

**CONSTITUCIONALISMO SOCIAL: DIREITO FUNDAMENTAL DO
TRABALHADOR AO LEVANTAMENTO DO FGTS NA PANDEMIA DO COVID-19
PARA ALÉM DAS HIPÓTESES DA MP nº 946/20.**

**SOCIAL CONSTITUTIONALISM: FUNDAMENTAL LAW OF THE WORKER
SURVEY OF FGTS IN THE PANDEMIC OF COVID-19 BEYOND THE
HYPOTHESES OF MP nº 946/20.**

Marcelo Braghini¹
Andréia Garcia Martin²

RESUMO

No contexto da pandemia do COVID-19 reconhecido por intermédio do Decreto Legislativo nº 06/20, dentre um conjunto de medidas legais adotadas no âmbito da regulamentação do trabalho, a MP nº 946/20, no art. 6º, admite a hipótese de levantamento parcial dos depósitos fundiários (FGTS), no valor de R\$ 1.045,00 (mil e quarenta e cinco reais), em contas ativas e inativas, utilizando da dicção legal “fica disponível”, o que nos permite entrever opção pela presunção de um “estado de necessidade” econômico, pela evidência dos efeitos econômicos adversos decorrentes da paralisação parcial das atividades econômicas pelas medidas de isolamento social, alcançando indiscriminadamente os trabalhadores de diversos contextos econômicos, em mercado formal ou informal, presumidamente hipossuficiente, ou hipersuficiente (art. 444, § único, da CLT com redação pela Lei nº 13.467/17). Contudo, há tratamento legal para estas situações de excepcionalidade no art. 20, inciso XVI, da Lei nº 8.036/90, atraindo o diálogo de fontes simultâneo pela idêntica base conceitual, o que permitira uma hipótese de interpretação conforme a constituição com a cláusula resolutória de levantamento do art. 20, inciso VIII, da Lei nº 8.036/90, com três anos de ausência no regime

¹ Mestre e Doutorando em Direito pela UNAERP, Professor de Direito do Trabalho da UEMG e UNAERP, Advogado e autor dos livros: “Reforma Trabalhista: flexibilização das normas sociais do trabalho”, LTr, 2017, “Direito do Trabalho e Processo do Trabalho”, JH Mizuno, 2019, e Contrato de Trabalho de Emergência em tempos de crise (COVID-19), JH Mizuno, 2020. Email: braghini.advocacia@gmail.com

² Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP (PUC/SP). Mestra em Direito, pela Instituição Toledo de Ensino em Bauru (ITE). Especialista em Justiça Constitucional pela Universidade de Pisa (Itália). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de São José do Rio Preto/SP (2002). Atualmente é Professora do Curso de Direito do Instituto Municipal de Educação Superior (IMES-FAFICA) de Catanduva/SP e da Universidade do Estado de Minas Gerais - Unidade Frutal. Líder do Grupo de Pesquisa, certificado pelo CNPQ, “IRIS” – Igualdade, Reconhecimento e Inclusão Social. E-mail: andreia.garciamartin@gmail.com

do FGTS, por tratar-se preponderantemente de direito fundamental do trabalhador, não obstante a finalidade secundária de fundo social, exigindo a eficácia normativa do art. 7º, inciso III, da CF, especialmente, para efeito do levantamento integral de contas inativas, não afastando, por este motivo, a natureza jurídica de salário diferido, em total consonância com o núcleo constitucional, sem negarmos os efeitos multidimensionais, a serem separados em principais e secundários, exigindo-se a prevalência do primeiro, em juízo de ponderação, razoabilidade e proporcionalidade, medida judicial que se impõe atrelada ao binômio necessidade-adequação, restando a evidência tratar de montante integrado ao patrimônio jurídico do trabalhador.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo Social; Fundo de Garantia por Tempo de Serviço; Levantamento; Pandemia; COVID-19; Competência Justiça do Trabalho; Direito Fundamental do Trabalhador.

ABSTRACT

In the context of the COVID-19 pandemic recognized through Legislative Decree No. 06/20, among a set of legal measures adopted within the scope of labor regulations, MP No. 946/20, in art. 6, admits the hypothesis of partial withdrawal of land deposits (FGTS), in the amount of R \$ 1,045.00 (one thousand and forty-five reais), in active and inactive accounts, using the legal diction “stays available”, which allows to glimpse the option for the presumption of an economic “state of need”, for the evidence of the adverse economic effects resulting from the partial paralysis of the economic activities by the measures of social isolation, reaching indiscriminately the workers of diverse economic contexts, in formal or informal market, presumably under-sufficient, or hypersufficient (art. 444, sole paragraph, of the CLT with wording by Law No. 13,467 / 17). However, there is legal treatment for these exceptional situations in art. 20, item XVI, of Law 8,036 / 90, which will allow a hypothesis of interpretation according to the constitution, since it is predominantly a fundamental right of the worker enrolled in art. 7, section III of the Constitution, especially for the purposes of full lifting of inactive accounts, not excluding the legal nature of deferred pay, and to integrate the amount deposited the legal heritage of the worker.

KEYWORDS: Social Constitutionalism; Guarantee Fund for Length of Service or Severance Indemnity Fund; Withdrawal; Pandemic; COVID-19; Competence for Labor Justice; Fundamental Worker Right.

INTRODUÇÃO

Acreditamos que o operador do direito encontrará um grande desafio na interpretação não apenas das Medidas Provisórias adotadas durante a pandemia para a regulamentação do trabalho, com efeito imediato, e aplicável a situação de excepcionalidade, mas também utilizar deste regime jurídico emergencial e transitório, para compreender o sentido e alcance das disposições anteriores, especialmente, quanto aos efeitos de exoneração das obrigações trabalhistas previstas em norma indisponível, seja pelo argumento de força maior (art. 501 da CLT), contido pela natureza indisponíveis do direito do trabalho, que não franqueia espaço discricionário para livre estipulação de condições de trabalho, mas que permite amplia o debate e permite o avanço das discussões da efetividade de direitos fundamentais do trabalho pela perspectiva doutrinária da força normativa da constituição, com reposicionamento dos seus valores intrínsecos por um juízo de ponderação, atento aos vetores de razoabilidade e proporcionalidade, que franqueiem ao Judiciário o reposicionamento da necessidade e adequação em momento de excepcionalidade.

Por outro lado, alguns efeitos legais de mitigação da indisponibilidade de direitos trabalhistas, conforme previsão do *factum principis* do art. 486 da CLT, com transferência parcial da responsabilidade ao Poder Público, efeitos restritos aqueles determinados pela lei (Multa de 40% do FGTS e Aviso Prévio Indenizado), quando da paralisação, total ou temporária, das atividades econômicas por atos do próprio Poder Público, a exemplo os decretos de calamidade pública de Prefeitos e Governadores, determinando o fechamento de atividades não essenciais, para execução do isolamento social recomendado pela Organização Mundial da Saúde, ou redução da multa do FGTS a 20%, pelo argumento da força maior, indagando superficialmente, por não ser o objeto do presente estudo, se estas disposições são passíveis de convivência em um mesmo *locus* jurídico com a contrapartida do Governo nas medidas de antecipação de seguro-desemprego, hipóteses de redução de salário e suspensão de contrato de trabalho previstas na MP nº 936/20, ou mesmo, a MP nº 944/20 que institui “Programa Emergencial de Suporte a Empregos”, que no art. 2º destina linhas de crédito para financiamento das folhas de pagamento das empresas por 60 (sessenta) dias.

Como premissa das proposições subsequentes, cabe indagar o quão excepcional, ao direito, e sua interpretação, não obstante as legítimas preocupações de uma severa onda de judicialização, no contexto da pandemia do COVID-19?

E a respostas vem com os desafios nas escolhas morais as quais nos serão impostas³, a semelhança dos médicos de diversas partes do mundo, que dentro de protocolos bioéticos aprovados previamente, deverão lidar com a decisão moral de quem permanece vivendo diante de uma escassez de recursos para contenção dos efeitos da COVID-19, com imunidade civil e penal aprovada pelo Governador do Estado de *Nova York*⁴, o que reforça, na nossa contextualização a partir da excepcionalidade da pandemia, e a necessidade de adoção

³ Em outras partes do mundo, antenados com a importância do momento atravessado pela humanidade, o primeiro ministro *Boris Johnson* da Inglaterra, com suporte parlamentar do partido conservador, propõe a garantia de uma remuneração universal mínima ao cidadão inglês, como contrapartida das subvenções governamentais, não havendo, em primeiro plano, preservação de dividendos de acionista, e recompra de ações pelas próprias companhias beneficiadas, o que ficou de fora na aprovação no pacote de estímulo financeiro americano. A reportagem de Neil Irwin, no jornal *The New York Times*, de 19 de março de 2020, com o título: “*A Taxonomy of Bailouts: Comparing the Coronavirus Rescues With Rescues Past: There are various reasons the government steps in to rescue a failing company or entire sector. We’ll probably be hearing all of them soon*”, introduz interessante discussão do aspecto moral das escolhas sociais (*social choices*) feitas em momentos de extrema excepcionalidade e imprevisibilidade, estímulos via pacotes financeiros destinados as grandes corporações, ou preservação da renda de trabalhadores e microempresas/empresas de pequeno porte, o que justificam a adoção de medidas compensatórias, denotando a condução ética dos processos de tomada de decisão, pela boa-fé dos agentes privados e instituições envolvidas, fortalecendo em momentos de dificuldade o conceito de responsabilidade social, no âmbito governamental e corporativo, vejamos no original: “This systemic risk drove the Bush and Obama administrations and the Fed under Ben Bernanke to give emergency loans to A.I.G.; arrange the sale of the investment bank Bear Stearns; and invest money on favorable terms in hundreds of banks, starting with the handful of giant “*too big to fail*” institutions like Citigroup and Bank of America [...] As such, they tend to have “systemic risk,” the possibility that the failure of one firm or one key market could ripple through the economy and make everybody worse off. In that case, the usual arguments against bailouts - especially moral hazard, the idea that rewarding firms that made irresponsible bets encourages more irresponsible bets in the future - tend to get pushed aside”.

Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/03/19/upshot/coronavirus-comparing-bailouts.html> , acesso em 19/03/20.

⁴ Imunidade penal e civil dos Médicos de Nova York retratada na opinião de *Robert Klitzman*, em 04/04/20 no ensaio “*New York is granting health care providers civil and criminal immunity during the coronavirus emergency. So should other states*”, pelo jornal *The New York Times*, vejamos: “Doctors are trained to do everything they can to save their patients’ lives. This imperative is fundamental and deeply ingrained. But the Covid-19 pandemic is turning this goal — and the very practice of medicine — upside down. Surging numbers of patients and the pronounced lack of protective equipment are putting countless physicians and nurses at risk, forcing them to re-evaluate how they care for their patients. They are practicing battlefield medicine and making decisions that could put them at risk of civil or criminal liability. On Friday, Gov. Andrew Cuomo signed legislation [immunizing health care providers](#) for medical decisions they make in the course of providing care to victims of the pandemic during the duration of the emergency that he declared on March 7. This action is vital to protecting doctors and nurses on the front lines of this crisis”.

Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/04/04/opinion/coronavirus-doctors-lawsuits-prosecution.html>, acesso em: 06/04/20.

de medidas jurídicas ligadas a razoabilidade e proporcionalidade, tão indispensáveis a construção do direito constitucional contemporâneo, reforçando o papel do constitucionalismo social em particular.

No julgamento da constitucionalidade da MP nº 936/20, por medida cautelar, na ADIN nº 6363 no STF, fica evidente a posição dos Ministros, em especial a do Ministro Luis Roberto Barroso, no sentido da autocontenção (*self-restraint*) do Poder Judiciário seja pelo juízo político que o Congresso Nacional fará a partir da conversão em lei das Medidas Provisórias, ou ainda, pela falta de *expertise* do Poder Judiciário para adentrar ao mérito de um conjunto articulado de medidas técnicas e multidisciplinares, adotadas pelo Poder Executivo para arrefecer as consequências econômicas da pandemia.

Diante deste cenário, e pelas discussões paralelas no Congresso Nacional, ao entorno da melhor solução, destacamos a iniciativa quanto à suspensão da legislação em vigor que venha a conflitar com o regime emergencial e transitório, motivo pelo qual o art. 2º do PL nº 1.170/20, aplicável ao direito do trabalho, pelo diálogo das fontes do art. 8º, § 1º, da CLT, que prevê: “*a suspensão da aplicação de normas referidas nesta Lei não implica sua revogação ou alteração*”, com efeitos interpretativos de prevalência da lei temporária durante seu prazo de vigência, o que afasta a aplicação da lei que disponha em sentido contrário, não por ter sido revogada, mas por ter sido reconhecida a suspensão da sua eficácia.

Este raciocínio tem respaldo na normatização das leis temporárias do art. 2º, *caput*, da LINDB, modalidade diversa da lei de efeito permanente, o que justifica nossa afirmação quanto à mera preterição da lei de vigência permanente pela lei temporária, para que a natureza de autodeterminação da lei temporária tenha a legítima eficácia que se espera, justificada juridicamente na natureza de excepcionalidade de sua edição, para nós, equiparando os seus efeitos ao da lei especial, ficando para as demais regras, o conteúdo de lei geral, aplicação, por analogia, do § 2º, art. 2º, da LINDB.

Analisando o aspecto da vigência da lei por autodeterminação Goffredo Telles Junior (2008, p. 202) se posiciona:

O fim da vigência resulta da volta a normalidade de uma situação de crise, conjuntura anormal que a lei acudiu com medidas de execução. Exemplo: a lei sobre providências especiais, para um estado de emergência ou de calamidade pública. Superada a crise, as medidas de exceção deixam de ser necessárias: a própria lei as suprime, e a sua vigência se exaure. Estes são os casos das leis com vigência temporária, e que a cessação da vigência da lei se verifica por autodeterminação.

Contudo, o preterimento das normas de vigência permanentes por aquelas excepcionais pela temporalidade das medidas, sob pena de estado de exceção, não devem ser reconhecidas fora dos contornos e soluções promovidos pelo próprio texto constitucional, lavando em consideração suas próprias preferências, um controle da própria maioria e das paixões vivenciadas pelo momento.

1. Constitucionalização do Direito do Trabalho

Com o sepultamento da tese socialista, e como corolário direto da função social da propriedade, há o triunfo da socialidade, com a prevalência dos interesses sociais da coletividade sobre aqueles meramente individuais, possibilitando, dentro de alguns limites, a ampliação do espaço da negociação coletiva no sentido da privatização do direito do trabalho, passando a exigir uma conduta ética no ambiente corporativo, atendendo os preceitos que devam envolver a interlocução dos atores sociais, alinhada com uma maior responsabilidade social das empresas quanto ao equilíbrio das relações trabalhistas, apresentando novas diretrizes que rompem com a tendência paternalista decorrente da hipertrofia da legislação estatal de proteção social do trabalhador, o que para alguns⁵ permitiria uma reformulação dogmática a partir da disfuncionalidade do sistema protecionista, exigindo uma releitura da teoria da hipossuficiência com a maior aproximação ao modelo de regulamentação justtrabalhista autônoma.

Como reforço das implicações dos direitos fundamentais nas relações privadas, esta vertente fora essencialmente captada pelo Código Civil de 2.002, que na sequência fundamenta construção doutrinária do Direito Civil Constitucional⁶, crise da autonomia da vontade com maior dirigismo contratual, não apenas pela lei, mas uma guinada promovida com fundamento nos preceitos da eticidade, socialidade e operabilidade⁷, e a esteira do BGB

⁵ ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim. O moderno Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1994. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito contemporâneo do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁶ Professor Gustavo Tepedino UFRJ.

⁷ Miguel Reale, autor do anteprojeto do CC/02, no ensaio “*Visão geral do projeto de Código Civil: tramitação do projeto*” (Revista dos Tribunais, nº 752, jun. 1998, p. 22-30), adverte que se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da ‘socialidade’, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana, e o projeto, se distingue pela maior aderência a realidade contemporânea, com a necessária revisão dos direitos e deveres dos

(Código Civil) Alemão incorpora o modelo de *standards* jurídicos, de cláusulas abertas, ou preceitos jurídicos indeterminados, que reconciliando o direito com a *ética*, permite a um só tempo a oxigenação do sistema normativo, e concessão de espaço de discricionário ao intérprete, relativizando o anacronismo do formalismo jurídico, para suavizá-lo na direção da justiça, pela inegável abstração da lei perante o caso concreto, uma roupa feita que serve a todos mas não assenta bem em ninguém. Diante da insuperável natureza abstrata da lei, houve a concessão de espaço a ação construtiva da jurisprudência, com a aplicação de valores éticos na mediação de conflitos extraídos das relações privadas, como os da boa-fé objetiva e equidade, com reflexos na posituação da razoabilidade no CPC/15.

Segundo as lições de Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 224), a partir da análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha, admitir-se-á aplicação dos direitos fundamentais na interpretação dos conceitos indeterminados, as *cláusulas gerais* representam a porta de entrada dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado, admitindo a irradiação dos seus efeitos por todo ordenamento infraconstitucional desta natureza.

Na ótica de Paulo Bonavides (2011, p. 76) a razoabilidade promove uma revolução na nova teoria do Direito Constitucional, um princípio que se move no sentido de: *“compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas”*.

Diante deste cenário, o Tribunal Superior do Trabalho contrariando a noção da segurança jurídica inerente ao princípio da legalidade (*rule of law*), fundamento do sistema constitucional (art. 5º, inciso II, da CF), insofismável elo de estabilização do passado, compreensão do presente e previsibilidade⁸ do futuro, mas sobrelevando o aspecto humanístico introduzidos no sistema constitucional a partir de 1988, pela sua jurisprudência, passa a reconhecer por seu enunciados normativos (Súmulas), o que para alguns de forma perdulária (voltamos a nossa distinção didática entre *Welfare State* público e privado), direitos e obrigações fora do arquétipo da lei (proibição do ativismo judicial no art. 8º, § 2º, da CLT, pela Lei nº 13.467/17, Reforma Trabalhista), desarmonizando o equilíbrio da separação dos

cinco personagens tradicionais do Direito Privado: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador.

⁸ Eros Roberto Grau (2013, p. 29) destaca que o mercado é uma instituição jurídica, submetido à regulamentação do próprio Estado, consistindo em uma ordem no sentido de estabelecer a regularidade através da previsibilidade de comportamentos, seu funcionamento pressupõe a obediência, pelos agentes privados que nele atuam, de determinadas condutas, e esta mesma uniformidade de condutas permite a cada um desses agentes desenvolverem cálculos para a tomada de decisão, de parte deles, no dinamismo do mercado.

poderes (art. 2º da CF), o que pode ser retratado pelo conteúdo de algumas de suas Súmulas em recordação aleatória:

- (i) Súmula nº 244, item III, do TST: prevalência da garantia de emprego da gestante em contrato por prazo determinado, que por lei, tem prazo fatal de resolução pelo aspecto temporal;
- (ii) Súmula nº 443 do TST: presunção da dispensa discriminatória do portador do HIV ou doença grave que suscite estigma ou preconceito; e,
- (iii) Súmula nº 444 do TST: manutenção do plano de saúde na suspensão do contrato de trabalho por acidente. Referidas decisões em maior ou menor grau incorporam o efeito regulador, nas relações de direito privado, da boa-fé objetiva (art. 422 do CC), com ferramenta de repressão no abuso de direito (art. 187 do CC), hipótese de antijuridicidade autônoma que não exige o ilícito, mas o comportamento daquele que se excede no exercício de um direito legítimo, contrariando o fim econômico e social da regra de direito, hipótese de antijuridicidade autônoma daquela do art. 186 do CC.

Embora forçoso reconhecer a aplicação moderada da tese do abuso de direitos no campo do direito do trabalho, o que contrariaria a função conservadora exercida na relação de poder entre capital e trabalho, com prevalência a segurança jurídica, a previsibilidade de um custo, pela inegável característica de fator de produção da força de trabalho, Heloísa Carpena (2001, p. 34) relata com precisão o impreciso conteúdo repressivo do abuso de direito, e ainda não completamente compreendido nas decisões exaradas no âmbito da Justiça do Trabalho, vejamos:

O ilícito, sendo resultante da violação dos limites formais, pressupõe a existência de concretas proibições normativas, ou seja, é a própria lei que irá fixar limites para o exercício do direito. No abuso de direito não há limites definidos e fixados aprioristicamente, pois estes serão dados pelos princípios que regem o ordenamento, os quais contêm seus valores fundamentais.

Nesta mesma linha, o Professor Gustavo Tepedino (2013, p. 46) da UFRJ, precursor da abordagem constitucional do direito privado através do *Direito Civil Constitucional*, reconhece que:

A intenção do legislador foi a de abarcar as diferentes concepções de abuso de direito, impondo limites éticos ao exercício de posições jurídicas, seja por meio do princípio da boa-fé objetiva, da noção dos bons costumes ou da função socioeconômica dos direitos.

Inegável o avanço na satisfação da função protetiva, tutelar do direito do trabalho, alcançado pela ótica da releitura constitucional dos seus institutos clássicos, revitalizando sua jurisprudência, mas talvez cometendo um erro conceitual, uma vez que o empregador, como agente privado dentro da extensão da livre iniciativa, também será sujeito ativo de direitos fundamentais de autodeterminação no mercado de bens e serviços.

Pela perspectiva de Daniel Sarmiento (2009, p. 209), dentro do universo dos direitos fundamentais, que explora a acepção da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, quando são transportados às relações de direito privado devem ser promovidas suas adequações necessárias, uma vez que não há como adotar a solução simplista de transplantar o particular para a posição de sujeito passivo dos direitos fundamentais, equiparando o seu regime jurídico ao dos Poderes Públicos, pois o indivíduo diversamente do Estado, também é titular de direitos fundamentais, e está investido pela própria constituição em um poder de autodeterminação dos seus interesses privados, não servindo a função social da propriedade como argumento teórico para excluir responsabilidades que são exclusivas do Estado.

Luis Roberto Barroso (2015, p. 400) chama a atenção para o efeito da “constitucionalização” do direito social, que compreende inegavelmente o direito do trabalho, para o autor:

Com efeito, à medida que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante. Trata-se da constitucionalização das fontes do Direito naquela matéria. Tal circunstância, nem sempre desejável, interfere com os limites de atuação do legislador ordinário e com a leitura constitucional a ser empreendida pelo Judiciário em relação ao tema que foi constitucionalizado.

Logo, o posicionamento do atual Ministro do STF reforça, em meio a pandemia do COVID-19, o “caráter subordinante”, defendido no texto, não apenas como limite de atuação do legislador ordinário, mas mais do que isso, na *leitura a ser empreendida pelo Judiciário em relação ao tema que foi constitucionalizado*”.

Um movimento em sentido contrário da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2014, estaria por inaugurar a 2ª fase da flexibilização no Brasil, ainda que uma fase de transição, mas com inegável suporte de legitimação as alterações paradigmáticas que seriam introduzidas na regulamentação do trabalho pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17), por meio do *leading case* do RE nº 590.415, tendo por relator o Ministro Luis Roberto Barroso, fora ampliado o centro alternativo de positivação de norma jurídica do art.

7º, XXVI, da CF, com a revitalização do princípio da autonomia coletiva da vontade por um inegável processo de *mudança constitucional*⁹ ou *living constitution*, fortalecendo o diálogo social por meio da negociação coletiva, com prevalência as fontes normativas do trabalho promovidas pela interlocução dos atores sociais, revertendo nossa característica de maior intervenção do Estado na regulamentação do trabalho, que resulta em uma inegável hipertrofia legislativa, própria do nosso sistema *civil law*, e com argumentos jurídicos requintados, para cirurgicamente posicionar o Brasil na direção dos países riscos da *OECD* (*Organisation for economic co-operation and development*), driblando o princípio da norma mais favorável¹⁰ (art. 7º, *caput*, da CF), mas sem ofender as diretrizes das Convenções 98 e 154 da OIT, haveria, portanto, uma cláusula residual de negociação coletiva, que para maior segurança jurídica, deveria ser regulamentado por lei (com de fato ocorreu com a Reforma Trabalhista, 3ª fase da flexibilização, mediante o novo art. 611-A da CLT pela Lei nº 13.467/17).

2. Justiça Materialmente Competente

Há a percepção de uma nova onda de judicialização no que pertine a matéria, que naturalmente impõe a discussão acerca da competência material dos ramos do Poder Judiciário, pela posição jurídica da Caixa Econômica Federal como órgão gestor do FGTS, indagações que em primeira análise justificariam a preferência do operador pela Justiça Federal, com respaldo no art. 109, inciso I, da CF, mas que admite alternativas, por um viés interpretativo decorrente da Reforma do Poder Judiciário EC nº 45/04, tivemos a ampliação

⁹ Aplicação da máxima de Georges Ripert: “quando o direito ignora a realidade, a realidade se vinga ignorando o direito”.

¹⁰ Em linha com um sistema de descentralização da negociação coletiva, que venha a fortalecer os comitês de empresa, desde que observado o *standard* promovido pelas entidades Sindicais via Convenção Coletiva de Trabalho o relatório “*Employment Outlook 2018*” da *OECD* (*Organisation for economic co-operation and development*), destaca a dificuldade de sua implantação em sistemas de *civil law*, que reconhecem a rigidez, em matéria do trabalho, da prevalência da norma mais favorável, vejamos:

“*Organised decentralisation can take several forms - see Ibsen and Keune (forthcoming) for more details. In a first model, sector-level agreements provide a general framework but leave room for lower-level agreements to tailor the terms of employment. This approach is thus predicated on multi-level bargaining and strong local representation (or extensions) and can be found in Denmark, Norway and Sweden, for instance. In these countries, the favourability principle is not set in the law but entirely left to the bargaining parties who decide whether and in which case it applies.*”

da competência material da Justiça do Trabalho no *caput* e inciso I do art. 114, inciso I, da CF.

Por via de consequência, fora pelo legislador constitucional derivado franqueada competência em “*jurisdição voluntária*”, que questões que embora não sejam inerentes ao extinto contrato de trabalho, dele são decorrência lógica, cláusula resolutiva ligada a sua existência/validade, e paralelamente, houve superação interpretativa acerca da dicção restrita do “*processar e julgar*” inserida no *caput* do art. 114 da CF, até porque, com a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17) o novo art. 855-B da CLT passa a prever esta tipologia procedimento de forma expressa.

Ainda, que a partir deste novo marco jurídico das relações do trabalho, viemos a identificar alguma incompatibilidade procedimental pelas exigências expressas do dispositivo celetista em análise, tanto antes da reforma nos valíamos, e agora também podemos nos valer, de uma regra residual, por aplicação subsidiária, admitida no art. 15 do CPC c/c art. 769 da CLT, no que se refere às disposições do art. 515, inciso III c/c art. 725, inciso VIII, do CPC, uma vez que sua utilidade prática atual, representaria regra residual, se a opção interpretativa da própria Justiça do Trabalho visualize resistência nos limites procedimentais transação levada a efeito de sua homologação, falando o art. 725, inciso VII, do CPC, em expedição de alvará judicial.

Nota-se incipiente inclinação da Justiça do Trabalho para o exercício deste papel jurisdicional na administração, não de interesse particular relevante, mas interesse público, reconhecido pela destinação de recursos do fundo ao fomento de atividades de interesse social, com respaldo no Enunciado nº 63 da 1ª Jornada de Direito e Processo do Trabalho¹¹, e o cancelamento da Súmula nº 176 do TST¹² com consequências hermenêuticas sensíveis, ou ainda, pelo recente precedente (ou melhor, decisão) no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Eis o direcionamento jurisprudencial:

¹¹ COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. LIBERAÇÃO DO FGTS E PAGAMENTO DO SEGURO-DESEMPREGO. Compete à Justiça do Trabalho, em procedimento de jurisdição voluntária, apreciar pedido de expedição de alvará para liberação do FGTS e de ordem judicial para pagamento do seguro-desemprego, ainda que figurem como interessados os dependentes de ex-empregado falecido.

¹² FUNDO DE GARANTIA. LEVANTAMENTO DO DEPÓSITO (cancelada). A Justiça do Trabalho só tem competência para autorizar o levantamento do depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na ocorrência de dissídio entre empregado e empregador.

TUTELA CAUTELAR ANTECIPADA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. LIBERAÇÃO DOS DEPÓSITOS DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO EM FAVOR DE TRABALHADOR NECESSITADO. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA NACIONAL (PANDEMIA). HIPÓTESE DO ART. 20, XVI, DA LEI 8.036/1990. DEFERIMENTO FORA DOS PARÂMETROS ESTRITOS DA MEDIDA PROVISÓRIA 946/2020. POSSIBILIDADE. 1. A despeito da resistência que a requerente formaliza nos autos, a decisão atacada encerra típico procedimento de jurisdição voluntária, já que os depósitos de FGTS pertencem ao trabalhador, sendo a Caixa Econômica Federal mera depositária (conquanto o depósito, na espécie, sofra regência legal específica, "ex vi" da Lei 8.036/1990). Noutras palavras, a CEF não detém interesse próprio sobre tais depósitos, já que não é titular do respectivo crédito e nem detém propriedade sobre os dinheiros acautelados (sequer de natureza resolúvel). Seu único interesse, de *cariz* administrativo, diz com a preservação da legalidade dos procedimentos; e apenas nessa medida pode oferecer “resistência”, não como titular de direitos ou pretensões, mas como gestora do FGTS e fiscal da respectiva regularidade. Daí não haver lide na clássica acepção *carneluttiana* (i.e., conflito de interesses qualificado por pretensão resistida, disputando-se a subordinação de interesse alheio ao interesse próprio): a CEF não resiste à pretensão da autora como legítima detentora de contrapretensões de direito material (i.e., por “interesse próprio”); “resiste” apenas como fiscal da legalidade administrativa do Fundo. Nesses termos, o caso não atrai a competência da Justiça Federal, já que a CEF não é “ré” (CF, art. 109, I), tratando-se mesmo de procedimento da competência material da Justiça do Trabalho (CF, art. 114, I), notadamente após o cancelamento da Súmula n. 176 do C. TST. . O art. 20, XVI, da Lei 8.036/1990 traduz hipótese mais ampla que a da MP 946/2020 (art. 6º), alcançando todos os casos de calamidade pública aos quais se associe a necessidade pessoal do trabalhador (derivada da urgência das provisões e da gravidade do fato posto); sob tais requisitos, diversamente do que prevê a MP 946/2020, é possível inclusive a liberação integral do FGTS, a depender da necessidade, independentemente dos prazos da própria medida provisória; e, de todo modo, o valor-referência não será o da MP 946/2020 (R\$ 1.045,00), mas o do Decreto 5.113/2004 (R\$ 6.220,00). 3. De outra parte, é certo que, para os fins do art. 20, XVI, da Lei do FGTS, as pandemias perfazem hipótese de desastre natural de origem biológica, o que não poderia ser limitado por ato regulamentar da União. Irrita, portanto, a limitação conceitual operada pelo Decreto n. 5.113 /2004 (art. 2º), que nessa parte regulamentou “*contra legem*”, distinguindo entre as possíveis naturezas dos desastres naturais - onde, a propósito, o legislador não distinguiu - e “escolhendo” as que estariam sob a égide da Lei 8.036/1990. 4. A hipótese da MP 946/2020, ao revés, não exige a prova (ou a presunção) da necessidade pessoal do trabalhador, bastando o específico estado de calamidade reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6/2020 para que, diante de mero requerimento administrativo, movimente-se o FGTS, a partir de 15/6, até R\$ 1.045,00. 5. Para mais, é certo que, na sua tripla natureza, o FGTS tem, para o

empregado, caráter de salário diferido, o que mais justifica poder fruir prontamente dos valores depositados, em tempo de pandemia, mercê do principal valor constitucional a se preservar neste momento: a segurança alimentar e econômica do trabalhador e de sua família. 6. Tutela cautelar antecipada indeferida.

Deste modo, entendemos pela competência concorrente entre Justiça Federal, e Justiça do Trabalho, que poderá acarretar em futuro próximo a arguição de conflito de competência perante o Superior Tribunal de Justiça¹³.

3. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

Devemos observar que o regime jurídico do FGTS foi introduzido no sistema jurídico pátrio a partir da edição da Lei nº 5.107/66, com inegável carga simbólica e paradigmática, representando um movimento crescente de flexibilização legal, ainda que, inicialmente, tenha sido previsto como um regime optativo, e por vezes de opção retroativo, que viesse a substituir à estabilidade decenal do art. 492 da CLT, alcançada após 10 (dez) anos de serviço, que passaria a regime obrigatório a partir do art. 7º, III, da CF, que revogou a sistemática anterior, e passou a ser regulamentado no plano infraconstitucional pela Lei nº 8.036/90.

Ao tratarmos da natureza jurídica do FGTS com implicações práticas no regime jurídico a ser adotado, seja ele de Direito Público - diante da opção pela sua natureza tributária, com consequência prática na sua submissão ao sistema tributário nacional estabelecido em sede constitucional, como no exemplo da preservação do princípio da anterioridade tributária diante de eventual alteração legislativa de suas disposições – seja, ainda, na prevalência da natureza de Direito Privado – enquadramento correspondente à tese do salário diferido. Entendemos estar completamente superado o posicionamento relativo ao seu enquadramento a uma modalidade de tributo, uma vez que suas características não são compatíveis com a subsunção no conceito legal de tributo do art. 3º do CTN, não tratando de obrigação compulsória prevista em lei, de cobrança vinculada, e que não tenha por fato gerador um ato ilícito praticado pelo contribuinte.

¹³ Regra que se extrai a *contrário sensu* do art. 102, inciso I, alínea “o”, da CF: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal”;

Para nós o FGTS representa uma espécie de salário diferido, pago pelo empregador como direito trabalhista vinculado a execução do contrato de trabalho, cujo numerário será ao trabalhador disponibilizado em toda a sua integralidade, desde que preenchidas as hipóteses autorizantes da lei, levantando-se o saldo remanescente decorrente dos depósitos mensais devidos pelo empregador e vertidos na conta vinculada do trabalhador, mantida perante a Caixa Econômica Federal.

Para Sérgio Pinto Martins (2017, p. 692) haveria uma dificuldade quanto ao ponto de vista, a perspectiva utilizada por cada uma das partes do contrato de trabalho, para definir com propriedade a natureza jurídica do FGTS: *“note-se, por conseguinte, a dificuldade de se especificar qual a real natureza jurídica do FGTS, que é, portanto, múltipla ou híbrida, devendo ser analisada sob dois ângulos, do empregador e do empregado”*.

Como nossa proposta interpretativa parte da prevalência conceitual de ser este um direito fundamental do trabalhador (art. 7º, inciso III, da CF), sobressairia a posição do autor pela perspectiva do empregado (2019, p. 688):

Poderia a natureza jurídica do FGTS ser entendida como salário diferido. É um salário adquirido no presente e que será utilizado no futuro, uma poupança diferida, uma forma de pecúlio para o trabalhador. O empregado adquire o direito ao FGTS com o ingresso na empresa, decorrente do contrato de trabalho. Parte do salário do empregado não é paga diretamente ao obreiro, mas é destinada ao referido fundo, visando a formação de um somatório de recursos que futuramente irá prover a subsistência do operário, quando, pela ocorrência de um evento (dispensa, aquisição de casa própria etc.), terá de levantar os valores depositados. O FGTS seria uma espécie de salário diferido, porque o benefício resultante não seria pago imediatamente ao trabalhador.

A lei prevê em rol taxativo, no art. 20 da Lei nº 8.036/90, as hipóteses autorizantes do levantamento do FGTS pelo trabalhador, especialmente pelo fato do montante global depositado nas contas fundiárias ser utilizado para o financiamento das políticas públicas na construção civil, destinada às pessoas de baixa renda, finalidade institucional do Fundo, que poderia ter seu equilíbrio financeiro e atuarial comprometido, ao permitir a interferência indevida do Poder Judiciário, autocontenção de que tratou o Ministro Luis Roberto Barroso no julgamento do ADIN nº 6363 no STF, ainda que não tivesse esta matéria por objeto, uma vez que a possibilidade de levantamento não fora albergada na MP nº 936/20, ou mesmo, na ausência de *expertise* técnica para adentrar no mérito, observação, na mesma oportunidade, no

Ministro Luiz Fux, ao criar seus próprios critérios para movimentação das contas vinculadas, fora de uma política uniforme para casos similares, o que excede os limites da jurisdição, que poderia estar por usurpar do poder de legislar, mas que em nossa opinião, o valor autorizado não atende a função do próprio instituto criado para a proteção jurídica do trabalhador.

Todavia, a própria regra permanente de movimentação do fundo, admite no dispositivo em destaque (art. 20 da Lei nº 8.036/90), a concessão do levantamento fundiário, movimentada na hipótese de: *“I - despedida sem justa causa, inclusive a indireta, de culpa recíproca e de força maior”*, situação esta de força maior compatível com a pandemia do COVID-19.

Não obstante, a doutrina não esteja inclinada no reconhecimento da natureza tributária do FGTS, por não enquadrar-se à perfeição no conceito legal de tributo do art. 3º do CTN, embora, sobressair à natureza de obrigação compulsória, o que lhe permita amoldar na ideia de um salário diferido, natureza híbrida, que não autorizaria o argumento de inviabilidade de mensuração Judiciária pelo instituto da moratória, ou seja, pela perspectiva passiva do recolhimento pelo empregador, natureza de direito trabalhista indisponível, o diferimento do recolhimento depende de autorização legal, nos moldes da suspensão do recolhimento de março, abril e maio, conforme art. 19 e 20 da MP nº 927/20, o que teria impacto direto no equilíbrio financeiro e atuarial do fundo, mas analisado meramente pela perspectiva do empregador, o que estaria excluído de nosso campo de análise.

Em tempos de crise econômica, considerando a viabilidade legal da rescisão indireta por descumprimento de obrigações contratuais (art. 493, alínea “d” da CLT), entendemos que a relativização do pretense rigor do dispositivo pela jurisprudência, quanto ao descumprimento pontual do empregador das obrigações contratuais de um conjunto de empregados, o que permitiria na experiência da recuperação judicial a aplicação do princípio da preservação da empresa previsto no art. 47, da Lei nº 11.101/05, congregado a visão moderna da função de coordenação do Direito do Trabalho, não apenas vinculada à função protetiva de outrora, mas propiciando a coordenação efetiva entre os interesses do capital e trabalho, mesmo porque, a livre iniciativa no art. 170, *caput*, da CF deve ser harmonizada com a valorização do trabalho no sentido da consecução da justiça social posto que o desenvolvimento social não deve ser obstáculo ao econômico (e vice-versa), mas que pela sua fundamentalidade, deve justificar a rescisão contratual em benefício do trabalhador, até

mesmo pela moratória concedida diante da dificuldade de recolhimento durante a pandemia do COVID-19.

Em sentido contrário, ter-se-ia pelo magistério de Vólia Bomfim Cassar (2017, p. 1103) que reconhece a posição majoritária da doutrina quanto ao não enquadramento no tipo de rescisão contratual em destaque, a viabilidade da rescisão indireta fundada na mera ausência dos depósitos do FGTS, embora, inegavelmente, reconhecida como descumprimento de obrigação compulsória decorrente do contrato de trabalho, uma vez que “... *o empregado, via de regra, só movimenta a conta do FGTS quando da extinção do contrato de trabalho, a falta não tem a necessária gravidade nem torna insuportável a continuidade da relação de emprego*”.

Advogamos no sentido diametralmente oposto, seja no contexto da recuperação judicial, como na pandemia da COVID-19, com exceção do diferimento do recolhimento autorizado em lei, a prática nos Tribunais nos leva a reconhecer a inviabilidade da recuperação econômica da empresa devedora contumaz de direitos trabalhistas elementares como o FGTS, indícios inegáveis da existência de um passivo maior que o ativo, passo inexorável ao reconhecimento jurídico do estado falimentar, ou mesmo, de recuperação judicial, acompanhado, na maioria das vezes, de demissões em massa sem “caixa” para pagamento das demais verbas rescisórias, relegando a sobrevivência do trabalhador à liberação, mediante alvará judicial, dos valores depositados nas contas vinculadas dos empregados, por vezes em quantia parcial daquela devida, bem como habilitação no seguro-desemprego.

Para nós, a leniência da jurisprudência majoritária, neste ponto, contribui para uma situação de total desamparo do trabalhador, realidade econômica adversa que inviabiliza a resposta institucional reparadora da omissão consentida, e neste sentido, fundamentamos nossa posição através da Súmula nº 59 do TRT da 5ª Região, eis o direcionamento jurisprudencial:

Súmula nº 59 do TRT da 5ª Região. DESPEDIDA INDIRETA. AUSÊNCIA DE DEPÓSITO DO FGTS. CONFIGURAÇÃO. O descumprimento pelo empregador da obrigação legal de efetuar os recolhimentos dos valores devidos ao empregado a título de FGTS configura prática de falta grave passível de ensejar o reconhecimento da despedida indireta, na forma prevista no art. 483, d, da CLT,

não havendo que se falar em perdão tácito por parte do empregado em face do momento processual que se insurgiu sobre tal inadimplência, haja vista que a sua condição de dependência e hipossuficiência na relação laboral o inibia de fazê-lo anteriormente.

Ademais, ao empregador em mora, e na premência do reconhecimento judicial de falta grave pela ausência do depósito do FGTS, não se concederá de modo condescendente a faculdade de purgação da mora em audiência, pela aplicação por analogia da Súmula nº 13 do TST, que reconhece: *“MORA. O só pagamento dos salários atrasados em audiência não ilide a mora capaz de determinar a rescisão do contrato de trabalho”*.

Acreditamos, que a proteção do empregado em tempos de COVID-19, pelo direito potestativo do rompimento do contrato de trabalho pelo empregador, sem justificativa prévia, fato apresentado pelo Ministro Luis Roberto Barroso, por ocasião do julgamento cautelar da ADIN nº 6363, no STF, levará uma inclinação jurisprudencial no sentido de franquear ao empregado à integralidade dos depósitos fundiário durante a vigência do contrato, frente a probabilidade de um número crescente de rompimento contratual sem pagamento de verbas rescisórias pela severidade dos efeitos econômicos da pandemia, e pensar o contrário, é simplesmente agravar a situação de desamparo do trabalhador, pela expectativa, de rescisões contratuais que estejam por vir.

Por outro lado, ao analisarmos a perspectiva ativa, mesmo considerando a sua natureza, e os demais fins institucionais do Fundo, de cunho social, acreditamos na possibilidade de decisão judicial admitir, com razoabilidade, através da análise do caso concreto, a movimentação do FGTS para além dos limites fixados pelo Governo, pelo fato de que os saques em situações de calamidade pública, como a reconhecida pelo COVID-19, estarem autorizados de forma permanente pelo art. 20, inciso XVI, da Lei nº 8.036/90: *“necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de desastre natural, conforme disposto em regulamento, observadas as seguintes condições: a) o trabalhador deverá ser residente em áreas comprovadamente atingidas de Município ou do Distrito Federal em situação de emergência ou em estado de calamidade pública, formalmente reconhecidos pelo Governo Federal”*, requisito devidamente observado pela publicação das leis e medidas provisórias com fato gerador na atual pandemia, mas necessária a análise do caso concreto

pela prova produzida diante da dicção “*necessidade pessoal*”, com limitação temporal em 90 (noventa) dias: b) *a solicitação de movimentação da conta vinculada será admitida até 90 (noventa) dias após a publicação do ato de reconhecimento, pelo Governo Federal, da situação de emergência ou de estado de calamidade pública, com o:* c) *o valor máximo do saque da conta vinculada será definido na forma do regulamento.*

Diante destes motivos, com a comprovação de “*necessidade pessoal*”, ainda que seja forçoso reconhecer o inconveniente dos efeitos sistêmicos, potencializados em época de COVID-19, ter-se-á a possibilidade de movimentação das contas vinculadas do trabalhador além daqueles limites autorizados pelo Governo Federal em Medida Provisória, mesmo que pendente de juízo político perante o Congresso Nacional, uma vez que, em nossa ótica, com todos os argumentos já expendidos para outras medidas desta natureza, o limite máximo do art. 6º, da MP nº 946/20 fica aquém do esperado, permitindo, por decisão judicial, o saque do valor autorizado de R\$ 1.045,00 (hum mil e quarenta e cinco reais) pelos 90 dias previstos na lei permanente, hipótese de interpretação sistemática, para cada um das contas do trabalhador, em conformidade com a MP, vejamos: “*Fica disponível, para fins do disposto no inciso XVI do caput do art. 20 da Lei nº 8.036, de 1990, aos titulares de conta vinculada do FGTS, a partir de 15 de junho de 2020 e até 31 de dezembro de 2020, em razão do enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia de coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, o saque de recursos até o limite de R\$ 1.045,00 (mil e quarenta e cinco reais) por trabalhador. § 1º Na hipótese de o titular possuir mais de uma conta vinculada, o saque de que trata o caput será feito na seguinte ordem: I - contas vinculadas relativas a contratos de trabalho extintos, com início pela conta que tiver o menor saldo; e II - demais contas vinculadas, com início pela conta que tiver o menor saldo*”.

Vale observar para efeito de análise da razoabilidade da medida, que em situação não tão adversa como esta vivenciada, a MP nº 813/17, convertida na Lei nº 13.677/18, durante o governo do Presidente Michel Temer, admitiu o saque integral de contas inativas do FGTS, para rescisão contratual realizada em determinada data, interpretações, que perpassam pelo fundamento de que o FGTS, mais do que um fundo de financiamento de atividade de interesse social, mas com inegável viés de fomento de atividade econômica realizada em âmbito privado, consiste em direito fundamental do trabalhador no art. 7º, inciso III, da CF, o

que permitiria a utilização destes precedentes legislativo para a preservação da dignidade financeira do trabalhador e família diante de situação tão excepcional.

Entendemos que a autorização lastreada no argumento jurídico da força maior, no contexto da pandemia do COVID-19, com redução da multa de 40%, para 20% (art. 18, § 2º, da Lei nº 8.036/90), suplanta a necessidade de intervenção do Poder Judiciário como previsto de forma expressa no dispositivo “*reconhecida pela justiça do trabalho*”.

4. LEVANTAMENTO JUDICIAL DE CONTA INATIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR

No tocante a movimentação do FGTS, por decisão judicial, para além das hipóteses estritas estabelecidas pelo legislador, embora a posição não tenha sido exarada no contexto da COVID-19, devemos ressaltar, por honestidade intelectual, visão crítica e divergente de Maurício Godinho Delgado (2016, p. 1417), vejamos:

Essa conformação diversificada e de destinação social do FGTS, que existem sem confronto com a sua importância justralhista, conferem a ele o caráter de um instituto efetivamente complexo, dotado de múltiplas dimensões, que não podem ser descuradas pelo operador jurídico. [...] Esse caráter multidimensional do FGTS e seu estratégico papel de fundo público na economia e na sociedade brasileiras não foram em certos instantes, lamentavelmente, bem aquilatados por setor da jurisprudência trabalhista. A partir do manejo algo desmesurado dos princípios processuais da instrumentalidade das formas e da simplificação dos atos no processo trabalhista, ganhou injustificado prestígio interpretação flexibilizadora das regras legais imperativas que determinaram a efetivação dos depósitos recursais trabalhistas na conta vinculada do empregado reclamante. Ora, a ordem jurídica não criou, com essa exigência de vinculação dos depósitos recursais, formalismo desnecessário ou meramente caprichoso, construindo, ao invés, caminho lógico e sistemático de contínua irrigação de um dos mais importantes fundos públicos existentes no país, direcionado a fim estratégico de enorme impacto social.

Mas por corte metodológico, que não encampa os depósitos judiciais¹⁴ mencionados pelo autor, e restringindo a análise às contas inativas, mantemos nosso ponto de análise na perspectiva da dissensão proposta inicialmente.

¹⁴ Súmula nº 426 do TST: DEPÓSITO RECURSAL. UTILIZAÇÃO DA GUIA GFIP. OBRIGATORIEDADE. Nos dissídios individuais o depósito recursal será efetivado mediante a utilização da Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP, nos termos

No contexto da pandemia do COVID-19 reconhecido por intermédio do Decreto Legislativo nº 06/20, dentre um conjunto de medidas legais adotadas no âmbito da regulamentação do trabalho, a MP nº 946/20, no art. 6º, admite a hipótese de levantamento parcial dos depósitos fundiários (FGTS), no valor de R\$ 1.045,00 (mil e quarenta e cinco reais), em contas ativas e inativas, utilizando da dicção legal “*fica disponível*”, o que nos permite entrever opção pela presunção de um “*estado de necessidade*” econômico, pela evidência dos efeitos econômicos adversos decorrentes da paralisação parcial das atividades econômicas pelas medidas de isolamento social (Lei nº 13.979/20), alcançando indiscriminadamente os trabalhadores de diversos contextos econômicos, em mercado formal ou informal, presumidamente hipossuficiente, ou hiperssuficiente (art. 444, § único, da CLT, com redação pela Lei nº 13.467/17).

Contudo, a norma de efeito temporário, de natureza essencialmente especial pela leitura que se extrai do art. 2º, *caput*, da LINDB, por interpretação sistemática, diálogo das fontes de coerência¹⁵, com a subsistência de ambas as fontes legislativas, autorizada na idêntica base conceitual das regras em destaque, admite a convivência complementar da norma excepcional com a lei de regência do instituto jurídico em análise, que em rol exemplificativo, art. 20, inciso XVI, da Lei nº 8.036/90, admite o saque do FGTS em situação de “*necessidade pessoal*”, a depender da urgência e gravidade, que possam estar alinhadas as condições específicas das alíneas (“a”, “b” e “c”): situação de emergência ou calamidade pública reconhecida por autoridade pública competente (no caso Federal), movimentação por 90 dias (inovação a ordem jurídica que não pode ser restringida pelo Decreto de que trata o dispositivo legal, por força do art. 84, inciso IV, da CF), com limitação dos valores máximos de saque definidos por decreto, correspondente a quantia de R\$ 6.220,00 (seis mil duzentos e vinte reais), segundo o art. 40 do Decreto nº 5.113/04 com redação pelo Decreto nº 7.664/12.

Flávio Tartuce na obra “*O Novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações*”, citando Cláudia Lima Marques (2016, p. 66), apresenta-nos diretrizes que

dos §§ 4º e 5º do art. 899 da CLT, admitido o depósito judicial, realizado na sede do juízo e à disposição deste, na hipótese de relação de trabalho não submetida ao regime do FGTS.

¹⁵ O Enunciado nº 167 da 3ª Jornada de Direito Civil, ao tratar dos arts. 421 e 422 do CC, reconhece uma aproximação *principlológica* entre o Direito de Defesa do Consumidor e o Direito Civil no tocante à regulamentação dos contratos, ambas as fundamentações foram incorporadas à nova teoria geral dos contratos, traçando as diretrizes da complementaridade dos sistemas, notando que os recentes avanços alcançados pelo Direito Civil devem ser imediatamente incorporados ao Direito do Trabalho, pressuposto histórico material do próprio dirigismo contratual na história recente da humanidade, fortalecendo a tese a ser explorada nesta obra do diálogo das fontes.

possam vir a ser assumidas pela tese do diálogo das fontes, representada na permissão da aproximação de sistemas contratuais distintos, especialmente diante dos princípios sociais do contrato, com destaque para o princípio da boa-fé objetiva e função social do contrato, não havendo *microssistemas jurídicos* isolados, com a possibilidade de três diálogos possíveis, o que se aplica em relação as regras excepcionais do COVID-19 com paralelo emergencial na legislação precedente, vejamos:

- (i) Diálogo sistemático de coerência: aplicação simultânea de duas leis, quando uma lei servir de base conceitual para outra;
- (ii) Diálogo de complementaridade: possibilidade de aplicação coordenada de duas leis, de forma direta; e,
- (iii) Diálogo de subsidiariedade: aplicação indireta de uma lei geral, diante da lacuna existente no texto da lei especial. Teoria reconhecida pelo Enunciado nº 3 da 2ª Jornada de Direito e Processo do Trabalho.

Voltando, a discussão cinge-se a hipótese de levantamento dos depósitos fundiários para além do período e limites descritos na medida provisória em questão, o que pode justificar a autocontenção (*self-restraint*) do Poder Judiciário, segundo a percepção do Ministro Luis Roberto Barroso ressaltada por ocasião do julgamento cautelar na ADIN nº 6363 no STF, ao precipitar a discussão judicial da matéria que esteja, ainda, e em contexto institucional, ao crivo do juízo político exercido pelo Congresso Nacional, na análise de mérito da medida adotada com “força de lei” (art. 62 da CF), com a possibilidade da ampliação dos seus efeitos na lei de conversão.

Nosso corte de análise restringe-se às contas inativas, seja simultânea a vínculo de emprego em andamento, ou mesmo, pelo não cumprimento das hipóteses legais dos 3 (três) anos sem vínculo, ou mesmo a aposentadoria, que franquearia ao titular o levantamento, o passa a exigir uma interpretação conforme a constituição, que independente do efeito secundário de ordem econômica/social do FGTS, este, faz prevalecer a natureza de direito fundamental do trabalhador como estatuído pelo art. 7º, inciso III, da CF, um juízo de ponderação que perpassa pela natureza de salário diferido, e que não pode, por presunção de “*necessidade pessoal*” (interpretação sistemática do art. 6º da MP nº 946/20), em esforço interpretativo de razoabilidade e proporcionalidade, ficar a mercê de sua retenção por 3 (três) anos, ou até a aposentadoria do titular, diminuído por uma cláusula resolutiva de natureza infraconstitucional, pois a finalidade meramente secundária não obscurece a essencialidade

normativa de proteção ao trabalhador, o que inclusive, não é uma medida despropositada diante de um dos maiores desafios de uma geração, vez que, por menos, um crise econômica “*tupiniquim*”, tardia a “*marolinha*” do *subprime* Americano que forjou a crise econômica de 2008, a Lei nº 13.446/17, ao inserir o § 22, no art. 20 da Lei nº 8.036/90, permitiu o saque integral das contas inativas, sem sensíveis reflexos no equilíbrio financeiro do FGTS, um efeito, apenas, secundário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante a finalidade multidimensional do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, como alertado por Maurício Godinho Delgado (2016, p. 1418), pela finalidade estratégica de fundo público de interesse público relevante e finalidade social, recursos destinados à execução de programas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana (art. 6º, incisos IV, VI e VII e art. 9º, § 2º, da Lei nº 8.036/90), de forma preponderante, prevalece a natureza de direito fundamental do trabalhador com assento no art. 7º, inciso III, da CF/88, e os qualquer juízo razoável de ponderação constitucional, que perpassa por razoabilidade e proporcionalidade, demonstram necessidade e adequação da medida judicial analisada, que poderá aquilatar pela excepcionalidade representativa do maior desafio de uma geração, com a necessidade pessoal presumível em tempos de pandemia, já que a conta inativa, simultaneamente ou não a uma ativa, deve franquear a preservação das necessidades do trabalhador, créditos existentes a partir de seu esforço individual, e que neste momento excepcional, não deve estar submetida à condição resolutória prevista apenas no plano infraconstitucional da normatização trabalhista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. Revista de Direito Administrativo. p. 187-212. Rio de Janeiro: out/dez 2001.

_____. Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOMFIM, Vólia Cassar. Direito do Trabalho. 11ª ed. São Paulo: Método, 2015.

_____. Comentários à reforma trabalhista. São Paulo: Método, 2017.

CARPENA, Heloísa. Abuso do direito nos contratos de consumo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 13ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito contemporâneo do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. O moderno direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1994.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Manual de direito civil. Volume 3. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. O novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações. 2ª ed. São Paulo: Método, 2016.

Submetido em 03.09.2020

Aceito em 15.09.2020