

SIMONE HERMÍNIA CORRÊA PEREIRA

**O NOVO PRAZO PRESCRICIONAL DO FUNDO DE GARANTIA DO
TEMPO DE SERVIÇO ESTABELECIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL - STF**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC - MG
2015

SIMONE HERMÍNIA CORRÊA PEREIRA

**O NOVO PRAZO PRESCRICIONAL DO FUNDO DE GARANTIA DO
TEMPO DE SERVIÇO ESTABELECIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL - STF**

Monografia apresentada à banca examinadora do
Curso de Direito das Faculdades Integradas de
Caratinga-FIC, como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional;
Direito Civil; Direito do Trabalho.

Orientador Prof. MSc.: Rafael Soares Firmino

Dedico esta monografia,

Aos meus pais, Manoelito Pereira Schiavo e Marieta Antônia Corrêa Schiavo, que me deram apoio, incentivo nas horas difíceis, de desânimo e cansaço, à minha tia Maria Antônia Corrêa Pereira, aos meus irmãos, cunhada e sobrinho, que nos momentos de minha ausência dedicados ao estudo, souberam compreender e apoiaram a constante dedicação, a meu Avô Virgílio Lino Corrêa (in memoriam).

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que permitiu que tudo isso acontecesse, por renovar a cada momento a minha força e disposição e pelo discernimento concedido ao longo dessa jornada.

Agradeço aos nobres professores, por terem compartilhado comigo seus conhecimentos. Aos familiares, amigos, funcionários desta instituição, colegas de turma, que ao longo destes cinco anos direta ou indiretamente contribuíram para a minha formação.

Ao professor Rafael Soares Firmino, pela orientação, apoio e confiança na realização desta monografia.

MENSAGEM

“Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades, lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram conquistadas do que parecia impossível”.

Charles Chaplin

RESUMO

O presente estudo pretende abordar, por meio de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a aplicação do princípio da proibição de retrocesso social no prazo quinquenal do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 709.212 do Distrito Federal, visto que, o novo prazo feriu direitos e garantias fundamentais de caráter social obtido pelo cidadão. Todavia, o princípio que veda o retrocesso, tem como núcleo essencial os direitos fundamentais, os quais englobam a liberdade do legislador constituinte, limitando-se na Constituição Federal. Nessa temática o estudo ainda tem por objetivo manter-se no propósito de identificar quais são as garantias de direito dos indivíduos, suas conquistas e a necessidade de progredi-las, garantindo a segurança jurídica no âmbito das relações sociais de direito, impedindo o legislador de alterá-lo de forma maléfica ou de extingui-las causando-os prejuízos.

Palavras-chave: Princípios constitucionais; princípio da vedação do retrocesso; FGTS; prescrição e decadência; direitos fundamentais e direitos sociais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	10
CAPÍTULO I – DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS	13
1.1. Princípios Constitucionais.....	13
1.2. Dos Direitos Fundamentais.....	16
1.2.1. Direitos Sociais e a Constituição Federal de 1988.....	21
1.3. Princípio da Proibição do Retrocesso Social.....	24
CAPÍTULO II - DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO.....	29
2.1. Origem, Conceito e Requisitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.....	29
2.2. Finalidade e Natureza Jurídica do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.....	31
2.3. Prescrição e Decadência: Aspectos Gerais.....	33
2.3.1. Prescrição e Decadência no Código Civil de 2002.....	37
2.3.2. Prescrição e Decadência no Direito do Trabalho.....	40
2.3.2.1. <i>Peculiaridades da Prescrição Trabalhista: Espécies e Prazos.....</i>	<i>41</i>
2.4. Prescrição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.....	44
CAPÍTULO III - A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL À DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 709.212 DISTRITO FEDERAL.....	48
3.1. Função Garantidora dos Direitos Fundamentais.....	48
3.2. O Princípio da proibição do Retrocesso Social como Fundamento de Decisões Jurídicas no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	53
3.3. Da Violação de Direito Fundamental pela Prescrição Quinquenal estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal.....	55
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	59
REFERÊNCIAS.....	61

INTRODUÇÃO

A presente monografia, sob o tema "O novo prazo prescricional do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal - STF" tem por objetivo desmistificar o atual entendimento, tendo em vista a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social e da segurança jurídica.

Sendo assim, levanta-se como problema se a prescrição quinquenal do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, estabelecida a partir da decisão proferida pelo Supremo no Recurso Extraordinário com Agravo 709.212 Distrito Federal, viola direito do trabalhador previsto na Constituição Federal de 1988?

A esse respeito, tem-se como metodologia a confecção de pesquisa teórico-dogmática, haja vista a presença de investigação de cunho bibliográfico, como jurisprudências, artigos, doutrinas e outras legislações pertinentes ao tema.

Em face da pesquisa, o trabalho revela-se multidisciplinar, quais sejam, Direito Constitucional, Direito Civil e Direito do Trabalho.

A fim de se responder à hipótese suscitada, tem-se como marco teórico as idéias do doutrinador português Joaquim José Gomes Canotilho, que descreve o acolhimento do princípio da proibição de retrocesso social no ordenamento jurídico.

Preleciona Canotilho:

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas, deve considerar-se constitucionalmente garantindo, sendo inconstitucional quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado.¹

Por meio da presente pesquisa, quer-se proibir que temas de direitos fundamentais de caráter social desconstitua conquistas alcançadas pelo indivíduo ao longo da história, seja pela formação social em que ele vive ou mesmo de caráter individuais e coletivos.

¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed., Coimbra: Almedina, 1999. p.347.

Assim, a presente monografia, será dividida em 03 capítulos, sendo que o primeiro deles, intitulado “dos direitos fundamentais e princípios”, abordaremos suas garantias, eficácia e aplicabilidade conforme previsão da Constituição Federal.

No segundo capítulo será destinado a tecer considerações acerca do “Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”, qual a origem, conceito, requisitos, finalidade, natureza jurídica deste instituto, as diferenças entre prescrição e decadência, bem como suas peculiaridades na seara trabalhista.

No terceiro capítulo tratarei “a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social à decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 709.212 Distrito Federal”, apontaremos diversos fundamentos em decisões no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como fundamentação o princípio que veda o retrocesso social. Diante disso, a proposta deste estudo é mostrar a violação de direito fundamental pela prescrição quinquenal estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal ao mudar seu entendimento acerca do prazo prescricional do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, pois, trouxe grandes prejuízos aos trabalhadores ao desconstituir direito adquirido.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a importância do cumprimento dos direitos, faz-se necessário mencionar os principais aspectos do tema exposto, entretanto devem ser considerados alguns conceitos para melhor entendimento.

Nesse propósito, analisa-se alguns princípios norteadores de direito, sobre a ótica do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, acerca do prazo prescricional do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, atentando contra estes direitos adquiridos ao longo da história. Os impactos são percebíveis na sociedade em decorrência dessa triste decisão.

Tendo em vista, os princípios constitucionais que são normas fundamentais de conduta do indivíduo, constituídas para garantir a aplicação de leis já impostas pelo legislador. Barroso conceitua:

São o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.²

Os princípios serão aplicados num caso concreto, sua aplicabilidade é imediata no que diz respeito aos direitos fundamentais.

O princípio que veda o retrocesso, proíbe que o debate de temas de direitos fundamentais de caráter social, desconstitua as conquistas alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, tais como os de caráter individuais e coletivos, sociais, de nacionalidade, políticos, econômicos e ambientais.

Goldschmidt salienta que:

O princípio da proibição do retrocesso fornece um critério objetivo com o qual é possível controlar a adequação e a correção da atividade restritiva dos direitos fundamentais.³

² BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 2. ed., Saraiva: São Paulo, 1996. p. 23.

³ GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2009. p. 101.

Sendo assim, além de outros princípios constitucionais de direitos, o princípio que veda o retrocesso limita o legislador de criar novas normas que possa ferir outras na concretização de direitos.

No Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, o empregado terá direito aos depósitos efetuado pelo empregador em caso de despedida imotivada. O que levantamos como problema é o prazo prescricional não mais de trinta anos para reclamar estes depósitos não realizados, mas cinco anos. Restringindo direito adquirido.

O magistério Maurício Godinho Delgado conceitua Fundo de Garantia do Tempo de Serviço como sendo:

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço consiste em recolhimentos pecuniários mensais, em conta bancária vinculada em nome do trabalhador, conforme parâmetro de cálculo estipulado legalmente, podendo ser sacado pelo obreiro em situações tipificadas pela ordem jurídica, sem prejuízo de acréscimo percentual condicionado ao tipo de rescisão de seu contrato laborativo, formando, porém, o conjunto global e indiferenciado de depósitos um fundo social de destinação legalmente especificada.⁴

Para melhor entendimento do que é o instituto da prescrição e decadência, nas palavras de Silvio Rodrigues:

"a) a prescrição supõe uma ação, cuja origem é distinta da origem do direito, tendo, por isso, um nascimento posterior ao nascimento do direito;
b) a decadência supõe uma ação, cuja origem é idêntica à origem do direito, sendo, por isso, simultâneo o nascimento de ambos".⁵

Observa-se que a prescrição é a perda da pretensão da ação e a decadência a perda do direito.

Ademais, é de extrema importância que o empregado atente para estes prazos. O princípio da segurança jurídica se refere a garantia de direito, prevista expressamente na Constituição Federal de 1988, assim como os direitos fundamentais que são aqueles que garanti a dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial para uma vida digna.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet:

⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14 ed., São Paulo: LTr, 2015. p. 1.368.

⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil - parte geral**. V. I. 34 ed., São Paulo: Saraiva, 2003. p.330.

(...) o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoca caráter supranacional.⁶

Assim como os direitos fundamentais estão intimamente ligados aos direitos do homem, os direitos sociais tem dimensão nestas medidas de direitos.

Nesse sentido, Silva salienta que:

Assim, podemos dizer que os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.⁷

Os direitos sociais é uma ação constitucional que visa proteger os preceitos fundamentais, por isto precisam ser protegidos pelo Estado Democrático de Direito.

Entretanto, o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sob a ótica da Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, com o fito de resolver o impasse, passa-se a análise aprofundada do que seria um o principio do retrocesso social e suas impossibilidades.

⁶ SARLER, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 35/36.

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 286.

CAPÍTULO I - DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS.

1.1 Princípios Constitucionais

A palavra princípio no dicionário significa o início de algo, o que vem antes, a causa, o começo. A finalidade dos princípios no ordenamento jurídico é auxiliar as principais normas fundamentais de conduta de um indivíduo mediante às leis já impostas.

Os princípios cumprem o papel de suprir eventual lacuna no sistema jurídico brasileiro, sendo que diversos deles orientam e interpretam, bem como possuem natureza de norma constitucional.

Os princípios constitucionais, na definição de Luís Roberto Barroso:

São o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.⁸

Buscando um conceito para princípio, segundo Bonavides:

Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico.⁹

Sua função específica é fazer valer os dispositivos aplicáveis nos casos concretos, representando instrumentos relevantes para uma completa e perfeita interpretação da lei maior.

Paulo Bonavides ressalta ainda, a importância dos princípios constitucionais para o constitucionalismo moderno:

⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 2. ed., Saraiva: São Paulo, 1996. p. 155.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 261/262.

A importância do assunto é fundamental, ocupando cada vez mais a atenção e o interesse dos juristas. Sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo.¹⁰

O constitucionalismo moderno é um sistema normativo aberto de regras e princípios com as informalidades cotidianas de um meio social revelado pela pós-modernidade. Existe o reconhecimento de que os princípios são normas jurídicas e as normas compreendem as regras e os princípios.

De fato, a Constituição da República de 1988, também chamada de Lei Maior, apresenta um conjunto de normas, composta de regras e princípios, referentes aos direitos e garantias individuais e coletivos.

Todavia, existem critérios para se distinguir princípios de regras. Embora ambas as normas se referem ao dever ser, ou seja, uma forma de conduta.

No que se refere, assevera Robert Alexy:

princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença.¹¹

Todavia, toda regra deve contemplar um princípio, ao passo que, todo princípio deve ter congênito a um certo grau de regramento.

Considerando os princípios e regras constitucionais, três distintas teses são possíveis acerca desta ponderação.

Neste sentido, Alexy:

A primeira sustenta que toda tentativa de diferenciar as normas em duas classes, a das regras e a dos princípios, seria, diante da diversidade existente, fadada ao fracasso. Isso seria perceptível, por exemplo, na possibilidade de que os critérios expostos, dentre os quais alguns permitem apenas diferenciações gradativas, sejam combinados da maneira que se desejar. Assim, não seria difícil imaginar uma norma que tenha um alto grau de generalidade, não seja aplicável de pronto, não tenha sido estabelecida expressamente, tenha um notório conteúdo axiológico e uma relação íntima

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 231.

¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

com a idéia de direito, seja importantíssima para a ordem jurídica, forneça razões para regras e possa ser usada como um critério para a avaliação de argumentos jurídicos. Some-se a isso o fato de que, isoladamente considerados, aquilo que esses critérios distinguem é algo extremamente heterogêneo.¹²

Esta distinção se faz de forma gradual ao analisar o caso tangível.

No entanto, para Robert Alexy, as normas vale ou não vale, isto significa que em um caso concreto, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige.

Alexy afirma que para a solução de um conflito:

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio.¹³

A colisão de dois princípios normalmente ocorre quando em um, é proibido, por vez em outro será permitido. O que não significa que naquele momento uma regra deixará de incidir se for inválida.

Diante do caso, observamos que devido à constitucionalização das normas jurídicas, passam a fazer parte o princípio da máxima proporcionalidade com maior ponderação em situações controvertidas, regulando-se os interesses entre os fenômenos jurídicos distintos no ordenamento normativo brasileiro.

Alexy aduz que:

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades *fáticas*.¹⁴

¹² Idem. p. 89.

¹³ Idem. p. 92.

¹⁴ Idem. p. 118.

Portanto podemos dizer que, dentre aqueles limites fornecidos pelo ordenamento jurídico, ha vinculação entre direito, princípios e as regras jurídicas para uma efetiva aplicação.

Concluí-se que a solução de um problema, está implicitamente assegurado estabelecido no ordenamento normativo, essencial ao exercício da democracia.

A ponderação de valores, servi-se de critério e parâmetro de valoração para compreender e interpretar todo o sistema jurídico brasileiro. Apresentado como uma alternativa na interpretação dos princípios.

O sistema jurídico está intimamente ligado ao princípio da proporcionalidade, formando um Estado Democrático de Direito.

1.2 Dos Direitos Fundamentais

Os Direitos Fundamentais são aqueles direitos atribuídos a todos os cidadãos em comum, que tem como finalidade ilustrar as condições mínimas para cada indivíduo.

Nas palavras definidoras de direitos fundamentais, segundo Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoca caráter supranacional.¹⁵

Os direitos fundamentais do homem é fruto da evolução histórica transcorrido das conquistas sociais, surgiu no ano de 1948 com as Declarações de Direitos Humanos.

¹⁵SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 35/36.

Paulo Bonavides interpretou os direitos fundamentais a partir de um perfil histórico, agrupando os mesmos em gerações de direitos.

(...) Os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.¹⁶

São as liberdades civis consideradas básicas, configurando os direitos civis e políticos, surgiram no final do século XVIII e representavam uma resposta do Estado liberal ao absolutista.

(...) Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominam o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX.¹⁷

Foi o desdobramento natural da primeira geração, assegura o princípio da igualdade material entre o ser humano, os direitos políticos conquistados no decorrer do século XIX e início do século XX.

Os direitos fundamentais da terceira geração

(...) Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade, conforme assinala Karel Vasak, e provida de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais ou coletivos.¹⁸

Possui origem na revolução dos meios de comunicação e de transportes (revolução tecnocientífica). Protegendo os interesses da titularidade difusa ou coletiva, sendo atribuídos a todos como direitos econômicos e sociais.

(...) Os direitos da primeira, da segunda e da terceira gerações abriram caminho ao advento de uma nova concepção de universalidade dos direitos humanos fundamentais, totalmente distinta do sentido abstrato e metafísico de que se impregnou a Declaração dos Direitos do homem de 1789, uma Declaração de compromisso ideológico definido, mas que nem por isso deixou de lograr expansão ilimitada, servindo de ponto de partida valioso para a inserção dos direitos da liberdade - direitos civis e políticos.¹⁹

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 577.

¹⁷ Idem. p. 578.

¹⁸ Idem. p. 583.

¹⁹ Idem. p. 587.

As considerações feitas por Paulo Bonavides são aspectos introduzidos pela globalização política, relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo, das gerações futuras.

(...) São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.²⁰

A democracia positivada por direito da quarta geração será uma democracia direta e participativa, graças aos progressos da tecnologia de comunicação.

A paz é o direito de quinta geração, em face dos últimos acontecimentos, por exemplo, os atentados terroristas que vem aterrorizando pessoas em todo o mundo.

(...) O novo Estado de direito das cinco gerações de direitos fundamentais vem coroar, por conseguinte, aquele espírito de humanismo que, no perímetro da juridicidade, habita as regiões sociais e perpassa o Direito em todas as suas dimensões.

A dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos.²¹

Os direitos da primeira geração; segunda; terceira; os direitos da quarta e quinta geração, é um processo evolutivo dos direitos fundamentais, esses direitos são variáveis, modificando-se ao longo da história de acordo com as necessidades e interesses do homem.

Conclui-se que ha necessidade de permanente reconstrução enquanto patrimônio de todas as gerações, diante da evolução histórica destes direitos.

Os direitos fundamentais, atualmente resguardados pela Constituição, representam uma vasta gama de direitos essenciais aos indivíduos e especificamente a toda a sociedade.

Para Robert Alexy surgem alguns problemas específicos da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais:

²⁰ Idem. p. 586.

²¹ Idem. p. 598.

Enquanto caso especial do discurso prático geral, ele é caracterizado pela existência de uma série de condições restritivas, às quais a argumentação jurídica se encontra submetida e que, em resumo, se referem à vinculação à lei, ao precedente e à dogmática. Mas essas condições, que podem ser expressas por meio de um sistema de regras e formas específicas do argumentar jurídico.²²

A racionalidade exige ponderação acerca da possibilidade de valorações morais aplicada por juízos práticos. Entretanto, essas regras morais são mais fáceis de serem fundamentadas, por exemplo, discussão ética, influencia na plano metodológico, pela filosofia da linguagem e por teorias da própria argumentação.

Uma vez estabelecido tais direitos, Alexy levanta a questão da restrição aos direitos fundamentais.

Restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades/situações/posições de direito ordinários) e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais. Entre esses dois objetos de restrições há relações estreitas. Princípios de direitos fundamentais exigem a proteção mais abrangente possível dos bens protegidos, como por exemplo, a proteção mais ampla possível da liberdade geral de ação, da integridade física ou da competência para alienar a propriedade. Por isso, uma restrição a um bem protegido é sempre também uma restrição a uma posição *prima facie* garantida por um princípio de direito fundamental.²³

Entretanto, será protegido todos as normas de direitos *prima facie* de direito fundamental.

Cumpri ainda, salientar duas das espécies de restrições a direitos fundamentais.

Prosseguir Alexy:

O primeiro é perseguido quando se expõem as possíveis diferenciações *no interior* da classe das restrições. Um exemplo de destaque é a extremamente detalhada classificação de Friedrich Klein, construída a partir da diferenciação entre restrições de garantia e restrições de reserva. O segundo tipo de objetivo formal é perseguido quando se trata da diferenciação *entre* normas que impõe restrições e normas conformadoras,

²² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed., Malheiros, 2008. p. 548.

²³ Idem. p. 281.

definidoras de conteúdo ou reguladoras no âmbito dos direitos fundamentais.²⁴

No entanto, para ser merecedora das medidas protetivas, leva-se em conta, a relação com as outras normas no âmbito de direitos fundamentais. Vale ressaltar, que as normas Constitucionais faz restrição direta e indireta acerca destes direitos. E que estas restrições podem ser escritas e não escritas.

No que diz respeito da teoria da interpretação dos direitos fundamentais, Paulo Bonavides aduz que:

Toda interpretação dos direitos fundamentais vincula-se, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais; esta, por sua vez, a uma teoria da Constituição, e ambas - a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da Constituição - a uma indeclinável concepção do Estado, da Constituição e da cidadania, consubstanciando uma ideologia, sem a qual aquelas doutrinas, em seu sentido político, jurídico e social mais profundo, ficariam de todo ininteligíveis. De tal concepção brota a contextura teórica que faz a legitimidade da Constituição e dos direitos fundamentais, traduzida numa tábua de valores, os valores da ordem democrática do Estado de Direito onde jaz a eficácia das regras constitucionais e repousa a estabilidade de princípios do ordenamento jurídico, regido por uma teoria material da Constituição.²⁵

A hermenêutica moderna vai analisar e estabelecer os critérios de interpretação adequados para uma correta e justa concretização constitucional.

A Constituição preocupou-se em vários momentos com a eficácia dos direitos fundamentais outorgado.

Menciona José Afonso da Silva:

O primeiro em uma norma-síntese em que determina que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. Não é, pois, só a garantia dos direitos políticos, mas de todos os direitos fundamentais: individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos. Essa declaração pura e simplesmente por si não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente. Vimos a propósito o mandado de injunção. Acrescentemos que a ação de inconstitucionalidade por omissão é da mesma natureza. A iniciativa popular pode muito bem ser eficiente instituto de busca da integração das normas constitucionais dependentes de lei ordinária ou complementar, especialmente daquelas normas que traduzam direitos de interesse social.²⁶

²⁴ Idem. p. 285.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 612.

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito positivo**. 34. ed., São Paulo: Malheiros, 2011. p. 468.

O Estado assegura a observância do regular cumprimento das normas de direitos fundamentais, em relação a todos aqueles capazes de violar direitos estabelecidos.

Dessa maneira, reforçando o que já foi explicitado, a evolução histórica contribui para o surgimento de normas definidoras de direitos e sua eficácia normativa a todas as esferas da sociedade.

Embora tenha o legislador que interpretar e restringir os direitos fundamentais, para garantir na esfera da eficácia e da efetividade o que fora estabelecido acerca daqueles direitos considerados fundamentais.

1.2.1 Direitos Sociais e a Constituição Federal de 1988.

Por certo, os direitos sociais buscam a qualidade de vida dos indivíduos, no entanto apesar de estarem interligados, faz-se necessário ressaltar e distinguir as diferenças entre direitos sociais e direitos individuais.

Concluimos que, direitos sociais são os que nós temos como ser social. Exemplo, a saúde, a educação, o trabalho. Diferente dos direitos individuais, que são aqueles que a pessoa tem como indivíduo. Exemplo, a vida, a propriedade a inviabilidade da casa.

Trataremos os direitos sociais elencados no art. 6º da CF/88 consagrados como direitos fundamentais, conquistados por movimentos sociais ao longo da história, e que atualmente, são reconhecidos no âmbito internacional em documentos como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, bem como pela Constituição da República de 1988.

Segue na íntegra o artigo:

Art. 6º 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.²⁷

O legislador constituinte faz menção expressa à promoção e proteção destes direitos acima, inclusive atentou para aqueles oriundos, que serão garantidos em âmbito jurídico.

Não existiria democracia sem a garantia básica destes direitos, seja ele individual, social ou político, portanto, é dever do Estado a garantia e a proteção.

O magistério José Afonso da Silva conceitua direitos sociais:

Assim, podemos dizer que os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.²⁸

Os direitos sociais disciplinam situações subjetivas concreta, necessário na efetivação dos direitos básicos protegidos, para garantir sua eficácia.

Salienta José Afonso da Silva:

os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e dos mais numerosos.²⁹

Os direitos sociais vem de encontro a população que não possuíam bens para oferecer, a não ser com o trabalho. Tal fato contribuiu para o acesso à educação, à saúde e melhores condições de trabalho.

Com efeito, estes direitos e a cidadania precisam de investimento, sendo o desenvolvimento um desafio ao progresso. Sarlet destaca:

segue sendo necessária uma preocupação permanente com a consolidação e manutenção pelo menos dos níveis de proteção social mínimos, onde e quando alcançados, nas várias esferas da segurança social e da tutela dos direitos sociais compreendidos em toda a sua amplitude, inclusive como

²⁷ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 07/10/2015.

²⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito positivo**. 34. ed., São Paulo: Malheiros, 2011. p. 286.

²⁹ Idem. p. 286.

condição para a funcionalidade da própria democracia e sobrevivência do estado Constitucional.³⁰

A integridade física do indivíduo na sociedade, é uma das preocupações do Constituinte e a extensão dos direitos previstos constitucionalmente que exigem permanente ação do Estado para sua efetivação.

A previsão de um aperfeiçoamento do art. 6º da Constituição Federal tramitando no Congresso Nacional tida como a "PEC DA FELICIDADE" - PEC N. 513/2010 DO CD E PEC N. 19/2010 DO SF.

Nova redação do art. 6º da CF:

São direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, 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.³¹ nossos grifos

A justificativa dos parlamentares, que a felicidade, enquanto direito, encontram-se positivada em diversos documentos, tais como: Declaração de Direitos da Virginia (EUA, 1776); Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789); Preâmbulo da Carta Francesa de 1958; Reino do Butão; Constituição do Japão e Carta da Coréia do Sul.

Observa-se que o Estado brasileiro usa de políticas públicas como forma de compensar as desigualdades existentes.

Cumprir comentar alguns elementos para o mínimo de existência digna do homem, aos grupos menos favorecidos economicamente. São os direitos sociais, econômicos e culturais, que busca a igualdade para a coletividade que reivindicam melhores condições de vida.

Garantindo a aplicabilidade imediata e a eficácia de normas constitucionais no ordenamento brasileiro.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo Latino-americano.** Rev. TST, Brasília, vol .75, nº 3, jul/set 2009. p. 120.

³¹ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 16 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.081.

1.3 Princípio da Proibição do Retrocesso

O princípio da vedação ao retrocesso social também é conhecido como princípio da proibição de retrocesso social, tem sua origem no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Tendo em vista sua relevância, vem sendo estudado como critério interpretativo ou princípio aplicável aos ramos do direito, especialmente quando envolvem direitos fundamentais e sociais.

Daniela Muradas descreve o acolhimento do princípio da proibição ao retrocesso social no pacto de Direitos Humanos em 1966:

Preceitua o art.2º, §1º, do pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que os Estados-partes no pacto comprometem-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seu recurso disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente pacto, incluindo em particular, a adoção de medidas legislativas.

Na mesma trilha proibiu a “restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob o pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau”, sendo o documento internacional complementar as práticas e normativas nacionais de promoção da pessoa humana.

Além disso, o Pacto expressamente acolheu o princípio do não regresso no campo interpretativo, à medida que estabeleceu, pelo seu art. 5º, a inviabilidade de as suas disposições serem interpretadas no sentido de reconhecer a prática de atos atentários aos direitos ou liberdades eles reconhecidos ou ainda de se lhes impor limitações mais amplas do que aquelas nelas previstas.³²

Contudo, foi com a aprovação do Pacto de Direitos Humanos em 1966, que o princípio da progressividade e não retrocesso dos direitos humanos, ganhando nova confiabilidade no plano dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Ainda partindo desses pressupostos, enfatiza Luiz Eduardo Gunther:

O princípio do não retrocesso social foi expressamente considerado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada em novembro de 2007, fazendo parte de Enunciado aprovado. Com efeito,

³² REIS, Daniela Muradas. **O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho**. São Paulo: LTr. 2010, p. 36.

o Enunciado n. 66, que trata da garantia constitucional da duração razoável do processo, interpreta os arts. 769 e 889 da CLT conforme a Constituição Federal, e dessa forma permite a aplicação de normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. Consideram-se, dessa forma, os princípios da instrumentalidade, efetividade e não retrocesso social. Aplica, pois os princípios ao direito processual do trabalho, imprimindo-lhe carga de efetividade.³³

Hoje a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro, tem interpretação evolutiva, primeiramente pelos direitos fundamentais e por conseguinte, dentre os objetivos do constituinte de proteção ao desenvolvimento nacional.

Na Alemanha a aplicação do princípio da proibição de retrocesso social, tem íntima conexão com o princípio da segurança jurídica.

Ingo Wolfgang Sarlet:

a discussão a respeito da proibição de retrocesso social na Alemanha, vale destacar que lá, a despeito da ausência de uma proteção expressa até mesmo dos direitos adquiridos no plano constitucional, tanto a doutrina, quanto o Tribunal Constitucional Federal, sempre chancelaram a proteção (ainda que não ilimitada) tanto do direito adquirido como das próprias expectativas de direitos (em que pese com menor intensidade), dimensões que, como já demonstrado, integram uma compreensão ampla da proibição de retrocesso.³⁴

A Vedação do retrocesso propõe que se exija do poder judiciário é a invalidação da revogação de normas que retrocede direitos fundamentais, contudo, que estas medidas concedam, ampliem tais direitos, e não que venham desacompanhadas de política substitutiva, equivalente ao já adquirido.

De acordo com os princípios, uma vez tendo o sistema jurídico definido um determinado direito como adquirido, não pode ser suprimido ou restringido, causando retrocesso ao progresso social.

³³GUNTHER, Luiz Eduardo. **Aspectos principiológicos da execução incidentes no processo do trabalho**. In: SANTOS, José Aparecido dos (coord.). Execução trabalhista. 2 ed., São Paulo: LTr, 2010. p.18/43.

³⁴SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito Constitucional Brasileiro**. p.13.

A aplicação judicial do princípio da vedação ao retrocesso, considerando que se encontra de forma implícita no ordenamento jurídico brasileiro, segundo José Afonso da Silva:

Sobre os direitos constitucionais sociais deve incidir o art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, a fim de garantir a maior aplicabilidade e eficácia possíveis. Nesse sentido, o autor admite indiretamente a proibição constitucional de retrocesso social, já que a lei nova não pode desfazer os efeitos da norma constitucional já alcançados pela aplicação da lei anterior.³⁵

O princípio da proibição do retrocesso, surge como forma de proteger o cidadão de ações retrocessivas do Estado, ignorando os direitos já conquistados anteriormente, deve-se realizar uma fundamentação construída com base nos demais princípios e preceitos sociais do direito.

Podemos considerá-lo como um direito constitucional de resistência que se opõe à margem de conformação do legislador quanto à reversibilidade de leis concessivas de benefícios sociais.

Goldschmidt salienta que:

O princípio da proibição do retrocesso fornece um critério objetivo com o qual é possível controlar a adequação e a correção da atividade restritiva dos direitos fundamentais.³⁶

A vedação ao retrocesso social segundo o doutrinador português Joaquim José Gomes Canotilho:

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas, deve considerar-se constitucionalmente garantindo, sendo inconstitucional quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado.³⁷

Ao proibir o retrocesso, busca-se proteger os direitos adquiridos ao longo da história, concedendo assim a segurança jurídica àqueles que estão mais

³⁵SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 319.

³⁶GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2009. p. 101.

³⁷CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1999. p. 347.

vulneráveis. Portanto, são normas que limitam o poder do legislador constituinte, atuando no judiciário, contra ameaças de direitos fundamentais sociais.

Ao estabelecer restrições aos direitos fundamentais, o legislador e o intérprete, visa manter não somente a harmonia do sistema jurídico, mas o efetivo equilíbrio nas relações sociais.

Partindo desses pressupostos, Luís Roberto Barroso:

o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar.³⁸

A exemplo do princípio da proporcionalidade, o princípio da vedação ao retrocesso social fornece um critério objetivo com o qual é possível controlar a adequação e a correção da atividade restritiva dos direitos fundamentais, já definidos e incorporados ao ordenamento jurídico.

Uma vez tendo o sistema jurídico definido um determinado direito como fundamental, não pode ser suprimido ou restringido inadequadamente, a ponto de causar um retrocesso social por renovação.

Felipe Derbli destaca:

Haverá retrocesso social quando o legislador, comissiva e arbitrariamente, retornar a um estado correlato a uma primitiva omissão inconstitucional ou reduzir o grau de concretização de uma norma definidora de direito social; onde não houver imposição legiferante - e, portanto, for mais fluida a delimitação das raias da liberdade de conformação do legislador (o que ocorre no caso das normas constitucionais programáticas), não se poderá falar propriamente em proibição de retrocesso social.³⁹

Considerando o Princípio da vedação do retrocesso e sua importância na construção de uma justiça comprometida com a proteção dos direitos e garantias fundamentais, defende-se a necessidade de aplica-lo como garantia expressa dos direitos fundamentais estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro.

³⁸ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes apud BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p.381.

³⁹ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.p. 240.

O princípio do retrocesso social, limita às medidas retrocessivas na esfera da legislação social, necessárias para garantir a segurança jurídica ao poder constituinte do direito.

Contudo, verifica-se na prática a relevância desse instituto jurídico, assim como a necessidade de sua adequação social para o desenvolvimento e o progresso da sociedade.

CAPÍTULO II - DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO - FGTS

2.1. Origem, Requisitos e Conceito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço surgiu na década de 60, com o objetivo de regularizar a relação de trabalho (empregador e empregado) em substituição ao antigo regime celetista (estabilidade decenal). A lei nº 5.107 de 1966, revogada pela lei 8.036 de 1990, visa proteger o empregado mais antigo aquele que tinha mais de dez anos na empresa.

Ambas garanti uma indenização por tempo de serviço em casos de rescisão do contrato de trabalho. A lei nº 5.958 de 1973, o empregado poderia ter retroativo a janeiro de 1967 à data da admissão ao emprego, caso optasse e houvesse acordo entre as partes, ate mesmo para aquele que era estável.

Na época o regime era facultativo, podendo o empregado optar por um dos dois sistemas, pela estabilidade ou pelo FGTS, mediante declaração escrita.

Explica Vólia Bomfim:

Para os empregados que optassem pelo sistema do FGTS no prazo de 365 dias da vigência da Lei; e no prazo de 365 dias para os admitidos após a Lei, contados a partir da admissão, eram exigidos os seguintes requisitos (art. 1º, §§ 1º e 2º): declaração escrita, anotação da opção na CTPS do empregado, bem como no livro de registro de empregados.

Para os empregados que optassem pelo FGTS fora do prazo estabelecido, eram exigidos os seguintes requisitos:

- a) declaração escrita, anotação da opção na CTPS do emprego, bem como no livro de registro de empregados;
- b) homologação da opção pela Justiça do Trabalho.⁴⁰

Estes requisitos eram para comprovar a vontade do empregado na aquisição do benefício, embora tivesse faltando alguns dos requisitos exigidos, não eram impedidos de exigi-los.

⁴⁰ BOMFIM, Vólia Cassar. **Direito do trabalho**. 11 ed., ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015. p. 1.180/1.181.

Desde a criação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, a legislação que o instituiu, tem sofrido constantes alterações para preservar sempre o interesse da parte hipossuficiente na relação de emprego.

A Constituição Federal de 1988, estabeleceu em seu art. 7º inciso III, que é direito dos trabalhadores urbanos e rurais o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Art. 7º 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;⁴¹

É devido o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço os empregados urbanos, rurais, trabalhadores avulsos, hoje também sendo obrigatórios para aqueles empregados domésticos.

O FGTS é uma poupança para o trabalhador, formado por recolhimentos mensais sobre a remuneração do empregado, efetuados em conta vinculada aberta em nome do trabalhador.

Conceitua o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, Sérgio Pinto Martins:

O FGTS é um depósito bancário destinado a formar uma poupança para o trabalhador, que poderá ser sacada nas hipóteses previstas na lei, principalmente quando é dispensado sem justa causa. Servem os depósitos como forma de financiamento para aquisição de moradia pelo Sistema Financeiro da Habitação.⁴²

Conforme o disposto na lei, o FGTS deve ser pago pelo empregador, na forma de recolhimento pecuniário mensais por meio de depósitos feita em conta vinculada e individualizada do trabalhador.

Nessa esteira de raciocínio, Maurício Godinho Delgado aduz que:

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço consiste em recolhimentos pecuniários mensais, em conta bancária vinculada em nome do trabalhador, conforme parâmetro de cálculo estipulado legalmente, podendo ser sacado pelo obreiro em situações tipificadas pela ordem jurídica, sem prejuízo de acréscimo percentual condicionado ao tipo de rescisão de seu

⁴¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 02/10/2015.

⁴² MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 31 ed., Atlas: São Paulo, 2015. p.513.

contrato laborativo, formando, porém, o conjunto global e indiferenciado de depósitos um fundo social de destinação legalmente especificada.⁴³

O Ministério do Trabalho e Emprego conceitua o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço como:

O Fundo constitui-se em um pecúlio disponibilizado quando da aposentadoria ou morte do trabalhador, e representa uma garantia para a indenização do tempo de serviço, nos casos de demissão imotivada.

A diferença básica em relação ao modelo anterior é que esses depósitos integram um Fundo unificado de reservas, com contas individualizadas em nome dos trabalhadores.

Além de ampliar o direito indenizatório do trabalhador, que pode, ao final do tempo útil de atividade, contar com o valor acumulado dos depósitos feitos em seu nome.⁴⁴

Sendo o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, um dos mais importantes fundos sociais para o empregado, podendo ser sacado por seu titular nas hipóteses tipificadas nos arts.18 a 21, da Lei nº 8.036, de 1990.⁴⁵

Observa-se que o FGTS é um direito fundamental do trabalhador em caso de dispensa imotivada. A diferença é que além do caso de demissão sem justa causa, há outras situações em que o empregado poderá fazer uso desses valores sem a necessidade de se perder o emprego.

2.2. Finalidades e Natureza Jurídica do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

A finalidade da instituição do FGTS foi de proporcionar uma reserva ao empregado, uma garantia em caso de desemprego involuntário, o empregado em caso de despedida indireta, teria uma poupança que poderá sacar, nas hipóteses tipificadas em lei.

⁴³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14 ed., São Paulo: LTr, 2015. p. 1.368.

⁴⁴ BRASIL, Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em: www.mte.gov.br/index.php/fundo-de-garantia-do-tempo-de-servico-fgts. Acesso em: 30/ 09/2015.

⁴⁵ BRASIL, Lei Federal nº 8.036/1990. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8036consol.htm. Acessado em 02/11/2015.

Para Sérgio Pinto Martins:

Na verdade, o objetivo principal do FGTS foi de proporcionar a dispensa por parte do empregador, tendo este que pagar uma indenização sobre os depósitos do FGTS, liberando-os para o saque. Assim, a empresa não tinha mais o problema de ter empregado estável, que, para ser despedido, provocava ônus muito maior, em razão da indenização em dobro.⁴⁶

O sistema adotado, ao prever a indenização ao empregado demitido por meio de demissão sem justa causa, libera seu saque. Seus valores pertencem exclusivamente ao trabalhador, mediante documentação específica.

Para a legislação, alguns doutrinadores e jurisprudência, a questão do prazo prescricional aplicável ao FGTS, está ligada a sua natureza jurídica.

Todavia, a natureza jurídica do FGTS é um assunto que diverge as opiniões na doutrina brasileira.

Maurício Godinho Delgado, na linha de entendimento até então adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho:

O FGTS é instituto de natureza multidimensional, complexa, com preponderante estrutura e fins justralhista, os quais se combinam, porém, harmonicamente, a seu caráter de fundo social de destinação variada, tipificada em lei. Por isso associa traços de mera figura trabalhista com traços de figura afeta às contribuições sociais, formando, porém, instituto unitário.⁴⁷

Seu prazo para constituição é decadencial e o prazo para cobrança será prescricional, no que diz respeito aos créditos referentes as contribuições para o FGTS, são considerado trintenários.

Sendo assim, o FGTS não segue o Código Tributário Nacional, afasta a incidência dos arts. 173 e 174 do CTN.

Sérgio Pinto Martins tem entendimento divergente:

A natureza jurídica do FGTS é controvertida. Ela deve ser diferenciada sob dois aspectos: sob o ângulo do empregado e sob a ótica do empregador, daí por que se poderia dizer que sua natureza jurídica é híbrida.

⁴⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 31 ed., Atlas: São Paulo, 2015. p. 512.

⁴⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14 ed., São Paulo: LTr, 2015. p. 1.368.

a) *Quanto ao empregado*: no que diz respeito ao empregado, várias teorias poderiam ser lembradas para justificar a natureza jurídica do FGTS, como do salário diferido, do salário socializado, do salário atual, do prêmio etc.
 (...) b) *Quanto ao empregador*: no tocante ao empregador, três teorias poderiam ser analisadas: teoria fiscal, parafiscal e da contribuição previdenciária.⁴⁸

Para Martins o FGTS tem natureza tributária, é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, devendo ser analisada sobre os dois ângulos, do empregado e do empregador.

Para Jantalia, O FGTS tem natureza de um fundo, é um equívoco tratá-lo de forma controversa:

a natureza condominial do FGTS decorre precisamente do fato de ele ser constituído na forma de um fundo, o que ressalvada sua destinação imposta pela lei, não o deixa muito distante dos fundos de pensão tradicionais. O segredo do modelo adotado é que, embora todos os trabalhadores sejam beneficiados mensalmente com os recolhimentos compulsórios de seus empregadores, nem todos os beneficiados sacam seus saldos ao mesmo tempo, ficando assim sempre disponível uma soma para investimentos, que a lei, no caso do FGTS, impõe que sejam direcionados ao fomento de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura.⁴⁹

A denominação e demais características formais adotadas pela lei que criou o FGTS, assegura um direito do trabalhador.

Concluí-se que muito tem se discutido sobre a natureza jurídica do FGTS, em face de suas três dimensões. Porém, concluímos que possui natureza híbrida, ou seja, uma vez que para o empregado a natureza consiste em direito à contribuição, tendo aspecto salarial. E para a sociedade a contribuição possui caráter social.

2.3 Prescrição e Decadência: Aspectos Gerais.

O tempo é um fato jurídico natural de grande importância para as relações jurídicas na efetividade de um direito, uma vez que essa influência, reflete no nascimento, exercício e na extinção de direitos.

⁴⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 31 ed., Atlas: São Paulo, 2015. p. 515/517.

⁴⁹ JANTALIA, Fabiano. **Fundo de garantia por tempo de serviço**. São Paulo: LTr, 2008. p. 52.

A existência de prazo para o exercício de direitos e pretensões, para Pablo Stolze, é uma forma de disciplinar a conduta social.

Na observância de Francisco Amaral:

“Com o fim de proteger a segurança e a certeza, valores fundamentais do direito moderno, limitam-se no tempo a exigibilidade e o exercício dos direitos subjetivos, fixando-se prazos maiores ou menores, conforme a sua respectiva função.

Para os direitos subjetivos, a lei fixa prazos mais longos, que podem ser suspensos e interrompidos, durante os quais se pode exigir o cumprimento desses direitos, ou melhor, dos respectivos deveres. Já para os direitos potestativos, os prazos são mais rígidos, isso porque esses direitos devem exercer-se em brevíssimo tempo.

Tal distinção é fundamental.

Para as faculdades jurídicas o tempo não conta. Como simples manifestações dos direitos subjetivos em que se contém, a falta de seu exercício não prejudica esses mesmos direitos. As faculdades jurídicas não se extinguem pelo decurso do tempo (‘in facultativis non datur praescriptio’).⁵⁰

Observa-se que cumpre atender não só ao interesse individual, mas também o interesse social, pois existe um interesse da sociedade em cumprir a jurisdição de um direito que se prolonga na história do indivíduo.

Podemos ressaltar que são dois os requisitos para que se processe a prescrição. Primeiramente a inação (não ação) do titular de direito, por conseguinte do tempo.

O fundamento da prescrição, segundo Sílvio Venosa:

A prescrição e a decadência são fatos jurídicos em sentido estrito, porque criados pelo ordenamento. Cabe, portanto, ao legislador fixar os prazos de extinção dos direitos, que podem ser mais ou menos dilatados, dependendo da política legislativa. Coube também ao legislador do vigente Código estabelecer critérios mais seguros para distinguir prescrição de decadência.⁵¹

A obrigação jurídica prescrita torna-se uma obrigação natural. E o que se extingue é a ação que o defende, o direito permanece independentemente da pretensão.

E o que é a pretensão? Pablo Stolze salienta que:

⁵⁰ AMARAL, Francisco, apud GAGLIANO, P.; FILHO PAMPOLHA, R. **Novo curso de direito civil – parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 497/498.

⁵¹ VENOSA, Sílvio Salvo de. **Direito civil - parte geral**, V. I. 15 ed., São Paulo: Atlas, 2015. p. 596.

*Pretensão é a expressão utilizada para caracterizar o **poder de exigir de outrem coercitivamente o cumprimento de um dever jurídico, vale dizer, é o poder de exigir a submissão de um interesse subordinado (do devedor da prestação) a um interesse subordinante (do credor da prestação) amparado pelo ordenamento jurídico.***⁵²

A perda de direitos potestativos disponíveis é a pretensão que prescreve e não o direito de ação do indivíduo.

Quando a ação e o direito tem origem comum, trata-se do prazo de caducidade do direito. O art. 189 do Código Civil brasileiro determina os prazos para determinada situação, veja na íntegra o que acontece quando um direito é violado:

Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.⁵³

Partindo desse pressuposto, o critério é não ter o sujeito utilizado, ou seja, poder de ação do indivíduo, dentro dos limites temporais estabelecidos para sua efetivação.

Exemplos de prazos decadenciais, segundo Washington de Barros:

- a) o de noventa dias para celebração de casamento, a contar da data em que o oficial do Registro Civil extrair o certificado da habilitação matrimonial dos nubentes (art. 1.532);
- b) os prazos estabelecidos para anulação de casamento (arts. 1.555 e 1.560 e seus parágrafos);
- c) o da ação do filho para desobrigar e reivindicar imóveis de sua propriedade, alienados ou gravados pelo pai fora dos casos legais;
- d) o do pacto de retrovenda (art. 505) e o de preempção ou preferência (art. 516);
- e) o de ano e dia para propositura das ações de força nova;
- f) o do inquilino para ajuizar ação renovatória de contrato de locação comercial (Lei nº 8.245, de 18-10-1991, art. 51, § 5º);
- g) o do art. 1.481 do Código Civil;
- h) o de cento e vinte dias para impetrar mandando de segurança (Lei nº 1.533, de 31-12-1951, art. 18);
- i) o do art. 45, parágrafo único, assim como o do art. 48, parágrafo único, do Código Civil.⁵⁴

Vejamos o critério sugerido por Camara Leal para a distinção entre prescrição e decadência:

⁵² GAGLIANO, P.; FILHO PAMPOLHA, R. **Novo curso de direito civil – parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 500.

⁵³ BRASIL, Lei Federal nº 10.406/2002. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acessado em 20/10/2015.

⁵⁴ MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil I**. parte - geral. 42 ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 381/382.

"É de decadência o prazo estabelecido pela lei, ou pela vontade unilateral ou bilateral, quando prefixado ao exercício do direito pelo seu titular. E é de prescrição, quando fixado, não para o exercício do direito, mas para o exercício da ação que o protege. Quando, porém, o direito deve ser por meio de ação, originando-se ambos do mesmo fato, de modo que o exercício da ação representa o próprio exercício do direito, o prazo estabelecido para a ação deve ser tido como prefixado ao exercício do direito, sendo, portanto, de decadência, embora aparentemente se afigure de prescrição."⁵⁵

O prazo de caducidade não pode ser interrompido nem deve ser suspenso depois de iniciado e nem deixa de começar a causa que seja impeditiva de direito.

Na decadência o direito é outorgado para ser exercido dentro de um determinado prazo, que se não for exercido, extingue-se tal direito. Portanto, a decadência não pode ser declarada de ofício, pois, o direito preexiste à ação.

Há possibilidade de alteração convencional dos prazos decadenciais, conforme observa o doutrinador Caio Mário da Silva Pereira:

A decadência convencional é de cunho privado. Instituída pelos interessados, a benefício de um deles, pode ser alegada em qualquer fase do processo, tal qual a prescrição (art. 193), e do mesmo modo que a decadência legal. Instituída no interesse das partes pode o beneficiário entender de sua conveniência não seja ela pronunciada. E, não estando em jogo um motivo de ordem pública, descabe o suprimento judicial da alegação ou a declaração desta *ex officio* (art. 211).⁵⁶

Com efeito, os prazos prescricionais não podem ser alterados, por estarem fixados em lei, já que os prazos decadenciais podem ser convencioneados pelas partes envolvidas no conflito.

Causa impeditiva é aquela que não permite que o prazo prescricional inicie. Causa suspensiva é a circunstância que suspende a contagem do prazo prescricional.

Caio Mário advoga:

(...) paralisam os prazos, nas relações jurídicas entre pessoas que cultivam ou devem cultivar vínculo afetivo mais profundo. Daí não correr a prescrição entre conjugues na constancia da sociedade conjugal, entre ascendentes e

⁵⁵ LEAL, Camara, apud GAGLIANO, P.; FILHO PAMPOLHA, R. **Novo curso de direito civil – parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 505.

⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil**. V. I. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 691.

descendentes durante o poder familiar, entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela (Código Civil, art. 197).⁵⁷

O favorecimento das pessoas enumeradas, só serão extensivas para outrem, se a indivisibilidade do direito propugnado, ocorrer solidariedade entre os credores.

Já na interrupção, o prazo volta a ser contado integralmente quando cessa a causa que lhe deu origem. Na suspensão, a contagem é do tempo que ainda faltava, quando começou. Assim, se o prazo é de 15 (quinze) dias, e a prescrição se interrompe após decorridos 12 (doze) dias, ao ser retomada a contagem, o prazo será novamente de 15 (quinze) dias. Se tivesse ocorrido suspensão, seriam contados somente mais 3 (três) dias.

A interrupção da prescrição envolve um comportamento ativo do credor, supõe uma iniciativa de sua parte, acompanhando e demonstrando interesse ao fato.

Sendo assim, percebe-se as possibilidades de suas interrupções e suspensões, bem como a renúncia aos seus efeitos, haja vista, que os elementos necessários para sua interpretação e consequente aplicação aos casos concretos das disposições desses institutos é a legislação.

2.3.1. Prescrição e Decadência no Código Civil de 2002.

O Código Civil brasileiro apresenta algumas diferenças entre a prescrição e a decadência, pois a primeira trata do prazo para o exercício do direito de ação e a segunda, trata diretamente do próprio direito extinto em virtude de não ter sido exercitado dentro do prazo. Pela prescrição se atinge a ação e pela decadência se atinge o próprio direito, a prescrição pode ser suspensa e a decadência não, salvo disposição legal em contrário, de acordo com o artigo 207 do Código Civil.⁵⁸

⁵⁷ Idem. p. 697.

⁵⁸ BRASIL, Lei Federal nº 10.406/2002. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acessado em 20/10/2015.

O art. 202 do CC de 2002⁵⁹ em seu caput descreve que a interrupção da prescrição só pode ocorrer uma única vez. Aplicando-se ainda subsidiariamente no direito do trabalho, referindo-se a uma única interrupção antes da ação julgada, pois a ação em seu curso fica suspensa.

O Código Civil conceitua a prescrição como forma extintiva da pretensão, desde que não haja causas impeditivas, interruptivas ou suspensivas em seu decurso.

As causas interruptivas da prescrição são os fatos determinados e provocados pelas partes envolvidas. Quando as causas forem impeditivas inviabilizam a contagem da prescrição, se as causas tratam de suspensão, param a contagem prescricional.

A prescrição aquisitiva é hipótese contrária. Consiste não na perda, mas na aquisição de um direito real sobre um bem pelo decurso do prazo. Esse tipo de prescrição se dá por meio da usucapião, forma de aquisição da propriedade, em que a pessoa que exerce posse prolongada pode vir a ter a propriedade da coisa, observando-se os requisitos legais em cada caso.

Nessa modalidade de prescrição, se por um lado há a aquisição de um direito pelo decurso do tempo, por outro, há a perda da possibilidade do antigo proprietário reivindicar sua propriedade.

Na prescrição aquisitiva o instituto é relacionado exclusivamente aos direitos reais sobre as coisas, sejam elas móveis ou imóveis.

Não corre a prescrição, para aqueles casos protegidos elencados no art. 197 a 199 do Código Civil:

Art. 197. Não corre a prescrição:

I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;

II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar;

III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

Art. 198. Também não corre a prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o art.3;

II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios;

⁵⁹ Idem.

III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

Art. 199. Não corre igualmente a prescrição:

I - pendendo condição suspensiva;

II - não estando vencido o prazo;

III - pendendo ação de evicção.⁶⁰

Na vigência das hipóteses relacionadas acima, o prazo da prescrição não conta, ficará suspenso.

Diferença entre a interrupção e a suspensão, elencadas no art. 202, § único do Código Civil:

Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.⁶¹

Embora a prescrição possa ser interrompida por qualquer interessado, ela só poderá ocorrer uma única vez, evitando-se abusos e a perpetuação da lide.

Formas de interrupção da prescrição conforme o art. 202 do Código Civil de 2002:

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;

III - por protesto cambial;

IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;

V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.⁶²

Lado outro, os efeitos interruptivos voltam a correr, quando a causa determinante do fato é sanado.

Arrebatando prescrição e decadência no Código Civil de 2002, conclui que, por efeito do decurso do tempo, perde-se ou adquire-se direitos. Tem ainda por objetivo garantir a estabilidade e consolidação das relações jurídicas.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Idem.

⁶² Idem.

2.3.2. Prescrição e Decadência no Direito do Trabalho.

A prescrição e a decadência tem em comum a produção de efeitos em decorrência do decurso do tempo. Suas finalidades é dar tranquilidade e certeza nas relações jurídicas, garantindo assim, a ordem pública nas relações obrigacionais de direito.

Vólia Bomfim Cassar, explica duas categorias de direitos: os direitos objetivos e os direitos subjetivos.

O objetivo é o direito abstratamente previsto na norma, que impõe vários requisitos para ser exercido. O direito subjetivo nasce do encontro da norma com o fato, isto é, aquele que preencheu todos os requisitos previstos abstratamente na lei poderá exercer e exigir o direito previsto. Em outras palavras, o direito objetivo é o estabelecido pela norma jurídica, ou seja, a norma impõe certos requisitos para que o indivíduo possa vir a gozar de determinado direito. Quando a pessoa possui todos os requisitos necessários para usufruir o direito, diz-se que ele possui o direito subjetivo.⁶³

Deve-se levar em conta, que o sujeito ativo fica na dependência do sujeito passivo da relação jurídica, o que torna os direitos subjetivos violados.

Contudo, possa ser defendido que a prescrição só começa quando um direito é lesionado e se houver a pretensão.

Na decadência, a perda de direitos na seara trabalhista é menos comum e mais simples. Ressalta Vólia Bomfim:

Relaciona-se com direitos potestativos ou formativos, e envolve liberdade individual. Deriva do latim *potestas* que significa poder, e é a faculdade que um sujeito (titular do direito) tem de criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica, interferindo na vida de outrem unilateralmente, isto é, sem que este possa se manifestar ou colaborar para tanto, colocando-se em um estado de sujeição. Relaciona-se ao implemento de um direito e não à exigência do cumprimento de uma obrigação. Porém, nem todos os direitos potestativos estão sujeitos a um prazo legal para serem exercidos (decadência).⁶⁴

Na decadência o prazo não se interrompe, nem se suspende, corre inevitavelmente (que não falha) contra todos e é fatal, peremptório (decisivo), termina sempre no dia pré-estabelecido.

⁶³BOMFIM, Vólia Cassar. **Direito do trabalho**. 11 ed., ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015. p.1.204.

⁶⁴Idem. p.1.205/1.206.

Maurício Godinho Delgado, destaca algumas diferenças entre a prescrição e decadência:

São elas: a) a decadência extingue o próprio direito, ao passo que a prescrição atinge a pretensão vinculada ao direito, tornando-o impotente (extinção da ação, em sentido material);
 b) a decadência corresponde, normalmente, a direitos potestativos - em que há, portanto, uma faculdade aberta ao agente para produzir efeitos jurídicos válidos, segundo sua estrita vontade. Já a prescrição corresponde a direitos reais e pessoais.
 (...) c) na decadência são simultâneos o nascimento do direito e da pretensão; a mesma simultaneidade verifica-se quanto à sua própria extinção. No instituto prescricional, ao contrário, a pretensão.
 (...) d) o prazo decadencial advém tanto da norma jurídica heterônoma ou autônoma (lei, em sentido material), como de instrumentos contratuais. Advém, inclusive, de declarações unilaterais de vontade.
 (...) e) o prazo decadencial corre continuamente, sem interrupção ou suspensão, enquanto a prescrição pode ser interrompida ou suspensa nos casos legalmente especificados;
 f) a decadência pode ser decretada em fase de alegação da parte, do Ministério Público (quando couber-lhe atuar no processo, é claro) e até mesmo de ofício pelo juiz, neste caso, se fixada por lei (art. 210, CCB/2002). Nota-se, porém, que no regime do antigo Código Civil entendia-se que qualquer prazo decadencial poderia ser decretado de ofício pelo juiz.⁶⁵

Sendo necessário, segundo Delgado, alguns dos pressupostos acima para distinção dos institutos da prescrição e da decadência.

Neste diapasão, podemos concluir que a decadência é contada a partir do nascimento do direito, já a prescrição começa a fluir a partir da violação do direito .

2.3.2.1 Peculiaridades da Prescrição Trabalhista: Espécies e Prazos.

Tendo observado as duas formas de prescrição tratada de forma geral pelo Código Civil, analisaremos a prescrição no Direito do Trabalho.

Sua previsão legal esta na Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, XXIX, da seguinte forma:

⁶⁵DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14 ed., São Paulo: LTr, 2015. p. 258/259.

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;⁶⁶

Maurício Godinho Delgado, descreve a prescrição trabalhista, como no Código Civil, pois ela pode se dar de forma aquisitiva ou extintiva:

Prescrição aquisitiva é o meio de aquisição de propriedade mobiliária ou imobiliária em decorrência de seu prolongado uso pacífico. (...) essa prescrição (também chamada usucapião) poderia conceituar-se como a perda do direito de propriedade em função de seu não uso por certo lapso de tempo, permitindo que o possuidor e adquirente pacificamente o incorporasse.

A prescrição extintiva constrói-se sob a ótica do titular do direito atingido. Conceitua-se, na linha teórica expressa no art. 189 do Código Civil de 2002, como a extinção da pretensão correspondente a certo direito violado em decorrência de o titular não a ter exercitado no prazo legalmente estabelecido.⁶⁷

A prescrição extintiva tem perfeita aplicação no campo trabalhista e elas se divide em quatro espécies, Vólia Bomfim destaca:

- a) prescrição extintiva (propriamente dita): 2 anos;
- b) prescrição total: 5 anos;
- c) prescrição parcial: 5 anos;
- d) prescrição intercorrente: 2 anos - Súmula nº 150 do STF.⁶⁸

A prescrição extintiva bienal, é a perda da pretensão, da exigibilidade do direito, que começa a contar após a extinção do seu contrato, seu prazo é de 2 (dois) anos para ajuizar a ação trabalhista, com fulcro no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal de 1988.

Contudo, para ajuizarmos uma reclamação trabalhista, teremos um prazo de 2 (dois) anos, postulados os direitos dos últimos 5 (cinco) anos.

A prescrição parcial é de 5 (cinco) anos, tornando inexigíveis as parcelas anteriores ao tempo referente a este período a contar do ajuizamento da ação.

Na prescrição total aplica-se as lesões, contratuais com mais de 5 (cinco) anos. Terá direito de ingressar com a reclamação a contar do ato.

⁶⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 02/10/2015.

⁶⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14 ed., São Paulo: LTr, 2015. p. 256.

⁶⁸ BOMFIM, Vólia Cassar. **Direito do trabalho**. 11 ed., ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015. p.1.208.

Nascem duas correntes, Vólia Bomfim:

A primeira corrente defende a aplicação da prescrição total, pois a parcela "gratificação de caixa" não está garantida por lei, enquadrando-se na Súmula nº 294 do C. TST. Essa vertente emprega a interpretação literal da palavra "parcela" contida na súmula. A sua solução seria a de que pretensão está prevista, por ultrapassados cinco anos da supressão. A segunda posição é no sentido de que a prescrição total só é aplicável se o "direito" não estiver previsto em lei ou se o ato for único. Preferiu-se a interpretação restritiva da súmula, desprezando-se a expressão "parcela".⁶⁹

Sobre a prescrição parcial e total, a súmula nº 294 do Tribunal Superior do Trabalho, trata de demanda que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração no acordo, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei. A contagem do prazo prescricional poderá ser afetada em razão de causas impeditivas, suspensivas e interruptivas.

As causas impeditivas e suspensivas, reconhecida pela lei, independem da vontade das partes. Esses fatores atuam de modo direto sobre o efeito prescricional.

Mauricio Godinho Delgado assevera:

Verificada a causa impeditiva, a prescrição sequer inicia sua contagem; verificada a causa suspensiva, cessa a contagem do prazo já transcorrido (que será, contudo, reiniciado após o desaparecimento da causa de suspensão).

As causas impeditivas e suspensivas em geral consubstanciam fatos ocorridos independentemente da explícita vontade da parte beneficiada pelo impedimento ou suspensão prescricionais. São fatores, pois, externos à vontade do titular do direito, mas que inviabilizam ou restringem a defesa de seus interesses jurídicos.⁷⁰

A jurisprudência firmou entendimento de que a ação trabalhista, ainda que arquivada sem resolução de mérito, sua extinção não prejudica a interrupção da prescrição. Súmula 268, do TST:

PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO. AÇÃO TRABALHISTA ARQUIVADA (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A ação trabalhista, ainda

⁶⁹ Idem. p. 1.210.

⁷⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14 ed., São Paulo: LTr, 2015. p. 262.

que arquivada, interrompe a prescrição somente em relação aos pedidos idênticos.⁷¹

Vale salientar que a interrupção operar-se-á apenas uma vez, restrição explícita, nos termos do art. 202 do Código Civil de 2002.

Vólia Bomfim define prescrição intercorrente:

A prescrição intercorrente é a que ocorre durante o curso do processo judicial. Tem cabimento quando a parte deixa de providenciar o andamento do processo, na diligência que lhe competia. Seu prazo é idêntico ao prazo para ajuizar a ação. Portanto, é de dois anos para os contratos extintos e de cinco anos se ainda vigente o pacto.⁷²

A contagem dos prazos são fixados em ano, devem ser contados repetindo-se o mesmo dia e mês no ano correspondente.

A arguição da prescrição poderá ser decretada pelo juiz de ofício, ao reconhecer a prescrição e decretá-la de imediato.

Acerca da aplicação deste dispositivo na área trabalhista, as normas do direito comum devem ser aplicadas subsidiariamente ao processo do trabalho, quando a legislação não defini-la, sendo omissa.

Por fim, como no direito civil a prescrição trabalhista depende da ação para um direito potestativo, cumpre salientar que o prazo para ingressar com a reclamatória, começa a contar do término do contrato.

2.4. Prescrição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

O prazo para reclamar os depósitos não efetivados referente ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, passou por uma triste alteração. Anteriormente poderia o empregado ajuizar uma ação na Justiça do Trabalho, em até 2 (dois) anos

⁷¹ BRASIL, Superior Tribunal do Trabalho. Disponível em: www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-268. Acessado em: 20/05/2015.

⁷² BOMFIM, Vólia Cassar. **Direito do trabalho**. 11 ed., ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015. p 1.222.

após a extinção do seu contrato individual de trabalho, pretendendo diferenças do FGTS dos últimos 30 (trinta) anos, prevista por dois dispositivos legais:

A lei nº 8.036/90, no art. 23, § 5º, previa, especificamente quanto ao FGTS, a prescrição trintenária.⁷³

O mesmo previa o art. 55 do Regulamento do FGTS, aprovado pelo decreto nº 99.684 de 1990.⁷⁴

A questão pacificou em 1998, com a edição da Súmula nº 210 do Superior Tribunal de Justiça. Tal entendimento era aplicável pelos tribunais acerca da prescrição trintenária do FGTS.

Súmula nº 210. A ação de cobrança das contribuições para o FGTS prescreve em trinta (30) anos.⁷⁵

Contudo, o Tribunal Superior do Trabalho chegou a aprovar, em 2003, a Súmula nº 362:

Súmula nº 362. 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.⁷⁶

Conforme decisão recente do Supremo Tribunal Federal - STF, estes dispositivos que tratam da prescrição trintenária do FGTS, ficam todos revogados. A legislação infraconstitucional que regula, não contrariava o texto constitucional, porém, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 13 de novembro de 2014, reduziu de trinta (30) para cinco (5) anos o prazo prescricional para reclamar valores não depositados do FGTS.

Em face da relevância do julgado em questão, transcreve-se a respectiva ementa:

⁷³ BRASIL, Lei Federal nº 8.036/1990. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acessado em 20/10/2015.

⁷⁴ BRASIL, Decreto Legislativo nº 99.684/1990. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D99684.htm. Acessado em 20/10/2015.

⁷⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Trib_Sup/STJ/SUM_STJ.html. Acessado em 20/10/2015.

⁷⁶ BRASIL, Superior Tribunal do Trabalho. Disponível em: www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-362. Acessado em 20/05/2015.

Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da lei 8.036/90 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo decreto 99.684/90. Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da lei 9.868/99. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex nunc. Recurso extraordinário a que se nega provimento.⁷⁷

Assim sendo, prevaleceu o entendimento de ser aplicável ao FGTS o prazo de prescrição de cinco (5) anos para novas ações, a partir da lesão do direito, aos casos em que o prazo prescricional ocorra tão somente após essa decisão.

O argumento da corte para a redução foi o de unificar os prazos prescricionais em relação aos direitos trabalhistas, previstos no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal de 1988.⁷⁸

Vale lembrar, uma vez respeitado o prazo prescricional de 2 (dois) anos, que se inicia com o término da relação de emprego, são exigíveis os valores devidos nos últimos 5 (cinco) anos que antecedem a reclamatória trabalhista.

Para os prazos prescricionais a iniciar, desde já se aplica a prescrição quinquenal ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Deixa assim, de prevalecer o prazo prescricional de 30 (trinta) anos.

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal – STF, fica declarado a inconstitucionalidade de normas que previam prescrição trintenária e atualiza-se sua jurisprudência que a há décadas defendiam a aplicação da prescrição trintenária ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

A mudança da regra, ou seja, o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, foi um retrocesso nos direitos sociais dos trabalhadores. As empresas sonegadas de direito só irão depositar o FGTS se houver reclamação do empregado contra o não recolhimento ou forem fiscalizados pelos sindicatos.

⁷⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7780004. Acessado em 29/03/2015.

⁷⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em 20/10/2015.

Entretanto, durante a vigência do contrato de trabalho, o empregado tem grande dificuldade de exigir os depósitos não realizados, pois corre o risco de perder o emprego.

A fiscalização dos depósitos não efetivados do FGTS, é feita pelo Ministério do Trabalho, por meio dos auditores fiscais do trabalho e das Delegacias Regionais do Trabalho. As cobranças das contribuições e das multas sujeitam-se a representação judicial ou extrajudicial, sendo necessário redobramos a vigilância quanto ao acompanhamento dos depósitos do FGTS.

Diante do instituto da prescrição do FGTS, percebe-se que os empregados foram prejudicados com o novo entendimento do STF, pois as empresas demoram para efetuar os depósitos devidos.

Todavia, os casos em que o termo inicial da prescrição ocorrer após novembro de 2014, aplica-se o prazo de 5 (cinco) anos.

CAPITULO III - A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL À DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 709.212 DO DISTRITO FEDERAL.

3.1 Função Garantidora dos Direitos Fundamentais.

Considerando as garantias constitucionais de direitos fundamentais, relacionados ao mínimo existencial⁷⁹ observaremos sua efetividade no âmbito dos direitos sociais estabelecidos no sistema jurídico.

As decisões tomadas no processo legislativo, esta vinculado nos termos da lei, a precedentes e a dogmática jurídica, usando a argumentação racional interpretativas às regras, costumes, analogias entre outros.

Os precedentes são muito importante para o ordenamento jurídico, jurisprudência dos tribunais vinculam as formas de interpretação da lei, tirada de uma decisão num caso concreto. O princípio da universalização garante a eficácia dessa regra, tendo em vista resolver os conflitos da ação.

Ressalta Robert Alexy:

Quando os casos são suficientemente iguais, regras de decisão dessa espécie são reiteradamente aplicadas. É possível ler em uma das diversas decisões sobre atraso dos correios: "[o] Tribunal Constitucional Federal já decidiu inúmeras vezes que, no âmbito das previsões jurídico-procedimentais sobre o restabelecimento de uma situação prévia, não é possível imputar ao cidadão os atrasos no transporte ou na entrega de

⁷⁹ (...) o mínimo concebido por Ana Paula de Barcellos é composto por quatro elementos, três materiais e um instrumental, são eles: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Assim, esses quatro pontos correspondem ao núcleo mínimo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva ou simétrica e o *status* de direito público subjetivo exigível diante do poder público. Relevante destacar que essa escolha não é aleatória, mas exclusivamente normativa, pois considera as disposições da CF/88. BARCELLOS, Ana Paula de, apud VOLPE, Karina Rocha Martins. **Efetivação dos Direitos Sociais na ótica do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível**. Revista brasileira de planejamento e orçamento, Brasília, Vol II, nº 1, 2012. p.52/53.

correspondência por parte do Correio alemão (BVerfGE 45, 360 (362) ;46, 404 (406), com referências adicionais)".⁸⁰

O tribunal vai dizer a referencia do caso analisado que levou à decisão e a razão do julgado, considerando sempre os limites no âmbito dos direitos. Cada nova decisão contribui para uma maior profundidade.

Já na dogmática jurídica, a fundamentação tem como escopo a dimensão normativa, as teorias dos direitos fundamentais em sentido analítico e empírico. As leis, precedentes e dogmáticas são força dotada de autoridade, entretanto, a teoria material dos direitos fundamentais tem como natureza argumentativa baseada nessa autoridade.

Jose Afonso da Silva, trás uma classificação muito utilizada, por doutrinadores. Segundo o autor, as normas constitucionais se dividem em: normas Constitucionais de eficácia plena ou imediata, de eficácia contida e de eficácia limitada ou reduzida. Nesta última categoria se compreendem as normas definidas como programáticas.

Normas de eficácia limitada definidoras de princípio institutivo ou organizador, para José Afonso da Silva:

Normas constitucionais de princípio institutivo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei.⁸¹

O reconhecimento dos princípios elencados na Constituição Federal de 1988 e daqueles princípios reconhecidos por meios de normas infraconstitucionais, tem sido valiosa e de extrema importância no processo histórico, político, social e primordial na aplicação de todas as normas ligadas ao direito da dignidade da pessoa humana.

⁸⁰ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2008. p. 557.

⁸¹SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed., São Paulo: Malheiros. 2003. p.126.

As garantias constitucionais em conjunto caracterizam-se como imposições aos órgãos do poder público, para assegurar direitos fundamentais e a observância no caso de violação dos direitos.

As garantias constitucionais nas palavras de Bonavides podem se dar de duas formas:

Na primeira acepção as garantias são concebidas para manter a eficácia e a permanência da ordem constitucional contra fatores desestabilizantes, sendo em geral a reforma da constituição, nesse caso, um mecanismo primordial e poderoso de segurança e conservação do Estado de Direito, o mesmo se dizendo também do estado de sítio e de outros remédios excepcionais, fadados a manter de pé, em ocasiões de crise e instabilidade, as bases do regime e o sistema das instituições.

Na segunda acepção já não se trata de obter uma garantia para a Constituição e o direito objetivo na sua totalidade, mas de estabelecer uma proteção direta e imediata aos direitos fundamentais, por meio de remédios jurisdicionais próprios e eficazes, providos pela ordem constitucional mesma.⁸²

A garantia constitucional tem-se dilatado para a esfera do direito processual, atraindo-o a tutela jurisdicional e também dos direitos fundamentais. A garantia do Estado é a Constituição com seus princípios norteadores de direito.

Ainda na Teoria do Direito Constitucional, ha dúvidas quanto as distinções de garantia constitucional e garantias institucionais. Porém, reconhecemos que é uma proteção que a Constituição confere a algumas instituições.

Para Bonavides:

A garantia institucional não pode deixar de ser a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza.⁸³

Podemos concluir que a garantia constitucional é uma garantia que limita e tutela o exercício dos direitos fundamentais, disciplinando na Constituição o funcionamento de todas as instituições efetivas no Estado.

A diferença de que as garantias não resguardam bens da vida, tais como a liberdade, a propriedade, a segurança, porém oferecem instrumentos ao indivíduo para garantir esses direitos.

⁸² BONAVIDES Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015. p. 545.

⁸³ Idem. p. 549.

A garantia se coloca diante do direito como um meio de defesa do cidadão, a Constituição Federal de 1988, assegurando os direitos fundamentais como também as garantias constitucionais.

Os remédios constitucionais são meios postos à disposição dos indivíduos e cidadão para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando sanar ilegalidades ou abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais.

Faz-se necessário uma melhor distinção entre direitos e garantias fundamentais.

Rui Barbosa foi um dos primeiros doutrinadores a descrever esse tema:

as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, estas as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.⁸⁴

Sendo assim, tais garantias são instrumentos para a tutela de um direito, que constituem direitos fundamentais determinados constitucionais por estarem acompanhados de direitos decorrentes das normas, é a garantia institucional.

Pode-se falar que a efetividade de uma norma que se liga a garantia, para Jorge Miranda:

A garantia tem de estar de fora da norma, portanto ela é de alguma norma, não a própria norma garantida. Representa-se como algo de acessório, que se acrescenta, que reforça a norma, que lhe imprime um poder ou um alcance maior. Consistindo num acto ou num conjunto de actos ou de actividades, em faculdades de fazer ou de exigir, numa função (consoante os prismas que se adoptem), a garantia traduz-se num mecanismo ao serviço da norma jurídica.⁸⁵

O conjunto das garantias dos direitos fundamentais forma o sistema de proteção, proteger os direitos sociais e políticos, essa proteção esta determinada no ordenamento jurídico.

⁸⁴ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16 ed. ver., atual. e ampl.–São Paulo: Saraiva, 2012. p. 961.

⁸⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: Tomo II constituição e inconstitucionalidade**. 3 ed., Coimbra, 1996. p.349.

A abrangência dos direitos e garantias fundamentais não deve excluir direitos decorrentes dos princípios nem dos regimes adotados.

Podendo-se muitas das garantias serem consideradas como direitos fundamentais, portanto direito-garantia.

O Julgamento ocorrido no dia 13 de novembro de 2014, no plenário do Supremo Tribunal Federal, especificamente no Recurso Extraordinário com Agravo nº 709.212 Distrito Federal, em que o Banco do Brasil questionou entendimento do Tribunal Superior do Trabalho acerca da prescrição trintenária do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Contudo, o recurso fora julgado pela suprema corte.

Ao julgar a ação em epígrafe, o Pleno do Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que deve se aplicar ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço a prescrição quinquenal prevista no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal de 1988.⁸⁶

Cabe ao Supremo Tribunal Federal atuar como mediador na solução de conflitos no ordenamento jurídico. Todavia, buscar sempre pela efetividade dos direitos fundamentais consagrados e impedir a violação dos preceitos constitucionais, seja por ação ou omissão, aumentando sua importância e responsabilidade para com a legislação constitucional, conforme definido no art. 102, inciso III, da Constituição Federal.

O art. 5, inciso XXXVI da Constituição Federal, prevê expressamente que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.* Trata-se do princípio da segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro.

Barroso, ao tratar desse assunto aduz que:

à vista dos elementos do caso concreto, o interprete deverá fazer escolhas fundamentadas, mediante ponderação, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social.⁸⁷

Por esse motivo, as garantias constitucionais são de grande importância. Esses direitos fundamentais torna a inclusão social uma realidade para muitos que

⁸⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em 20/10/2015.

⁸⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev.- São Paulo: Saraiva, 2009, p. 357.

sofrem com a discriminação na sociedade, sendo necessário muitas vezes, a intervenção do Estado por meio de legislação específica, para a inclusão ao mercado de trabalho por exemplo, de negros, pessoas com deficiência, mulheres, ex-presidiários, idosos e jovens sem experiência profissional.

Para tornar certa a eficácia das garantias fundamentais e a supremacia da Constituição, fez-se necessária a criação de um órgão que exercesse controle e servisse de guarda ao correto entendimento das normas e princípios.

As garantias constitucionais nada mais são do que normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais, com aplicação direta (imediata), é uma maneira prática de proteger o indivíduo contra o Poder Estatal.

3.2 O Princípio da Proibição do Retrocesso Social como Fundamento de Decisões Jurídicas no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

A jurisprudência brasileira tem dado um papel significativo aos princípios no ordenamento jurídico, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais sociais.

Considerando o princípio que veda o retrocesso social, o Supremo Tribunal Federal já o adotou como fundamentos em seus diversos acórdãos ao longo dos anos.

Para ilustrar um posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4543-MC/DF, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, em 19/10/2012, questionava-se a constitucionalidade do art. 5º, da Lei nº 12.034/2009:

A decisão foi assim ementada:

Constitucional. Eleitoral. Art. 5o. da Lei n. 12.034/09: impressão de voto. Plausibilidade jurídica dos fundamentos postos na ação. Sigilo do voto: direito fundamental do cidadão. Vulneração possível da urna com o sistema

de impressão do voto: inconsistências provocadas no sistema e nas garantias dos cidadãos. Inconstitucionalidade da norma. Cautelar deferida.⁸⁸

Prossegue o julgador em seus fundamentos:

(...) Esse princípio da proibição de retrocesso político há de ser aplicado tal como se dá quanto aos direitos sociais, vale dizer, nas palavras de Canotilho “uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo..o princípio em análise limite a reversibilidade dos direitos adquiridos em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana” (CANOTILHO, J.J. Gomes – Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 3ª. Ed., p. 326).⁸⁹

Reforça ainda mais essa ideia o Ministro Gilmar Mendes:

Agora, diante de modelos legislativos cristalizados, Presidente, não me parece que seja de invocar, com todas as vênias à eminente Relatora em relação ao seu cuidadoso voto, o princípio do não-retrocesso, sob pena de nós criarmos um novo parâmetro de controle, ao lado dos parâmetros constitucionais efetivamente positivados, que é este modelo jurídico exitoso ou simpático. Esse não pode ser o critério. Haverá leis boas, leis más, leis feias!⁹⁰

A partir do julgado, fica claro a aplicação do princípio que age como defesa à modificação de leis que importem na revogação ou diminuição dos direitos sociais. A segurança dos direitos fundamentais pela Constituição é condição sine qua non para a promoção da dignidade da pessoa humana.

O legislador fica impedido de abolir, anular ou revogar uma norma definidora de direitos.

Assevera Sarlet:

O legislador (assim como o poder público em geral) não pode, portanto, uma vez concretizado determinado direito social no plano da legislação infraconstitucional, mesmo com efeitos meramente prospectivos, voltar atrás e, mediante uma supressão ou mesmo relativização (no sentido de uma restrição), afetar o núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social constitucionalmente assegurado.⁹¹

⁸⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6925215. Acessado em 10/10/2015.

⁸⁹ Idem. p. 17/18.

⁹⁰ Idem. p. 37.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo Latino-americano**. Rev. TST, Brasília, vol. 75, nº 3, jul/set 2009. p. 139.

A elaboração interpretativa e aplicativas dos Tribunais, deve buscar mecanismo para promover a defesa dos direitos sociais tutelados, assegurando o mínimo existencial.

Busca-se aqui um equilíbrio social para que não haja supressão de direitos adquiridos, garantindo a eficácia dos princípios constitucionais.

Conclui-se assim, que o indivíduo recorre ao Poder Judiciário contra a atuação retrocedente do legislador constituinte. Contudo, o órgão julgador buscará nos dispositivos legais a eficácia protetiva dos direitos fundamentais.

Constata-se também o princípio da proporcionalidade e do retrocesso social e sua aplicabilidade nas questões controvertidas.

3.3 Da violação de Direito Fundamental pela Prescrição Quinquenal estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal.

A questão controvertida no caso em estudo, ARE 709.212/DF, trás grandes danos ao trabalhador, pois reduz o tempo para reclamar judicialmente os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço não realizado pelo empregador.

A mudança da regra foi um retrocesso nos direitos sociais dos trabalhadores, visto que suprimiu um direito que há décadas foi proclamado.

Em face da relevância do julgado, em Recurso Extraordinário com Agravo do Banco do Brasil, ARE 709.212/DF, vale citar a respectiva ementa:

Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da lei 8.036/90 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo decreto 99.684/90. Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da lei 9.868/99. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex nunc. Recurso extraordinário a que se nega provimento.⁹²

⁹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7780004. Acessado em: 29/03/2015.

O argumento levantado pelo ministro relator Gilmar Mendes foi o de unificar os prazos prescricionais em relação aos direitos trabalhistas.

Havia entendimento doutrinários neste sentido. Sérgio Pinto Martins defende a necessidade de adequar a prescrição do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço à previsão constitucional.

Preconiza Sérgio Pinto Martins:

Como o FGTS é um direito do trabalhador (art. 7º, III, da Constituição), o prazo de prescrição para sua cobrança também deve observar os prazos ormais do inciso XXIX do art. 7º da Constituição. Assim, os trabalhadores urbano e rural têm dois anos para ingressar com a ação, a contar do término do contrato de trabalho, podendo reclamar os últimos cinco anos, inclusive o FGTS.⁹³

Martins, já defendia há mais de 15 anos a inconstitucionalidade dos artigos 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e art. 55 do regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto nº 99.684/1990, segundo ele estaria violando o dispositivo do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal de 1988.

Prevaleceu o entendimento de ser aplicável ao FGTS, para os casos cujo termo inicial da prescrição ocorra após a data do julgamento, aplica-se, desde logo, o prazo de 5 (cinco) anos, respeitando o prazo prescricional de 2 (dois) anos para o ajuizamento da ação.

Para aqueles casos em curso, continua valendo o prazo prescricional de 30 (trinta) anos, contados do termo inicial, a partir da data do julgamento.

Diante do exposto, vale salientar o princípio da segurança jurídica.

O progresso jurídico diante destes paradigmas, não pode neutralizar nem minimizar um direito ou uma garantia constitucionalmente consagrada. A fim de ser resguardada a segurança jurídica necessária para o desenvolvimento social.

Ingo Wolfgang Sarlet, relaciona dignidade da pessoa humana, segurança jurídica e vedação ao retrocesso social:

Com efeito, desde logo se verifica que, num certo sentido, a garantia constitucional (expressa ou implícita) dos direitos adquiridos, dos atos

⁹³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**, 31 ed., Atlas: São Paulo, 2015. p. 533.

jurídicos perfeitos e da coisa julgada, assim como as demais vedações constitucionais de atos retroativos, ou mesmo - e de modo todo especial - as normas constitucionais, em especial, todavia, a construção doutrinária e jurisprudencial, dispondo sobre o controle das restrições de direitos fundamentais, já dão conta de o quanto a questão da proteção de direitos contra a ação supressiva e mesmo erosiva por parte dos órgãos estatais encontrou ressonância. Da mesma forma, a proteção contra a ação do poder constituinte reformador, notadamente no concernente à previsão de limites materiais à reforma, igualmente não deixa de constituir uma relevante manifestação em favor da manutenção de determinados conteúdos da Constituição, em particular de todos aqueles que integram o cerne material da ordem constitucional.⁹⁴

Segue ainda, Ingo Wolfgang Sarlet:

além da circunstância de que a proibição de retrocesso não protege apenas a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, o que se afirma é que a própria noção de segurança jurídica, no âmbito de uma constituição que consagra direitos sociais, não pode ficar reduzida às tradicionais figuras da tutela dos direitos adquiridos ou da irretroatividade de certas medidas do poder público, exigindo, portanto, uma aplicação em sintonia com a plena tutela e promoção dos direitos fundamentais em geral, incluindo os direitos sociais.⁹⁵

O objetivo principal da vedação ao retrocesso, em caso de omissão do legislador, é impugnar medidas que impliquem supressão ou restrição dos direitos fundamentais, tendo em vista, que o princípio em questão limita o poder constituinte.

A garantia constitucional dos direitos adquiridos, constituem uma decisão clara do constituinte em prol da vedação ao retrocesso, em temas de direitos fundamentais de caráter social, que venham desconstituir conquistas já alcançadas pelo cidadão, pois compete ao Poder Judiciário tal proteção.

Com fulcro no art. 5º, XXXVI, CF/88: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”⁹⁶

O direito adquirido representa a irredutibilidade da lei no tempo, criando limites para o constituinte.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo Latino-americano.** Rev. TST, Brasília, vol .75, nº 3, jul/ set 2009. p, 121.

⁹⁵ Idem. p. 127.

⁹⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em 20/10/2015.

Observa-se que para a eficácia protetiva dos direitos fundamentais, busca-se equilibrar a relação social no tempo, proporcionando limites às mudanças decorrentes do novo direito sem ferir outros, especialmente na proteção aos mais vulneráveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico fez uma abordagem na legislação pertinentes ao tema para verificar a aplicabilidade dos princípios constitucionais, especificamente o princípio que veda o retrocesso social, no que diz respeito aos direitos humanitários.

Com o objetivo de impedir que o legislador constituinte desconstitua direito adquirido.

O caso levantado foi o novíssimo entendimento do Supremo Tribunal Federal que mudou o entendimento da corte, que o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço conta agora com um prazo prescricional quinquenal.

Surge assim, a idéia de burlar direitos do empregado, que deve estar atento a esses prazos, visto que durante o contrato de trabalho, fica impossibilitado de reclamar perante o poder judiciário, os depósitos não efetivados ao FGTS.

O novo prazo prescricional do FGTS, já passa a valer para aqueles casos que ingressaram no judiciário, devido o não repasse dos depósitos e que o prazo trintenário somente se aplica para aqueles casos que ingressaram antes do julgado em 13 de novembro de 2014.

A Constituição Federal de 1988, prevê expressamente a segurança jurídica para garantir a ordem nacional, porém não foi o que aconteceu.

Diante desse impasse, fica aqui um apelo aos empregadores, que sejam um tanto justo com aqueles que contribuem para seu sucesso, às classes operária, que sem a insubordinação seria impossível a concretização do trabalho, ficando sua efetivação no mercado comprometida.

Devido a grande importância desse julgado, percebe-se a falta de comprometimento dos legisladores constituinte, que não se preocupam em fazer cumprir as normas jurídicas.

Sem dúvida, esta decisão mudara a rotina de muitos trabalhadores, a partir de agora precisam ficar mais cautelosos para com as empresas inadimplentes. Lado

outro, o Estado também deverá reforçar a fiscalização, sendo mais rigorosos, para impedir que direitos sociais sofram maiores prejuízos.

Vale ressaltar, que o FGTS é direito do trabalhador que for despedido sem justa causa, além de outros casos que a lei estabelecer.

Desta forma, é importante esclarecer que o princípio que veda o retrocesso social, é aplicado em diversos casos concretos, porém, especialmente no prazo prescricional ao FGTS estabelecido pelo Supremo, foi um retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro, ficando evidente que o novo prazo, feriu direitos dos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

ANTALIA, Fabiano. **Fundo de garantia do tempo de serviço**. São Paulo: LTr, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais - O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 2. ed., Saraiva: São Paulo, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. - 7. ed. rev.- São Paulo: Saraiva, 2009.

BOMFIM, Vólia Cassar. **Direito do trabalho**. 11 ed., ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 02/10/2015.

BRASIL, Decreto Legislativo nº 99.684/1990. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D99684.htm. Acessado em 20/10/2015.

BRASIL, Lei Federal nº 10.406/2002. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acessado em 20/10/2015.

BRASIL, Lei Federal nº 8.036/1990. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8036consol.htm. Acessado em 02/11/2015.

BRASIL, Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em: www.mte.gov.br/index.php/fundo-de-garantia-do-tempo-de-servico-fgts. Acesso em: 30/09/2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Trib_Sup/STJ/SUM_STJ.html. Acessado em 20/10/2015.

BRASIL, Superior Tribunal do Trabalho. Disponível em: www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-268. Acessado em: 20/05/2015.

BRASIL, Superior Tribunal do Trabalho. Disponível em: www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-362. Acessado em 20/05/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7780004. Acessado em 29/03/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6925215. Acessado em 10/10/2015.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed., Coimbra: Almedina, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14 ed., São Paulo: LTr, 2015.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GAGLIANO, P.; FILHO PAMPOLHA, R. **Novo curso de direito civil – parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2009.

GUNTHER, Luiz Eduardo. **Aspectos principiológicos da execução incidentes no processo do trabalho**. In: SANTOS, José Aparecido dos (coord.). **Execução trabalhista**. 2 ed., São Paulo: LTr, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 31 ed., Atlas: São Paulo, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: Tomo II constituição e inconstitucionalidade**. 3 ed., Coimbra, 1996.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil I. parte - geral**. 42 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil**. V. I. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REIS, Daniela Muradas. **O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho**. São Paulo: LTr. 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil - parte geral**. V. I. 34 ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLER, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito Constitucional Brasileiro**.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo Latino-americano**. Rev. TST, Brasília, vol .75, nº 3, jul/set 2009.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed., São Paulo: Malheiros. 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

VENOSA, Silvio Salvo de. **Direito civil - parte geral**, V. I. 15 ed., São Paulo: Atlas, 2015.