquiridas em sistemas imobiliários de consórcio;
- Para aquisição de moradia própria, liquidação ou amortização de dívida ou pagamento de parte das prestações de financiamento habitacional¹².

¹² FGTS. Como Sacar? 2018. Disponível em: < <http://www.fgts.gov.br/Pages/sou-trabalhador/como-sacar.aspx>> Acesso em: 10 jul. 2018.

Desse modo, sob a ótica rigorosamente trabalhista, sobretudo daquelas hipóteses vinculadas à rescisão do contrato de trabalho, merecem destaque: a dispensa sem justa causa, o término contratual em razão da extinção da empresa ou estabelecimento, a rescisão indireta, morte do trabalhador, ruptura por culpa recíproca, além da rescisão contratual realizada mediante acordo, inovação trazida pela lei nº 13.467/2017, a reforma trabalhista¹³.

Ademais, quando pertinente, haverá ainda o depósito de acréscimo rescisório, também pago diretamente na conta vinculada ao trabalhador, correspondente a vinte ou quarenta por cento da totalidade do que foi depositado, independentemente de ter havido saque(s) no transcurso da relação laboral¹⁴.

Noutro giro, destaquem-se ainda outras hipóteses que não possuem vinculação rescisória, podendo ser exercitadas, inclusive, durante a vigência do contrato de trabalho. Exemplificadamente, citem-se a urgência pessoal ocasionada por desastre natural, quando o trabalhador ou seu dependente forem portadores do vírus HIV, estiverem acometidos por câncer ou em estado terminal de outra doença grave, além da largamente utilizada a possibilidade de levantamento dos créditos para aquisição, liquidação ou amortização de dívida ou pagamento de parte das prestações de financiamento imobiliário.

Assim, com preeminente estruturação e finalidade justrabalhista, em que pese a natureza aqui entendida como multidimensional, o FGTS reúne traços, inclusive das figuras relativas às contribuições sociais, por exemplo, o que justifica a complexidade de seu enquadramento jurídico:

¹³ Esclarece-se ainda que a modalidade rescisória pode influenciar sobre a possibilidade ou não de saque, como por exemplo, as dispensas por justa causa ou os pedidos demissionais, em que o empregado não poderá levantar os valores ora depositados. Contudo, ainda nessas hipóteses, importante mencionar que o empregado não perde a titularidade de seu patrimônio, correções e juros decorrentes, ao contrário, fica suspensa a possibilidade de levantamento no ato da rescisão, porém, apenas retém-se o valor em conta inativa, cujo rendimento é revertido aos cofres públicos, em regra, isso porque, a lei nº 13.446/17 (conversão da Medida Provisória nº 763 de 2016) autorizou o levantamento dos valores depositados, bem como instituiu que cinquenta por cento dos resultados auferidos também serão postos à disposição dos trabalhadores. Para melhor entendimento dos prazos e critérios, recomenda-se a leitura do referido texto legal.

¹⁴ Leia-se: OJ nº 42, I, e ex-OJ n. 107, SDI-I/TST, além do § 7º do art. 13 da lei nº 8.036/90, que prevê uma exceção quanto ao cálculo da multa, informando que o resultado positivo auferido pelo sistema do FGTS, a partir de 2017, não será computado para tais fins.

Mais de uma teoria sobre a natureza do Fundo de Garantia. Para alguns, é um tributo, uma contribuição parafiscal arrecadada pelo Estado. Para outros, tem a natureza jurídica previdenciária. Outros, ainda, sustentam que se trata de uma indenização ao trabalhador despedido¹⁵.

Alternativamente, ressalta Sergio Pinto Martins que, sob a ótica do empregador, poderia ser considerado um tributo, uma contribuição social, espécie do gênero tributo¹⁶, ou uma contribuição social de intervenção no domínio econômico, cobrada com fundamento no art. 149 da Constituição¹⁷. Contudo, adverte sobre a dificuldade de se especificar qual a real natureza jurídica do FGTS, que é, portanto, múltipla ou híbrida, devendo ser analisado por dois ângulos, o do empregador e o do empregado¹⁸.

Em verdade, verifica-se que o FGTS detém dimensão tríplice, pelo menos, capaz de produzir distintas relações jurídicas, embora correlatas. Estas dizem respeito, portanto, à ótica de observação do instituto, estando a primeira associada à relação empregado-empregador, a segunda, empregador-Estado e a terceira alocada na relação Estado-comunidade:

Existe a relação empregatícia, vinculando empregado e empregador, pela qual este é obrigado a efetuar os recolhimentos mensais e, às vezes, também obrigado com respeito ao acréscimo pecuniário da rescisão. Em contrapartida, desponta nessa relação, como credor, o empregado. Há, por outro lado, o vínculo jurídico entre empregador e Estado, em que o primeiro tem o dever de realizar os recolhimentos, ao passo que o segundo, o direito de os ver adimplidos, sob pena de, compulsoriamente, cobrá-los, com as apenações legais. Existe, ainda, a relação jurídica entre o Estado, como gestor e aplicador dos recursos oriundos do fundo social constituído pela totalidade dos recursos do FGTS, e a comunidade, que deve ser beneficiária da destinação social

¹⁵ NASCIMENTO, A. M. Iniciação ao Direito do Trabalho. 21. ed. São Paulo: LTr, p. 344.

¹⁶ MARTINS, S. P. Manual do FGTS. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 78.

¹⁷ MARTINS, 2000. *ibid.*, p. 75.

¹⁸ MARTINS, 2000. *ibid.*, p. 79.

do instituto, por meio do financiamento às áreas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana¹⁹.

Brevemente abordadas as principais características do fundo, passa-se à análise do instituto sob o prisma do entendimento do Supremo Tribunal Federal no tocante ao prazo prescricional.

3 - STF: o julgamento DO ARE 709212

De início, pretende-se esclarecer que não se trata de análise pormenorizada de todos os argumentos trazidos à baila pelos ministros quando do julgamento do ARE 709212²⁰, em razão das proporções do presente estudo. Assim, busca-se destacar aqui os principais fundamentos que acarretaram a mudança de entendimento da Suprema Corte e, conseqüentemente, do Tribunal Superior do Trabalho²¹, além do Superior Tribunal de Justiça²².

Tem-se, portanto, que a decisão em comento fora proferida em sede de Agravo em Recurso Extraordinário pelos ministros do Supremo Tribunal Federal à época, objetivando avaliar a inconstitucionalidade da prescrição trintenária do FGTS, circunscrita no artigo 23, §5º

¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. – 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017. p. 1449.

²⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº 709.212 – DF. Ana Maria Movilla de Pires e Marcondes e Banco do Brasil. Relator Ministro Gilmar Mendes. 13 de novembro de 2014. In: Diário de Justiça Eletrônico, nº 32, divulgado em 18 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=142203707&tipoApp=.pdf>> Acesso em: 1 mai 2018.

²¹ FGTS. PRESCRIÇÃO (nova redação) - Res. 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 15 e 16.06.2015 I – Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato; II – Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709212/DF)

²² FGTS. Prazo prescricional. Ação de cobrança. Prescrição trintenária. CTN, arts. 173 e 174. Lei 3.807/60, art. 144. Lei 6.830/80, art. 2º, § 9º. A ação de cobrança das contribuições para o FGTS prescreve em 30 anos.

da lei nº 8.036/90²³, bem como no artigo 55 do Regulamento do FGTS²⁴, em face da previsão de prescrição trabalhista positivada no artigo 7º, XXIX da Constituição Federal²⁵.

A Reclamação Trabalhista fora proposta por Ana Maria Movilla de Pires e Marcondes, contra o Banco do Brasil, pleiteando verbas de caráter trabalhista, notadamente, o recolhimento do FGTS do período compreendido entre maio de 2001 a dezembro de 2003, que não fora calculado sobre o salário recebido quando a reclamante laborava para o reclamado, porém, em país estrangeiro.

Na peça de combate, a instituição bancária ré arguiu a tese de que o prazo prescricional a ser adotado deveria corroborar com os demais de natureza trabalhista, qual seja o quinquenal. Findada a instrução processual, entendeu o magistrado de piso pelo prazo de trinta anos, fundamentando-se no entendimento do STF, além daqueles sumulados pelo TST e STJ.

Recorrendo ordinariamente da decisão retro, a reclamada repisou a tese da contestação, porém, não convenceu os desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, que rejeitaram o entendimento esposado. Ato contínuo, em sede de Recurso de Revista, reiterou a inaplicabilidade da Súmula 362 do TST, sob o mesmo argumento ora mencionado.

Nesta sequência, o Tribunal Superior do Trabalho ratificou a inteligência da Súmula, rejeitando a tese de divergência jurisprudencial proposta, dada a compreensão de que, no âmbito trabalhista, não havia qualquer controvérsia sobre o tema. Irresignado, interpôs Recurso Extraordinário apenas em relação ao FGTS, com fulcro no artigo 102, II, “a”, da Constituição Federal. A afirmação é de que o texto do artigo 7º, XXIX, da CF/88, no processo

²³ Art. 23. *Competirá ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social a verificação, em nome da Caixa Econômica Federal, do cumprimento do disposto nesta lei, especialmente quanto à apuração dos débitos e das infrações praticadas pelos empregadores ou tomadores de serviço, notificando-os para efetuarem e comprovarem os depósitos correspondentes e cumprirem as demais determinações legais, podendo, para tanto, contar com o concurso de outros órgãos do Governo Federal, na forma que vier a ser regulamentada. § 5º O processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas reger-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária.*

²⁴ Art. 55. *O processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas reger-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária.*

²⁵ 7º, XXIX da Constituição Federal: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000).

do trabalho, seria matéria de ordem pública, autoaplicável e de eficácia imediata, não cabendo aos dispositivos de legislação infraconstitucional, ou ao TST, excepcionar a parcela, vez que tal questão violava os princípios da segurança jurídica, da propriedade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da legalidade e do devido processo legal. Ainda assim, fora denegado seguimento ao recurso, sob o fundamento de que a prescrição trabalhista não se exauria na esfera da Constituição Federal, devendo, portanto, ser observada sob o viés do texto da lei específica do FGTS.

Ainda assim, o reclamado interpôs Agravo de Instrumento, para que a tese principal fosse analisada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o que ocorreu. Desse ponto, o ministro relator Gilmar Mendes, entendeu pela repercussão geral e existência de matéria constitucional, lembrando, em seu fundamento, a existência de outro Recurso Extraordinário pendente de julgamento, que versava sobre a mesma problemática. Neste último, havia proferido voto pela inconstitucionalidade dos dispositivos infraconstitucionais. Assim, em 13 de novembro de 2014, fora finalmente apreciada a questão ventilada.

Ingressando na análise dos votos, mais precisamente naqueles do ministro Gilmar Mendes, relator do caso, bem como no principal voto divergente, o da ministra Rosa Weber, algumas observações devem ser feitas sobre a matéria.

No que se refere ao posicionamento adotado, o relator, ministro Gilmar Mendes, contrapôs-se ao entendimento da prescrição trintenária por considerar que o inciso III, do artigo 7º da CF/88 é expresso ao mencionar o FGTS como direito do trabalhador. Conclui que, sendo a natureza jurídica do fundo, social e trabalhista, não se apresentando mais como alternativa à estabilidade, deve a prescrição obedecer aos ditames constitucionais igualmente previstos a outros créditos de natureza trabalhista, repudiando posicionamento jurisprudencial anterior. Ademais, ressaltou que o entendimento do TST, no tocante à prescrição, possuía hermenêutica incabível e desnecessária, vez que o princípio da proteção ao trabalhador não se demonstra apto a interpretar a prescrição trabalhista somente de forma parcial. Adverte ainda que os meios de fiscalização atuais, previstos na própria lei do FGTS, se mostram como concretização do princípio aludido, motivo pelo qual, não havia qualquer necessidade de

tratamento diferenciado ao prazo prescricional em assunto. Isso posto, declarou a inconstitucionalidade dos artigos da legislação infraconstitucional já citados.

Em contraposição ao entendimento do relator, a ministra Rosa Weber desenvolveu o seu posicionamento destacando a concepção jurisprudencial aplicada até então, bem como enalteceu o entendimento da Corte Superior Especializada que, em face do ordenamento constitucional de 1988, prezou pela aplicação do que seria mais benéfico ao trabalhador, qual seja a exceção trintenária. Por este ângulo, pregou pela violação do princípio do não retrocesso social, para contestar os argumentos da relatoria, dado o caráter social do instituto, melhor elucidado no tópico anterior, além de salientar a proposta de progressividade trazida no texto constitucional, quando ressalta do inciso I, do artigo 7º a expressão “entre outros direitos”. Ao final, tratou de apontar os prejuízos que seriam causados pela mudança de posicionamento: a proteção ao mau pagador, ou seja, aquele que não procede os depósitos, na esperança de que sejam tragados pela prescrição, e a notória redução do crédito trabalhista auferido pelo empregado. Do seu ponto de vista, os trabalhadores apenas buscam reivindicar seus direitos após a extinção do contrato, no qual, em se tratando de longos vínculos, o prazo prescricional já teria vigência.

Assim, o julgamento encerrou-se com sete votos favoráveis à inconstitucionalidade – Gilmar Mendes (relator), Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Marco Aurélio, Carmen Lúcia, e Luiz Fux, ao passo que apenas dois votos divergiram – os de Teori Zavascki e Rosa Weber. Ressalte-se ter modulado a Corte sua decisão com efeitos ex nunc, de modo a atingir as ações protocoladas após a data de julgamento, 13 de novembro de 2014.

Em decorrência de tal mudança, o TST alterou a redação da Súmula 362:

I — Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato; II — Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709212/DF).

Por tudo quanto exposto, em que pese a vagueza do voto proferido pela ministra Rosa Weber, entende-se que trilhou o caminho mais adequado em direção aos preceitos do Estado Democrático de Direito, porque observou a integralidade do que pretendia o dispositivo constitucional, considerando o viés programático da Constituição, além de ter destacado do mundo dos fatos questões que motivaram a escolha do tema do presente estudo, como dito, o incentivo ao não recolhimento (ou incorreto recolhimento), pelos empregados, e/ou a notável redução do crédito trabalhista do empregado, que necessita sacar o montante depositado em sua titularidade, vez que, em regra, os trabalhadores reivindicam seus direitos apenas após a extinção do contrato de trabalho.

Desse modo, o que se pretende a seguir é encontrar um fundamento respeitável, no que diz respeito à crítica do novo posicionamento do STF, para interpretação do dispositivo constitucional à sua melhor luz.

4 - CONCLUSÃO: UMA ANÁLISE DO FGTS SOB A PERSPECTIVA GARANTISTA

À guisa de conclusão, diante dos desafios encontrados pelo sistema jurídico contemporâneo sobre a necessidade de assegurar os direitos fundamentais – pilares do Estado Democrático de Direito – faz-se necessário, por ora, voltar-se para as contribuições da teoria garantista desenvolvida pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, com o objetivo de compreender a latente necessidade da busca pela efetivação do direito do trabalho, um dos direitos a serem garantidos pela ordem democrática proposta pelo jusfilósofo:

É relativamente fácil delinear um modelo garantista em abstrato e traduzir-lhe os princípios em normas constitucionais dotadas de clareza e capazes de deslegitimar, com relativa certeza, as normas inferiores que dela se apartam. Mas difícil é modelar as técnicas legislativas e judiciárias idôneas a assegurar efetividade aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais consagrados. A coisa mais difícil, além da elaboração teórica e normativa dos princípios, dos direitos e de suas garantias jurídicas, é, contudo, defender, atuar e desenvolver na prática o sistema de garantias. Esta não é mais uma

questão jurídica, mas uma questão de fato, que diz respeito às condições externas nas quais evolui a vida do direito: com a lealdade institucional dos poderes públicos, com a maturidade democrática das forças políticas e sociais, com sua disponibilidade para lutar pelos direitos, em uma palavra, com o sustento prático oferecido ao sistema normativo das garantias. É este sustento, contra as naturais vocações antigarantistas de todos os poderes, públicos e privados, que exprime o ponto de vista externo do quarto e último significado associado a esta expressão²⁶.

Algumas notas sobre o autor são necessárias. Denota-se, da leitura das obras destinadas ao estudo do seu pensamento, que Ferrajoli possui formação positivista crítica, desenvolvendo seu raciocínio sob a inspiração de pensadores como Hans Kelsen, Herbert Hart, Alf Ross e Norberto Bobbio, sempre visando garantir o direito à democracia²⁷.

Nesta perspectiva, compreende-se a obra do autor como uma teoria axiológica das estruturas do direito contemporâneo, sendo, portanto, garantismo o fundamento jurídico da democracia constitucional, no seu ponto de vista, de modo que o direito ao trabalho inclui-se entre as expectativas sociais de subsistência previstas pela teoria. Dito isso, tivera sua devida positivação e aplicabilidade devidamente comprovadas, conforme tópicos anteriores.

Esses processos, estas lutas, não se exaurem apenas em ações individuais. Ao contrário, são, sobretudo, processos e lutas coletivas, expressas pelos movimentos de massa ou, ainda, por todo o povo. Isto vale para os clássicos direitos de liberdade, mas vale também mais para os direitos sociais, do direito do trabalho²⁸.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 3. ed. Rev. Amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.752.

²⁷ Para melhor compreensão da obra e teoria de Ferrajoli, sugere-se a leitura de todo o *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, que se destina ao debate da teoria do garantismo sob o olhar de Sérgio Cademartori, Lênio Streck, João Maurício Adeodato, entre outros autores.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 3. ed. Rev. Amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.756.

Desse modo, trata-se de um debate análogo, isto é, entendendo o instituto do FGTS como mais uma expressão do direito do trabalho, negá-lo compreende um desrespeito para com o paradigma democrático.

Noutras palavras, é dizer que a teoria do direito é necessária premissa da teoria da democracia. Ou seja, no garantismo jurídico, democracia é, antes de tudo, um sistema de regras e garantias impostas aos diversos tipos de poder, por isso, que, por um lado, se encontra empiricamente ancorada à experiência histórica do constitucionalismo democrático; por outro, aos limites e aos vínculos de direito positivo por esse impostos.²⁹

O objeto de análise, qual seja o direito a pleitear em juízo, limitando-se a trinta anos de depósitos do FGTS, até o prazo de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, ainda que tratando-se de uma relação estabelecida no campo privado (relação empregado-empregador), é passível de tutela pelo garantismo jurídico, uma vez que esta se dispõe a limitar o excesso de poder a quem quer que seja a fonte originária da sua subordinação, seja o campo público, seja o privado, como dito. Portanto, extrapola o surgimento de uma diretriz política, sendo assim, um direito adquirido que pretende promover a segurança das relações e de seus possíveis impactos.

Entretanto, pelo contrário, e em coerência com os princípios laicos e liberais erigidos pelas lutas políticas, tais pressupostos morais e valorativos, somente puderam adquirir justificação jurídica na medida em que perseguiram fins concretos de utilidade em favor da sociedade; à garantia de seus direitos; à sua segurança.³⁰

Importante destacar que os pressupostos de composição do garantismo trazem como premissas basilares uma profunda crítica ao Estado de Direito, vez que, compreendendo a necessidade de uma constituição rígida, carece também da sua efetividade, ou seja, uma

²⁹ COPETTI NETO, Alfredo. A Democracia Constitucional sob o olhar do garantismo jurídico. 1 ed. v.1. Empório do Direito. Florianópolis, 2016. p. 5-6.

³⁰ COPETTI NETO, Alfredo. A Democracia Constitucional sob o olhar do garantismo jurídico. 1 ed. v.1. Empório do Direito. Florianópolis 2016. p. 9.

congruência entre seus aspectos formais e substanciais, estando estes dispostos à limitação e à vinculação dos diferentes instrumentos do poder. Com base na análise dos casos em tela, verifica-se que o direito ao FGTS está constitucionalmente positivado nos rol dos direitos que decorrem da relação de emprego, fundamento que serviu finalmente tanto para alocá-lo no grupo de natureza relacionada ao trabalho, quanto para tolher o direito de questionamento judicial pelo trabalhador em prazo diferenciado.

À parte da falácia política, pode cultivar-se, todavia, ainda uma falácia garantista: isto é, a ideia de que bastem as razões de um direito bom, dotado de sistemas avançados e realizáveis de garantias constitucionais, para conter os poderes e para pôr os direitos fundamentais a salvo de suas distorções. Se a primeira falácia é um vício ideológico induzido habitualmente pelos sistemas políticos autoritários, baseados na valoração a priori do poder político na desvalorização das garantias, a segunda falácia representa uma tentação recorrentemente induzida pela mesma estrutura garantista do Estado de direito. Acresço que o primeiro vício é mais difuso no meio político, e o segundo entre os juristas³¹.

Importante mencionar que uma das reflexões realizadas ao longo do texto gira em torno das hipóteses de levantamento do Fundo de Garantia. Assim, suponha-se um trabalhador, ou seu dependente, acometido por doença que o conduziu a estado terminal e, nessa situação, entendeu-se pelo saque de tal montante para viabilizar uma melhor sobrevivência ao acamado. Nesse momento, descobre-se que a(s) empresa(s) em que laborou não recolheu(ram) ou o fez(fizeram) a menor, ao longo de vinte anos de prestação de serviços. Questiona-se, portanto: em que pese a lei salvaguardar louvável hipótese de levantamento do fundo, no que diz respeito ao caso em comento, tal possibilidade alcançará o fim para o qual se destina, considerando que, ao contrário de 20 anos de corretas contribuições, se receber, perceber-se-á montante menor do que o efetivamente devido, sem que lhe seja conferido o direito a pleitear judicialmente, posto que tragado pela nova prescrição quinquenal?

³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 3. ed. Rev. Amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.752.

Conforme visto, o FGTS não pode ser considerado uma verba de natureza trabalhista comum, a exemplo das diferenças relativas às horas extras eventualmente trabalhadas. O caráter retributivo e indenizatório prescreve um fundo garantista, vez que se destina, entre outras questões, à efetivação de expectativas sociais de subsistência. Ilustrativamente, aqui, utiliza-se outra hipótese de saque, aquela destinada à melhoria da condição do trabalhador em caso de desastre natural que atinja sua habitação.

Insta mencionar, ademais, que os argumentos de que nos dias atuais o laborista possui um maior controle sobre os depósitos, de forma periódica, e que, observada a ausência de pagamento ou que recolhimentos feitos a menor poderão ser pleiteados mediante proposição de reclamação trabalhista, ainda no curso do contrato de trabalho, esbarram, no mundo real, no poder coercitivo do empregador. Não há como se questionar tal quitação ou pagamento das diferenças ainda que administrativamente, no âmbito da empresa ou da residência (trabalhador doméstico), sem a ocorrência das mais diversas retaliações, entre elas, a rescisão do contrato de trabalho sumariamente.

Das críticas realizadas, ainda que diametralmente opostas ao cenário positivista, cabe aqui uma advertência feita por Ronald Dworkin em *O Domínio da Vida*:

Os juízes devem justificar suas sentenças por meio de argumentos de princípios e de integridade, que possam ser criticados pelo meio jurídico e avaliados pela opinião pública, cuja influência deveria ser tida sempre que os presidentes nomeiam os juízes³².

Isso posto, compreende-se que o garantismo proposto por Ferrajoli é um convite à reflexão dos direitos fundamentais sociais, que emanam da coletividade e não somente da individualidade, como sugerem outras teorias, motivo pelo qual configura a melhor luz de interpretação para o objeto da presente análise crítica, até o momento.

³² DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 173.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 1988., Brasília,DF. Disponível em: < https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf >. Acesso em: 12 mai. 2018.

BRASIL. LEI Nº 8.036, DE 11 DE MAIO DE 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências, Brasília,DF, mai 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm>. Acesso em: 12 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº 709.212 – DF. Ana Maria Movilla de Pires e Marcondes e Banco do Brasil. Relator Ministro Gilmar Mendes. 13 de novembro de 2014. In: Diário de Justiça Eletrônico, nº 32, divulgado em 18 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=142203707&tipoApp=.pdf> > Acesso em: 1 mai 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial n. OJ n. 42, I, e ex-OJ n. 107, SDI-I/TST.

COPETTI NETO, Alfredo. A Democracia Constitucional sob o olhar do garantismo jurídico. 1 ed .v.1. Empório do Direito. Florianópolis 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. – 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017. p. 1449.

DWORKIN, Ronald. O domínio da vida. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. Rev. Amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FGTS. Como Sacar? 2018. Disponível em: < <http://www.fgts.gov.br/Pages/sou-trabalhador/como-sacar.aspx>> Acesso em: 10 jul 2018.

FGTS. Prazo prescricional. Ação de cobrança. Prescrição trintenária. CTN, arts. 173 e 174. Lei nº 3.807/60, art. 144. Lei nº 6.830/80, art. 2º, § 9º. A ação de cobrança das contribuições para o FGTS prescreve em 30 anos.

FGTS. Quem administra? 2018. Disponível em: < <http://www.fgts.gov.br/Pages/sobre-fgts/quem-administra.aspx#section4> >. Acesso em: 10 jul 2018.

MARTINS, S. P. Manual do FGTS. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 78.

NASCIMENTO, A. M. Iniciação ao Direito do Trabalho. 21. ed. São Paulo: LTr, p. 344.

ROSA, Alexandre Morais da. [et al.] Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. org. Luigi Ferrajoli, Lênio Streck, André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO: DEMOLIÇÃO DA EVOLUÇÃO SOCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO?

Leandro Henrique Costa Bezerra³³

Resumo: Este artigo apresenta uma interpretação da Lei nº 13.467/17 conforme a Constituição em matéria de direito coletivo do trabalho a fim de melhores condições sociais ao trabalhador. A manutenção do direito ao trabalho digno diante da prevalência do negociado sobre o legislado somente se concebe através da cláusula especial de abertura do art. 7, caput, da Carta Magna, na qual protege os direitos mínimos ao trabalhador contra o retrocesso social (também chamado de efeito cliquet dos direitos fundamentais). A expansão da autonomia privada dos

³³ Advogado. Pós-graduando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Instituto de Direito Público (IDP). Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Membro do Grupo de Estudos em Processo Civil (GEPC) da Universidade de Brasília.