

O Direito ao FGTS e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: a Legitimidade da Restrição Legal das Hipóteses de Saque

Fabiano Jantalia Barbosa

Advogado da Caixa em Brasília

Pós-Graduando em Direito do Estado pela UERJ

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar a controvérsia jurídica que envolve determinar se, por influência do princípio da dignidade da pessoa humana, é possível o reconhecimento, pelo Poder Judiciário, do direito ao saque do FGTS em hipóteses não expressamente previstas pela lei n.º 8.036/90, que rege o Fundo de Garantia. Ao longo do trabalho, é feito um estudo acerca da sistemática e teleologia da norma de regência do FGTS, cotejando seus fundamentos com as modalidades de eficácia da dignidade humana e com o conteúdo do direito à saúde e moradia tal como concebidos pela Constituição Federal.

Palavras chave: FGTS - hipóteses de saque - interpretação - princípio da dignidade da pessoa humana

1 Introdução

Ao longo de seus quase 40 anos de história, o FGTS tem marcado sua trajetória com uma presença constante nas prateleiras do Poder Judiciário, não apenas pela quebra de paradigma que sua criação representou, mas também pelo grande caleidoscópio de interesses que congrega, formado a partir das múltiplas relações jurídicas existentes entre os atores envolvidos, o que potencializa as chances de conflitos de interesse.

De modo especial, a interpretação da Lei n.º 8.036/90 tem sido objeto de crescente discussão jurisprudencial relativa ao direito ao saque dos recursos das contas fundiárias, disciplinado no art. 20 daquele diploma legal. O tema já chegou aos Tribunais Superiores, havendo um

razoável número de precedentes do Superior Tribunal de Justiça adotando os fundamentos expendidos pelos fundistas, não sendo raros os casos em que um particular tenha tido êxito em seu intento judicial.¹

O principal argumento aduzido pelos litigantes - geralmente portadores de doenças não elencadas na lei ou mutuários não integrantes do SFH - é o caráter social da norma, o que, segundo eles, induz necessariamente à conclusão de que as hipóteses de saque previstas na Lei n.º 8.036/90 não são taxativas, mas meramente exemplificativas. Frequentemente, é invocado o princípio da dignidade da pessoa humana para sustentar a possibilidade de saque do FGTS não apenas nas hipóteses e condições previstas no art. 20 da norma, mas em toda e qualquer situação que exponha o fundista a situação de grave necessidade.

Em vista da repercussão jurídica e econômica de tal posicionamento jurisprudencial - face ao tradicional efeito multiplicador de ações que os precedentes da Cortes Superiores têm - é deveras importante analisar de forma mais detida a matéria. Contudo, um exame realmente consistente da questão reclama que se transponha a mera discussão acerca de qual método interpretativo deve ser aplicado à Lei n.º 8.036/90.

Faz-se necessário, na verdade, um estudo mais aprofundado sobre o regime do FGTS, que contemple de suas raízes a seus frutos, buscando estabelecer uma relação entre o instituto fundiário e a própria dignidade humana, apresentando alguns balizadores para a análise da questão. É desse propósito se ocupará o presente artigo.

2 A Controvérsia Acerca da Restrição Legal das Hipóteses de Saque do FGTS e seus Prismas de Análise

A grande controvérsia que envolve a interpretação do art. 20 da Lei n.º 8.036/90 e, neste contexto, a tentativa de reconhecimento judicial do direito ao saque do FGTS, reside em determinar se a movimentação do saldos da conta vinculada pelo fundista está restrita às hipóteses previstas no mencionado dispositivo ou não. A relevância prática da escolha do caminho trilhado pelo intérprete está em que, caso se entenda que a redação do art. 20 é taxativa, o acesso do trabalhador aos recursos de sua conta vinculada somente se dá nos casos estritos mencionados pelo texto legal, não comportando assim qualquer tipo de extensão de seus efeitos a casos semelhantes, ainda que por aplicação de analogia ou equidade. De outra sorte, caso se entenda que a redação do dispositivo objeto da controvérsia é meramente exemplificativa, ficará o intérprete autorizado a

concluir pela possibilidade de saque do FGTS ainda que tal permissivo não esteja descrito com precisão na norma de regência.

Na prática, a diferença entre uma e outra linha repercute drasticamente não apenas sobre o direito subjetivo do trabalhador, mas também sobre todo o arcabouço jurídico, econômico-financeiro e institucional construído pelo legislador para o regime do Fundo de Garantia.

Diante dessa discussão, tímidas são as manifestações doutrinárias encontradas, sendo poucos os que se aventuram a tratar do espinhoso tema. Sérgio Pinto Martins, por exemplo, sustentando que o direito de saque do FGTS é um direito condicional, afirma que somente poderá ser exercido de acordo com as hipóteses contidas na lei.² Tal opinião é compartilhada por Eduardo Gabriel Saad, que defende que as hipóteses do art. 20 são *numerus clausus* e não exemplificativas, não sendo dado ao intérprete redimensionar, ainda que analogicamente, esse dispositivo.³

Totalmente diverso, entretanto, é o entendimento que vem ganhando força na jurisprudência, sobretudo no seio do Superior Tribunal de Justiça. No julgamento de ações que apreciam pedido de reconhecimento do direito de fundistas de sacar os recursos de suas respectivas contas vinculadas de FGTS em situações peculiares, como para aquisição de moradia fora do SFH ou em caso de doenças não elencadas pela Lei n.º 8.036/90, a Egrégia Corte tem prestigiado o entendimento de que o saque de recursos da conta fundiária é possível mesmo em situações não previstas naquele diploma legal, tendo em vista a finalidade social da norma de regência do FGTS.

Uma boa síntese das idéias que vêm prevalecendo nos julgados do STJ sobre a matéria pode ser encontrada na decisão proferida por aquela Corte Superior no Recurso Especial n.º 670.027/CE, de que foi relatora a Exma. Sra. Ministra Eliana Calmon, cuja ementa, por seus judiciosos fundamentos, é digna de transcrição:

FGTS - LEVANTAMENTO DO SALDO - MAL DE PARKINSON - POSSIBILIDADE.

- 1. É tranqüila a jurisprudência do STJ no sentido de permitir o saque do FGTS, mesmo em situações não contempladas pelo art. 20 da Lei 8.036/90, tendo em vista a finalidade social da norma.*
- 2. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com assento no art. 1º, III, da CF/88, é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, que constitui a República Federativa do*

Brasil, e deve se materializar em todos os documentos legislativos voltados para fins sociais, como a lei que instituiu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

3. Precedentes da Corte.

4. Recurso especial improvido.

O voto condutor do acórdão em testilha apresenta um abrangente relato da jurisprudência do STJ na interpretação do art. 20 da Lei n.º 8.036/90, tecendo observações interessantes sobre a evolução do rol de hipóteses de saque previstos e sobre como as inúmeras decisões daquele Tribunal, de alguma forma, fizeram o legislador a se curvar diante de seu entendimento.

Esclarece a Ministra, em seu voto, que a jurisprudência daquela Corte tem fundamentado suas decisões no alcance social da lei, para concluir que o rol de hipóteses não é taxativo, devendo comportar, em casos excepcionais, a liberação do saldo em situações ali não previstas. Após citar vários precedentes nesse sentido, a Ministra assevera:

Em resumo, todas as hipóteses citadas revelam situações fáticas de necessidades vitais prementes e extraordinárias, que, a par de exceder as forças ou as possibilidades do trabalhador, poderiam ser atendidas, ao menos em parte, pelo numerário existente em suas contas do FGTS, pela aplicação da analogia ou interpretação extensiva ao dispositivo que autoriza a liberação dos respectivos saldos.

O principal fundamento jurídico que autoriza a liberação dos depósitos, além do fato de as importâncias depositadas na conta vinculada serem de propriedade do próprio titular e da finalidade social do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, é a necessidade de se dar aplicação a um princípio constitucional fundamental previsto na Constituição de 1988, o da dignidade da pessoa humana.

O acórdão sob comento retrata com fidelidade o posicionamento atual do STJ, o que, aliás, é demonstrado no corpo da própria decisão, recheada de citações de julgados pretéritos que trilharam o mesmo sentido, ao analisar a extensão do direito ao saque por motivo de saúde⁴ ou uso para moradia própria⁵.

Tais decisões, no entanto, além de colidir frontalmente com o posicionamento da doutrina especializada, suscitam um interessante conflito entre o interesse individual e o interesse coletivo, uma vez que, a pretexto de atender a necessidades particulares e individuais de certos trabalhadores, pode-se, em tese, estar sacrificando os interesses da coletividade e desviando o FGTS de sua verdadeira finalidade, que é, antes de tudo, um fundo destinado a garantir o pagamento da indenização do tempo de serviço, mas que se presta também ao papel de fundo de fomento, através da aplicação de seus recursos em programas sociais de habitação, saneamento básico e infra-estrutura urbana. Em ambos os aspectos, portanto, o FGTS, embora formado por depósitos individualizados feitos em nome de cada trabalhador integrante do regime, além de outras receitas que lhe foram atribuídas, também se destina ao atendimento de necessidades coletivas.

Assim sendo, sob um prisma diferente de abordagem, transgredir os limites previstos pela Lei n.º 8.036/90 para, em nome da dignidade humana, garantir o direito de saque do FGTS aos trabalhadores em hipóteses não especificadas naquele dispositivo, poderia, em alguma medida, comprometer a consecução de uma das finalidades precípua do Fundo e que também reverte em prol da dignidade da pessoa humana: o financiamento de programas sociais voltados para o desenvolvimento urbano. Por outro lado, limitar-se aos estritos ditames legais para negar ao empregado o direito de saque em certas situações - em que muitas vezes o saldo da conta vinculada de FGTS é o único bem de que ele dispõe - poderia implicar numa restrição de acesso desse trabalhador a um direito fundamental, como a saúde ou a moradia, aviltando sua dignidade.

É diante desse conflito que se coloca o Judiciário quando aprecia demandas individuais relativas ao saque do FGTS: duas dimensões de direitos em conflito, mas recursos limitados para atender a ambas na mesma extensão. Esse autêntico "cabo-de-guerra" de direitos é resultado da contraposição de interesses, ao menos pontual, entre o autor da ação judicial - que deseja sacar seu FGTS para atendimento a necessidades não previstas na lei e que, por isso, não teve seu pleito atendido na via administrativa - e a coletividade, beneficiada com as aplicações dos recursos do Fundo, que são, em alguma medida, lastreadas com os recursos que o litigante deseja para si.

É nesse contexto que se faz necessário cotejar as normas e valores envolvidos, analisando os efeitos pretendidos pela Lei n.º 8.036/90 em matéria de uso de recursos do Fundo, e a própria essência do direito à saúde e direito à moradia, para investigar se, mesmo à luz do

princípio da dignidade da pessoa humana, é realmente justificável a eterna prevalência dos interesses individuais sobre os coletivos, tal como preconiza a jurisprudência até aqui predominante no Superior Tribunal de Justiça.

3 Considerações sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e sua Eficácia Jurídica

A Constituição Federal de 1988, à semelhança do que ocorreu com diversas Constituições contemporâneas, reconheceu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Todavia, o sistema introduzido pela Carta Magna sobre a dignidade é bastante complexo, não apenas porque se encontra disperso por todo o texto, mas também porque a Constituição, partindo do princípio mais fundamental exposto no art. 1º, inciso III, utilizou na construção desse sistema normas jurídicas de diferentes modalidades e níveis de eficácia, abrangendo princípios, sub-princípios e regras.⁷

Conforme anotado por Daniel Sarmento, o princípio da dignidade da pessoa humana desempenha um importante papel no ordenamento jurídico como um todo. Diz ele:

*“O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado. A despeito do caráter compromissório da Constituição, pode ser dito que o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa na idéia de respeito irrestrito ao ser humano - razão última do Direito e do Estado”.*⁸

Como o próprio Sarmento afirma, o princípio da dignidade da pessoa humana serve de substrato para a própria legitimação ética da Constituição, afigurando-se ainda como um limite indeclinável para a atuação do Estado, de tal modo que todo ato normativo, administrativo ou judicial que macular a dignidade humana será considerado inválido e desprovido de eficácia jurídica, ainda que não afronte expressamente a um dispositivo constitucional.⁹ Por outro lado, o princípio da

dignidade da pessoa humana é também um norte para a atuação estatal positiva, na medida em que, além de não praticar atos que atentem contra ele, o Estado deve promover a dignidade humana através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.¹⁰

Discorrendo sobre a eficácia jurídica de que se reveste tal princípio, Ana Paula de Barcellos, cogitando dos aspectos da eficácia das normas jurídicas, aduz que o princípio da dignidade da pessoa humana comporta várias modalidades de eficácia jurídica em faixas diferentes de sua extensão. Segundo ela, é possível reconhecer eficácia positiva ou simétrica à faixa que compõem o seu núcleo, o chamado mínimo existencial, que abrange condições materiais básicas para a existência digna do indivíduo, à qual se atribui o caráter de regra do princípio constitucional.¹¹ Para além desse núcleo, nota-se outras modalidades de eficácia jurídica, na esfera política, em que o princípio da dignidade da pessoa humana funciona como um viés interpretativo (eficácia interpretativa) ou como uma barreira de contenção para obstar ações políticas que o violem ou restrinjam (eficácia negativa ou vedativa do retrocesso).¹²

Uma interessante questão seria, então, definir o que compõe na verdade o mínimo existencial, o divisor de águas entre os níveis de eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana. Discorrendo sobre o assunto, Ricardo Lobo Torres os define como condições mínimas de existência humana digna que não podem ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exigem prestações positivas¹³, cuja proteção se fundamenta nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na idéia de felicidade, nos direitos humanos e no princípio da igualdade.¹⁴ Por sua vez, Marcos Maselli Gouvêa sustenta que o mínimo existencial consiste num "complexo de interesses ligados à preservação da vida, à fruição completa da liberdade e à dignidade da pessoa humana".¹⁵

Através de um minucioso exame sistemático da Constituição Federal, Ana Paula de Barcellos defende que o mínimo existencial é composto de quatro elementos: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Tais elementos compõem o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, aos quais se reconhece eficácia jurídica positiva ou simétrica e, portanto, a condição de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário.¹⁶

A partir dos ensinamentos colhidos, é possível afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana possui seu nível máximo de eficácia quando se trata de direitos como educação, saúde, assistência aos desamparados e acesso à justiça, tornando legítima não apenas a conces-

são de prestações positivas requeridas pelos indivíduos frente ao Estado, como também a adoção de interpretação de ato normativo, administrativo ou judicial que em maior extensão privilegie a concretização da dignidade humana.

Em face de tanto, é perfeitamente válido sustentar que, fora deste núcleo da dignidade, representado pelo mínimo existencial, sua eficácia se reveste de menor intensidade, obrigando o operador do direito a cogitar das possibilidades de atendimento aos reclames individuais, sujeitando-se, assim, à chamada reserva do possível.

4 O Direito ao FGTS e as Dimensões da Dignidade Humana

Como é cediço, o patrimônio do FGTS é formado, dentre outras receitas, por contribuições compulsórias instituídas pelo Poder Público. Tais exações, num primeiro momento, revertem em favor do trabalhador, que é o titular da conta vinculada, mas sua repercussão, ainda que de forma mediata, se projeta para muito além do prisma individual, fazendo-se sentir em toda a sociedade brasileira - até mesmo para os cidadãos que estão fora do regime - em razão da estreita vinculação do Fundo com a política nacional de desenvolvimento urbano, que canaliza os recursos arrecadados para aplicação nas políticas setoriais de habitação popular, saneamento básico e infra-estrutura urbana estabelecidas pelo governo federal.

Tal constatação permite que se vislumbre a existência de duas dimensões da dignidade humana relacionadas ao FGTS. Assim, sob um prisma de análise que considera como elemento central a pessoa do titular da conta vinculada, é possível identificar uma dimensão individual da dignidade, representada pelo atendimento a necessidades exclusivas e particulares do fundista, passíveis de satisfação pelo uso dos recursos da conta vinculada individual. Por outro lado, se examinado o FGTS à luz da ampla destinação social conferida aos seus recursos, identifica-se uma espécie de dimensão coletiva da dignidade humana, expressada através do provimento de condições básicas de existência aos cidadãos que, direta ou indiretamente, são beneficiados com investimentos em saneamento básico, habitação e infra-estrutura urbana, tendo acesso a dignas condições de vida.

Ocorre que, apesar de ambas as dimensões se afigurarem como de grande importância, são frequentes os posicionamentos jurisprudenciais que, analisando o direito de saque dos recursos do Fundo de Garantia, dão prevalência quase automática à dignidade individual do fundista, deixando de cogitar da repercussão de movimentações isoladas das con-

tas vinculadas sobre a dimensão coletiva da dignidade, que, como visto, beneficia um grande contingente de cidadãos.

Considerando que o presente trabalho se propõe a analisar tais posicionamentos, cumpre então explicitar um pouco melhor as características e os limites de cada uma dessas dimensões, especificando de que forma cada uma delas se apresenta a partir da sistemática vigente do FGTS.

4.1 A Dimensão Individual da Dignidade

Visto sob a ótica individual, o FGTS foi concebido para socorrer o trabalhador na cessação do vínculo de emprego ou em situações excepcionais durante a vigência deste¹⁷, sendo a principal garantia de indenização em caso de demissão não justificada pelo empregador, de doença grave, aposentadoria ou do seu falecimento. Sob tal perspectiva, é importante frisar a posição de Luís Roberto Barroso, que aduz que "o FGTS visa, principalmente, amparar o trabalhador no momento em que fica sem trabalho, procurando preservar suas condições de sobrevivência".¹⁸

O enfoque eminentemente individualista do Fundo o concebe como um mero conjunto de contas vinculadas, que constituem uma massa de recursos que visam à tutela de direitos privados e individuais¹⁹. Nesse sentido, diz-se que a movimentação da conta de FGTS está voltada para a garantia de níveis mínimos da dignidade individual da pessoa do fundista, que poderá então lançar mão dos recursos não apenas nos casos ordinários de cessação do contrato de trabalho, mas também quando se fizer presente uma necessidade particular, como doença, desastre natural ou mesmo para fins de moradia, proporcionando sua aquisição, quitação ou abatimento de financiamento imobiliário.

Dentro dessa linha, a dignidade humana aqui tem contornos individuais, e a análise de sua concretização leva em conta apenas a situação ou as necessidades pessoais e fundamentais do titular da conta vinculada, não cogitando de qualquer aspecto externo a ele, como uma eventual repercussão social do FGTS. A dimensão individual da dignidade, então, vai privilegiar linhas de interpretação da Lei n.º 8.036/90 que exaltem o direito do fundista, como único detentor de direitos sobre aqueles recursos, partindo do pressuposto de que a conta vinculada é patrimônio do fundista.

4.2 A dimensão Coletiva da Dignidade

Se analisado sob outro prisma, mais abrangente, o FGTS é fonte de recursos para investimento em habitação popular, saneamento básico e

infra-estrutura urbana, afigurando-se como instrumento de fomento, por destinar crédito a setores e atividades geradoras de emprego e bem estar social²⁰. Essa alocação de recursos se dá segundo as diretrizes traçadas pelo Conselho Curador, as quais, por força do art. 5º da Lei n.º 8.036/90, devem ser elaboradas em consonância com a política nacional de desenvolvimento urbano e as políticas setoriais estabelecidas pelo Governo Federal. Nessa ótica, o FGTS é concebido como muito mais que um conjunto de contas vinculadas, sendo, em verdade, um instrumento público de poupança compulsória e de financiamento de políticas públicas²¹.

Dentro dessa perspectiva coletiva sob a qual o Fundo deve ser engergado, é digno de nota o fato de que, segundo as diretrizes atuais para aplicação dos recursos do FGTS fixadas pela Resolução do Conselho Curador n.º 286/98 - cuja vigência vem sendo sucessivamente prorrogada por outras resoluções - no mínimo 60% dos investimentos são destinados ao segmento de habitação popular, enquanto que os projetos de saneamento básico e infra-estrutura urbana, que correspondem aos demais 40%, são elaborados de forma sempre complementar aos programas habitacionais.

Atualmente, os recursos do FGTS são aplicados numa série de programas sociais específicos. Como gestor dos recursos destinados à habitação, saneamento e transporte no governo federal, o Ministério das Cidades redefiniu recentemente a distribuição dos recursos do FGTS, com a finalidade de priorizar a população de renda entre 0 e 5 salários mínimos, onde, segundo o ministério, se concentra 90% do déficit habitacional do país.²²

Todos estes dados e informações sugerem inequivocamente que, além da dimensão individual do FGTS - consubstanciada a partir de sua visão como mero conjunto de contas vinculadas de titularidade de cada fundista - há uma pronunciada dimensão social desse direito, construída a partir da ampla destinação dos recursos do Fundo, que é ratificada pela grande massa da população, marcadamente de baixa renda, beneficiada pelos programas financiados com seus recursos.

Dito de outra forma: para o titular da conta vinculada, os recursos representam a garantia de sua indenização; para a população, especialmente em sua parcela mais pobre, a reunião desses recursos representa moradia, saneamento básico e infra-estrutura urbana, elementos que indubitavelmente conduzem à dignidade dos beneficiados.

Fala-se aí então numa dimensão coletiva da dignidade, que tem como elemento central a garantia de condições mínimas de existência aos cidadãos que se vêem beneficiados com a implementação do desen-

volvimento urbano, notadamente a partir da garantia de saneamento básico e de um teto para diversas pessoas, e não apenas aos fundistas.

Essa concepção é de extrema relevância para o presente estudo, por fornecer um importante contraponto para a análise do direito ao FGTS: se é invocada a dignidade da pessoa humana para amparar o direito individual do titular da conta de sacar os recursos fora das hipóteses previstas em lei, também se deve cogitar de invocá-la para resguardar o direito à população de baixa renda em se ver beneficiada por aqueles recursos, na forma de programas sociais.

5 Os Efeitos Gerais Pretendidos Pela Lei do FGTS e os Obstáculos à Atuação do Judiciário

Embora a criação do FGTS tivesse por objetivo primordial viabilizar o pagamento da indenização por tempo de serviço ao empregado que fosse demitido sem justa causa, as leis fundiárias editadas até hoje sempre previram a possibilidade de utilização dos recursos da conta vinculada pelo trabalhador por outras razões que não a demissão sem justa causa.

A Lei n.º 5.107/66, em seu art. 8º, além das clássicas hipóteses de demissão, aposentadoria e uso em moradia própria, franqueava o acesso aos recursos da conta vinculada para aplicação em atividade comercial, industrial ou agropecuária em que o trabalhador tivesse se estabelecido ou para compra de equipamento destinado à atividade natureza autônoma de que ele se ocupasse. Permitia ainda o uso desses recursos por motivo de casamento da trabalhadora e, ainda, para atender a "necessidade grave e premente, pessoal ou familiar". Com a alteração do regulamento inicial do Fundo introduzida pelo Decreto n.º 61.405/67, o empregado podia movimentar sua conta vinculada mesmo quando a extinção do contrato de trabalho se desse por acordo.

Originalmente, portanto, a sistemática legal do FGTS albergava um conjunto significativo de possibilidades de uso dos recursos pelo fundista, revelando um viés assistencial do trabalhador, direcionado para o atendimento de suas necessidades tanto profissionais quanto pessoais consideradas relevantes. Todavia, ao se confrontar o texto original com o texto das leis que lhe sucederam, ver-se-á que houve, ao longo do tempo, uma gradual mas sensível redução das hipóteses de movimentação das contas vinculadas, demonstrando clara preocupação do legislador em reduzir o ritmo de saída dos recursos do FGTS, a pretexto de beneficiar a política habitacional.²³

Com a edição da Lei n.º 7.839/89, foram suprimidas todas as hipóteses excepcionais de movimentação dos valores fundiários previstas na lei anterior, dando-se ênfase bem maior à utilização voltada para moradia própria. Como forma de compensação, foi aberta a possibilidade de uso dos recursos quando a conta vinculada ficasse inativa - isto é, sem receber depósitos - por mais de 3 anos. Mas o fato é que, descontada essa inovação e as hipóteses tradicionais associadas à dissolução do vínculo trabalhista ou falecimento do trabalhador, o uso do FGTS para fins habitacionais passou a ser então a única alternativa permitida pelo legislador.

Comentando esse fenômeno, Eduardo Gabriel Saad, com grande propriedade, afirma:

*“O FGTS se agigantou e, pouco a pouco, de instrumento que era para garantir o tempo de serviço do empregado transformou-se num Leviatã, com vida própria e fins diferentes. Hoje, o FGTS e seu agente operador (a CEF) vinculam-se tão intimamente com a economia nacional, com a política habitacional e com a normal evolução da indústria da construção civil que a garantia do tempo de serviço foi relegada para um segundo plano. Reside nessa distorção o gradual endurecimento das normas legais e regulamentares referentes à movimentação das contas vinculadas”.*²⁴

Com a entrada em vigor da Lei n.º 8.036/90 e, sobretudo, com as alterações que foram posteriormente efetuadas em sua redação, o leque de opções foi sendo, pouco a pouco, ampliado para abranger outras possibilidades de movimentação, seja por vicissitudes políticas do momento, seja pela crescente jurisprudência favorável aos fundistas, especialmente em caso de doenças.

Atualmente, as hipóteses de saque contempladas em lei podem ser apresentadas em seis grupos ou categorias, de acordo com suas características comuns: indenização por extinção do vínculo empregatício; saque em razão de inatividade ou saída do regime do FGTS; saque para utilização na moradia própria; saque por problema de saúde do trabalhador ou de seu familiar; saque para atender a necessidade pessoal do trabalhador em razão de desastre natural; outras hipóteses especiais.

Ao examinar detidamente todo o regime instituído tanto pela Constituição Federal quanto pela Lei n.º 8.036/90, vê-se que o objetivo pri-

meio do legislador foi criar um sistema de garantia das indenizações do tempo de serviço, para substituir o então vigente regime da estabilidade. De modo reflexo, o legislador, aproveitando o ensejo da formação de grande patrimônio a partir do depósito prévio e compulsório das contribuições dos empregadores, destinou a aplicação desses recursos ao fomento da política de desenvolvimento urbano, com ênfase declarada nas políticas setoriais de habitação, saneamento básico e infra-estrutura.

Da origem do FGTS, extrai-se que sua criação não foi direcionada para a formação de uma massa de recursos destinados ao atendimento e necessidades sociais inespecíficas. Tampouco se cogitou de dar ao Fundo uma natureza de meio assistencialista exclusivo e incondicional do trabalhador. Pelo contrário, a opção majoritária firmada pelo Estado brasileiro remonta à necessidade de atender a finalidades bem delimitadas para o instituto.

É justamente por isso que as hipóteses legais de saque não relacionadas ao objetivo primeiro do FGTS - qual seja, indenizar o trabalhador demitido sem justa causa - sempre foram bastante restritas. Esta foi a fórmula deliberadamente escolhida pelo legislador para garantir a vinculação do Fundo às suas raízes: limitar o direito ao saque individual primordialmente ao fim a que se destina o regime e a outras hipóteses excepcionabilíssimas, para que se tenha uma maior disponibilidade de recursos para o atendimento à segunda finalidade, que é o fomento dos segmentos de saneamento básico, habitação e infra-estrutura urbana.

Essa escolha majoritariamente manifestada retira sua legitimidade das prerrogativas democraticamente conferidas ao legislador ordinário para a efetivação das disposições constitucionais, sobretudo em matéria de direitos sociais. Nesse sentido, colhe-se a lição de José Carlos Vieira de Andrade, que, com maestria, afirma

No âmbito dos direitos econômicos, sociais e culturais, a vinculação do legislador não é absoluta nem sequer sua actuação é determinada no essencial pela Constituição. Neste campo, o legislador dispõe de liberdade de conformação e estabelece autonomamente a forma e a medida em que concretiza as imposições constitucionais respectivas. A não ser assim, e dado o âmbito alargado da matéria, a função legislativa seria degradada em mera função executiva da Constituição.²⁵

Presentes tais ensinamentos, nota-se que o caminho trilhado pelo legislador, ao disciplinar os casos de saque do FGTS orientou-se pelo rigoroso atendimento às finalidades precípuas estabelecidas, também majoritariamente, para o Fundo de Garantia. Ciente de que o uso irrestrito dos recursos em situações estranhas às necessidades que orientaram sua criação acabaria por inviabilizar sequer uma eficácia mínima a todos, a sociedade, através de seus legítimos representantes, optou por sacrificar o acessório que poderia ser conferido a alguns, para garantir o principal a todos.

Mas não apenas isso foi feito. Para garantir a efetividade da destinação social do FGTS, e, concomitantemente, com o fito de proteger o patrimônio do Fundo contra ondas sazonais de saques decorrente de demissões em momento recessivo, o legislador tratou de incrementar suas fontes de recurso. Para tanto, incorporou ao FGTS outras receitas, explicitadas atualmente no art. 2º, § 1º da Lei n.º 8.036/90, valendo citar como exemplo as multas, correção monetária e juros moratórios devidos em razão de recolhimento em atraso, as dotações orçamentárias específicas, os resultados das aplicações com recursos do Fundo e quaisquer outras receitas patrimoniais auferidas. A lei ainda autorizou a incorporação ao patrimônio do FGTS dos saldos das contas não individualizadas e das contas vinculadas que se conservem ininterruptamente sem créditos de depósitos por mais de cinco anos, contados a partir de 1º de junho de 1990, em razão de o seu titular ter estado fora do regime do FGTS, o que demonstra bem que os recursos fundiários não apresentam matiz unicamente individual.

Nada obstante, a própria gestão do patrimônio do Fundo foi dotada de fortes contornos democráticos, já que seus recursos são desvinculados do Tesouro Nacional e sua administração não é conduzida diretamente pelo governo, mas sim por um Conselho Curador composto por representantes da sociedade como um todo, agregando membros do governo, das entidades patronais e das representações sindicais. Ora, não há como negar que a atribuição do comando da administração do Fundo de Garantia ao Conselho Curador, em que têm voz os próprios trabalhadores, confere grande legitimidade às decisões alocativas de recursos, permitindo que o direcionamento de recursos se faça segundo as necessidades sociais do momento.

Em síntese, trata-se de uma opção cuidadosamente arquitetada nos moldes democráticos, à qual, por certo, não pode se sobrepor a vontade individual de um fundista ou de um magistrado. Com efeito, ante a sua legitimidade e regularidade constitucional, tal opção somente pode ter sua aplicação obstada por ações intentadas na mesma via em que se

construiu: a via legislativa. Nesse contexto, cabe ao Judiciário atuar tão somente, e quando provocado, nos casos em que, por desvios de execução, as finalidades essenciais do FGTS não estejam sendo cumpridas, ocasião em que a sociedade poderá se valer de meios processuais como a ação civil pública ou ação popular, por exemplo.

Atuação diversa do Poder Judiciário, sobrepujando os desígnios do legislador ou pretendendo, como regra, estender-lhes a situações não albergadas na concepção original do FGTS, encontraria óbices de diversas naturezas. Em primeiro plano, poder-se-ia afirmar que, ao atuar no sentido da realização prática do princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecendo a exigibilidade direta de prestações positivas em face do ente público, o Judiciário está se imiscuindo em seara de decisões que caberiam a rigor ao Legislativo e ao Executivo.²⁷ Nesse sentido é, por exemplo, a posição de Marcos Maselli Gouvêa, que assevera que "o suprimento de imprecisões normativas verificáveis no texto normativo seria uma atividade alheia ao Poder Judiciário, justamente pela inexistência de critérios objetivos que permitissem aos juízes, tecnicamente, fundamentar uma ou outra interpretação".²⁸

Outra questão, apontada por Gustavo Amaral, encerra a constatação de que o Poder Judiciário está, em princípio, direcionado para decidir casos concretos, lides específicas que lhe são apresentadas, que constituem o plano da microjustiça, da justiça do caso concreto²⁹, o que faz com que, ordinariamente, o magistrado deixe de cogitar, em suas decisões, de implicações que transcendam a órbita individual.

No entanto, ao firmar uma opção pela análise das questões sob a ótica puramente individual, sem cogitar da repercussão de suas decisões sobre a coletividade - naquilo que seria, segundo a concepção do mencionado autor, um exercício de macrojustiça - o magistrado, no julgamento de lides que têm por objeto direitos sociais, muitas vezes invoca a finalidade social das normas para, curiosamente, privilegiar seu aspecto individual, à revelia de seus possíveis efeitos sobre o restante do corpo social.

Há que se sopesar, porém, que, em decorrência dos ditames constitucionais da isonomia e da impessoalidade, a justiça aplicada ao caso concreto deve, inexoravelmente, ser aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar.³⁰ Portanto, a decisão acerca de concessão de tutela tendente à efetivação prática de direitos sociais em ações judiciais individuais deveria ser, necessariamente, precedida de um exame da possibilidade de seu deferimento a todos que estejam em semelhante situação, atentando para a natural limita-

ção de recursos do Fundo de Garantia. Não se pode deixar de cogitar do ônus financeiro que é imposto ao FGTS com o deferimento de tais medidas judiciais, e as limitações daí advindas, já que, como adverte Flávio Galdino, "os direitos e sua efetivação [...] dependem sempre e necessariamente de recursos públicos. Tomar os direitos a sério significa tomar a sério a escassez de recursos públicos".³¹

Não há como negar a difícil situação em que é posto o juiz quando se defronta com uma pessoa, identidade e história pessoal reclamando o direito ao saque do FGTS para atendimento a problemas de saúde ou para aquisição ou quitação de financiamento de moradia fora das hipóteses previstas pela Lei n.º 8.036/90. É previsível que o julgador imagine que, concedendo o pedido do autor, estaria ele garantindo a saúde ou moradia pelo menos àquele indivíduo, por duvidar que os recursos do FGTS estejam sendo realmente aplicados pelo Poder Público, ou ainda sob o fundamento de que, sendo a lei fundiária uma norma de caráter social, deve ela ser aplicada para a satisfação de todo reclame que emane da sociedade.

O problema é que, ao possibilitar o uso individual dos recursos de FGTS além das hipóteses previstas em lei, o Judiciário também não está contribuindo para a generalização do direito à saúde ou do direito à moradia, por exemplo. Ao revés, tais decisões acabam por se transformar em veículos de perversa forma de distribuição de renda na sociedade brasileira, impondo a todos que custeiem determinadas necessidade de alguns, que tiveram condições de ir ao Judiciário e obter uma decisão favorável.

A atuação do órgão judicante, assim, além dos problemas já citados, ainda atenta contra os preceitos isonômicos, resolvendo a situação de uma pessoa, mas criando problemas para a efetivação de direitos para tantos outros e é por isso que se diz ser necessário cogitar da repercussão social desse tipo de decisões.

A propósito do assunto, cumpre trazer a lume a prudente advertência de Teresa Negreiros, que destaca que os direitos fundamentais do homem que constituem o substrato da dignidade da pessoa humana consubstanciam princípios que ora têm em vista a dimensão individual ora a dimensão social da pessoa, sem que haja, em tese e abstratamente, uma hierarquia ou preponderância entre uma e outra.³² A autora destaca ainda que

"A funcionalização axiológica da dignidade da pessoa humana, portanto, não pode servir a teses que,

de um lado, defendam a supremacia do interesse dito individual sobre o público - já que não mais se trata de proteger o indivíduo em si mesmo - nem que, de outro lado, invoquem este valor como fundamento para uma invariável sobreposição do interesse dito público sobre o privado".³³

Em vista do que se expôs neste capítulo, é de se concluir que a escolha majoritária firmada pelo Estado brasileiro para o FGTS foi no sentido de se valer de seus recursos para a garantia da indenização por tempo de serviço do trabalhador e, paralelamente, financiar o desenvolvimento urbano. Dessa destinação específica, e da prerrogativa constitucionalmente assegurada ao legislador ordinário de conformar os direitos sociais constitucionalmente assegurados - preservando-lhe, por certo, sua efetividade - é que resulta a legitimidade da restrição, imposta pela própria Lei n.º 8.036/90, de estabelecer restrições ao saque das contas vinculadas.

Em respeito à decisão alocativa firmada em lei, conclui-se também que a atuação do Judiciário não pode ser incondicionalmente pautada pela perspectiva individual, sob pena de promover uma perversa forma de distribuição de renda que privilegia os litigantes judiciais em detrimento da coletividade, o que não se justifica nem mesmo à luz do princípio da dignidade humana.

Cumpre, então, investigar em que deve de fato estar baseada a análise casuística das pretensões individuais a saque do FGTS, tema este que será objeto do capítulo seguinte.

6 O Enfoque Proposto para a Análise da Questão

No caso em exame, diante da implicação social do tema, não seria intelectualmente honesto³⁴ que a solução da controvérsia se restringisse meramente a determinar, através do emprego de técnicas de hermenêutica, se a redação do art. 20 da Lei do FGTS é taxativa ou meramente exemplificativa. Afinal, reconhecer a preponderância do interesses de um dos lados para afirmar que o saque de FGTS pode ou não pode ser efetuado fora das hipóteses previstas na lei de regência do instituto significa, inevitavelmente, impor uma gravosa restrição ao outro.

Tome-se, por exemplo, a situação de um fundista que proponha uma ação visando ao reconhecimento do direito a sacar o saldo de sua conta vinculada de FGTS por ser portador do Mal de Parkinson, doença degenerativa grave, mas que não está prevista no rol de hipóteses de

saque da Lei n.º 8.036/90. Na prática, a esta pretensão pode ser contraposta à expectativa de centenas de outras pessoas que poderiam ser beneficiadas, por exemplo, com a construção de rede de esgotamento sanitário em determinada comunidade carente. Em última análise, o dilema pode ser colocado nos seguintes termos: quem tem mais direito a estes recursos, o fundista portador de doença grave, originalmente não prevista em lei para autorizar o saque do FGTS, ou as pessoas habitantes da comunidade carente?

Considerando que se está diante de um cenário de limitação de recursos do FGTS, e, ainda, que estão em jogo direitos a prestações positivas de algum modo colidentes - por envolver a entrega de dinheiro ao particular versus a construção de casas populares ou de rede de saneamento básico à população - é forçoso atestar que, nada obstante o reconhecimento teórico da capacidade do Poder Judiciário de buscar a concreção das normas que cuidam da dignidade humana, o ponto nodal da questão está em definir a extensão da legitimidade dessa atuação.³⁵

Como pontua Ana Paula de Barcellos, é evidente que o Judiciário não tem competência para fixar as políticas públicas de maneira ampla, nem cabe ao juiz impor a sua convicção política, o que representaria o colapso da separação dos poderes e a perigosa concentração de poderes na instância judicial.³⁶ Por outro lado, no entanto, a reconhecida sindicabilidade das prestações positivas relativas aos direitos sociais perderia toda a sua consistência caso o Judiciário se negasse a conhecer dos problemas concretos que lhe são apresentados.

Na busca de uma solução, a autora propõe a atribuição de eficácia jurídica positiva ao núcleo da dignidade humana, o chamado mínimo existencial, reconhecendo-se legitimidade ao Judiciário para determinar as prestações necessárias à sua satisfação.³⁷ Assim, sempre que estivesse em questão um dos direitos compreendidos no universo do mínimo existencial, o Judiciário estaria legitimado a se valer do princípio da dignidade da pessoa humana para extrair, em suas decisões, o máximo efeito possível da norma, o que, contudo, fica mitigado para os direitos que se encontrassem fora desse universo, em que tal princípio teria uma eficácia meramente interpretativa ou vedativa de retrocesso.

Diferente é a posição de Gustavo Amaral, que aduz que, neste tipo de situação, não cabe ao Judiciário fazer a mediação fato-norma, seja pela subsunção, seja pela concreção. Segundo o autor, a decisão judicial deve ser sempre circunstancial, respeitando a pluralidade de opções alocativas existentes, a heterogeneidade da sociedade e de suas necessidades, devendo o magistrado projetar o conteúdo da pretensão

positiva do particular para, depois, contrastando o teor dessa pretensão com a realidade fática, verificar se há violação potencial. Havendo tal violação, caberá então ao magistrado questionar as razões do Estado para suas escolhas - no caso, a aparente opção legislativa em impor restrição ao direito à movimentação das contas vinculadas de FGTS - fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar ou não a opção estatal.³⁸

Essa linha de interpretação, orientada pelas circunstâncias do caso concreto, encontra ressonância na lição de Teresa Negreiros, que destaca

*“Com efeito, não se quer - muito pelo contrário - negar que no centro do ordenamento jurídico está a pessoa, não como vontade de realizar-se libertariamente, mas como valor a ser preservado também em respeito a si mesma. Esta assunção, porém, deve sujeitar-se a um exame que considere as circunstâncias concretas, únicas capazes de fornecer dados quantitativos, de preponderância, que, como vimos, constituem o fundamento legítimo para relacionar hierarquicamente interesses públicos e privados simultaneamente presentes em toda a relação juridicamente relevante”.*³⁹

Trazendo a discussão para o âmbito do FGTS, vê-se, pela própria natureza casuística das demandas - cada qual invocando a dignidade humana para ver reconhecido o direito ao saque da conta fundiária do litigante judicial - que a aplicação do conceito de mínimo existencial não é capaz de, isoladamente, resolver o problema, sendo necessário conjugá-lo com alguns outros elementos.

Em primeiro lugar porque, conforme pondera Gustavo Amaral, a teoria do mínimo existencial cogita apenas do grau de essencialidade da pretensão, deixando assim de considerar que a exigibilidade de um determinado direito não decorre apenas de características óticas da realidade, mas também da excepcionalidade da situação concreta.⁴⁰ Isto é, o grau de essencialidade de determinada pretensão não é necessariamente estático e invariável, pelo contrário, sofre influência das circunstâncias do caso concreto ou do direito em discussão.

Ademais, se por um lado o fundista invoca a essencialidade do direito à saúde ou do direito à moradia para, em nome de sua dignidade,

justificar a pretensão de sacar os recursos de sua conta vinculada fora das hipóteses legais, por outro também se pode invocar a extrema dependência da população carente dos programas sociais financiados com os recursos do Fundo para ter acesso a esses mesmos direitos. Seria, em síntese, um confronto dos mínimos existenciais, o que conduziria a questão para um impasse intransponível.

Parece então bastante adequada a formulação do autor acima citado, no sentido de que as prestações positivas tidas como essenciais são exigíveis pelo cidadão e devem ser fornecidas pelo Estado, a menos que haja circunstâncias concretas que impeçam o atendimento de todos que demandam prestações essenciais, o que, portanto, tornará inexorável uma escolha trágica. Logo, se estiverem presentes estas circunstâncias, haverá o espaço de escolha, no qual o Estado poderá estabelecer critérios de alocação dos recursos, o que tornará legítima a não entrega da prestação demandada por aqueles que não estão enquadrados nos critérios.⁴¹

Diante do que já se expôs, é de se concluir que a análise do direito ao saque do FGTS para casos não previstos na Lei n.º 8.036/90 depende de um exame mais específico e concreto do conteúdo dos direitos em jogo, de forma a investigar, também sob os prismas da essencialidade e da excepcionalidade das pretensões atualmente controvertidas no Judiciário, se negar o acesso aos recursos do FGTS fora daqueles casos implica em violar os preceitos da dignidade humana.

Em outras palavras, se dos efeitos pretendidos pela lei do FGTS já se pode concluir que este fundo não se presta ao papel de monte de socorro do fundista, é preciso analisar se, sob a influência do princípio da dignidade da pessoa humana, há circunstância excepcional capaz de legitimar o saque dos recursos da conta vinculada fora das hipóteses estabelecidas pela norma de regência do regime.

Levando em conta que a controvérsia situa-se basicamente em torno do saque dos saldos de contas vinculadas por motivo de saúde e para fins de moradia do fundista, cumpre dedicar linhas específicas a cada situação.

7 A Legitimidade da Restrição Legal ao Saque do FGTS por Problema de Saúde

Como se sabe, o efeito desejado pelas normas constitucionais que tratam da dignidade humana e do direito à saúde, com destaque especial para os artigos 6º e 196 da Carta Maior, é o de que os indivíduos tenham acesso às prestações necessárias à sua proteção, promoção e recuperação. Destarte, o Poder Judiciário poderá se valer da eficácia posi-

tiva do princípio da dignidade da pessoa humana para viabilizar o acesso do indivíduo às prestações de saúde.

Ocorre que essa atuação do Judiciário não está legitimada para toda e qualquer prestação, mas apenas para aquelas que compõem o mínimo existencial, o núcleo essencial de direitos, não podendo assim fazê-lo em relação a outras quaisquer que estejam fora desse conjunto.⁴² O grande problema é estabelecer o que comporia esse mínimo em matéria de direito à saúde, e, ademais, se a via judicial de liberação individual de recursos do FGTS é realmente o meio adequado de promover a satisfação dessa pretensão.

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que embora a Constituição tenha garantido o direito à saúde a todos os cidadãos, a garantia desse direito não pode se dar de forma aleatória, ou personalizada, já que o direito que a Carta Magna propugna é, por certo, o direito isonomicamente garantido a todos em mesma medida, não se coadunando assim com distorções geradas por conveniências ou necessidades particulares.

Da redação do Texto Fundamental, Ana Paula de Barcellos extrai que o Constituinte estabeleceu quatro prioridades para a área de saúde, quais sejam: o saneamento básico, o atendimento materno-infantil, as ações de medicina preventiva e as ações de prevenção epidemiológica.

Conjugando sistematicamente essas normas com o sistema constitucional como um todo e com as limitações orçamentárias inerentes ao Estado, a autora afirma que embora os efeitos isolados pretendidos pelas normas que tratam do direito à saúde fossem mais amplos, apenas um núcleo básico desses efeitos é dotado de eficácia jurídica positiva, cujo conteúdo é indicado pelo Constituinte através dessas prioridades listadas.⁴³ Quanto ao que não se encontrassem dentro da órbita do mínimo, caberia invocar apenas as eficácias interpretativa e vedativa do retrocesso.

É bem de se ver então que a escolha do Constituinte, ciente de seus recursos restritos, foi concentrar esforços para a garantia do melhor nível possível de saúde para o maior número de pessoas, o que o levou a eleger como foco de sua proteção a saúde básica da população, como forma de garantir condições dignas de existência a todos. Esse, portanto, é o universo do mínimo existencial delimitado pelo Constituinte.

Na prática, as decisões judiciais que reconhecem o direito ao saque de recursos fundiários em desacordo com a lei representam uma verdadeira decisão alocativa de recursos promovida pelo Judiciário. Isto é, ao assegurar a um litigante judicial o direito a receber seu FGTS fora das

hipóteses previstas pela Lei n.º 8.036/90, ainda que para atender a razões de saúde, o magistrado está, na verdade, afetando parte dos recursos do Fundo para o custeio de tratamento individual, particular e privilegiado da saúde de uma pessoa, em detrimento de tantas outras que talvez só possam ter acesso aos serviços de saúde básica - que, como visto, foram eleitos como prioridade pelo Constituinte - através desses recursos.

Assim, nada obstante atentar contra o princípio da isonomia e da separação de poderes, a decisão judicial assim proferida ainda gera a negação do nível mínimo de saúde a muitos (já que de algum lugar deverão ser subtraídos os recursos para honrar com o saque determinado judicialmente) para satisfazer a interesses de apenas um, impedindo a implementação das próprias prioridades consagradas pela Constituição Federal.

Segundo Gustavo Amaral, tem-se aí uma ingenuidade positivista, construída com aforismos como "se está na Constituição ou na lei é para ser cumprido", a partir dos quais se conclui que o Poder Público é responsável pela saúde de todos, não importando o valor envolvido ou suas limitações e recursos.⁴⁴ Em interessante passagem sobre esta mesma controvérsia, José Reinaldo Lima Lopes, de forma aguda, comenta

"A prestação de serviço depende da real existência dos meios: não existindo escolas, hospitais e servidores capazes e em número suficiente para prestar o serviço o que fazer? Prestá-lo a quem tiver tido a oportunidade e a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria à fila de espera? Seria isto viável de fato e de direito, se o serviço público deve pautar-se pela sua universalidade, impessoalidade e pelo atendimento a quem dele mais precisar e cronologicamente anteceder os outros? Começam, pois, a surgir dificuldades enormes quando se trata de defender com instrumentos individuais um direito social".⁴⁵

Diante disso, evidencia-se o fato de que, ainda que, por absurdo, não se levasse em conta as graves violações aos princípios da isonomia e da separação de poderes, ainda haveria um grande dilema a resolver: seria justo negar a dignidade humana a muitos para que se possa garantir a dignidade humana a um só?

Assim se coloca a discussão porque, como já narrado, não apenas a movimentação individual da conta vinculada do litigante atrai a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, os recursos do FGTS destinados aos programas sociais também contribuem para a garantia da dignidade a milhares de brasileiros, contribuindo de forma decisiva para lhes assegurar um nível mínimo de saúde. Fato é que, ao fornecer recursos para investimento em saneamento básico, o Fundo atua de forma determinante para a promoção da saúde básica, uma vez que o saneamento - que compreende desde a captação, tratamento e distribuição de água até o esgotamento sanitário - é uma das medidas de saúde básica mais importantes da atualidade⁴⁶.

A título de ilustração, cabe ressaltar que, segundo estimativas de especialistas, a ausência de saneamento é responsável por mais de 80% da mortalidade infantil e pela ocupação de mais de 50% dos leitos dos hospitais brasileiros por pessoas acometidas de doenças de veiculação hídrica, ou seja, de enfermidades transmitidas pela água.⁴⁷ Há ainda dados que revelam que 80% das doenças decorrem da má qualidade da água consumida pela população ou da falta de esgotamento sanitário.⁴⁸ Entre os serviços de saneamento básico, o esgotamento sanitário é o que tem menor presença nos municípios brasileiros. Segundo o IBGE, dos 4.425 municípios existentes no Brasil, em 1989, menos da metade (47,3%) tinha algum tipo de serviço de esgotamento sanitário e, 11 anos mais tarde, os avanços não foram muito significativos: dos 5.507 municípios, apenas 52,2% eram servidos.⁴⁹

Os números apresentados ajudam a demonstrar algo que intuitivamente já se poderia perceber: a estreita relação entre o uso dos recursos do FGTS em financiamento de programas de desenvolvimento urbano e a promoção da saúde básica da população. Conjugando tal assertiva com as prioridades estabelecidas pelo Constituinte em matéria de saúde, não pode ser outra a conclusão senão a de que o Fundo repercute decisivamente em pelo menos duas vertentes do mínimo existencial preconizado pela Carta Magna: saneamento básico e prevenção de doenças. Funcionam assim os recursos fundiários como verdadeiros instrumentos de acesso da população a um mínimo de dignidade humana, propiciando, portanto, pungente garantia do mínimo existencial aos cidadãos beneficiados, em perfeita correspondência com os níveis básicos de saúde que o Constituinte buscou conferir a todos os cidadãos.

Por outro lado, a liberação do saldo de conta vinculada a um litigante específico para atender a problemas de saúde não elencados na

Lei n.º 8.036/90, além de reduzir os recursos disponibilizados para a destinação social já mencionada, busca atender a pretensão que, segundo demonstrado em linhas anteriores deste estudo, está situada além dos limites do mínimo existencial, ultrapassando em muito a seara da garantia da saúde básica - objetivo primeiro buscado pela Constituição Federal quando trata do tema - para abraçar procedimentos médicos curativos bastante específicos.

Neste conseqüente, descaberia invocar a eficácia positiva ou simétrica do princípio da dignidade da pessoa humana, já que, como já se viu, ela somente têm aplicabilidade ao mínimo existencial. Isto equivale a dizer que somente se poderia cogitar da eficácia interpretativa deste princípio, já que, pelas circunstâncias em jogo, não haveria pertinência da eficácia vedativa do retrocesso. Impõe-se então retomar o preceito de que a eficácia interpretativa do princípio da dignidade da pessoa humana e das normas a ele relacionadas sugere que, dentre as várias interpretações possíveis, deve-se escolher aquela que melhor realiza o princípio. Em seguida, é preciso revigorar também boa parte das razões já expendidas para que se apure como, em matéria de FGTS e direito à saúde, a dignidade humana restaria mais realizada.

Assim é que, numa análise racional que leve em conta as finalidades precípuas do Fundo de Garantia e as prerrogativas de tomada de decisões alocativas de recursos, não se pode enveredar pelo caminho que leve ao infinito, que possibilite o acesso indiscriminado aos recursos fundiários, sob pena de, inicialmente, comprometer a estabilidade do sistema e a própria consecução de seus fins precípuos.

Cotejando a destinação dos recursos do FGTS para financiamento de obras de saneamento básico com a destinação individual ao fundista em hipóteses extra-legais individualmente consideradas pelo Judiciário, ver-se-á que este não espelha os preceitos da dignidade humana com tanta intensidade quanto aquele. É óbvio que o acesso a esses recursos pelo fundista (ou seu parente) acometido de determinada doença contribuiria de alguma forma para minorar seu sofrimento, através do custeio de tratamento e aquisição de medicamentos, por exemplo. Nesse sentido, não se pode negar que o uso dos recursos da conta vinculada individual estaria relacionado ao acesso ao direito à saúde e, em alguma medida, à preservação de sua dignidade.

Todavia, a decisão judicial que assim o determina coloca o fundista em situação privilegiada frente a todos os demais integrantes do regime, conferindo-lhe direito a prestação que, a par de se encontrar fora

dos limites do mínimo existencial, não tem como ser concedida a outros, em face das limitações financeiras do FGTS, e que o próprio fundista poderia obter de outra forma, sem comprometer a estabilidade do sistema.

Cabe destacar que o próprio legislador, atento aos desígnios constitucionais de garantir o direito à saúde em maior extensão ao maior número de fundistas possível, sem descuidar da saúde financeira do FGTS, ainda tratou de franquear o acesso aos recursos fundiários para os problemas de saúde mais comuns. Instituiu, assim, a possibilidade de saque do FGTS em caso de câncer, AIDS e, em demonstração de sensibilidade, para ocasiões em que o fundista ou seu parente que se encontre em estágio terminal, em razão de doença grave. Isto é, o legislador, de forma extraordinária, já esgarçou o tecido normativo para além do mínimo existencial preconizado pelo Constituinte, chegando até onde podia em prol do direito à saúde.

Paralelamente, não se pode olvidar que este mesmo direito pleiteado na via judicial em face do FGTS, que já tem seus propósitos específicos, poderia ser satisfeito, também na via judicial, através de demanda que fosse dirigida contra o Estado, deixando de impor assim ao Fundo um dever que não está previsto em sua lei de regência. Embora uma demanda dessa natureza provavelmente fosse receber como resposta boa parte dos argumentos exposto neste trabalho, o fato é que, se o fundista acredita ter direito a ver financiado seu tratamento médico e a lei do FGTS não prevê socorro em hipóteses específicas, deveria ele, com muito mais razão, dirigir sua pretensão contra a Fazenda Pública - que tem, por definição, a missão de arcar com as despesas necessárias à satisfação das necessidades sociais gerais - em lide específica na qual se poderia proceder a um exame acerca da excepcionalidade da situação.

Pelo exposto, conclui-se que, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, é legítima a limitação imposta pela referida Lei n.º 8.036/90 ao direito de saque dos fundistas, não se justificando a liberação de recursos de conta vinculada de FGTS por motivo de saúde não previsto na referida lei. Pelo contrário, este mesmo princípio, cotejado com o mínimo existencial previsto pelo Constituinte para o direito à saúde e com as finalidades idealizadas para o Fundo de Garantia, serve de base para legitimar a escolha feita pelo legislador, no sentido de restringir o uso dos recursos fundiários pelo trabalhador a casos bem específicos, em razão da pronunciada repercussão social do instituto.

8 A Legitimidade da Restrição Legal ao Saque do FGTS para Uso na Moradia Própria

O direito à moradia, é, atualmente, um direito social expressamente assegurado a todos os cidadãos pela Constituição Federal. Todavia, consoante ensina Ingo Sarlet, a despeito de sua recente inclusão no rol do art. 6º da Carta Política, é possível afirmar que nossa ordem constitucional vigente já consagrava um direito fundamental implícito à moradia, pela sua estreita ligação com as necessidades vitais da pessoa humana, integrando aquilo que na esfera internacional tem sido designado como direito a um adequado padrão de vida.⁵⁰

Da leitura do Texto Constitucional, nota-se que a opção do Constituinte brasileiro de 1988 não foi a mesma, por exemplo, daquela adotada pelo Constituinte português que, na Carta de 1976, em seu artigo 65, consagrou que todos têm direito a uma habitação adequada e, ainda, delineou os deveres do Estado para garantir a efetividade desse direito.⁵¹ Por esse motivo, antes de analisar o uso do FGTS para fins de moradia, é preciso, antes, analisar o conteúdo do direito à moradia e qual o sentido da disposição constitucional relativa a ele.

No que concerne ao conteúdo desse direito, é de bom alvitre o registro de Ingo Sarlet, no sentido de que o direito à moradia não se confunde com o direito de propriedade, muito embora a propriedade também possa servir de moradia ao titular. O direito à moradia é, para o autor gaúcho, um direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção e objeto próprios, que, por sua vinculação à dignidade da pessoa humana, demanda parâmetros qualitativos mínimos para uma vida saudável, de modo que, em vista da omissão do Constituinte, reclama uma concretização legislativa e jurisprudencial.⁵²

Em sentido bastante semelhante é o entendimento de Ricardo Pereira Lira, que, ao discorrer sobre a natureza desse direito, destaca que

“O direito de habitação, o direito à moradia, o direito ao mínimo de abrigo, o "shelter" (como dizem os anglo-saxônicos), é um direito individual assegurado na Constituição da nossa República, por isso que é instrumento indispensável à formação elementar da consciência de cidadania, instrumento indescartável na realização dos fundamentos da República, pois só com essa salvaguarda mínima se pode preservar a dignidade da pessoa humana [...],

*se pode erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais".*⁵³

Na esteira dos ensinamentos de Canotilho, pode-se considerar que o direito à moradia tem dupla feição ou natureza: é direito negativo, já que ninguém pode ser privado de habitação ou moradia digna, o que exige uma abstenção por parte de terceiros e do Estado, inclusive para efeitos de uma proibição de retrocesso. Além disso, é também um direito a prestações positivas, já que todos têm direito de obter uma moradia adequada.⁵⁴ Nesse universo de prestações positivas, Ingo Sarlet assevera que sua efetivação depende tanto de medidas de ordem normativa quanto de prestações materiais, que, segundo ele, podem abranger a concessão de financiamentos a juros subsidiados para aquisição de moradias e até mesmo o fornecimento de material para construção de uma moradia própria.⁵⁵

No entanto, há uma outra característica muito importante desse direito, que é a de que seu objeto poderia ser obtido de particulares, caso o titular do direito tivesse meios financeiros suficientes para esta aquisição. Isto é, os cidadãos poderiam prover sua habitação através da compra ou da locação de um imóvel, de tal forma que a atuação do ente público só ocorreria se o indivíduo fosse desprovido de recursos suficientes para adquirir ou alugar um local para morar.⁵⁶

Desse modo, é fundamental examinar, à luz da Constituição Federal, o que e quando se poderia efetivamente exigir do Estado, em termos de prestações positivas, para atendimento ao direito à moradia. Inicialmente, é salutar lembrar o posicionamento firmado em capítulo anterior deste trabalho, no sentido de que apenas quando se está diante do conjunto de direitos que encerram o mínimo existencial é que se autoriza a invocação da eficácia positiva ou simétrica do princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo essa linha de raciocínio, portanto, e considerando que, segundo o modelo proposto por Ana Paula de Barcellos, o direito à moradia não está contido dentro do universo do mínimo existencial preconizado pelo Constituinte, não se estaria, em tese, diante de uma situação hábil a legitimar que se pleiteie, diretamente em face do Estado, o direito a uma casa ou apartamento. Essa prestação positiva, por sinal, não haveria de ser custeada nem mesmo com os recursos do FGTS, em vista de tudo o quanto já se expôs acerca de que tal medida, acaso deferida pelo Judiciário, representaria uma decisão que transbordaria dos limites ordinários de prerrogativas daquele Poder.

Nada obstante tais fundamentos, o fato é que, de um minucioso exame da Carta Magna, é possível concluir que as medidas assecuratórias do direito à moradia idealizadas pelo Constituinte se inserem, na realidade, dentro de um plano eminentemente político de atuação, impulsionado através de um projeto de desenvolvimento urbano de abrangência nacional, que contemple como meta o fim da desigualdade social e a garantia de um nível mínimo de dignidade a todos os brasileiros.

Tal como visto quando se abordou a questão do direito à saúde, aqui também se nota que o objetivo de Constituinte foi garantir um mínimo em matéria de moradia, garantindo ao cidadão um teto, um padrão básico de habitação, que lhe permita o desenvolvimento, a intimidade e a proteção⁵⁷. Esse padrão mínimo se traduz materialmente em programas de construção de casas populares ou mesmo abrigos à população que nada possui, e não na garantia a todo e qualquer brasileiro de um apartamento de três quartos em bairro e cidade de sua preferência, ainda que com recursos do FGTS.

Trata-se, pois, de dar moradia a quem precisa ou, se de todo isto não for possível, direcionar os recursos a quem mais precisa, o que é bem expressado por Ricardo Lobo Torres em brilhante passagem:

*“No que concerne aos indígenas e às pessoas sem teto a moradia é direito fundamental, integrando-se ao mínimo existencial e tornando obrigatória a prestação do Estado. Já as moradias populares ou a habitação para a classe média se tornam direitos sociais, dependentes das políticas públicas e das opções orçamentárias”.*⁵⁸

Depreende-se inequivocamente que a garantia constitucional do direito à moradia, ao menos nos termos expressados pelo Texto Fundamental, não autoriza sua invocação na forma de prestações individuais puras, dado que se restringe à garantia do mínimo - o mínimo existencial em termos de moradia - a ser efetivada inexoravelmente através de ações políticas, implementadas segundo a reserva do possível. Esse posicionamento, por sinal, é defendido também por Ricardo Pereira Lira, que pontua

“É curial que esse direito de habitação não pode ser entendido como exercitável contra o Estado, como obrigação específica a ser por ele adimplida, pois será através de uma política consistente de de-

*envolvimento urbano, como parcela de realização do desenvolvimento econômico, social e cultural, que se chegará à meta optata, que constituem, na sua gama de princípios, os já citados fundamentos da república”.*⁵⁹

Curiosamente, essa meta a que alude o referido autor - o desenvolvimento urbano - compreende um dos objetivos primordiais do FGTS, possuindo, em uma de suas vertentes, foco voltado para o desenvolvimento habitacional do país, repercutindo de forma marcante na vida dos brasileiros. Segundo dados da Caixa Econômica Federal, em 2003 foram concedidos empréstimos de R\$ 2,8 bilhões, que viabilizaram a contratação de 225.314 unidades habitacionais, beneficiando, segundo a Caixa, cerca de 1 milhão de pessoas e gerando, com estes empréstimos, cerca de 125 mil empregos⁶⁰.

Tendo em vista que, como já mencionado anteriormente, o foco da aplicação de recursos tem sido a camada populacional com renda até 5 salários mínimos, os dados demonstram a profícua relação entre o uso dos recursos do FGTS em financiamento de programas habitacionais e a efetividade do direito à moradia. Cotejando tais informações com as prioridades estabelecidas pelo Constituinte para a garantia desse direito, é de se ver, com extrema facilidade, que os recursos fundiários atuam como verdadeiros instrumentos de acesso da população a um mínimo de dignidade humana em matéria de moradia, em perfeita correspondência com os preceitos idealizados pelo Constituinte.

Nesse contexto, a liberação do saldo de conta vinculada, pela via judicial, a um fundista específico para atender a hipóteses não previstas na Lei n.º 8.036/90 reduz o alcance dessa atuação do FGTS, prejudicando a garantia do mínimo em matéria de moradia a muitos cidadãos, ainda que a pretexto de garantir esse mesmo direito a alguns privilegiados que tiveram a chance de recorrer ao Judiciário.

Não se há de esquecer que, por trás de toda a sistemática do FGTS, com as várias hipóteses de uso do FGTS em relação à moradia, existe uma perspectiva de uso racional e criterioso dos recursos que vincula o próprio fundista. Essa perspectiva é expressada através da disciplina legal imposta por vários dispositivos que tratam do Fundo, que encerram, por exemplo, a necessidade de que a aquisição da casa própria tenha se dado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) ou que o imóvel seja financiável nas condições vigentes para este sistema⁶¹; a vedação ao uso de recursos para compra simultânea de compra de mais de um imóvel; e a condição de que o imóvel adquirido com a utilização

do FGTS não tenha sido objeto de outra operação com recursos do FGTS em prazo inferior a 3 anos.

Assim, a atuação pontual do magistrado, assegurando ao litigante o acesso ao saldo de sua conta vinculada ao arrepio dos limites impostos pela Lei n.º 8.036/90 depõe contra toda a lógica alocativa de recursos do sistema, além de, na prática, implicar no sacrifício de muitos para dar moradia a um só, subvertendo a opção majoritariamente firmada pela sociedade, quando da construção do regime do FGTS.

Considerando tudo o que se expôs, conclui-se que a limitação do direito de saque individual do FGTS para fins de moradia própria imposta pela Lei n.º 8.036/90 afigura-se como instrumento de preservação da efetividade do direito à moradia das camadas mais pobres da população, possibilitando assim uma atuação do Fundo de Garantia no sentido de assegurar um teto, um mínimo em matéria de moradia a milhares de brasileiros.

Desse modo, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da constatação de que o direito à moradia não é exercitável contra o Estado como obrigação específica a ser adimplida, não se justifica a liberação de recursos de conta vinculada de FGTS em hipóteses não previstas na referida lei.

9 Conclusão

Diante do que se expôs no presente trabalho, é possível afirmar que, por força do que dispõe a Lei n.º 8.036/90, a administração do FGTS tem como meta o atendimento a duas finalidades primordiais do Fundo: garantia da indenização do tempo de serviço do trabalhador e financiamento da política de desenvolvimento urbano, com foco em habitação, saneamento básico e infra-estrutura urbana.

Do exame dessas finalidades do FGTS, é possível concluir que sua atuação proporciona a efetivação da dignidade humana em duas dimensões: uma individual - representada pelo atendimento a necessidades exclusivas e particulares do fundista, passíveis de satisfação pelo uso dos recursos da conta vinculada individual; e uma coletiva - concretizada a partir do fornecimento de condições básicas de existência aos cidadãos beneficiados com investimentos de recursos fundiários em saneamento básico, habitação e infra-estrutura urbana, conseguindo, com isso, a condições para uma vida digna. Diante de tais premissas, verifica-se que a jurisprudência atualmente dominante do STJ privilegia a dimensão individual, deixando de analisar a questão à luz da coletividade.

Na análise desse conflito de dimensões, conclui-se inicialmente que a opção firmada pelo legislador, ao disciplinar as hipóteses de saque do FGTS, orientou-se pelo rigoroso atendimento às finalidades precípua estabelecidas para o Fundo de Garantia. Desse modo, optou a sociedade por limitar a dimensão individual para garantir a máxima efetividade possível à dimensão coletiva da dignidade, como forma de garantir condições mínimas de vida a todos os cidadãos, daí derivando a legitimidade da restrição do direito de saque pela própria lei que o instituiu.

Estudando as hipóteses de saque por motivo de saúde, a partir do cotejo com o mínimo existencial previsto pelo Constituinte para o direito à saúde e com as finalidades idealizadas para o Fundo de Garantia, conclui-se ser legítima a escolha feita pelo legislador, no sentido de restringir o uso individual dos recursos fundiários pelo fundista a casos específicos, afigurando-se tal medida como o meio que, em vista das limitações orçamentárias do FGTS, melhor atua para a efetividade da dignidade humana em matéria de saúde. Nesse contexto, não é dado, ao Poder Judiciário, reconhecer o direito ao saque do FGTS para tratamento de doenças que não estejam elencadas na Lei n.º 8.036/90.

Por fim, analisando a natureza e conteúdo do direito à moradia em nosso ordenamento, é de se concluir que tal não é exercitável contra o Estado como obrigação específica a ser adimplida. Diante disso, e da grande limitação que seria imposta à consecução das finalidades coletivas do FGTS - especialmente em relação ao direito à moradia - caso o uso de recursos das contas vinculadas fosse muito amplo, conclui-se que a limitação do direito de saque individual do FGTS para fins de moradia própria imposta pela Lei n.º 8.036/90 também afigura-se como medida legítima, constituindo instrumento de mais pungente preservação da efetividade do direito à moradia e, com isso, da dignidade humana, das camadas mais pobres da população, possibilitando assim uma atuação do Fundo de Garantia no sentido de assegurar um teto, um mínimo em matéria de moradia a milhares de brasileiros. Em consequência, também aqui não se autoriza, ainda que a pretexto de atendimento à dignidade humana, interpretar a Lei n.º 8.036/90 de modo a que se possa contemplar outras hipóteses de uso dos recursos fundiários que não aquelas previstas no referido diploma.

Notas

- 1 Veja-se, a título de exemplo, os acórdãos proferidos nos Recursos Especiais n.º 249.026/PR, 560.777/SC, 647.698/RS e 670.027/CE.
- 2 MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual do FGTS**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 194.
- 3 SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários à lei do fundo de garantia do tempo de serviço**. São Paulo: LTR, 1995, p. 484.
- 4 Destaque para o REsp 240.920/PR (Lupus Eritematoso sistêmico), REsp 124.710/CE (tratamento especializado de filha portadora de alienação mental) e REsp 240.586/PR (tratamento de filha portadora de paralisia cerebral).
- 5 Valendo citar como por exemplo o REsp 394.796/DF (quitação de financiamento fora do SFH) e o AGREsp 426.352/RS (construção de casa própria).
- 6 SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 57.
- 7 BARCELLOS, Ana Paula, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 148.
- 8 SARMENTO, Daniel, *Op. cit.*, p. 59.
- 9 *Ibid.*, p. 70.
- 10 *Ibid.*, p. 71.
- 11 BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 248.
- 12 *Ibid.*, p. 252.
- 13 TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação - imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 124.
- 14 *Ibid.*, p. 129.
- 15 GOUVEA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 256.
- 16 BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 258.
- 17 SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2002, p. 647.
- 18 BARROSO, Luís Roberto. Direito adquirido, confisco, isonomia e boa fé: planos econômicos, FGTS e expurgos inflacionários. In BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 316.
- 19 MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: FGV, 1993, p. 297.
- 20 CARVALHO, Carlos Eduardo; PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. **FGTS: avaliação das propostas de reforma e extinção**. Brasília: IPEA, 1998. Disponível em <www.ipea.gov.br>. Acesso em 05 de jan. 2005.
- 21 *Ibid.*, p. 5.
- 22 BRASIL. MINISTÉRIO DAS CIDADES. **FGTS: Relatório de Gestão - Exercício 2003**. Brasília, 2004. Disponível em <www.trabalho.gov.br>. Acesso em 05 de jan. 2005.
- 23 SAAD, Eduardo Gabriel, *Op. cit.*, p. 456.
- 24 *Ibid.*, p. 169.
- 25 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 249.
- 26 *Ibid.*, p. 250.
- 27 Caso típico é o retratado no presente estudo, já que, ao conceder a certos trabalhadores o direito ao saque do FGTS em condições ou hipótese fora daquelas previstas pela Lei n.º 8.036/90, o Judiciário poderia estar atuando como legislador positivo, ao verdadeiramente criar situa-

- ções não previstas no diploma de regência do instituto.
- 28 GOUVÊA, Marcos Maselli, *Op. Cit.*, p. 21.
- 29 AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 38.
- 30 *Ibid.*, p. 39.
- 31 GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 195.
- 32 NEGREIROS, Teresa. A dicotomia público-privada frente ao problema da colisão de princípios. In TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 370.
- 33 *Ibid.*, p. 373.
- 34 A expressão foi originalmente empregada por Ana Paula Barcellos ao longo de sua obra já citada.
- 35 BARCELLOS, Ana Paula. *Op. cit.*, p. 232.
- 36 *Ibid.*, p. 233.
- 37 *Ibid.*, p. 233.
- 38 AMARAL, Gustavo. *Op. cit.*, p. 208.
- 39 NEGREIROS, Teresa, *Op. cit.*, p. 376.
- 40 AMARAL, Gustavo. *Op. cit.*, p. 214.
- 41 *Ibid.*, p. 214.
- 42 BARCELLOS, Ana Paula, *Op. cit.*, p. 274.
- 43 *Ibid.*, p. 274.
- 44 AMARAL, Gustavo, *Op. cit.*, p. 211.
- 45 LOPES, José Reinaldo Lima, Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo de (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** São Paulo: Malheiros, 1998, p. 131.
- 46 BARCELLOS, Ana Paula. *Op. cit.*, p. 285.
- 47 Dados disponíveis no site www.aguaoonline.com.br.
- 48 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** Rio de Janeiro: Saraiva, 1996, p. 259.
- 49 Fonte: IBGE. **Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 1989/2000.** Rio de Janeiro, 2002.
- 50 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 323.
- 51 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada.** Coimbra: Coimbra, 1984, p. 344.
- 52 SARLET, Ingo Wolfgang, *Op. cit.*, p. 324.
- 53 LIRA, Ricardo Pereira. Direito à habitação e direito de propriedade. In: **Revista da Faculdade de Direito da UERJ.** Rio de Janeiro. n. 6 e 7. p. 79-90. 1998-1999.
- 54 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Op. cit.*, p. 345.
- 55 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 325.
- 56 ROSA, Waleska Marcy. **A moradia como direito fundamental.** 2000. 245 f. Tese (Mestrado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000, p. 43.
- 57 *Ibid.*, p. 54.
- 58 TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, p. 289.
- 59 LIRA, Ricardo Pereira. *Op. cit.*, p. 83.
- 60 BRASIL. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. FGTS: **Relatório de Gestão - Exercício 2003.** Brasília, 2004. Disponível em <www.trabalho.gov.br>. Acesso em 20 de dez. 2004.

61 Dentre as condições atualmente vigentes, merece destaque especial o valor máximo do imóvel financiado pelo SFH, que é de R\$ 350.000,00.

Referências

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, Amaro. *Teoria e prática do FGTS*. São Paulo: Edições Trabalhistas, 1974.

BARROSO, Luís Roberto. Direito adquirido, confisco, isonomia e boa fé: planos econômicos, FGTS e expurgos inflacionários. In BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 375-340.

BRASIL. MINISTÉRIO DAS CIDADES. *FGTS: Relatório de Gestão - Exercício 2003*. Brasília, 2004. Disponível em <www.trabalho.gov.br>. Acesso em 05 de jan. 2005.

BRASIL. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. *FGTS: Relatório de Gestão - Exercício 2003*. Brasília, 2004. Disponível em <www.trabalho.gov.br>. Acesso em 20 de dez. 2004.

BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 1989/2000*. Rio de Janeiro, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra, 1984.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 139-215.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo de (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

LIRA, Ricardo Pereira. Direito à habitação e direito de propriedade. In: *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro. n. 6 e 7. p. 79-90. 1998-1999.

MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: FGV, 1993.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual do FGTS*. São Paulo: Atlas, 2000.

NEGREIROS, Teresa. A dicotomia público-privada frente ao problema da colisão de princípios. In TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OLIVEIRA, Francisco E.B. et al. *A Rentabilidade do FGTS*. Brasília: IPEA, 1999. Disponível

vel em <www.ipea.gov.br>. Acesso em 05 de jan. 2005

ROSA, Waleska Marcy. **A moradia como direito fundamental**. 2000. 245 f. Tese (Mestrado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários à lei do fundo de garantia do tempo de serviço**. São Paulo: LTR, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação - imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 243-342.

ZAVASCKI, Teori Albino. Planos Econômicos, direito adquirido e FGTS. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 22, jan. 1998.