

## 4. Artigo

### O DESMANCHE DO DIREITO DO TRABALHO E A RECENTE DECISÃO DO STF SOBRE A PRESCRIÇÃO

Valdete Souto Severo<sup>1</sup>

#### Introdução

A recente decisão do STF acerca da prescrição do FGTS será o ponto de partida para a análise de um fenômeno de desmanche do Direito do Trabalho, que vem sendo realizado de forma sistemática pelo Estado, notadamente – para o que aqui analisarei – pelo Poder Judiciário.

Na Justiça do Trabalho, existem mais súmulas e orientações jurisprudenciais do que artigos na CLT, e a grande maioria delas mitiga ou retira direitos trabalhistas. Disciplinando a terceirização (súmula 331), alterando regras processuais (súmula 338), ultrapassando os limites constitucionais (OJ 388), o TST tem contribuído fortemente para a flexibilização do Direito do Trabalho.

No que concerne especificamente ao FGTS, o TST já vem precarizando o direito ao exercício dessa pretensão há algum tempo. Em sua súmula 98, cuja redação proveniente de orientação jurisprudencial data de 1980, já referia uma “equivalência” meramente jurídica, entre a indenização relativa ao tempo de serviço e a indenização prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (a chamada “multa de 40% sobre o FGTS”)<sup>2</sup>.

Na súmula 206, com redação original de 1985, o TST limita a exigibilidade do FGTS não recolhido durante o vínculo ao período em que exigíveis as verbas trabalhistas que lhe servem como base para o cálculo. Ou seja, já em 1985 a prescrição de 30 anos relativa ao FGTS foi em parte anulada, por um entendimento completamente insustentável da perspectiva jurídica, porque confunde verbas diferentes, partindo do pressuposto equivocado de que o FGTS seria um acessório das verbas devidas durante a relação de trabalho<sup>3</sup>. Por fim, na súmula 362, com redação original de 1999, o TST reduz o prazo prescricional do FGTS para dois anos, quando extinta a relação jurídica de emprego<sup>4</sup>.

Esse movimento de precarização que o órgão de cúpula do Poder Judiciário trabalhista já vem realizando há décadas agora foi *incorporado* pelo STF<sup>5</sup>. Na decisão que será objeto de análise neste

<sup>1</sup> Juíza do Trabalho. Especialista em Processo Civil pela UNISINOS/RS; Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UNISC/RS; Master em Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale presso la Universidad Europea di Roma/IT; Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidad de la Republica do Uruguay; Mestre em Direitos Fundamentais pela PUC/RS; Doutoranda em Direito do Trabalho pela USP/SP; Professora, Coordenadora da Especialização e Diretora da FEMARGS – Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do RS.

<sup>2</sup> Súmula 98, em seu item I: A equivalência entre os regimes do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e da estabilidade prevista na CLT é meramente jurídica e não econômica, sendo indevidos valores a título de reposição de diferenças.

<sup>3</sup> Súmula 206: A prescrição da pretensão relativa às parcelas remuneratórias alcança o respectivo recolhimento da contribuição para o FGTS.

<sup>4</sup> Súmula 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.

<sup>5</sup> Recentemente, o STF proferiu recentemente decisão em que reconheceu um dever de demonstração de culpa

artigo, o prazo de 30 anos previsto para o exercício da pretensão em relação ao FGTS foi declarado incompatível com uma ordem constitucional que preconiza a melhoria constante das condições sociais dos trabalhadores.

Neste artigo, discutirei – ainda que sem o aprofundamento necessário - porque o Direito não consegue dar conta desse estado de coisas, no qual o Poder Judiciário, em lugar de ser o garante da ordem constitucional, apresenta-se como um agente de precarização social.

No campo jurídico, a questão passa necessariamente pela análise da discricionariedade judicial, que permite que, sob o argumento de instaurar uma nova ordem, justa e solidária, promova-se um significativo retrocesso em termos de proteção aos direitos sociais.

A crítica se dará, portanto, em dois níveis. No âmbito do Direito, trata-se de reconhecer de um lado a impossibilidade de “controlar” a atuação judicial e, de outro, o caráter conservador e negador dos *direitos sociais*, que essa atuação acaba por desempenhar, em razão de sua ligação metabólica com o capital. Para além do Direito, a crítica é o desvelamento das verdadeiras razões que produzem decisões como aquela proferida pelo STF no caso do prazo para a prescrição da pretensão relativa ao FGTS.

## **1 Os caminhos e os limites do Direito: do positivismo ao neoconstitucionalismo, variações de um mesmo tema**

No campo do discurso jurídico, decisões que extrapolam as determinações legais, criam direitos ou os retiram, sem o necessário filtro democrático, recebem o epíteto de “ativismo judicial”<sup>6</sup>. Decisões como a recentemente proferida pelo STF são geralmente examinadas sob essa perspectiva. Para o que importa neste artigo e em razão de suas limitações, o ativismo judicial será compreendido como a atuação **para além de sua função**, que o Poder Judiciário tem assumido, sobretudo em decisões mais recentes do STF.

Curiosamente, essa atuação parte do pressuposto de que a Constituição tem força normativa e de que é preciso inaugurar uma nova teoria do Direito e, portanto, do próprio Estado. Em lugar da autonomia do legislador, a potencialização da atividade judicial, que passa a exercer a função política de transformar em realidade o projeto social contido na Constituição<sup>7</sup>.

---

da administração pública quando terceiriza, apesar da clara dicção do artigo 37 da Constituição. Do mesmo modo, em outro processo, reconheceu repercussão geral em relação a recurso extraordinário que pretende conferir autorização irrestrita para a terceirização de atividade-fim.

<sup>6</sup> Existem sete tipos de ativismo, segundo Wilian Marshall, citado por André Karam Trindade: o contramajoritário, quando os tribunais discordam de decisões tomadas por órgãos democraticamente eleitos; o não originalista, quando os tribunais negam o originalismo na interpretação judicial, desconsiderando o texto legal ou a intenção dos autores da Constituição; o ativismo de precedentes, quando os tribunais rejeitam a aplicação de precedentes; jurisdicional, quando os tribunais não obedecem os limites formais para a sua atuação, violando competências; o criativo, quando os tribunais criam novos direitos; o remediador, quando os tribunais impõem obrigações positivas aos outros poderes e o *partisan*, quando os tribunais decidem para atingir objetivos partidários ou de determinado segmento social. STRECK, Lenio Luiz. FERRAJOLI, Luigi. TRINDADE, André Karam. Garantismo, Hermenêutica e Neoconstitucionalismo. Um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 111.

<sup>7</sup> “A Constituição, como referencial das demais normas, possibilita que “se trave uma luta ideológica pelo direito dentro do próprio direito, ou seja, sem se valer, propriamente, de noções metajurídicas como o direito natural”. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social. São Paulo: LTr, 2000, p. 245.

Portanto, o que precisamos compreender é que a análise crítica de decisões acerca de direitos fundamentais trabalhistas, mesmo quando formulada nos estreitos limites do Direito, demanda a análise da função política que os juízes desempenham (ou deveriam desempenhar) na contemporaneidade.

A teoria dos direitos fundamentais, disseminada especialmente no segundo pós-guerra, promoveu uma mudança histórica na concepção da função do Direito e, por consequência, da função do Estado<sup>8</sup>. O horror nazista, revelador da incapacidade do Direito para responder às demandas do capital, é o fato histórico que simboliza a percepção da incapacidade do Estado para enfrentar questões sociais cada vez mais urgentes. É evidente que esse é apenas o “pano de fundo”.

A viabilidade dos governos totalitários erigidos na mais estreita conformidade com a “ordem jurídica” é consequência de algo maior. Por isso, um olhar mais atento fará perceber que a mudança no que se reconhece como a função dos juízes é também uma tentativa de lidar com o esgotamento do sistema. Guarda menos relação com o nazismo/fascismo do que com o capitalismo em si.

O fato é que o modelo jurídico construído para servir a uma forma específica de organização social não consegue dar conta das complexidades, dos limites e das impossibilidades da sociedade para a qual foi pensado.

De qualquer modo, importa reconhecer que este cenário de esgotamento do sistema e de manifesta crise das instituições, é o ambiente em que – notadamente a partir da segunda metade do Século XX no Brasil - o Poder Judiciário desponta como o “guardião das promessas da Constituição”<sup>9</sup>.

A nova concepção acerca do papel que a Constituição deve desempenhar, como *constituidora* de um novo projeto de sociedade, tem o mérito de evidenciar a necessidade de enfrentamento dos pressupostos jurídicos da modernidade (a relação entre moral e direito e a função da discricionariedade no discurso jurídico). Porém, não enfrenta as causas do problema, relacionadas ao próprio modo de produção. Talvez em razão disso, mesmo sob a perspectiva do Direito, essa *nova função* acaba construindo o seu oposto. Em lugar de *fazer valer* o projeto constitucional, o ativismo “pós-positivista” revela-se através do boicote sistemático das conquistas obtidas em 1988<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> “O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, seu conteúdo ultrapassa ao aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o democrático qualifica o Estado, que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica. E mais, a ideia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência”. STRECK, Lênio Luiz e MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 93.

<sup>9</sup> “A emancipação do Juiz tem sua origem, antes de tudo, no colapso da lei que garantiu, na visão clássica, a subordinação do juiz, e na nova possibilidade de julgar a lei oferecida pelos textos que contém princípios superiores, como a Constituição”. Na medida em que a lei perde coerência e objetividade (seja pelo fenômeno da inflação legislativa, seja por constituir resultado de “jogo de alianças e coalisões”), o sistema jurídico passa a exigir uma nova configuração, ditada pela noção de princípios e pela proliferação de conceitos abertos. Nesse novo ambiente, a “missão” do Juiz deixa de ser a de aplicar a lei ao caso concreto, porque a própria lei “torna-se um produto semi-acabado que deve ser terminado pelo juiz”. GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia. O Guardião das Promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 40-1.

<sup>10</sup> A expressão “pós-positivista” está colocada propositadamente entre aspas, porque o novo constitucionalismo, em grande parte de suas expressões, embora se autoproclame pós-positivista, não consegue superar o que

O intuito positivo da perspectiva proativa da função judiciária esbarra em seus próprios limites. O novo constitucionalismo declara-se titular da nobre missão de realizar um capitalismo solidário e inclusivo, nos termos propostos na Constituição de 1988. Entretanto, justamente aí se encontra a impossibilidade de sucesso desse propósito. O capitalismo é geneticamente contrário à solidariedade e à inclusão. É sua antítese: alimenta-se da exclusão social e do individualismo. Por sua vez, o Direito é fruto dessa forma de organização social, nasce com ela e destina-se a mantê-la e reproduzi-la, nem que para isso precise constantemente alterar suas próprias premissas.

Exatamente por isso, os caminhos que o novo constitucionalismo vem percorrendo conduzem ao contrário daquilo que supostamente pretende. O ativismo judicial que vem sendo praticado em nome da Constituição, fragiliza a ordem constitucional, negando-a de forma sistemática, a tal ponto de torná-la irreconhecível<sup>11</sup>. Então, todo o discurso de que a função proativa do Poder Judiciário serve à realização de uma sociedade justa, fraterna e solidária se perde.

A facilidade com que a doutrina neoconstitucionalista, imbuída de um ideal aparentemente tão nobre quanto aquele de tornar realidade o projeto social contido na Constituição, acaba por escorregar para esse ativismo destrutivo – sobretudo dos direitos sociais trabalhistas – é compreendida apenas se tivermos em mente duas circunstâncias distintas, mas complementares.

Em primeiro lugar, é preciso compreender a necessidade metabólica do capital de burlar seus próprios objetivos sociais e, por consequência, a facilidade do Direito em transitar por argumentos contraditórios ou mesmo insustentáveis, sempre que houver interesse em defender a posição político-econômica desse mesmo capital.

A pista para a compreensão desse “estado da arte” passa pela constatação de que o Direito forja-se na modernidade como um instrumento de consolidação da sociedade de trocas. A identificação do Direito com o que está previsto em um texto de lei foi um postulado construído historicamente, em razão da necessidade de ruptura com o “Antigo Regime”<sup>12</sup>. A proposta de isolar o elemento normativo do Direito em uma teoria pura, não contaminada por fatores ideológicos, que o revelasse mediante um procedimento puramente cognitivo, serviu na fase inicial de consolidação da nova forma de organização social.

Tão logo firmaram-se as bases da nova sociedade, esse purismo cientificista já não era mais necessário. Por isso, foi relativamente fácil para o Direito transitar, por exemplo, para uma noção de realismo jurídico, para o qual o Juiz primeiro conclui e depois procura os fundamentos da sua

---

identifica o positivismo jurídico: a “moralização” do Direito, a aposta na discricionariedade judicial e, sobretudo, a compreensão cientificista das normas de conduta social.

<sup>11</sup> A base teórica mais utilizada nas decisões proferidas pelas cortes superiores ultimamente é Robert Alexy, embora sua técnica da proporcionalidade adquira – notadamente no Brasil – a forma de “*princípio* da proporcionalidade”, desvinculando-se do que refere o próprio autor alemão, quando a define como um critério para a solução dos conflitos entre princípios. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90. A forma como a doutrina de Alexy é trazida para o Brasil torna-a extremamente perniciosa. Humberto Ávila, por exemplo, admite até mesmo a ponderação de regras, ao referir que também elas “podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias, mediante um processo de ponderação de razões”, que resultará sua ampliação ou restrição. AVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 59. Luís Roberto Barroso observa que a ponderação é uma técnica que deve ser aplicada aos “casos difíceis”, nas hipóteses em que “uma situação concreta daí enseja a aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 358.

<sup>12</sup> Kelsen, Hans. Teoria pura do direito. 7ª edição. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 390-5

decisão<sup>13</sup>. Por igual motivo, a crítica ao realismo jurídico, conduzida especialmente por Hart, partiu do idêntico pressuposto de que é preciso "purificar o Direito", descolando-o de sua função prática<sup>14</sup>. São variações de um mesmo tema, cuja compreensão depende do reconhecimento do forte caráter ideológico do Direito<sup>15</sup>, que é desde sempre comprometido com a reprodução do metabolismo do capital<sup>16</sup>.

A linha condutora de todo o pensamento jurídico sempre foi a ideia de discricionariedade, ou seja, a existência de um espaço "não tomado pela razão", em que é possível dizer *qualquer coisa sobre qualquer coisa*<sup>17</sup>.

Para o que aqui interessa, é preciso reconhecer que essa discricionariedade não constitui uma novidade e talvez sequer possa ser realmente superada. É um traço do positivismo<sup>18</sup> que atende ao propósito do Direito de adaptar-se e reproduzir a sociedade do capital. A vinculação da aplicação da

<sup>13</sup> Jerome Frank chega a referir que a discricionariedade do juiz é o núcleo do aspecto orientador do direito e que a certeza atribuída ao direito não passa de um mito, uma ilusão. COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 278.

<sup>14</sup> HART, Herbert. *O conceito de direito*. 5ª edição. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 160-1.

<sup>15</sup> WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. V. I. *Interpretação da Lei*. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994.

<sup>16</sup> Adoto, portanto, a perspectiva de Marx, de que o Direito nada mais é do que a forma jurídica do capital. Uma perspectiva desenvolvida em várias de suas obras e que pode ser evidenciada na seguinte passagem, em que Marx refere-se aos pressupostos do Direito moderno, demonstrando como a circulação (troca de mercadorias) é um verdadeiro "Éden dos direitos inatos do homem": "Liberdade, pois os compradores e vendedores de uma mercadoria, por exemplo, da força de trabalho, são movidos apenas por seu livre-arbítrio. Eles contratam pessoas livres, dotadas dos mesmos direitos. O contrato é o resultado, em que suas vontades recebem uma expressão legal comum a ambas as partes. Igualdade, pois eles se relacionam um com o outro apenas como possuidores de mercadorias e trocam equivalente por equivalente. Propriedade, pois cada um dispõe apenas do que é seu". MARX, Karl. *O Capital*. Livro I. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 251. O Direito moderno serve, portanto, à perpetuação da sociedade do capital e, por isso mesmo, metaboliza-se e transforma-se na mesma velocidade e com a mesma eficiência que o próprio capital, para tentar lidar com suas incapacidades e seus limites.

<sup>17</sup> A discricionariedade já foi denunciada por Kelsen, quando escreveu que a norma superior (Constituição) determina o processo em que a norma inferior e o ato de execução são postos e o seu conteúdo, mas essa determinação nunca é completa, fica sempre uma margem de livre apreciação; por isso a norma superior tem caráter de "um quadro ou moldura a preencher por este ato" KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7ª edição. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 364. Dworkin também denuncia o ativismo como "uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história da sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. (...) O direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição". DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 451-2. No mesmo sentido, Streck observa que a ponderação, e a discricionariedade que a justifica, forma um círculo vicioso: admite-se a prática de arbitrariedades, em nome da ideologia do caso concreto, com uma multiplicidade de respostas que fragmentam e fragilizam o sistema jurídico, em sua proposta de consolidação de uma sociedade melhor. Em seguida, "para controlar esse caos, busca-se construir conceitos abstratos com pretensões de universalização", como se fosse possível "uma norma jurídica abarcar todas as hipóteses (futuras) de aplicação". STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 127-142. O que nenhum deles questiona, porém, é a relação visceral da discricionariedade com a própria função política do Direito, com sua condição de *forma jurídica* necessária e atrelada à forma capital.

<sup>18</sup> Não em sua versão clássica, do positivismo exegético-primitivo (juiz boca da lei), mas certamente sob nova roupagem. No lugar do juiz boca-da-lei, o juiz dos princípios, encarregado de buscar os valores desprezados pelo positivismo clássico. Mantém-se o "mito do dado" do paradigma objetivista, que parte da leitura sintática

norma à vontade do intérprete representa, como regra, a sujeição dessa vontade às condições políticas e econômicas, de modo a nunca colocar em xeque o próprio sistema. Esse é o traço comum.

Tal constatação revela uma impossibilidade: o limite do Direito é seu atrelamento à forma capital. Trata-se de afirmação que conduz a duas outras conclusões. Mesmo a superação filosófica das bases em que os diferentes positivismos se sustentam será insuficiente para conferir ao Direito uma autonomia capaz de torná-lo *instrumento de transformação social*. Isso porque os elementos que tornam o Direito uma *arma do capital* não são acidentais.

É essa a razão pela qual o que se tem denominado pós-positivismo apresenta-se e comporta-se como uma espécie de retorno ao positivismo clássico, em que ao juiz incumbia simplesmente aplicar a lei. Agora, o juiz aplica a súmula ou a sua exclusiva vontade. A discricionariedade, conteúdo fundamental do Direito como elemento da forma capitalista de sociedade, continua presente.

Esse atrelamento do Direito ao metabolismo do capital, cuja fase atual – denominada *neoliberal* – é de retrocesso social ostensivo, é o que permite decisões nas quais as “questões jurídicas” sequer são debatidas com profundidade.

É o que ocorre na recente decisão do STF sobre a prescrição aplicável à pretensão do FGTS.

## **2 A decisão do STF quanto à prescrição aplicável à pretensão dos recolhimentos do FGTS**

No ARE 709212, julgado no último dia 13 de novembro, o STF reconheceu a inconstitucionalidade do artigo da lei do FGTS que garante prazo de 30 anos para a discussão desses créditos em juízo. Tal prazo, flagrantemente melhor para o trabalhador, está fixado na Lei 8.036, posterior à Constituição, e foi consolidado por uma compreensão que vem desde a década de 1960, quando criado o instituto.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, faz um resgate histórico do FGTS. Menciona o fato de que a Lei de 1966 buscava uma alternativa à estabilidade decenal, em razão do argumento de que esse direito estaria engessando as relações de trabalho<sup>19</sup>. E, inclusive, conclui a partir disso:

---

do texto legal. Mantém-se o compromisso com a Filosofia da consciência e com o sujeito solipsista do esquema sujeito-objeto. É exatamente por esse compromisso com a discricionariedade que ao longo do tempo, tanto a jurisprudência teleológica (Jhering), quanto a doutrina alemã da jurisprudência dos interesses (Heck), acabaram também resvalando para o ativismo judicial, na medida em que reconheceram ao aplicador a função de criar o direito para o caso concreto.

<sup>19</sup> Transcreve, inclusive, trecho de obra de Roberto Campos, em que ele menciona: “A criação do FGTS foi uma das reformas sociais mais importantes, e mais controvertidas, do governo Castello Branco. Havia o ‘mito da estabilidade’, tido como a grande ‘conquista social’ do governo Vargas. Mito, porque a estabilidade, após dez anos de serviço era em grande parte uma ficção. Os empregados eram demitidos antes de completado o período de carência, pelo receio dos empresários de indisciplina e desídia funcional dos trabalhadores, quando alcançavam a estabilidade. Os trabalhadores, de seu lado, ficavam escravizados à empresa, sacrificando a oportunidade de emigrar para ocupações mais dinâmicas e melhor remuneradas. Os empresários perdiam o investimento no treinamento; as empresas mais antigas, que tinham grupos maiores de empregados estáveis, eram literalmente incompráveis ou invendáveis por causa do ‘passivo trabalhista’” (Roberto Campos, *Lanterna na Popa*, Rio de Janeiro: Topbooks, 1994, p. 713). Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>, acesso em 26/11/2014.

Trata-se, como se vê, de ***direito de natureza complexa e multifacetada***, haja vista demandar a edição de normas de organização e procedimento que têm o escopo de viabilizar a sua fruição, por intermédio, inclusive, da definição de órgãos e entidades competentes para a sua gestão e da imposição de deveres, obrigações e prerrogativas não apenas aos particulares, mas também ao Poder Público. (sem grifo no original).

O projeto de lei da lavra de Roberto Campos, durante o governo do general Castelo Branco, dava ao empregado a opção de aderir ao sistema do fundo de garantia em lugar de adquirir estabilidade após dez anos de trabalho para a mesma empresa. Uma opção que logo se revelou falaciosa: os empregados eram constrangidos a fazer a *falsa escolha*.

O novo instituto jurídico suscitou realmente, como escreve o Relator, discussão jurisprudencial e doutrinária, acerca de sua *natureza jurídica*. Entretanto, além de já superada há algum tempo, essa discussão revela-se uma armadilha.

Os institutos jurídicos não tem *natureza*. Ao contrário, são construídos culturalmente. O FGTS, quando “inventado” como fórmula para o esvaziamento da estabilidade, se estabeleceu como um direito do trabalhador e da sociedade, cuja função era a de desmotivar a despedida; formar um fundo capaz de garantir a subsistência em caso de perda involuntária do emprego e, ao mesmo tempo, permitir ao governo a promoção de programas sociais. Não era e não é, pois, um “crédito trabalhista”. Sequer é possível reduzi-lo à condição de crédito. Basta lembrar das hipóteses de saque dos valores depositados pelo empregador na conta vinculada ao nome do trabalhador. A restrição às possibilidades de disposição dos valores versados ao fundo dão a medida do caráter social desse direito.

Essa discussão jurídica acerca da *natureza* do FGTS tem um propósito bem evidente, já utilizado em decisões pretéritas, de que é exemplo a declaração da inconstitucionalidade da lei previdenciária que garantia prazo de dez anos para o exercício da pretensão daqueles direitos. A discussão jurídica serve apenas como uma cortina de fumaça, que esconde e disfarça os verdadeiros elementos em jogo.

A armadilha da *natureza jurídica* está justamente no fato de que esse conceito serve como *capa de sentido*, que nega qualquer possibilidade de discussão dos elementos de que efetivamente se reveste determinada norma de conduta social<sup>20</sup>. Ao invocar a *natureza jurídica*, encerra-se a discussão, cristalizando o conceito e, nesse sentido, ontologizando-o<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Nesse aspecto, é possível dizer que a decisão do STF incorre naquilo que Dworkin denomina “agulhão semântico”. DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 55-75. É indispensável que existam critérios comuns acerca da função e das características de determinada norma social de conduta, para que seja possível discutir, por exemplo, o prazo de prescrição para ela previsto e sua conformidade com a ordem constitucional. Se a decisão simplesmente descarta a “natureza complexa e multifacetada” que ela mesma reconhece ao FGTS, reduzindo-o à condição de crédito trabalhista, não há sequer como seguir a discussão acerca do prazo de prescrição. É como se o STF, de um lado, e a integralidade da doutrina e da jurisprudência trabalhistas, de outro, estivessem tratando de coisas absolutamente diversas.

<sup>21</sup> É nesse aspecto que a hermenêutica filosófica contribui decisivamente para a melhor compreensão das “armadilhas” do Direito. Ontológico é aquilo que pertence à essência do ser e, exatamente por isso, é indene de discussões, não pode ser problematizado. A noção de que o Direito lida com conceitos ontológicos, dotados de “natureza jurídica”, é comprometida com a chamada Filosofia da Consciência, que se desenvolve exatamente no mesmo momento histórico em que o Direito moderno está formando suas bases de sustentação e que a sociedade capitalista está sendo engendrada. Não há espaço para maior digressão a esse respeito, mas importa ressaltar que a hermenêutica, que ganha nova dimensão em Heidegger, reconhece a compreensão como um movimento constante e situado historicamente: só compreendo a mim, quando compreendo o ser e só compreendo o ser quando compreendo a mim. Nesse sentido, supera a Filosofia da Consciência, sobretudo, no que interessa ao Direito, porque reconhece nova função para a linguagem (que passa, de instrumento, à

O FGTS não tem uma *natureza jurídica*, nem precisa necessariamente ser “enquadrado”. É um direito complexo, que desafia a classificação tradicional. Como, aliás, ocorre com certa frequência em relação aos direitos sociais, o FGTS serve tanto ao trabalhador (indivíduo que “contrata” a venda da sua força de trabalho), quanto ao conjunto de trabalhadores e à própria sociedade<sup>22</sup>. Mas nada disso foi enfrentado com profundidade nos debates que culminaram na declaração de inconstitucionalidade do art. 23 da Lei 8.036.

A primeira vista, portanto, parece tratar-se de uma questão jurídico-filosófica. A compreensão de que o Direito não tem uma *natureza em si*, mas uma função, que precisa ser compreendida e expressada pelo intérprete, com observância do que dispõe a tradição e com coerência em relação às decisões já proferidas sobre a mesma matéria, é o que está ausente.

Então, mesmo sob a perspectiva estritamente jurídica, é possível: a) demonstrar que os institutos jurídicos não possuem uma *natureza*, porque não são entes que existem independentemente de seu propósito, nem se prestam a uma classificação científica com pretensão de exatidão terminológica; b) demonstrar que a análise da regra de prescrição aplicável não guarda relação com a “natureza” do instituto, mesmo que queiramos insistir na existência mesma de uma *natureza jurídica*.

Em outras palavras, mesmo concordando com a equivocada premissa utilizada no ARE 709212, de que a *natureza jurídica* do FGTS é a de crédito trabalhista, teríamos de examinar a questão a partir dos critérios que justificam a declaração de inconstitucionalidade de uma norma.

Seria indispensável, então, discutir o significado e a função que os prazos de prescrição exercem na aplicação/efetividade dos direitos sociais fundamentais. Declarar um crédito trabalhista, previdenciário ou tributário não constitui um *salvo conduto* para afastar as regras que o disciplinam, nem mesmo sob a estrita perspectiva da dogmática jurídica.

Nesse aspecto, vale notar que o voto relator elenca precedentes do STF, todos no sentido da perfeita compatibilidade do prazo prescricional previsto na Lei 8.036 com as disposições constitucionais, a despeito de sua *natureza jurídica* e, inclusive, em razão dela. Ainda assim, ao argumento de que o princípio da proteção pode ser afastado em nome da “necessidade de certeza e estabilidade nas relações jurídicas”, declara a inconstitucionalidade da regra.

Eis um segundo aspecto fundamental do voto relator, que tem em realidade a mesma origem e fundamento. A certeza é o argumento utilizado para *afastar a certeza*, forjada por mais de cinco décadas de pacífica doutrina e jurisprudência.

É o milagre da linguagem: invocando a certeza e a estabilidade nas relações, retira-se exatamente a certeza e a estabilidade das relações. Os precedentes jurisprudenciais e praticamente toda a doutrina trabalhista são substituídos por um entendimento que, nas palavras do próprio relator, altera jurisprudência “há muito consolidada no âmbito dessa corte”.

---

condição de possibilidade da compreensão). Então, no âmbito jurídico, a consequência disso é o entendimento de que é preciso investigar o *sentido do ser*: deixar ver algo a partir de si mesmo é compreender, pois o ser se mostra “ocultando-se nos entes”. HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Parte I. 12ª edição. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Vozes, 2002. Não há, portanto, um ser em si, hermético, cujo conteúdo está em sua “natureza”.

<sup>22</sup> Então, se tivéssemos realmente de classificá-lo, teríamos de reconhecê-lo como direito individual trabalhista (adquirido no momento em que o trabalhador se insere em um vínculo de emprego); direito social (constitui medida de inibição da despedida e de acesso a bens básicos para a sobrevivência digna); direito previdenciário (assegura a manutenção da subsistência quando da perda do vínculo) e direito tributário (os recursos do fundo são utilizados pelo governo para a realização de projetos sociais como a construção de casa própria).

A possibilidade de que a compreensão jurisprudencial sobre determinado conteúdo jurídico se altere é exatamente a forma como o Direito evolui. Portanto, não é disso que trata a crítica que aqui se formula. Aliás, é emblemático o caso da alteração da súmula 244 do TST. Após confrontar-se com uma mutação da jurisprudência de base, promovida ao longo das últimas décadas, em razão do estudo do conteúdo fundamental da norma de proteção à gestante em caso de licença-maternidade, o TST alterou seu entendimento, reconhecendo à gestante em contrato a prazo certo a proteção de que cogita a regra do artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Não se tratou, portanto, de entendimento de um ou alguns Ministros que acreditavam no equívoco da jurisprudência consolidada, mas de um número expressivo de decisões judiciais fundamentadas que não puderam mais ser ignoradas pelo tribunal superior.

Não é o que ocorre em relação ao FGTS. Nesse caso, não houve tal alteração na compreensão jurisprudencial ou doutrinária. Antes da análise do caso concreto vertido no ARE 709212, sequer se discutia de forma significativa a constitucionalidade do prazo de prescrição fixado em lei própria. O voto refere uma única doutrina trabalhista, isolada na compreensão da suposta *natureza* de *crédito* trabalhista que atribui ao FGTS e em seus efeitos para o cômputo do prazo prescricional. A própria decisão admite tratar-se de jurisprudência consolidada e pacífica, a reconhecer a compatibilidade do art. 23 da Lei 8.036 com a norma constitucional.

A invocação de certeza e da estabilidade das relações, conceitos vagos cujo conteúdo é atribuído pelo aplicador, é a melhor demonstração da ausência de argumento histórico ou institucional capaz de legitimar a declaração de inconstitucionalidade. Por sua vez, a afirmação de que determinado entendimento deve prevalecer por ser esta a compreensão de quem está decidindo<sup>23</sup> restaura a noção de decisão como "ato de vontade", ou seja, como fruto da discricionariedade do Juiz<sup>24</sup>.

A mudança na perspectiva filosófica ocorrida durante o Século XX, implicou mudança na finalidade que se reconhece ao Direito e ao próprio Estado. Se a efetividade da Constituição é "agenda obrigatória de todos os juristas preocupados com a transformação de uma sociedade como a brasileira"<sup>25</sup>, a função do Estado como Poder Judiciário deve ser a de maximizar a efetividade das normas sociais de proteção.

Então, sob essa perspectiva, não se trata de examinar se há regra sobre prescrição no artigo 7, mas de compreender porque uma regra sobre prescrição está ali inserida, qual a sua finalidade e, por consequência, seus limites. Compreendendo-a como restrição ao direito fundamental de ação, pode-se então perceber porque o prazo para o exercício da pretensão, ali previsto, é mínimo.

---

<sup>23</sup> É sintomático o fato de o voto fazer constar: "Por essa razão, nos autos do RE 522.897, **defendi** a tese de inconstitucionalidade dos artigos 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990, na parte em que ressalvam o privilégio do FGTS à prescrição trintenária, haja vista violarem o disposto no art. 7º, XXIX, da Carta de 1988. Pelas mesmas razões esposadas no referido recurso extraordinário, é que **considere** existente a repercussão geral do presente apelo, que necessita de decisão definitiva desta Corte para sedimentar sua orientação quanto ao tema à luz da sistemática da repercussão geral. Conforme já dito, e por todas as razões já levantadas, **entendo** que esta Corte deve, agora, revisar o seu posicionamento anterior para consignar, à luz da diretriz constitucional encartada no inciso XXIX do art. 7º da CF, que o prazo prescricional aplicável à cobrança de valores não depositados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) é quinquenal.

<sup>24</sup> Para Kelsen, existem duas espécies de interpretação. A realizada pelos órgãos aplicadores do direito (ato de vontade) e a realizada pela ciência jurídica, considerada "pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas" (ato de conhecimento). KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 7ª edição. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 391.

<sup>25</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 90.

No voto em análise, o Relator observa que até a Constituição de 1988, o STF “adotou a tese sustentada à época pelo Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de que o prazo seria trintenário, em virtude do disposto no art. 20 da Lei 5.107/1966 c/c art. 144 da Lei 3.807/1960” e que, **após a nova ordem constitucional**, o STF “continuou a perfilhar, em ambas as Turmas, a tese da prescrição trintenária”.

Nas três decisões transcritas no voto, sobre a matéria, a primeira fundamenta-se no “fim estritamente social” do FGTS como razão para a aplicação do prazo de prescrição contido na lei previdenciária; a segunda repete o mesmo argumento e a terceira afasta a “natureza” tributária do FGTS, ao fundamento de que se trata de instituto com *natureza* trabalhista e *social*. Daí é extraída a conclusão de que o FGTS tem “natureza jurídica trabalhista” e, como consequência, de que deve ser aplicada a prescrição prevista no inciso XXIX do art. 7º.

Ora, as decisões que servem de fundamento não portam a essa conclusão. O “hiato” argumentativo é revelador da *vontade* que preexiste à decisão: a vontade de reduzir o prazo prescricional relativo ao FGTS para cinco anos.

A prescrição não é o direito fundamental dos trabalhadores de serem impedidos de discutir em juízo seus créditos. É uma restrição ao direito fundamental de ação<sup>26</sup>. Tratando-se de restrição ao direito de acesso à justiça, só se justifica na medida em que não vede esse mesmo acesso, nem comprometa o próprio direito fundamental que pretende limitar<sup>27</sup>. Por isso mesmo, a restrição constitucionalmente prevista é o mínimo, que não impede a adoção de outros parâmetros, desde que promovam a *melhoria da condição social* dos trabalhadores. Esse é o critério adotado no caput do artigo 7º da Constituição<sup>28</sup>. Daí a plena compatibilidade da Lei 8.036 com a Constituição de 1988.

Ao tratar do FGTS, reconhecendo seu âmbito social, a lei específica – posterior à Constituição – outorga prazo de trinta anos para o exercício da pretensão em juízo, não apenas em razão do princípio da proteção, que justifica a existência do Direito do Trabalho.

<sup>26</sup> A prescrição é instituto jurídico criado em nome de uma suposta segurança, como sanção que se aplica ao titular do direito que permaneceu *inerte* diante de sua violação por outrem. A existência do direito subjetivo não implica necessariamente a ideia de seu exercício. Pode até mesmo haver direito subjetivo sem que haja ou quando não exista a faculdade de exigir sua observância. O conceito de prescrição do artigo 189 do Código Civil é “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição”. Alberga o conceito de Pontes de Miranda: “com a lesão, nasce a pretensão, que se extingue com a prescrição”. (teoria da *actio nata*). PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado das Ações. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1998. Pois bem, se a prescrição é a limitação temporal que o Estado, detentor do monopólio de jurisdição, impõe ao credor *inerte*, sua aplicação depende de pelo menos duas condições: a verificação de que haja real inércia do credor e a interpretação e aplicação restrita do instituto. Afinal de contas, trata-se de circunstância excepcional, em que o Estado reconhece o direito (ao crédito), veda a tutela de mão própria e, ao mesmo tempo, nega-se a agir junto ao devedor. Compreensão diversa implicaria transformar a prescrição em prerrogativa do devedor inadimplente, em completa subversão do ordenamento jurídico.

<sup>27</sup> A teoria dos direitos fundamentais que orienta o constitucionalismo em tempos atuais reconhece a necessidade, que aqui não se questiona apenas em razão dos limites deste artigo, de fixação de limites e restrições a esses direitos. SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 384 e seguintes. Mesmo sob a perspectiva liberal que anima essa tese, tais limites e restrições precisam ser compreendidos e aplicados restritivamente, apenas na medida da necessidade para a preservação de outros direitos e garantias fundamentais. A prescrição é uma restrição ao direito de acesso à justiça que, portanto, justifica-se apenas na medida em que não dificulte ou impeça o exercício desse direito fundamental. Exatamente por isso, a previsão da norma constitucional do inciso XXIX do artigo 7º contém o mínimo de proteção indispensável a preservação do acesso à justiça, quando o assunto é a efetividade dos direitos fundamentais sociais de caráter “trabalhista”.

<sup>28</sup> Cujo texto nunca é demais transcrever: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, *além de outros que visem à melhoria de sua condição social*”.

A previsão de prazo distinto e dilatado em relação à pretensão de recolhimento do FGTS se dá exatamente porque se reconhece aqui uma peculiaridade: a convivência de interesses de ordem tributária, previdenciária e social que somam e mesmo prevalecem em relação ao interesse individual do trabalhador<sup>29</sup>.

Ainda assim, o voto relator desloca a discussão para o velho discurso do (falso) protecionismo estatal em relação aos direitos dos trabalhadores. Menciona que “o princípio da proteção do trabalhador, não obstante a posição central que ocupa no Direito do Trabalho”, não autoriza a interpretação de que “o art. 7, XXIX, da Constituição, estabeleceria apenas o prazo prescricional mínimo a ser observado pela legislação ordinária”.

Há certa razão nessa afirmação. O princípio da proteção não tem mesmo tal aptidão, nem serve para isso. A noção de que o prazo prescricional do inciso XXIX é o prazo mínimo não decorre desse preceito, mas de regra expressa (*caput* do art. 7<sup>o</sup>), essa sim “contaminada” pelo conteúdo de proteção que a justifica e que, portanto, está em seu princípio<sup>30</sup>.

Compreendendo-se a Lei 8.036 a partir de sua finalidade dentro de um projeto de sociedade (inclusiva e solidária), é possível entender a razão pela qual o prazo para exercer a pretensão em relação aos recolhimentos do FGTS é de trinta anos.

O FGTS – exatamente por não ser *apenas* um direito fundamental do trabalhador – tem norma própria, que se reveste de condição de possibilidade da própria realização do Estado Democrático de Direito. É mais, portanto, do que um direito fundamental do trabalhador.

O raciocínio é simples: se o fundamento da ordem constitucional é a dignidade humana (art. 1) e seus objetivos principais são: construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos (art. 3<sup>o</sup>), a perseguição – pelo Estado – dos valores que deveriam ser vertidos ao fundo e não foram tem de sofrer a *menor limitação possível*, sob pena de boicote ao projeto social insculpido na Constituição.

Aqui é preciso retomar a premissa antes fixada, para insistir que os argumentos jurídicos podem ser conduzidos com tal facilidade a conclusões absolutamente conflitantes acerca da compreensão jurídica de determinada matéria, porque dois projetos de sociedade estão em luta.

---

<sup>29</sup> O Relatório de gestão dos recursos do FGTS, relativo a 2012, dá conta, por exemplo, de que os depósitos versados ao fundo naquele ano permitiram: descontos para adequação da capacidade de pagamento do mutuário frente ao valor financiado e à sua renda, ampliando-se o acesso da população de baixa renda aos financiamentos de habitação popular com recursos do FGTS; financiamentos de saneamento básico por meio do Programa Saneamento para Todos”, no qual foi aplicado o valor de “R\$ 546 milhões, em 2012”; aplicação de R\$ 693 milhões de recursos do FGTS no Programa Pro-Transporte, em projetos de pavimentação e qualificação de vias urbanas; R\$ 27 milhões, sendo 63,77% de aquisição de imóveis usados e 36,23% de imóveis novos” em financiamento habitacional, além da aplicação no mercado de capitais. Disponível em [http://downloads.caixa.gov.br/\\_arquivos/fgts/relatoriogestao/Relatorio\\_Gestao\\_FGTS\\_2012.pdf](http://downloads.caixa.gov.br/_arquivos/fgts/relatoriogestao/Relatorio_Gestao_FGTS_2012.pdf), acesso em 26/11/2014.

<sup>30</sup> A compreensão do que estou afirmando pressupõe o entendimento de que regra e princípio não constituem espécies de um gênero, mas elementos da normatividade. Uma norma, portanto, será sempre uma regra inspirada em um princípio instituidor. A função do princípio será justamente a de viabilizar a demonstração da legitimidade da decisão adotada, quando aplica ou afasta uma regra no caso concreto. Essa legitimidade se afere “no momento em que se demonstra que a regra/norma por ela concretizada é instituída por um princípio”. Então, como ensina Streck: “não há regra sem um princípio instituidor. Sem um princípio instituinte, a regra não pode ser aplicada, posto que não será portadora do caráter de legitimidade democrática”. STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4a edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 546.

O projeto liberal que atualmente, sob o prisma das relações de trabalho, tem sido denominado de *flexibilização*, é avesso aos direitos sociais. Preconiza um Estado mínimo, no qual o Direito deve resignar-se à condição de garantidor da propriedade privada. Nenhuma novidade, se considerarmos que o Direito é a forma jurídica que corresponde ao capital.

Essa é a razão *escondida* (que precisa ser desvelada) do hiato profundo entre os fundamentos apontados na decisão recentemente proferida pelo guardião da Constituição e tudo que a teoria, a história e a função do FGTS significam na construção de uma sociedade melhor, nos moldes propostos na Constituição de 1988.

### **3 Para além do Direito: o desvelamento das verdadeiras razões que produzem decisões de desmanche das normas sociais fundamentais**

O descolamento entre o que o TST ou o STF muitas vezes decidem e aquilo que o ordenamento jurídico e a doutrina trabalhista preveem, e a facilidade com que se pode demonstrar a insustentabilidade de decisões como aquela aqui examinada, inclusive sob a perspectiva estritamente jurídica, é revelador de um problema mais profundo.

A supressão de direitos trabalhistas faz parte de um movimento que iniciou no Brasil ainda na década de 1990. Em realidade, tem raízes na década de 1960, justamente com a lei do FGTS, objeto da precarização operada pelo STF na decisão aqui analisada. Entretanto, foi justamente a partir da Constituição de 1988 (e apesar dela) que um movimento de retração dos direitos sociais revelou-se de forma mais nítida e perversa.

Quando Fernando Collor de Mello assumiu a Presidência, em março de 1990, propondo um novo plano para conter uma grave crise do capital, o que ocorreu foi o confisco do dinheiro da poupança de milhões de brasileiros. Os salários dos trabalhadores foram congelados, adotou-se integralmente o plano do FMI, baseado no Consenso de Washington: privatizações, retirada de direitos trabalhistas e abertura para o capital estrangeiro<sup>31</sup>. Em moldes que poderiam ser equiparados ao do estado absolutista francês pré-revolução burguesa, o Estado se apossou do patrimônio dos indivíduos para repassá-lo ao capital.

Mesmo com a saída de Collor, seguiu-se o projeto de privatização do Estado, sem que a recessão fosse contida<sup>32</sup>. O governo de Fernando Henrique Cardoso, a partir de 1995, em nada alterou a estratégia neoliberal. Ao contrário, já em seu discurso de posse, o novo presidente referiu a necessidade de "enterrar a era Vargas", privatizando e retirando direitos trabalhistas<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> A consequência mais imediata foi uma forte diminuição da atividade produtiva, recessão econômica e queda do PIB, além da elevação significativa do número de desempregados. A FIESP, no final do ano de 1990, anunciava a demissão de 110 mil trabalhadores da indústria paulista. COUTINHO, Grijalbo Fernandes. O Direito do trabalho flexibilizado por FHC e Lula. São Paulo: LTr, 2009, p. 56.

<sup>32</sup> Um relatório oficial do IBGE daquele ano refere que havia "mais de 35 milhões de crianças e adolescentes, abaixo dos 17 anos de idade" vivendo em famílias com renda inferior a um salário mínimo. GIANNOTTI, Vito. História das lutas dos trabalhadores no Brasil. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007, pp. 284-5.

<sup>33</sup> Ocorre uma greve dos petroleiros, que dura 25 dias e conta com uma dura reação: a Justiça do Trabalho aplica multas pesadas aos sindicatos, o exército ocupa as refinarias e 85 empregados, a maior parte líderes grevistas, são despedidos. Os trabalhadores, assustados com a recessão econômica, iniciam uma fase de negociações em que pela primeira vez aparecem acordos de participação nos lucros e resultados. Diminuem ano a ano o número de greves e o DIEESE aponta como fatores disso: a ilusão dos trabalhadores com a nova moeda, a diminuição da inflação e o aumento do desemprego, desestimulando qualquer reação. Em 1997, ocorre a primeira grande manifestação popular contra o governo FHC, conhecida como A Marcha dos 100 mil. Várias outras empresas estatais são privatizadas neste ano, como a Companhia Vale do Rio Doce, por valores

O Direito do Trabalho, no discurso da flexibilização, aparece como vilão do capital, que precisa ser combatido para que a economia se desenvolva. Por isso, a cartilha neoliberal consolidada no governo FHC promoveu mais privatizações, perdas salariais (especialmente por parte do funcionalismo público) e acirramento no modo de produção, com técnicas identificadas pela cobrança de metas, cujo resultado foi o aumento significativo do número de doenças relacionadas ao trabalho e a denúncia de assédio moral no ambiente laboral.<sup>34</sup>

O projeto neoliberal de flexibilização seguiu determinando a política e o papel do Estado nas duas primeiras décadas do Século XXI. A eleição de Luiz Inácio Lula da Silva, ativo militante do Partido dos Trabalhadores, em 2002, não alterou essa lógica.

O projeto de Estado "justo, livre e solidário" foi, portanto, anulado por um outro propósito, que se apresenta como a antítese daquele previsto na carta política de 1988. Enquanto a Constituição de 1988 instaura uma nova racionalidade, coletiva e não mais individualista, cujos elementos primários para a sua construção foram encontrados justamente na realidade das relações de trabalho<sup>35</sup>, o discurso neoliberal pretende a supressão dos direitos sociais e a liberação das "forças do mercado".

Em todo esse movimento de precarização, a prescrição, justamente o tempo que o Estado impõe ao cidadão para que exerça seus direitos em juízo e, portanto, a limitação das possibilidades de realização dos direitos sociais, tem sido o *instituto* jurídico mais atacado. A possibilidade de pronúncia de prescrição de ofício, a volta da discussão acerca da prescrição intercorrente na Justiça do Trabalho e a redução de prazos prescricionais são reveladores desse *moto contínuo* que mal disfarça o projeto de sociedade que pretende implementar.

Esse movimento é conduzido por fios não tão invisíveis. Os preceitos do Consenso de Washington, de 1989, o documento 319 do Banco Mundial, de 1996<sup>36</sup>, os três Pactos Republicanos por um Poder Judiciário Célere e Eficaz, editados a partir de 2004<sup>37</sup>, são *cartilhas* que determinam, passo a passo, um caminho a ser trilhado pelos poderes de Estado, notadamente pelas cortes superiores.

Portanto, não se trata de coincidência que, repentinamente, demandas trabalhistas despertem o interesse dos Ministros do STF e sejam premiadas com a "repercussão geral". Nem é um caso que todas elas, uma a uma, estejam sendo julgadas de modo a mitigar e mesmo suprimir direitos trabalhistas duramente conquistados.

---

irrisórios. Em 1998, a CUT convoca uma greve geral contra o governo reeleito de FHC e mesmo a Força Sindical adere ao movimento. Privatizam-se empresas do setor de telecomunicações e acirram-se as perdas do funcionalismo público, que não tem mais reajustes em seus salários. GIANNOTTI, Vito. História das lutas dos trabalhadores no Brasil. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007, pp. 286-293.

<sup>34</sup> COUTINHO, Grijalbo Fernandes. O Direito do trabalho flexibilizado por FHC e Lula. São Paulo: LTr, 2009, p. 28.

<sup>35</sup> A classificação do Estado em Liberal ou Social, Constitucional ou Democrático de Direito, não interessa a este estudo e o aprofundamento da questão é mesmo inviável diante dos limites da investigação a que se propõe. Para Sarlet, o Estado Constitucional nasceu da luta contra o absolutismo, instituindo constituições cujo objetivo principal era o de limitar e instrumentalizar o poder político. Por sua vez, o Estado Social se consolidou no século XIX em razão dos "movimentos reivindicatórios" decorrentes do "impacto da industrialização e dos graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam". SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 73 e 261.

<sup>36</sup> <http://www.anamatra.org.br/documentos-historicos/documento-319-do-banco-mundial/documento-319-do-banco-mundial>, acesso em 04.12.2014.

<sup>37</sup> [http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque\\_pt\\_br&idConteudo=173547](http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=173547), acesso em 04.12.2014.

Também não deve causar estranheza a apatia com que tais decisões são recebidas. Os juízes estão por demais envolvidos com o cumprimento de metas que intensificam o trabalho, instituindo uma verdadeira “linha de produção eletrônica” com o “novíssimo” PJE.

Como um agente desse roubo do tempo e da capacidade de indignação, o Conselho Nacional de Justiça vem estimulando o aniquilamento forçado das subjetividades, propiciando a transformação da função judiciária numa questão empresarial (de resultados)<sup>38</sup>, que anestesia qualquer capacidade de resistência.

Todas essas medidas estão direcionadas ao mesmo objetivo, para o qual os direitos sociais são um mal a ser eliminado do sistema. A insistência do STF, nas suas últimas decisões sobre questões trabalhistas, em referir a impossibilidade de que o TST garanta direitos através de súmulas é um discurso revelador. O mesmo compromisso ideológico que mantém o Direito refém da discricionariedade, condena a discricionariedade que promove direitos.

O problema, portanto, não está no ativismo judicial em si, mas na função que o Direito deve e pode exercer, e na confrontação dos projetos sociais que disputam o cenário das relações sociais e políticas no Brasil.

## Algumas reflexões finais

O enfrentamento crítico de decisões como a que aqui se discute, para que seja profícuo, deve enfrentar ao menos as duas perspectivas, que de certo modo conduzem o pensamento jurídico à sua própria negação.

De um lado, é preciso revelar que sob a perspectiva estritamente jurídica, o voto relator que fundamenta a decisão proferida no ARE 709212 é falho, comprometido com um paradigma filosófico que a própria dogmática jurídica já se propôs a superar e, desse modo, dissociado do propósito institucional atribuído ao STF, de guardião e realizador das promessas da Constituição.

De outro, é urgente demonstrar que essa resistência à superação da discricionariedade não se deve apenas a uma ausência de filosofia no Direito, nem à falta de compromisso com o caráter transformador que esse mesmo Direito se outorga, sobretudo a partir de 1988 no Brasil.

A decisão do STF sobre a prescrição do FGTS, cujo voto relator é produzido por um dos mais importantes constitucionalistas do nosso país, conclui que a introdução do FGTS no rol de direitos fundamentais dos trabalhadores, no artigo 7 da Constituição, é o fundamento para a redução do prazo para o exercício da pretensão desse direito.

Talvez essa seja a questão mais emblemática, da perspectiva jurídica, para que se compreenda o retrocesso havido no ARE 709212: a conquista obtida em 1988, ao transformar o FGTS em direito fundamental de todos os trabalhadores, desatrelando-o das garantias contra a despedida, é convertida na razão da perda histórica que o STF promove através dessa decisão!

Essa conclusão revela que o compromisso do Direito com o capital é bem mais visceral do que se pode pensar e que pretender construir uma sociedade capitalista que, ao mesmo tempo, seja inclusiva e solidária, é em alguma medida subverter o conteúdo e a função que Estado e Direito originalmente possuem. Daí a dificuldade em fazer prevalecer critérios para a decisão judicial, que

---

<sup>38</sup> Trata-se de algo tão assustadoramente presente na lógica atual, que o projeto de CPC em tramitação no Congresso Nacional faz constar: Art. 12. Os órgãos jurisdicionais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão; § 2º Estão excluídos da regra do caput: VII – as preferências legais e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça.

[◀ volta ao índice](#)  
[▲ volta ao sumário](#)

:: Ano XI | Número 177 | Fevereiro de 2015 ::

comprometam o juiz com a Constituição, exatamente porque as “promessas não cumpridas da modernidade” nunca foram promessas cujo cumprimento tenha sido desejado pelo capital.

Tais promessas, que podem ser traduzidas na realização dos direitos sociais, são o que temos de mais importante, imediato e real em termos de *melhoria* das condições de vida na realidade brasileira.

Portanto, o comprometimento com o projeto social instituído em 1988 é uma aposta necessária, até mesmo urgente, que se qualifica necessariamente como uma rejeição do projeto neoliberal delineado nos documentos antes mencionados.