

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO

Larissa Moreira da Rosa

**A PRESCRIÇÃO TRABALHISTA APLICADA AO FUNDO DE GARANTIA DO  
TEMPO DE SERVIÇO**

Porto Alegre

2015

LARISSA MOREIRA DA ROSA

**A PRESCRIÇÃO TRABALHISTA APLICADA AO FUNDO DE GARANTIA DO  
TEMPO DE SERVIÇO**

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Porto Alegre

2015

LARISSA MOREIRA DA ROSA

**A PRESCRIÇÃO TRABALHISTA APLICADA AO FUNDO DE GARANTIA DO  
TEMPO DE SERVIÇO**

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Aprovada em 18 de dezembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles  
(Orientador)

---

Prof. Dr. Glênio José Wasserstein Hekman

---

Prof.<sup>a</sup>. Pós Dr.<sup>a</sup>. Luciane Cardoso Barzotto

Dedico este trabalho ao meu querido avô Sergio Adão Ladelfa, meu maior exemplo e incentivador, o qual me ensinou o valor do amor incondicional e a grandeza da solidariedade e, mesmo não estando mais presente fisicamente, sei que segue guiando meus passos e vibrando com esta conquista.

## AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Luciane, por todo amor, incentivo e compreensão, pela presença ao meu lado em todos os momentos da minha vida, me incentivando a buscar a realização dos meus sonhos e me apoiando em todas as decisões, sendo minha melhor amiga e confidente. Ainda, por ter me proporcionado ser presenteada com meu pequeno Gabriel, meu irmão, o qual chegou para alegrar, iluminar e encher nossas vidas de ternura.

Ao meu pai, Eduardo, pelo carinho dedicado, por sempre torcer pela minha felicidade e por todo o amor conferido a mim.

Mãe e Pai, obrigada por terem confiado em mim e por terem possibilitado que eu seguisse os estudos, chegando a esta Faculdade. Amo vocês.

Ao meu amado Fábio, pelo companheirismo e amizade em todos esses anos, pelo amor que enche meu coração de felicidade e me ensina a ser uma pessoa melhor a cada dia. Agradeço imensamente por estar ao meu lado nos momentos em que me faltavam forças, por todas as vezes em que compreendeu minha ausência em virtude dos estudos e pela dedicação diária que me concedeu, a qual foi imprescindível na realização desta etapa.

À minha família, em especial à minha tia Claudia, que sempre esteve ao meu lado disposta a me auxiliar como pudesse, sendo uma segunda mãe para mim. Sorte a minha de ter uma pessoa tão especial, generosa e carinhosa ao meu lado.

Às amigas e aos amigos que a vida me proporcionou, em especial às colegas que percorreram a Faculdade comigo, por terem tornado os dias muito mais leves e divertidos, compartilhando estudos, aflições e sorrisos.

Ao escritório Paese, Ferreira & Advogados Associados pela oportunidade de poder auxiliar na luta em busca da justiça social e pelo apoio e compreensão ao longo da elaboração deste trabalho.

Ao Professor Leandro, pelo auxílio, paciência e orientação neste trabalho.

*"[...] em Cartagena das Índias, há algum tempo, quando eu estava na universidade fazendo uma espécie de palestra com um grande amigo, diretor de cinema argentino, Fernando Birri. E então os meninos, os estudantes, faziam perguntas – às vezes a mim, às vezes a ele. E fizeram a ele a mais difícil de todas: um estudante se levantou e perguntou 'para que serve a utopia?'*

*Eu o olhei com dó, pensando 'uau, o que se diz numa hora dessas?', e ele respondeu estupendamente, da melhor maneira.*

*Ele disse que a utopia está no horizonte, e disse: 'Eu sei muito bem que nunca a alcançarei, que se eu caminhar dez passos, ela ficará dez passos mais longe. Quanto mais eu buscar, menos a encontrarei porque ela vai se afastando à medida que eu me aproximo'.*

*Boa pergunta, não?*

*Para que serve a utopia?*

*Pois a utopia serve para isso: caminhar".*

(Eduardo Galeano)

## RESUMO

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) foi criado pela Lei nº 5.107/66, sendo atualmente regido pela Lei nº 8.036/90. O artigo 23, §5 dessa Lei, bem como o art. 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto nº 99.684/90, preveem a prescrição trintenária do referido instituto. Ocorre que a Constituição Federal de 1988 (CF/88) classificou o FGTS como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, III, CF/88), bem como previu a prescrição dos créditos decorrentes das relações de trabalho, determinando prazo prescricional de cinco anos, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho (art. 7º, XXIX, CF/88). Diante disso, surgiu o debate a respeito da prescrição aplicável ao instituto, sendo que por muito tempo, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) sustentou o entendimento pela incidência da prescrição trintenária ao FGTS, posição, inclusive, ratificada pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Todavia, em novembro de 2014, o STF firmou entendimento no sentido da inconstitucionalidade do prazo prescricional trintenário, determinando ser aplicável a prescrição trabalhista (quinquenal) às discussões a respeito do FGTS. A presente monografia, assim, pretende buscar a compreensão dos aspectos duvidosos a respeito do prazo prescricional dos créditos decorrentes do FGTS. Para tanto, foram analisados o instituto da prescrição, a regulamentação do FGTS e o teor do julgado que declarou a inconstitucionalidade do prazo trintenário, através do exame da decisão proferida pelo Plenário do STF. Concluiu-se, por fim, que as posições estudadas estão fundamentadas em correntes diversas, cada qual sustentando entendimento próprio a respeito da natureza jurídica do instituto do FGTS e, conseqüentemente, do prazo prescricional aplicável a ele, devendo ser consideradas a hipossuficiência e subordinação do trabalhador juridicamente protegido. No desenvolvimento do trabalho foi utilizada a metodologia hipotético-dedutiva, por meio do exame da legislação relevante, da doutrina aplicável e da jurisprudência a respeito do tema.

**Palavras-chave:** Direito do Trabalho. Direito Constitucional. Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Prescrição. Art. 7º, XXIX da CF.

## ABSTRACT

The Length-of-Service Guarantee Fund (FGTS) was established by Law n° 5.107/66, currently being governed by Law n° 8.036/90. The §5 of article 23 of this law, as well as art. 55 of Regulation FGTS approved by Decree n° 99.684/90 provide for the thirty-year period prescription of that institute. It turns out that the Federal Constitution of 1988 (CF / 88) ranked FGTS as a right of urban and rural workers (art. 7, III, CF / 88) and foresaw the prescription of claims arising from employment relationships, determining limitation period of five years, up to two years after the termination of the employment contract (art. 7, XXIX, CF / 88). Thus, came the debate over the prescription apply to the Office, the thirty-year period provided for in special infra legislation or if the five-year determined by the Constitution, and for a long time, the Superior Labor Court (TST) supported the understanding by the incidence thirty-year period prescription of the FGTS, position, including, ratified by the Federal Supreme Court (STF). However, in November 2014, the Supreme Court signed an understanding with unconstitutionality of thirty-year period statute of limitations, determining apply to labor prescription (five-year) to the discussions about the FGTS. This monograph thus intends to seek the understanding of doubtful aspects concerning the limitation period of receivables from the FGTS. Thus, the prescription institute, the regulation of FGTS and the judgment of the content that declared unconstitutional the thirty-year period term was analyzed, by examining the ruling of the Supreme Court Plenary. It was concluded, finally, that the positions studied are based on different currents, each holding own understanding about the legal nature of the FGTS Institute and hence the limitation period applicable to it, must be considered to lack of sufficiency and subordination of legally protected worker. In developing this work we used the hypothetical-deductive method, by examining the relevant legislation, the applicable doctrine and jurisprudence on the subject.

**Keywords:** Labor Law. Constitutional Law. Length-of-Service Guarantee Fund. Prescription CF's Section 7°, XXIX.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

ARE – Agravo em Recurso Extraordinário

CEF – Caixa Econômica Federal

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

MAS – Ministério da Ação Social

MIN – Ministro (a)

STF – Supremo Tribunal Federal

SFH - Sistema Financeiro de Habitação

TST – Tribunal Superior do Trabalho

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>1 A PRESCRIÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO</b> .....	<b>14</b>
1.1 NOÇÕES GERAIS A RESPEITO DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO.....	14
1.1.1 Considerações iniciais .....	14
1.1.2 Prescrição aquisitiva e prescrição extintiva .....	19
1.2 A PRESCRIÇÃO TRABALHISTA .....	21
1.2.1 Evolução histórica .....	23
1.2.2 Prescrição bienal e quinquenal .....	25
1.2.2 Prescrição total e parcial.....	27
<b>2 O FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO</b> .....	<b>31</b>
2.1 HISTÓRICO E FUNDAMENTOS .....	31
2.1.1 Conceituação .....	31
2.1.2 FGTS como opção à estabilidade no emprego .....	34
2.1.3 Inscrição compulsória e regramento a partir da Constituição de 1988 .....	37
2.2 NATUREZA JURÍDICA .....	40
2.1.1 Ótica do empregador .....	42
2.1.2 Ótica do empregado .....	46
<b>3 PRAZO PRESCRICIONAL PARA COBRANÇA DE CRÉDITOS DECORRENTES DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO</b> .....	<b>51</b>
3.1 POSICIONAMENTOS ANTERIORES AO JULGAMENTO DO ARE 709212/DF: APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA À COBRANÇA DE VALORES NÃO DEPOSITADOS DO FGTS.....	52
3.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À CONSTITUCIONALIDADE DA PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA NO JULGAMENTO DO ARE 709212/DF .....	57
3.3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 23, §5, DA LEI 8.036/1990 E 55 DO REGULAMENTO DO FGTS APROVADO PELO DECRETO 99.684/1990: JULGAMENTO DO ARE 709212/DF.....	61
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>66</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>69</b>
<b>ANEXO</b> .....	<b>74</b>

## INTRODUÇÃO

Em decisão do mês de novembro do ano de 2014, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria, instituiu o entendimento pela inconstitucionalidade do prazo prescricional trintenário para a cobrança dos depósitos de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). O referido julgamento afastou a jurisprudência consolidada do próprio Supremo, bem como do Tribunal Superior do Trabalho (TST), visto que considerou incompatíveis com a Constituição Federal de 1988 os artigos 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990, no que se refere à prescrição trintenária, por violarem o disposto no art. 7º, XXIX, da Carta de 1988. Os dispositivos julgados inconstitucionais, encontrados na legislação infraconstitucional que trata do FGTS, asseguravam aos trabalhadores a possibilidade de cobrança de valores não depositados pelo empregador considerando prazo prescricional de trinta anos.

O cerne dessa importante decisão está situado no possível conflito entre os referidos dispositivos da legislação a respeito do FGTS, que preveem o prazo prescricional trintenário, e o disposto constitucionalmente, ou seja, o prazo prescricional de cinco anos para a cobrança dos créditos decorrentes das relações de trabalho. Devido à relevância do assunto, foi reconhecida a repercussão geral do tema através do Recurso Extraordinário com Agravo 709.212 / Distrito Federal (ARE 709212 / DF), haja vista que tal assunto poderia vir a ser suscitado novamente em outros processos no país, além de atingir os interesses de toda a classe de trabalhadores e empregadores.

O instituto da prescrição é tema de extrema pertinência no Direito, tendo em vista que trata da supressão da pretensão do titular de um direito, por não o ter exercido em lapso temporal estabelecido, sendo seu estudo realizado por diversos doutrinadores, posto que influencia diretamente nas relações jurídico-sociais. Nesse sentido, a prescrição trabalhista é assunto problemático, dado que trata da relação entre empregado e empregador, a qual é notadamente desproporcional, considerando a hipossuficiência do empregado, em geral.

A origem do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) remete à estabilidade decenal no emprego, que era prevista na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e vigorou até a edição da Lei 5.107/66, a qual instituiu o sistema do FGTS para os trabalhadores urbanos, de modo que até o ano de 1988 a estabilidade decenal e o FGTS eram os meios existentes contra a despedida arbitrária, devendo o trabalhador optar por um deles. Com o

advento da Constituição Federal de 1988, a adesão ao regime do FGTS passou a ser obrigatória, tendo em vista que a estabilidade foi extinta. Assim, o FGTS surge como uma alternativa à estabilidade e como mecanismo contrário à despedida arbitrária, sendo regido pela Lei 8.036/1990 e alterações posteriores.

Ocorre que, consoante disposto nos artigos 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990, os quais foram julgados inconstitucionais, o prazo prescricional para cobrança de valores decorrentes do FGTS é de trinta anos, enquanto o art. 7º, XXIX, da Constituição Federal de 1988 dispõe prazo de cinco anos para a prescrição dos créditos trabalhistas. Assim, é questionada a necessidade de prazo prescricional diferenciado para o FGTS, pelos aplicadores do direito que entendem ser crédito trabalhista, devendo ser aplicada, portanto, a prescrição quinquenal. Em contrapartida, alguns juristas e ramo da doutrina ressaltam a natureza não trabalhista do FGTS, de modo que não há problema em sua prescrição diferenciada (trintenária), acrescentando que, mesmo que possua aspecto trabalhista, a prescrição quinquenal prevista na CF não exclui a possibilidade de prazo diferenciado, tendo em vista os princípios da proteção e da norma mais favorável ao empregado.

Destarte o julgamento pela inconstitucionalidade dos artigos 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990 no Plenário do STF, não houve unanimidade na decisão, sendo que ocasionou algumas críticas no domínio jurídico, visto que há divergência no entendimento entre doutrina e jurisprudência no que concerne à natureza do FGTS e ao prazo prescricional aplicável a esse instituto. Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é a análise dos argumentos existentes a respeito da inconstitucionalidade da prescrição trintenária do FGTS, bem como da aplicação da prescrição trabalhista quinquenal. Visando à compreensão das correntes e posicionamentos referentes ao tema, é necessária a análise do instituto da prescrição trabalhista e sua relação ao instituto do FGTS. Com base nesse estudo, pretende-se compreender a natureza do FGTS e se há necessidade de prazo prescricional diferenciado do prazo quinquenal trabalhista.

A presente monografia utilizará, em seu desenvolvimento, do método hipotético-dedutivo, de modo que ocorrerá análise da jurisprudência, legislação e doutrina atinentes ao tema.

O instituto da prescrição será o objeto de estudo do primeiro capítulo deste trabalho. Serão analisados os aspectos gerais a respeito da prescrição, bem como os conceitos de prescrição aquisitiva e prescrição extintiva. Posteriormente, será tratado a respeito da

prescrição trabalhista, em específico, através da sua evolução histórica, passando pelas peculiaridades das prescrições bienal e quinquenal, além das prescrições total e parcial.

No segundo capítulo, será realizado o exame do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, enquanto instituto presente no direito brasileiro. Inicialmente, será analisado o seu conceito e seu histórico, desde a origem até o regramento atual disposto a partir da Constituição Federal de 1988. Após, será discorrido a respeito da sua natureza jurídica, através das óticas do empregado e do empregador, o que influencia diretamente na classificação do FGTS.

O terceiro e último capítulo tratará do prazo prescricional aplicável para a cobrança dos créditos decorrentes do FGTS, através da análise da decisão proferida pelo Plenário do STF em novembro de 2014, cujo conteúdo aborda o tema em questão. Será verificado o posicionalmente tradicional do STF e do TST a respeito, o qual foi profundamente modificado com o advento da declaração de inconstitucionalidade do prazo prescricional trintenário ao FGTS. Após, será examinado o conteúdo da decisão contida no julgamento do ARE 709212/DF, por meio da análise da discussão suscitada no caso, apresentando os argumentos favoráveis à prescrição trintenária e, conseqüentemente, à constitucionalidade dos artigos 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990. Por fim, serão verificados os argumentos contrários à aplicação da prescrição trintenária e favoráveis à prescrição quinquenal, os quais avaliam como inconstitucionais os referidos dispositivos legais atinentes à prescrição do FGTS, na esteira do julgamento proferido pelo STF.

## 1 A PRESCRIÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

O capítulo ora apresentado tratará do instituto da prescrição abrangendo suas noções gerais, bem como serão expostas a prescrição aquisitiva e a prescrição extintiva. Posteriormente, será estudada, em específico, a prescrição trabalhista, através da análise de sua evolução histórica. Por fim, serão exploradas as espécies de prescrição no direito do trabalho, quais sejam a prescrição bienal e quinquenal e a prescrição total e parcial.

### 1.1 NOÇÕES GERAIS A RESPEITO DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

#### 1.1.1 Considerações iniciais

O pressuposto para a existência do instituto da prescrição é a segurança jurídica, sendo que a prescrição está relacionada à ação, visto que é interesse do direito regular e conferir juridicidade às situações que se prolongam no tempo, de modo a garantir que elas não durem indefinidamente. Nesse sentido, Pontes de Miranda define a prescrição como uma “exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação”<sup>1</sup>. Ou seja, a prescrição é a perda do direito de ação pelo decurso do tempo e pela inércia do autor, não alcançando o direito material em si, já que este só é atingido pela decadência<sup>2</sup>. Assim, “a prescrição é a perda da exigibilidade do direito, em razão da falta do seu exercício dentro de um determinado período”<sup>3</sup>.

Em relação às razões de existência da prescrição, José Luiz Ferreira Prunes leciona que, seja fazendo com que o direito desapareça em decorrência de seu não exercício, seja fazendo com que o direito surja por consequência do decurso de tempo, a existência de prazos prescricionais é legitimada essencialmente como uma maneira de buscar a paz das relações sociais<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Atualizado por Tilman Quarch, Jefferson Carús Guedes e Otávio Luiz Rodrigues Junior. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral; Tomo VI; Exceções, direitos mutilados, exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções, prescrição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 219.

<sup>2</sup> MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo. Atlas, 2001, p.290.

<sup>3</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 23ª ed. São Paulo. Atlas, 2007, p. 676.

<sup>4</sup> PRUNES, José Luiz Ferreira. *A prescrição no direito do trabalho*. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 1992, p. 21.

A prescrição é definida por Antônio Luiz da Câmara Leal como “a extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso”<sup>5</sup>. Isto é, a prescrição possui em sua definição os fatores ação ajuizável e tempo, os quais se conjugam com a inércia, configurando a questão prescritiva. São quatro os elementos da prescrição apontados por Antônio Luiz da Câmara Leal: i) a existência de uma ação exercitável (*actio nata*); ii) inércia do titular da ação pelo seu não exercício; iii) continuidade dessa inércia durante um certo lapso de tempo; iv) ausência de algum fato ou ato a que a lei atribua eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional<sup>6</sup>. Entretanto, o primeiro elemento deve ser considerado como a exigência de uma pretensão, conforme ensina doutrina atual e o Código Civil. Ademais, o último elemento trata da não tipificação da prescrição, não se constituindo exatamente em condição elementar do conceito de prescrição<sup>7</sup>.

Sergio Pinto Martins afirma que a análise do art. 189<sup>8</sup> do Código Civil aponta que a prescrição não trata mais da perda do direito de ação, e sim da perda da exigibilidade do direito ou da sua pretensão<sup>9</sup>. Assim, o instituto prescricional está situado na esfera da pretensão do direito, ou seja, o direito em si continua a existir, porém somente como obrigação natural, de modo que “extinta a pretensão, é retirada a possibilidade de exigir o cumprimento da obrigação por meio da via coercitiva judicial, não se exterminando o direito, e assim, se o obrigado desejar, poderá cumprir a obrigação”<sup>10</sup>.

Consoante aponta Carmen Camino<sup>11</sup>, a prescrição situa-se no âmbito da esfera dos direitos a uma pretensão, visto que apenas estes estão sujeitos à resistência da qual resultará lesão ou violação. Os referidos direitos dizem respeito às ações de cunho condenatório, ou seja, o direito é existente de modo que o objetivo é coagir o devedor para que o cumpra.

<sup>5</sup> CAMARA LEAL, Antônio Luiz da. *Da Prescrição e da decadência*. 4. ed. atual. por Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 12.

<sup>6</sup> CAMARA LEAL, Antônio Luiz da. *Da Prescrição e da decadência*. 4. ed. atual. por Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 11.

<sup>7</sup> LOTUFFO, Renan. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1., p. 189.

<sup>8</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Art. 189 : “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 20 out. 2015.

<sup>9</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 23ª ed. São Paulo. Atlas, 2007, p. 676.

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 476.

<sup>11</sup> CAMINO, Carmen. *Direito Individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p.137.

Assim, por visarem à proteção de direitos sujeitos à lesão, as ações condenatórias são as únicas submetidas à prescrição. Nessa seara, basilar o ensinamento de Alice Monteiro de Barros:

A função imediata da prescrição é a extinção da pretensão, vista não como direito processual de ação, pois este não é atingido por ela diretamente, mas como poder de exigir uma prestação positiva (obrigação de dar ou de fazer) ou negativa (obrigação de abster-se)<sup>12</sup>.

Outro aspecto relevante a respeito trata da distinção entre prescrição e decadência, as quais, apesar de possuírem traços em comum, são institutos jurídicos diversos. Basicamente, consoante aponta Maria Helena Diniz<sup>13</sup>: i) diretamente, a decadência extingue o direito, atingindo a ação por via indireta, enquanto a prescrição extingue diretamente a pretensão e indiretamente o direito; ii) a lei ou vontade (unilateral ou bilateral) podem estabelecer o prazo decadencial, sendo o prescricional apenas definido pela lei; iii) materialmente, a prescrição presume uma ação originalmente diversa do direito, já a decadência exige que a ação decorra exatamente do direito ; iv) a decadência vigora contra todos<sup>14</sup>, ao passo que a prescrição não vigora contra os que estiverem submetidos às causas de interruptivas ou suspensivas previstas em lei; v) mesmo sem que o interessado não atente à decadência decorrente de prazo legal, ela pode ser julgada de ofício pelo juiz, enquanto a prescrição das ações patrimoniais pode ser decretada pelo juiz de ofício; vi) não há renúncia à decadência prevista legalmente, já a prescrição consumada pode ser renunciada por quem ela beneficia; vii) apenas direitos sem prestação estão sujeitos à decadência, pois são voltados à modificação de estado jurídico existente, ao passo que somente as ações materialmente condenatórias estão sujeitas à prescrição.

Ainda no que se refere aos aspectos da prescrição e da decadência, Carmen Camino aponta que para que se identifique a natureza do prazo (decadencial ou prescricional) deve se verificar qual o direito exercido, sendo que ambos os institutos exigem uma ação do sujeito e um prazo para a o exercício dessa ação, bem como se o sujeito não agir no prazo previsto haverá efeito extintivo. Transcorrido o prazo, o efeito imediato difere em cada instituto: na decadência ocorre a extinção do direito, enquanto na prescrição ocorre a extinção da ação para a que o direito seja defendido. Por fim, a autora ressalta que a doutrina e jurisprudência, em

---

<sup>12</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 810-811.

<sup>13</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 468.

<sup>14</sup> Com exceção dos casos previstos no art. 198, I, do Código Civil (arts. 207 e 202 do Código Civil).

sua maioria, convergem no que tange à vinculação de um ou outro instituto à natureza da ação, sendo que “se exercida para incorporar ao patrimônio jurídico do sujeito um direito, teremos prazo decadencial; se exercida para defender um direito já incorporado ao patrimônio jurídico do sujeito, teremos prazo prescricional”<sup>15</sup>.

Quanto à natureza jurídica da prescrição, trata-se de tema de direito material e não processual, visto que envolve decurso de prazo, ao passo que o processo é referente à atividade judicial ou das partes. Isto é, ao ser reconhecida, a prescrição gera efeitos processuais, porém, é norma de direito material, tanto que sua previsão ocorre em normas referentes a esse aspecto. Ademais, a prescrição é fato extintivo do direito do autor e geralmente abrange relações privadas<sup>16</sup>.

A doutrina de Mauricio Godinho Delgado apresenta características da prescrição, tais como: a prescrição atinge a pretensão vinculada ao direito, o que o torna impotente (extinção da ação, em sentido material); a prescrição corresponde a direitos reais e pessoais, que envolvem uma prestação e uma obrigação da outra parte, conseqüentemente; na prescrição a pretensão surge após o direito, posteriormente à sua violação, sem que ele seja extinto; o prazo prescricional não surge de outros diplomas, dá-se basicamente em lei (em sentido material e formal); em casos especificados pela lei a prescrição pode ser interrompida; e a prescrição, de acordo com o art. 219, §5, do Código de Processo Civil, pode ser decretada de ofício pelo juiz<sup>17</sup>.

Entretanto, vale dizer que no que diz respeito à prescrição trabalhista, há corrente doutrinária contrária à prescrição decretada de ofício pelo juiz, consoante assevera Alice Monteiro de Barros, a qual afirma que devido ao fato de a prescrição trabalhista ocupar-se de matéria de cunho patrimonial, não pode ser conhecida oficiosamente pelo juiz, a despeito da nova redação do art. 219, §5, do Código de Processo Civil. A referida doutrinadora alega que essa ideia não possui compatibilidade com os princípios de direito do trabalho, em especial, o princípio da proteção e da norma mais favorável ao empregado<sup>18</sup>.

Nessa seara, Cíntia Oliveira e Leandro Dorneles também sustentam que o referido dispositivo processual civil não é aplicável ao processo do trabalho. Ademais, aferem que a nova redação do art. 219, §5, do Código de Processo Civil não é compatível com o art. 191 do Código Civil, tendo em vista que o ordenamento civilista aceita a renúncia da prescrição, de

<sup>15</sup> CAMINO, Carmen. *Direito Individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p.133.

<sup>16</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 23ª ed. São Paulo. Atlas, 2007, p. 677.

<sup>17</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 243-244

<sup>18</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 811.

modo que quando a parte que seria favorecida com a ocorrência de prescrição não a alega trata-se de renúncia tácita<sup>19</sup>.

No que se refere à renúncia da prescrição, o assunto é tratado no art. 191 do Código Civil e, nesse aspecto, Alice Monteiro de Barros aduz que:

A renúncia à prescrição poderá ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiros depois que a prescrição se consumir (art. 191 do Código Civil de 2002), pois se trata de instituto de ordem pública, criado para estabilizar a relação jurídica; do contrário, a prescrição tornar-se-ia ilusória, e o instituto desapareceria, pois dispositivos atinentes à matéria reduzir-se-iam a letra morta (Coviello). A renúncia tácita da prescrição presume-se de fatos do interessado, incompatíveis com esta última<sup>20</sup>.

Assim, é indispensável que a renúncia seja feita sem prejuízo de terceiros, sob pena de desconstituição da razão de ser do instituto. Já o art. 192 do Código Civil dispõe que os prazos prescricionais não podem ser alterados por acordo das partes.

Quanto à natureza jurídica da prescrição, na doutrina trabalhista, Cíntia Oliveira e Leandro Dorneles asseveram que “a prescrição tem fundamento de ordem pública, mas é estabelecida sob a égide de um interesse particular”<sup>21</sup>. Por fim, cumpre encerrar esse tópico referente às considerações iniciais a respeito do instituto da prescrição com o pertinente apontamento de Francisco Rossal de Araújo e Rodrigo Coimbra:

A estabilidade das relações sociais e a segurança jurídica compõem os principais fundamentos da prescrição, ao visar a impedir que o exercício de uma pretensão fique pendente de forma indefinida. Cumprindo a missão da regulação social, da qual o Direito é instrumento, cabe ao ordenamento de um Estado, querendo, limitar o exercício das pretensões no tempo<sup>22</sup>.

Verifica-se, portanto, que o instituto da prescrição é de grande importância jurídico-social, de modo que afeta diretamente as relações, trazendo estabilidade e segurança jurídica a estas.

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 476-477.

<sup>20</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 817.

<sup>21</sup> OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 477.

<sup>22</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014, p. 171.

### 1.1.2 Prescrição aquisitiva e prescrição extintiva

O instituto da prescrição é classificado por muitos doutrinadores através da diferenciação entre a prescrição aquisitiva, aplicada aos direitos reais, e da prescrição extintiva, aplicada aos direitos pessoais. Nessa esteira, cumpre analisar ensinamento de Vólia Bonfim Cassar:

A passagem de tempo tanto pode ter efeito positivo sobre as relações jurídicas e atuar como fato gerador de direitos, como ocorre com a prescrição aquisitiva (usucapião), como pode ser fator extintivo da pretensão diante da inação, dentro de determinado prazo, do titular de um direito subjetivo violado (prescrição extintiva)<sup>23</sup>.

A prescrição aquisitiva é o meio de aquisição de propriedade mobiliária ou imobiliária em decorrência de seu prolongado uso pacífico, ou seja, trata dos aspectos concernentes à figura da usucapião. Nesse aspecto, importante observar que o conceito se constrói sob a ótica do adquirente e não sob a perspectiva do antigo titular do direito<sup>24</sup>. Isto é, trata-se de meio de aquisição de propriedade de bem móvel ou imóvel, através da sua posse mansa e pacífica, no decorrer de período de tempo determinado, durante o qual o titular do domínio se mantém inerte até perder a ação para defesa desse bem.

Segundo, Clóvis Beviláqua, prescrição extintiva, a qual está prevista no art. 189 do Código Civil, “é a perda da ação atribuída a um direito e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante determinado espaço de tempo”<sup>25</sup>. Assim, ela é construída através do titular do direito atingido e também é conceituada como a perda da ação (em sentido material) de um direito por consequência de ter esgotado o prazo previsto para o seu exercício, isto é, ocorre “a perda da exigibilidade judicial de um direito em decorrência dele não ter sido exigido pelo credor ao devedor durante certo lapso de tempo”<sup>26</sup>.

Nesse sentido, aduz Maria Helena Diniz:

A prescrição extintiva ou liberatória atinge qualquer ação (em sentido material), fundamentando-se na inércia do titular e no tempo, e a aquisitiva ou usucapião visa à

<sup>23</sup> CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 1261.

<sup>24</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 241.

<sup>25</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927. v.1., obs. 1 ao art. 161.

<sup>26</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 241.

propriedade ou a outro direito real, fundando-se na posse e no tempo. Portanto, dúplices são os conceitos<sup>27</sup>.

Todavia, essa visão dualista não é aceita por parte da doutrina, como é o caso exatamente da autora supracitada, a qual assevera que não considera como perfeitamente exatas as motivações de Clóvis Beviláqua alegando que a prescrição e a usucapião são institutos diversos, conforme disposto no Código Civil, visto que a prescrição está prevista na parte geral, enquanto a usucapião está regulamentada na parte especial, concernente ao direito das coisas<sup>28</sup>.

Quanto à aplicação no campo trabalhista, Vólia Bonfim Cassar aduz que a prescrição aquisitiva excepcionalmente será aplicada no ramo, afirmando ser improvável que o trabalhador adquira a propriedade do imóvel por meio de usucapião<sup>29</sup>. Entretanto, Mauricio Godinho Delgado assevera que, apesar de ter pouca aplicação, constitui um equívoco considerar a prescrição aquisitiva (usucapião) incompatível com o Direito do Trabalho. Alega o referido autor que “o usucapião pode ter efeitos na alteração subjetiva do contrato empregatício (sucessão trabalhista), lançando um novo empregador no polo passivo da relação de emprego”, apesar de o próprio possuidor já poder contratar empregados para que trabalhem na propriedade envolvida antes da aquisição por usucapião<sup>30</sup>. Todavia, isso não impede que ocorra uma sucessão trabalhista no que se refere a eventuais contratos empregatícios do proprietário anterior do imóvel usucapido, como resultado de uma transferência de propriedade via prescrição aquisitiva<sup>31</sup>.

Assim, cumpre encerrar esse tópico verificando que o direito do trabalho praticamente não se ocupa da prescrição aquisitiva. Porém, a prescrição extintiva é deveras importante, tendo em vista que compreende as hipóteses de aplicação da prescrição no ramo trabalhista, sendo “restrita aos direitos patrimoniais resultantes do contrato de trabalho”<sup>32</sup>. Assim, passa-se à análise da prescrição trabalhista, em específico.

<sup>27</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 440-441.

<sup>28</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 441.

<sup>29</sup> CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 1266.

<sup>30</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo : LTr, 2012, p. 243.

<sup>31</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo : LTr, 2012, p. 243.

<sup>32</sup> CAMINO, Carmen. *Direito Individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p.140.

## 1.2 A PRESCRIÇÃO TRABALHISTA

A prescrição tem grande importância para o Direito, influenciando fortemente nas relações jurídicas e sociais, sendo assunto recorrente no Direito do Trabalho, tendo em vista a necessidade de regulação das relações trabalhistas e de realização dos princípios de direito do trabalho, especialmente o princípio da proteção. Nesse sentido, importante observar a definição de Sergio Pinto Martins:

Direito do trabalho é o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas<sup>33</sup>.

Nesse aspecto, a prescrição está relacionada com o princípio da irrenunciabilidade no direito do trabalho, o qual consiste na “impossibilidade jurídica de o trabalhador privar-se voluntariamente das vantagens conferidas pelo Direito do Trabalho”<sup>34</sup>. Ocorre que essa irrenunciabilidade é limitada pela prescrição e pela decadência, tendo em vista que esses institutos, quando ocorrem, são capazes de promover a cessação do direito. Assim, agem como se fossem uma espécie de renúncia tácita por parte do empregado, o qual não acionou seu direito em no prazo determinado.

Carmen Camino aponta que a incidência dos prazos decadenciais é muito pequena no direito do trabalho, sendo os maiores conflitos e dificuldades referentes ao instituto da prescrição<sup>35</sup>. Todavia, o campo trabalhista possui pouca regulamentação prescricional, de modo que é necessário que sejam utilizadas normas de direito comum<sup>36</sup>, subsidiariamente, conforme dispõe o art. 8º da CLT<sup>37</sup>, sendo que as regras gerais arroladas no Código Civil relacionadas à prescrição são aplicáveis à prescrição trabalhista<sup>38</sup>. Nesse sentido, o dispositivo

<sup>33</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 16.

<sup>34</sup> MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 10. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2002, p. 13.

<sup>35</sup> CAMINO, Carmen. *Direito Individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p.140.

<sup>36</sup> OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 477.

<sup>37</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 5452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Art. 8º: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De15452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm)>. Acesso em: 22 out. 2015).

<sup>38</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 252.

fundamental que regula propriamente a prescrição nas relações trabalhistas encontra-se no inciso XXIX do art. 7º da Constituição Federal<sup>39</sup>, *in verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

Considerável o ensinamento de Magda Barros Biavaschi, a qual aduz que a “Constituição Brasileira de 1988, como a weimariana de 1919, atribui valor social ao trabalho e à propriedade, limitando-a e condicionando-a ao cumprimento de sua função social”<sup>40</sup>. Ainda, assevera que os direitos dos trabalhadores arrolados no art. 7º são direitos sociais fundamentais, e, desse modo, imprescritíveis, conforme segue:

A prescrição é uma exceção alcançada ao devedor. O que o sistema brasileiro faz no texto constitucional é estabelecer um prazo após o qual faculta ao devedor exercer, no tempo fixado pela norma, sua pretensão ou ação. Isto é, o prazo prescricional determina o nascimento de uma exceção de direito material oponível ao exercício de um direito subjetivo comum. O Direito permanece existindo. A pretensão é que fica atingida<sup>41</sup>.

Para fins de ilustração a respeito das divergências ocorrentes no que tange à prescrição trabalhista, Maurício Godinho Delgado refere acerca da possibilidade ou não das ações meramente declaratórias, referentes ao simples reconhecimento do tempo de serviço, serem imprescritíveis. Além disso, assevera que, além do prazo geral previsto na CF, há a questão que envolve qual a prescrição aplicável ao empregado doméstico, bem como a discussão a respeito do prazo especial ao qual estava submetido o FGTS<sup>42</sup>, cuja decisão do STF procurou uniformizar (ARE 709212 / DF).

Assim, a prescrição do direito do trabalho está diretamente ligada à nova ordem constitucional promulgada em 1988, devendo ser analisada sob o prisma dos preceitos e fundamentos previstos constitucionalmente, em especial no que se refere aos direitos dos

<sup>39</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 22 out. 2015.

<sup>40</sup> BIAVASCHI, Magda Barros. “*Direito do Trabalho e prescrição: fundamentos e notas sobre imprescritibilidade*”. In: DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de; OLIVEIRA, Cíntia Machado de. (org.). *Temas de Direito e Processo do Trabalho*. Vol. 2. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 191-192.

<sup>41</sup> BIAVASCHI, Magda Barros. “*Direito do Trabalho e prescrição: fundamentos e notas sobre imprescritibilidade*”. In: DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de; OLIVEIRA, Cíntia Machado de. (org.). *Temas de Direito e Processo do Trabalho*. Vol. 2. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 194.

<sup>42</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 253.

trabalhadores, o que traz importância ao estudo da origem histórica da atual norma prescricional trabalhista.

### 1.2.1 Evolução histórica

A fim de verificar brevemente o histórico da prescrição trabalhista no Brasil, significativo o apontamento de Cesarino Júnior a respeito dos antecedentes da Consolidação das Leis do Trabalho no que refere ao regramento da prescrição de quaisquer direitos trabalhistas discutidos:

O instituto da prescrição no Direito do Trabalho somente teve, na legislação, um dispositivo de ordem geral, a partir da promulgação do Decreto-lei n. 1.237, de 2 de maio de 1939. Este, no artigo 101 dispunha: “Não havendo disposição especial em contrário, prescreve em dois anos qualquer reclamação perante a Justiça do Trabalho”. E o seu regulamento, o Decreto n. 6.596, de 12 de dezembro de 1940, repetiu no art. 227: “Não havendo disposição em contrário, qualquer reclamação perante a Justiça do Trabalho prescreve em dois anos, contados da data do ato ou fato que lhe der origem”<sup>43</sup>.

Posteriormente, a Consolidação das Leis do Trabalho dispôs, em seu art. 11, que “não havendo disposição legal em sentido contrário nesta Consolidação, prescreve em dois anos o direito de pleitear a reparação de qualquer ato infringente de dispositivo nela contido”. Diante disso, o prazo prescricional que regeu as relações trabalhistas de 1943 até a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi de dois anos a contar da data do ajuizamento da ação<sup>44</sup>.

Ao longo da Assembleia Nacional Constituinte, trabalhadores e sindicatos de trabalhadores atuaram pela ampliação do prazo prescricional previsto na CLT (de dois para cinco anos). A condição para que houvesse consenso entre as partes envolvidas em relação a essa margem de ampliação foi que as ações trabalhistas devessem ser ajuizadas em até dois anos após a extinção do contrato de trabalho<sup>45</sup>. Assim, a Constituição Federal de 1988 ampliou o prazo prescricional trabalhista, visto que anteriormente os prazos eram unificados em 2 anos<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. vol. I. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 118. *apud*. PRUNES, José Luiz Ferreira. *A prescrição no direito do trabalho*. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 1992, p. 99-100.

<sup>44</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014, p. 195.

<sup>45</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014, p. 195.

<sup>46</sup> OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 478.

Desse modo, após período de pouco estudo a respeito da prescrição trabalhista, a partir da nova disposição constitucional esse tema passou a ser novamente objeto de estudo e de amplas discussões. Apesar de o instituto não ter sofrido mudanças essenciais, seu prazo foi dilatado em virtude do interesse social existente. Ocorre que, tendo em vista a época de forte inflação, o pagamento de dívidas tornou-se algo raro, influenciando nas relações trabalhistas, visto que os trabalhadores, ao recorrerem ao Judiciário, acabavam podendo demandar apenas por dois anos de reparações, o que se somando aos juros e correções monetárias acabava resultando na perda de valores maiores do que os das condenações. Assim, o aumento de dois para cinco anos foi considerado como uma forma de defesa da sociedade diante dos maus pagadores, de modo que lhes foi imposto que dívidas com maior espaço de tempo fossem honradas<sup>47</sup>.

Em relação aos efeitos da nova previsão prescricional, importa observar que, consoante discorre Alice Monteiro de Barros, a partir da Constituição Federal de 1988, caso a prescrição prevista pela legislação anterior já tivesse ocorrido não havia como reaver as parcelas anteriores a 05 de outubro de 1986. Ademais, para os contratos com início há ao menos dois anos antes da data de vigência da nova ordem constitucional, após transcorridos três anos da promulgação da CF que o quinquênio nela previsto foi completado<sup>48</sup>. Nesse sentido vale analisar a Súmula 308 do TST:

Súmula 308 TST. Prescrição Quinquenal

I. Respeitado o biênio subsequente à cessação contratual, a prescrição da ação trabalhista concerne às pretensões imediatamente anteriores a cinco anos, contados da data do ajuizamento da reclamação e, não, às anteriores ao quinquênio da data da extinção do contrato.

II. A norma constitucional que ampliou o prazo de prescrição da ação trabalhista para 5 (cinco) anos é de aplicação imediata e não atinge pretensões já alcançadas pela prescrição bienal quando da promulgação da CF/1988<sup>49</sup>.

Desse modo, sucedeu-se a redação do dispositivo constitucional que regula a prescrição trabalhista, o qual, em sua redação original previa que o prazo prescricional para que os trabalhadores urbanos ajuizassem ações de cunho trabalhista fosse cinco anos, devendo a ação ser ajuizada dentro dos dois anos posteriores à extinção do contrato de trabalho<sup>50</sup>. Quanto aos trabalhadores rurais, o prazo era de dois anos contados a partir do fim do contrato

<sup>47</sup> PRUNES, José Luiz Ferreira. *A prescrição no direito do trabalho*. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 1992, p. 20.

<sup>48</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 823.

<sup>49</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 308 do TST*. Disponível em:

<[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-308](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-308)>. Acesso em: 22 out. 2015.

<sup>50</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014, p. 195.

de trabalho, não incidindo a prescrição quinquenal. A partir da Emenda Constitucional n. 28/2000, ocorreu a unificação da prescrição para trabalhadores urbanos e rurais, resultando na atual redação do art. 7º, inciso XXIX da CF.

O referido dispositivo apontou a existência das prescrições bienal e quinquenal ao regular as relações trabalhistas. Assim, são dois os prazos a serem observados concomitantemente quando da análise da prescrição decorrente das relações trabalhistas: o bienal e o quinquenal.

### 1.2.2 Prescrição bienal e quinquenal

O art. 7º, inciso XXIX da CF arrola duas espécies de prescrição: a bienal e a quinquenal. Nesse sentido, é importante analisar as especificidades de cada uma delas, bem como ocorre sua aplicação.

Quanto à prescrição bienal, ela é aplicada apenas a partir do término do contrato de trabalho, de modo que os trabalhadores devem ajuizar ações decorrentes da relação de emprego em até 2 anos, sendo que caso o biênio decorra sem o ingresso na justiça ocorrerá a perda de qualquer pretensão oriunda deste contrato pelo trabalhador, exceto na ocorrência de alguma das causas que influem na contagem da prescrição. Nesse sentido, a prescrição bienal situa-se no campo da prescrição total, visto que acaba com todas as pretensões do obreiro em relação àquele contrato de trabalho extinto há mais de dois anos<sup>51</sup>.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu o limite bienal no que tange aos casos em que há extinção do contrato de trabalho, sendo que, tratando-se de restrição de direito, deve haver interpretação restritiva de modo que o prazo bienal apenas ocorre a partir da data em que o vínculo de emprego é rompido, sendo que, na constância do contrato empregatício apenas é possível que seja aplicada a prescrição quinquenal<sup>52</sup>. Em relação à natureza do prazo bienal, a partir da emergência da nova ordem constitucional, Carmen Camino aponta que o tratamento dado à prescrição trabalhista “ensejou perplexidade, e respeitáveis vozes nos tribunais do trabalho foram ouvidas em favor da natureza decadencial do prazo de dois anos,

---

<sup>51</sup> OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 478.

<sup>52</sup> CARVALHO, Augusto César Leite de. A prescrição trabalhista: a possível superação da prescrição total. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 76, n. 3, p. 165, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/18057>>. Acesso em 23.10.2015.

contados da extinção do contrato de trabalho”<sup>53</sup>. Ainda, afirma a doutrinadora que as referidas teses não prosperaram após serem postas em análise em relação aos institutos da decadência e da prescrição, não podendo ser enquadrado como decadencial, visto que o prazo bienal previsto constitucionalmente diz respeito à totalidade dos direitos lesados durante o contrato de trabalho, não se restringindo a um direito a ser exercido, de modo que não surge qualquer direito submetido a prazo de exercício pelo empregado quando da extinção do contrato de trabalho. Assim, ao ser extinto o contrato, ocorre somente a “eventual redução do prazo prescricional diante do seu exercício da ação limitada até se completarem dois anos”<sup>54</sup>.

Vólia Bonfim Casar aduz que a prescrição bienal, a qual chama apenas de extintiva, corresponde à pretensão ou exigibilidade do direito, iniciando sua contagem a partir da extinção do contrato, havendo ou não lesão configurada, sendo que transcorrido o prazo de dois anos qualquer lesão ocorrida na vigência do contrato estará prescrita. A referida doutrinadora aponta para a semelhança dessa espécie de prescrição com a decadência, tendo em vista o início da fruição do prazo prescricional (extinção do contrato, independente de ter ou não havido lesão). Alega a autora que esse é o motivo para que raros julgados não aceitem a interrupção ou suspensão desse prazo, argumentando ser decadencial. Entretanto, essa semelhança do prazo bienal com o instituto da decadência, qual seja de seu prazo começar a fluir a partir da extinção do contrato e não da lesão, é única, de modo que configura prazo prescricional por todas as suas demais características<sup>55</sup>.

No que se refere à prescrição quinquenal, a qual teve seu surgimento a partir da Constituição Federal de 1988, ela reproduz o curso temporal em que é possível que ocorra a postulação dos créditos em inadimplência, de modo que o obreiro tem o prazo de 2 anos para requerer suas pretensões, podendo demandar pelos direitos exigíveis nos 5 anos anteriores ao ajuizamento da ação. Nessa seara, diferentemente do bienal, o prazo quinquenal assume a posição de prescrição parcial, podendo ser expresso parcialmente na demanda, de modo que somente parte das pretensões seja atingida pela prescrição, visto que quando do ajuizamento da reclamatória trabalhista pode haver pretensões que estão prescritas e outras que não estão, conforme o tipo de lesão que o direito sofra (ato único ou contínuo)<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> CAMINO, Carmen. *Direito Individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p.151.

<sup>54</sup> CAMINO, Carmen. *Direito Individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p.151.

<sup>55</sup> CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 1267.

<sup>56</sup> OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 478.

Assim, para que não ocorra a incidência prescricional, ambos os prazos (bienal e quinquenal) previstos no inciso XXIX do art. 7º da CF devem estar vigentes. Cumpre verificar que a contagem desses prazos inicia em momentos diversos, sendo que enquanto o prazo bienal começa a contar a partir da data de término do contrato de trabalho, o prazo quinquenal tem seu marco de início da contagem na data de ajuizamento da ação trabalhista<sup>57</sup>.

Além da previsão constitucional dos prazos bienal e quinquenal, a prescrição trabalhista também apresenta as espécies de prescrição total e parcial, advindas da jurisprudência.

### 1.2.2 Prescrição total e parcial

A prescrição trabalhista também é classificada pela jurisprudência de acordo com os conceitos de prescrição total e parcial, as quais são utilizadas nos casos de supressão ou alteração de prestações periódicas. Nesse sentido, “a problemática da prescrição periódica há muito tempo inquieta os operadores do processo do trabalho e tem como elemento central a distinção dos efeitos dos atos nulos e dos atos anuláveis”<sup>58</sup>.

Em relação a esse tema, inicialmente, com a edição do prejudgado n. 48, o TST instituiu o entendimento de que, tratando-se a lesão de prestações periódicas, independentemente da sua natureza, sempre a prescrição seria parcial e sua contagem teria início não a partir do direito do qual a prestação se origina e sim a partir do vencimento de cada uma delas<sup>59</sup>. Posteriormente, foram editados os verbetes de números 168 e 198 do TST, os quais determinavam que a prescrição fosse contada a partir do vencimento de cada uma das parcelas não cumpridas, e não da data em que se deu lesão. Entretanto, os referidos verbetes foram cancelados pela atual súmula 294 do TST, a qual adotou a ideia de prescrição do “fundo do direito”, anteriormente recusada<sup>60</sup>. Ocorre que há grande discussão a respeito do teor desta súmula, cujo teor segue abaixo:

Súmula 294 TST. Prescrição. Alteração contratual. Trabalhador urbano Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do

<sup>57</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014, p. 196.

<sup>58</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014, p. 203.

<sup>59</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014, p. 203.

<sup>60</sup> OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 479.

pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei<sup>61</sup>.

Assim, a súmula 294 do TST determina que a prescrição seja parcial sempre que o direito prejudicado estiver garantido por lei, ou seja, nos casos em que não houver expressa previsão legal a prescrição sempre será total, de modo que “a prescrição será contada a partir da lesão originária, e não do vencimento de casa uma das parcelas”<sup>62</sup>. Ainda, conforme lição de Francisco Rossal de Araújo e Rodrigo Coimbra, a prescrição total e a prescrição parcial “embora tenham o mesmo prazo de cinco anos, contam-se de momentos distintos: a prescrição total inicia a contar da data da lesão e a prescrição parcial conta-se do vencimento de cada prestação periódica que continua não sendo adimplida”<sup>63</sup>. Assim, o início da contagem do prazo prescricional é assunto significativo para a análise da distinção entre a prescrição total e a parcial.

Nessa seara, Francisco Rossal de Araújo e Rodrigo Coimbra atentam para o fato de que o TST, para que se defina o marco inicial do lapso prescricional, utiliza parâmetro distinto dependendo se o título jurídico da parcela pretendida é decorrente ou não de preceito de lei<sup>64</sup>. Os autores referidos, outrossim, apontam casos de prescrição total e parcial de acordo com a jurisprudência do TST, sendo de prescrição total os seguintes: supressão ou alteração de comissões, supressão de realização e de pagamentos de horas extras, diferenças salariais decorrentes de planos econômicos, horas extras pré-contratadas e pedido de reenquadramento funcional. No que concerne à prescrição parcial, são apontados os casos que seguem: equiparação salarial, desvio de função, pedido de diferença de gratificação semestral que teve seu valor congelado e diferenças salariais decorrentes de plano de cargos e salários<sup>65</sup>.

Mauricio Godinho Delgado atenta ao fato de que a súmula 294 do TST diferencia o momento em que a actio nata ocorre, de acordo com o título jurídico da parcela. Ou seja, se a parcela não estiver assegurada em preceito de lei, a actio nata se forma quando da ocorrência da lesão e, conseqüentemente, do nascimento da pretensão. Nesse caso, ocorre a prescrição total, a qual se dá desde a lesão e se esgota após cinco anos, estando o contrato em

---

<sup>61</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 294 do TST*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_251\\_300.html#SUM-294](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-294)>. Acesso em: 22 out. 2015.

<sup>62</sup> OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 479.

<sup>63</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014, p. 182.

<sup>64</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014, p. 205.

<sup>65</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014, p. 205-208.

andamento. Todavia, a prescrição é parcial nos casos em que a parcela estiver regulamentada em preceito de lei, surgindo a actio nata em cada lesão, em específico. Assim, o prazo prescricional é contado a partir do vencimento de cada prestação periódica que seja resultado de direito prescrito na legislação<sup>66</sup>.

Alice Monteiro de Barros assegura que a prescrição será sempre parcial e apenas dirá respeito às verbas vencidas há mais de cinco anos a partir da data de ajuizamento da ação na hipótese de lesão do direito que atinja prestações sucessivas previstas em lei. Afirma a autora, ainda, que “a infração não compromete o direito em si, nem sua causa jurídica, fundada em norma imperativa”<sup>67</sup>, visto que “a lesão do direito renova-se mês a mês, sempre que se tornar exigível a prestação quitada indevidamente, surgindo, a cada vez, a pretensão”<sup>68</sup>. Diante disso, independentemente da origem da obrigação, se ela for contínua e prevista na legislação a prescrição será sempre parcial, atingindo somente os efeitos patrimoniais decorrentes das relações jurídicas que tenham alcançado seu vencimento por período maior do que cinco anos a partir da data de ajuizamento da reclamatória<sup>69</sup>. Entretanto, a referida doutrinadora assevera que é diversa a disposição a respeito de ato que seja decorrente de alteração contratual não prevista em lei, quando a prescrição será total e iniciará sua contagem desde a consolidação do ato único do empregador, afirmando que “a lesão, no caso, compromete a causa ensejadora do direito, do qual se originaram as prestações sucessivas”<sup>70</sup>.

Essa questão suporta muitas discussões e controvérsias doutrinárias, tendo em vista que o TST diferenciou o tratamento em relação aos direitos decorrentes de negociação individual e aos que advêm da legislação, optando pelo entendimento de que, em tese, os direitos negociados existem entre empregados menos vulneráveis, os quais justificam que os princípios protetivos sejam atenuados de modo que seja admitida a prescrição total para os créditos decorrentes dessa negociação, ao contrário dos empregados com maior vulnerabilidade, os quais geralmente ficam adstritos aos direitos previstos em lei<sup>71</sup>.

Ocorre que essa dualidade existente na jurisprudência vem recebendo muitas críticas doutrinárias, pois ela implica a admissão de diferenciação não proposta pela previsão prescricional existente na Constituição Federal de 1988, destacando o efeito prescricional

<sup>66</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 266.

<sup>67</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 825.

<sup>68</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 825.

<sup>69</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 825.

<sup>70</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 825.

<sup>71</sup> OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 479.

constitucionalmente firmado, por meio da prescrição total, afrontando a conduta interpretativa apontada pelo princípio da norma mais favorável. Em contrapartida, analisando a teoria do direito civil, verifica-se que no caso de parcelas de trato sucessivo, como é o caso das relações trabalhistas, estas estão submetidas à prescrição parcial, sendo aplicada a prescrição total somente quando as obrigações são concentradas em ato único, isto é, não são fracionadas no tempo<sup>72</sup>. Por fim, Mauricio Godinho Delgado aponta que “toda cláusula contratual ajustada encontra-se protegida pela legislação heterônoma estatal (art. 468 CLT), o que conduziria à imperativa incidência parcial da prescrição também nesses casos”<sup>73</sup>.

A prescrição trabalhista, por fim, deve ser interpretada de modo que sejam considerados os princípios norteadores do Direito do Trabalho, tendo em vista a hipossuficiência do empregado e a dificuldade em que ocorra ajuizamento de reclamatória trabalhista na constância do contrato de trabalho. Nesse sentido, cumpre observar apontamento de Augusto César Leite de Carvalho a respeito do tema:

A prescrição trabalhista deve ter os seus preceitos legais interpretados em sintonia com o estado de debilidade contratual do trabalhador e com as balizas constitucionais afetas à configuração do Direito do Trabalho como direito fundamental<sup>74</sup>.

Assim, após análise do instituto da prescrição, bem como da prescrição trabalhista e suas espécies, passa-se ao estudo específico do regime jurídico e peculiaridades do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

---

<sup>72</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 267.

<sup>73</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 267.

<sup>74</sup> CARVALHO, Augusto César Leite de. *A prescrição trabalhista: a possível superação da prescrição total*. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 76, n. 3, p. 171, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/18057>>. Acesso em 23.10.2015.

## 2 O FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO

Este segundo capítulo tem como objetivo o estudo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) enquanto instituto jurídico-social brasileiro. Primeiramente, serão analisados seu histórico e fundamentos, iniciando pela conceituação e passando pela sua origem enquanto opção à antiga estabilidade no emprego, até chegar ao regramento atual do Fundo, de caráter obrigatório após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Em fase posterior, serão analisadas as teorias doutrinárias a respeito da controversa natureza jurídica do FGTS, passando pelas perspectivas do empregador e do empregado.

### 2.1 HISTÓRICO E FUNDAMENTOS

#### 2.1.1 Conceituação

A Constituição Federal de 1988 previu que o trabalho fosse protegido, sendo manifestado como “princípio fundamental, direito social em sentido estrito, fundamento da ordem econômica e base da ordem social”<sup>75</sup>. Diante disso, o sistema constitucional brasileiro apresenta-se como um Estado interventor no que se refere aos problemas das relações entre capital e trabalho, o que possui muita relevância para um Estado Democrático de Direito, sendo que “no plano nacional, o trabalho é previsto como princípio fundamental da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito”<sup>76</sup>. Nessa esteira, o direito ao FGTS decorre da referida proteção ao trabalho e está previsto no art. 7º, inciso II, da Constituição Federal de 1988<sup>77</sup>.

Destina-se o FGTS aos trabalhadores urbanos, rurais e avulsos, podendo ser estendido ao não empregado. Quanto aos domésticos, o sistema era facultativo até a edição da Emenda

---

<sup>75</sup> BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Aspectos Gerais do Contrato de Trabalho e da Relação de Emprego*. In: *Justiça do Trabalho*. V. 29. Nº 338. Porto Alegre: HS Editora, fev/2012, p. 69.

<sup>76</sup> BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Aspectos Gerais do Contrato de Trabalho e da Relação de Emprego*. In: *Justiça do Trabalho*. V. 29. Nº 338. Porto Alegre: HS Editora, fev/2012, p. 69.

<sup>77</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* – “Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) III - fundo de garantia do tempo de serviço”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 06 nov. 2015.

Constitucional nº 72/2013, a qual ampliou os direitos dos trabalhadores domésticos tornando obrigatório o recolhimento do FGTS, a partir do dia 01 de outubro de 2015<sup>78</sup>.

De acordo com Arnaldo Süssekind, o FGTS “corresponde a créditos do trabalhador, que se acumulam mediante depósitos mensais em conta vinculada”<sup>79</sup>. O FGTS é devido enquanto o contrato de trabalho tiver duração, exceto nos períodos de suspensão contratual, sendo que se a suspensão decorrer de acidente de trabalho, licença maternidade ou serviço militar o FGTS deverá ser recolhido<sup>80</sup>, consoante previsão do art. 4º da CLT c/c art. 28 do Decreto 99.684/90<sup>81</sup>. Seu recolhimento mensal corresponde a 8%<sup>82</sup> da remuneração do empregado, sendo que toda parcela de natureza salarial (incluindo o 13º salário, vide Súmulas números 63 e 148 do TST) deve ser incluída na base de cálculo do FGTS. Nessa seara, consoante previsto no §6 do art. 15 da Lei nº 8.036/90<sup>83</sup>, o conceito de remuneração compreende as parcelas que a Previdência Social considera com salário-contribuição<sup>84</sup>. Assim, o FGTS “consiste no recolhimento mensal obrigatório em favor do empregado, a cargo do empregador, em conta especial vinculada junto à Caixa Econômica Federal, no valor de 8% sobre as verbas de natureza remuneratória”<sup>85</sup>.

Para melhor análise do conceito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), importante verificar como o instituto foi definido nas legislações pátrias a seu respeito. Nesse sentido, a Lei nº 5.107/66<sup>86</sup>, a qual criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, em seu art. 11, o conceituou como “o conjunto das contas vinculadas a que se refere esta Lei, cujos recursos serão aplicados com correção monetária e juros, de modo a assegurar cobertura de suas obrigações, cabendo sua gestão ao Banco Nacional da Habitação”.

<sup>78</sup> Esses direitos foram regulamentados pela Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015, a qual revogou a Lei nº 5.859/72, que, em seu art. 3º, previa o regime facultativo do FGTS para os empregados domésticos.

<sup>79</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª. ed. rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 370.

<sup>80</sup> CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 1239.

<sup>81</sup> BRASIL. Decreto nº 99.684/90. *Consolida as normas regulamentares do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D99684.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D99684.htm)>. Acesso em 23.out.2015

<sup>82</sup> Exceção: aprendiz – 2% (art. 15, §7, Lei nº 8.036/90).

<sup>83</sup> BRASIL. Lei nº 8.036/90. *Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8036consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8036consol.htm)>. Acesso em 23.out.2015.

<sup>84</sup> CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 1246.

<sup>85</sup> OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 305.

<sup>86</sup> BRASIL. Lei nº 5.107/66. *Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências*.

(Revogada pela Lei nº 7.839, de 1989). Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5107.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5107.htm)>. Acesso em 23.out.2015.

Já a Lei nº 7.839/89<sup>87</sup>, a qual dispôs a respeito do FGTS, em seu art. 2º, definiu que o “FGTS é constituído pelos saldos das contas vinculadas a que se refere esta Lei e outros recursos a ele incorporados, devendo ser aplicados com a atualização monetária e juros, de modo a assegurar a cobertura de suas obrigações”. Em relação ao art. 2º da Lei 8.036/90, que dispôs a respeito do FGTS, a redação é deveras semelhante: “o FGTS é constituído pelos saldos das contas vinculadas a que se refere esta Lei e outros recursos a ele incorporados, devendo ser aplicados com a atualização monetária e juros de modo a assegurar a cobertura de suas obrigações”<sup>88</sup>.

Diante disso, Sergio Pinto Martins conceitua o FGTS como “um depósito bancário vinculado, pecuniário, compulsório, realizado pelo empregador em favor do trabalhador, visando formar uma espécie de poupança para este, que poderá ser sacada nas hipóteses previstas em lei”<sup>89</sup>.

Já Mauricio Godinho Delgado aduz que:

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço consiste em recolhimentos pecuniários mensais, em conta bancária vinculada em nome do trabalhador, conforme parâmetro de cálculo estipulado legalmente, podendo ser sacado pelo obreiro em situações tipificadas pela ordem jurídica, sem prejuízo de acréscimo percentual condicionado ao tipo de rescisão de seu contrato laborativo, formando, porém, o conjunto global e indiferenciado de depósitos um fundo social de destinação legalmente especificada<sup>90</sup>.

Apesar de sua nomenclatura remeter ao tempo de serviço do empregado, preceitua Sergio Pinto Martins que o FGTS não tem relação exata com o tempo de serviço do trabalhador, representando uma poupança para este, contrariamente ao que ocorria com a antiga indenização, a qual era ligada ao número de anos de serviços prestados ao empregador<sup>91</sup>. Assim, exsurge a importância da análise da origem do FGTS, analisando as justificativas de sua criação, tendo em vista que acabou coexistindo com o regime da estabilidade no emprego até o advento da Constituição Federal de 1988, quando se tornou obrigatório.

---

<sup>87</sup> BRASIL. Lei nº 7.839/89. *Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e dá outras providências.* (Revogada pela Lei nº 8.036, de 1990). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7839.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7839.htm)>. Acesso em 23.out.2015.

<sup>88</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do FGTS*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 26.

<sup>89</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do FGTS*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 27.

<sup>90</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 1292.

<sup>91</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do FGTS*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 25.

### 2.1.2 FGTS como opção à estabilidade no emprego

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço foi instituído em 1966, oportunidade em que o legislador deixou à escolha do trabalhador o tipo de regime jurídico ao qual ele quisesse ser integrado, podendo optar, alternativamente, entre a estabilidade decenal e da indenização previstas na CLT (sistema de proteção através da dispensa sem justa causa caso ocorresse antes de completados dez anos no mesmo emprego, adquirindo estabilidade esse período) ou o sistema do FGTS, que excluía a indenização e a estabilidade decenal<sup>92</sup>.

Diante disso, para fins de estudo da origem do FGTS, faz-se necessária a análise dos antecedentes históricos referentes ao assunto da estabilidade no emprego na legislação e constituições brasileiras. Nesse sentido, verifica-se que a primeira norma relacionada à estabilidade no setor privado foi o Decreto n° 4.682, de 24.01.1923, que foi a nominada Lei Eloy Chaves (destinada aos empregados do setor ferroviário), a qual preceituou, em seu art. 42, que após dez anos de serviço efetivo, o empregado apenas poderia ser demitido em caso de falta grave constatada em inquérito administrativo que fosse presidido por um engenheiro da Inspetoria e Fiscalização das Estradas de Ferro. Após, essa estabilidade foi estendida a diversas outras categorias por meio de respectivos decretos, até que a CLT, em 1943, tratou da estabilidade (arts. 492 a 500), unificando as regras existentes até então. Nessa esteira, o art. 492 da CLT previa que todo empregado que completasse dez anos na mesma empresa não poderia ser dispensado, exceto em caso de falta grave, que necessitava ser verificada e apurada em inquérito judicial, ou por força maior efetivamente comprovada. Ainda, a Constituição de 1946, em seu art. 157, inciso XII, reconhecia ao trabalhador a “estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir”<sup>93</sup>.

Ocorre que a estabilidade era motivo de insatisfação por parte do empresariado, que afirmava que o trabalhador estável acabava sendo menos produtivo, bem como argumentava que não poderia haver possibilidade de dispensa por motivo econômico ou financeiro, o que engessava a economia das empresas<sup>94</sup>. Vólia Bonfim Cassar aduz que “o cenário político de 1964 era ideal para a mudança, em face do regime autoritário vivido naquela época”<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho*. 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 875.

<sup>93</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do FGTS*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 6-8.

<sup>94</sup> CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 1235.

<sup>95</sup> CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 1236.

Desse modo, a estabilidade começou a perder forças a partir do “Programa de Ação Econômica do Governo para o biênio 1964/1966”, o qual pretendia substituir eventual e paulatinamente o sistema da estabilidade por um sistema de seguro desemprego<sup>96</sup>. O sistema da estabilidade era criticado por membros de setores da política e economia, alegando-se que provocava dificuldades à produtividade das empresas e trazia empecilhos para a compra e venda de empresas por conta do passivo trabalhista existente<sup>97</sup>. Assim, surgiu o anteprojeto de lei que instituía a obrigação aos empregadores celetistas que recolhessem o equivalente a 8% da remuneração do empregado em conta bancária em nome deste, nomeando-se o sistema de Fundo de Garantia de Tempo de Serviço e determinando que caso o empregado fosse dispensado sem justa causa deveria ser indenizado pelo empregador com o equivalente a 10% dos depósitos feitos em sua conta bancária, sendo a opção pelo novo regime legal facultativa pelos empregados já estáveis quando da publicação da lei<sup>98</sup>.

Todavia, juristas e classes de trabalhadores reagiram negativamente ao referido anteprojeto, de modo que a proposta foi reconsiderada, mantendo-se a estabilidade decenal prevista na CLT, porém, alternativamente, coexistindo com o novo regime de proteção das relações de emprego, qual seja, o FGTS. Assim, foi apresentado outro projeto referente ao assunto, em 15 de julho de 1966, o qual estabelecia a coexistência das normas de estabilidade previstas na CLT com o novo regime, bem como dava a faculdade de escolha ao empregado a respeito de qual sistema gostaria de estar enquadrado, prevendo garantia do tempo de serviço através de depósitos em contas vinculadas ao trabalhador, consistindo em 8% da remuneração mensal do empregado, mais indenização de 10% na ocorrência de despedida sem justa causa. Em 05 de agosto de 1966 o Projeto de Lei foi encaminhado ao Congresso Nacional, sendo que passados 30 dias sem sua apreciação, foi convertido em Lei pela Presidência da República, sendo assim criada a Lei n 5.107/66 regulamentada pelo Decreto n° 59.820/66, após incorporação das emendas aprovadas pela Comissão Mista que havia examinado o projeto no Congresso<sup>99</sup>. Assim, ocorreu a instituição do FGTS, como compensação do tempo

---

<sup>96</sup> Programa de Ação Econômica do Governo para o biênio 1964-1966, s.c.e, s.d.p., p. 222. .*apud.* MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do FGTS*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 8.

<sup>97</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do FGTS*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 9.

<sup>98</sup> BARRETO, Amaro. *Teoria e Prática do FGTS*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S.A. julho-1974, p. 44.

<sup>99</sup> BARRETO, Amaro. *Teoria e Prática do FGTS*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S.A. julho-1974, p. 44-45.

de serviço, através de créditos dos empregados depositados em contas bancárias vinculadas, cujos valores eram custeados mensalmente pelos empregadores<sup>100</sup>.

Posteriormente, a Constituição de 1967<sup>101</sup> dispôs, em seu art. 158, inciso XIII, “estabilidade com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente”. No que se refere à Constituição de 1969, o art. 165, inciso XIII manteve a redação constitucional anterior, apenas suprimindo a vírgula antes existente. Ocorre que, a despeito da previsão constitucional, na prática, não havia equivalência entre o regime da estabilidade e o do FGTS. Assim, os regimes eram reconhecidamente diferentes em suas estruturas, mas deveriam ser equivalentes em suas finalidades<sup>102</sup>. Diante disso, o TST editou a Súmula nº 98, que dispôs que “a equivalência entre os regimes do FGTS e da estabilidade da CLT é meramente jurídica e não econômica, sendo indevidos quaisquer valores a título de reposição de diferença”<sup>103</sup>.

Apesar de o regime do FGTS ter sido instituído como opção à estabilidade decenal pelo empregado, o que ocorreu, na prática, foi a adoção maciça pelo novo regime, visto que a maioria das empresas só admitia o empregado se ele optasse pelo FGTS, visando à não ocorrência da estabilidade. Nessa esteira, cumpre observar lição de Amauri Mascaro do Nascimento a respeito da instituição do FGTS:

Alega-se que, dentre os problemas jurídicos que o sistema do FGTS trouxe, o maior é o incentivo à dispensa do empregado, uma vez que a conta bancária substituiu a estabilidade decenal e a indenização de dispensa sem justa causa, funcionando, assim, o FGTS não como medida de proteção ao emprego, mas de reparação de dispensas imotivadas, provocando a elevação da rotatividade de mão-de-obra<sup>104</sup>.

Assim, enquanto vigeu a Lei nº 5.107/66, regulamentada pelo Decreto nº 59.820/66, os empregados brasileiros encontraram-se divididos em duas classes: os optantes e os não optantes pelo FGTS, os quais escolhiam pela estabilidade. Quanto ao prazo para que os

<sup>100</sup> BARRETO, Amaro. *Teoria e Prática do FGTS*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S.A. julho-1974, p. 46.

<sup>101</sup> BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 27. out. 2015.

<sup>102</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do FGTS*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 12.

<sup>103</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 98 do TST (redação atual): FGTS. INDENIZAÇÃO. EQUIVALÊNCIA. COMPATIBILIDADE - I - A equivalência entre os regimes do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e da estabilidade prevista na CLT é meramente jurídica e não econômica, sendo indevidos valores a título de reposição de diferenças. II - A estabilidade contratual ou a derivada de regulamento de empresa são compatíveis com o regime do FGTS. Diversamente ocorre com a estabilidade legal (decenal, art. 492 da CLT), que é renunciada com a opção pelo FGTS*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_51\\_100.html#SUM-98](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-98)>. Acesso em: 27.out. 2015.

<sup>104</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação do direito do trabalho*. 34. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 378.

empregados optassem pelo novo regime, era de trezentos e sessenta e cinco dias a contar da vigência da lei, se já faziam parte do pessoal nesta data. Já para os que foram admitidos após a vigência da lei, o prazo para opção era o mesmo, porém a contar da data de admissão no emprego. Em relação aos que não fizeram a opção no prazo determinado, poderiam fazer a qualquer tempo, através de declaração homologada pela Justiça do Trabalho, observando as limitações previstas em lei<sup>105</sup>.

Portanto, até o advento da Constituição Federal de 1988, a regulamentação supracitada foi a vigente em relação ao FGTS, o qual existia conjuntamente com a estabilidade decenal prevista na CLT, que já estava sendo pouco utilizada, tendo em vista a preferência dos empregadores pelo regime do FGTS.

### **2.1.3 Inscrição compulsória e regramento a partir da Constituição de 1988**

O sistema instituído pela Lei n. 5.107/66 como direito optativo apenas aos trabalhadores que escolhessem pelo Fundo, em detrimento da indenização de dispensa sem justa causa ou da estabilidade decenal, passou por transformações legislativas ao longo do período que antecedeu a atual previsão constitucional. Desse modo, a previsão constitucional anterior a 1988 (CF/67 com a Emenda Constitucional de 1969<sup>106</sup>, art. 165, XIII) previa indenização com estabilidade ou Fundo de Garantia, ao dispor “estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente”.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 houve modificação do sistema alternativo até então vigente, ocorrendo a extinção da estabilidade decenal e sendo instituída uma indenização devida sempre que houver dispensa arbitrária do empregado, consoante dispõe o art. 7º, I da CF/88. Ou seja, tanto nas hipóteses de despedida arbitrária quanto nas sem justa causa, o novo dispositivo constitucional (art. 7º, III, CF/88) concede aos trabalhadores somente o direito ao FGTS, modificando-se sua natureza, a qual passou de direito optativo para imposição legal geral, visto que a CF/88 o instituiu como único meio de

---

<sup>105</sup> GOMES, Orlando e Elson Gottschalk. *Curso de Direito do Trabalho*. 18ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 410.

<sup>106</sup> BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. *Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_antecedente1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 27. out. 2015.

reparação ao empregado, sendo extintas a estabilidade e a indenização anteriormente previstas.

Assim, as novas disposições constitucionais trouxeram como efeito sobre o FGTS o desaparecimento das opções, tornando o sistema geral e obrigatório, sendo que antes o empregado poderia decidir se iria aderir ou não ao Fundo. Ainda, verificou-se que a retratação passou a não ter finalidade após a unificação do regime ao Fundo de Garantia, pois como não havia mais opção, ocorreu o desaparecimento da retratação dessa opção<sup>107</sup>.

Leciona Amauri Mascaro Nascimento:

O sistema legal de dispensa de empregados adotado pelo Brasil é o da livre dispensa. Quando não há um motivo subjetivo do empregado, pela nossa lei denominada justa causa, o empregador é obrigado a pagar-lhe uma indenização, que consiste no depósito da sua conta do Fundo, com um acréscimo (CF, art. 7º, I, e Disposições Transitórias, art. 10)<sup>108</sup>.

Portanto, após a nova previsão constitucional que dispôs a respeito da obrigatoriedade do sistema do FGTS e extinguiu a estabilidade, seguiu-se a Lei n. 7.839, de 12 de outubro de 1989, a qual foi revogada pela Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, que consiste na atual regulamentação do FGTS. No que se refere ao regramento atual, suas alterações em relação às disposições anteriores ocorreram no aspecto institucional, o qual concentra organização, gestão e finalidades do FGTS e no trabalhista, que diz a respeito ao FGTS diante da relação individual de emprego.<sup>109</sup>

Ocorreram alterações estruturais dos Ministérios da República, representados no mais alto órgão diretivo do Fundo, seu Conselho Curador (composto por representantes de trabalhadores e empregadores, órgãos e entidades estatais), o qual se incumbiu das funções dispostas no art. 5º, I a XI da Lei nº 8.036/90. A Caixa Econômica Federal (CEF) assumiu o papel do extinto Banco Nacional de Habitação e foi colocada abaixo do Conselho Curador, sendo responsável pela centralização dos recursos arrecadados em contas vinculadas, havendo o desaparecimento das contas individualizadas anteriormente existentes quando da dualidade da garantia do tempo de serviço. Assim, o Conselho Curador assumiu o poder de estabelecer

<sup>107</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho*. 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 875-877.

<sup>108</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho*. 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 876.

<sup>109</sup> GOMES, Orlando e Elson Gottschalk. *Curso de Direito do Trabalho*. 18ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 416.

normas e diretrizes do FGTS (art. 3º), competindo ao Ministério da Ação Social a gestão do FGTS e à CEF a responsabilidade de agente operador<sup>110</sup>.

Ainda, foi ampliado o âmbito de aplicação dos recursos, unindo programas de habitação popular a outros de saneamento básico e infraestrutura urbana, conforme disposto no art. 6º, VI. Já a movimentação na vigência da relação empregatícia está regulada no art. 20, incisos e alíneas, enquanto a movimentação das contas foi disposta no art. 18 e seus parágrafos. A fiscalização de cumprimento das obrigações do empregador e a verificação dos débitos advindos de sua inadimplência continuou função do Ministério do Trabalho e da Previdência Social, vide o art. 23, sendo que o §5 deste artigo assegurava a prescrição trintenária ao FGTS<sup>111</sup>.

No que tange à natureza do acréscimo devido pelo empregador quando despede sem justa causa, Amauri Mascaro Nascimento refere que alguns o veem como uma multa revertida ao empregado. No entanto, o referido doutrinador aduz que se trata de uma indenização, visto que sua destinação é provisoriamente substituir a indenização prevista no art. 7º, I, da Lei Magna<sup>112</sup>. Nessa esteira, caso ocorra rescisão do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, na hipótese de despedida sem justa causa, deverá ser pago ao empregado os valores não recolhidos no mês da rescisão e o anterior, somados ao acréscimo de 40%, conforme disposto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 10, I, II<sup>113</sup>. Ainda, consoante disposição da Lei Complementar nº 110/01, o empregador está incumbido ao pagamento de mais 0,5% sobre os depósitos do FGTS<sup>114</sup> e de mais 10% sobre a indenização compensatória (40% sobre os depósitos atinentes ao contrato de trabalho extinto ou rescindido sem culpa do empregado), sendo que esses valores nada acrescentam aos depósitos pertencentes aos trabalhadores, constituindo-se tributos instituídos a título de “contribuição social”<sup>115</sup>. Assim, em relação à indenização compensatória constitucionalmente

<sup>110</sup> CARVAHO, Augusto César Leite de. *Direito Individual do Trabalho: remissões ao novo Código Civil: transcrição de enunciados, orientações jurisprudenciais e ementas pertinentes do Tribunal Superior do Trabalho*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.476.

<sup>111</sup> GOMES, Orlando e Elson Gottschalk. *Curso de Direito do Trabalho*. 18ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 416-417.

<sup>112</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho*. 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 876.

<sup>113</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho*. 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 878.

<sup>114</sup> Esta contribuição tinha vigência limitada a sessenta meses, consoante disposto no art. 2º, § 2º, da Lei Complementar nº 110/01, de modo que vigeu até dezembro de 2006.

<sup>115</sup> SÚSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª. ed. rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 371.

prevista<sup>116</sup>, Arnaldo Süssekind aduz que “enquanto não for expedida a precitada lei complementar, a indenização compensatória corresponderá a 40% do total dos depósitos devido no curso do respectivo contrato de trabalho (art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias)”<sup>117</sup>.

Outro aspecto a ser observado em relação à legislação atual do FGTS, é que os saques dos valores depositados na conta vinculada do Fundo apenas podem ocorrer nas situações previstas em lei (art. 20 e incisos da Lei n° 8.036/90), sendo algumas no curso da relação de emprego e outros em decorrência de dispensa sem justa causa ou aposentadoria. Além disso, as ações judiciais movidas contra o empregador devem ser ajuizadas na Justiça do Trabalho, enquanto as que forem contra o próprio Fundo de Garantia serão movidas contra a CEF, o órgão gestor do Fundo, sendo de competência da Justiça Federal<sup>118</sup>.

Diante do exposto, atualmente o sistema do FGTS é de caráter obrigatório, conforme disposto constitucionalmente (art. 7º, III, CF/88), possuindo lei própria que regula a seu respeito Lei n° 8.036/90. Desse modo, dando continuidade à análise do FGTS no Direito Brasileiro, passa-se à verificação das teorias existentes a respeito da natureza jurídica do referido instituto.

## 2.2 NATUREZA JURÍDICA

O estudo da natureza jurídica do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço é deveras importante, tendo em vista o grande debate que existe na doutrina a respeito. Nesse sentido, cumpre verificar o disposto por Cíntia Oliveira e Leandro Dorneles:

Individualmente, o FGTS é um crédito trabalhista, resultante de uma espécie de “poupança compulsória” em favor do trabalhador, concebido para socorrê-lo em situações excepcionais durante a vigência do vínculo de emprego ou na cessação deste, de forma instantânea ou futura, conforme a causa determinante da cessação contratual. Coletivamente, os recursos do FGTS são utilizados para financiar a construção de habitação popular, assim como saneamento básico e infraestrutura urbana (Lei 8.036/90, art. 9º, § 2º). O programa de aplicações deverá destinar no

<sup>116</sup> CF/88 – “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 06 nov. 2015.

<sup>117</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª. ed. rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 370.

<sup>118</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho*. 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 878.

mínimo 60% do montante do Fundo para investimentos na área de habitação popular (Lei 8.036/90, art. 9º, § 3º)<sup>119</sup>.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk<sup>120</sup> afirmam que, em relação à natureza jurídica da indenização prevista pela lei do FGTS, trata-se de um direito semipúblico, que é deslocado de forma gradual do campo do Direito Privado para o Direito Público, sendo que, em suas causas e efeitos, já deixou de ser uma indenização de tipo civil, sem ainda ser, totalmente, uma indenização de tipo previdenciário. Asseveram os autores que a indenização do FGTS está assentada no princípio da exclusiva responsabilidade objetiva do tipo risco social, de modo que oferece adequadamente a cobertura de todos os casos e problemas pelos quais o contrato de trabalho pode passar quando ele é dissolvido. Constitui-se o FGTS, por previsão legal, em crédito vinculado que possui a disponibilidade condicionada a aspectos de natureza individual e sócio-econômica, sendo que várias autoridades, em seus setores específicos, atuam na liberação desse crédito. Desse modo, “o titular deste crédito possui um direito subjetivo social (semipúblico), sobre uma certa e determinada quantia, gerida por um órgão público (MAS e CEF)”<sup>121</sup>. Essa titularidade aproxima-se com a do beneficiário junto ao INSS, que se constitui em direito subjetivo público, sobre uma quantia posta em condomínio e, portanto, indeterminada, a qual é administrada por outro órgão público, o qual não individualiza em conta corrente os credores das prestações de benefício<sup>122</sup>.

Mauricio Godinho Delgado aduz que o FGTS “é instituto de natureza multidimensional, complexa, com preponderante estrutura e fins justralhistas, os quais se combinam, porém, harmonicamente, a seu caráter de fundo social de destinação variada, tipificada em lei”<sup>123</sup>. Assim, o autor afirma que o FGTS constitui-se em um instituto unitário que agrega aspectos trabalhistas com aspectos de contribuições sociais, sendo que considera existentes, no mínimo, três dimensões de estruturas e objetivos no Fundo, as quais podem gerar relações jurídicas próprias distintas e combinadas.

Desse modo, há a relação empregatícia, que coloca o empregado como credor e o vincula ao empregador, o qual deve, obrigatoriamente, realizar recolhimentos mensais e, eventualmente, efetuar o acréscimo pecuniário referente à rescisão. Em contrapartida, há o

<sup>119</sup> OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 307.

<sup>120</sup> GOMES, Orlando e Elson Gottschalk. *Curso de Direito do Trabalho*. 18ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 414.

<sup>121</sup> GOMES, Orlando e Elson Gottschalk. *Curso de Direito do Trabalho*. 18ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 415.

<sup>122</sup> GOMES, Orlando e Elson Gottschalk. *Curso de Direito do Trabalho*. 18ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 415.

<sup>123</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 1299.

vínculo jurídico existente entre empregador e Estado, no qual o primeiro deve efetuar os recolhimentos, enquanto o segundo tem o direito de adimplemento, podendo cobrar compulsoriamente os valores não recolhidos. Ainda, há a relação jurídica entre o Estado e a comunidade, visto que o primeiro atua como gestor e aplicador dos recursos provenientes do fundo social que se constitui pelo total de recursos do FGTS, ao passo que a segunda atua como beneficiária da destinação social do instituto, através do financiamento de áreas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana<sup>124</sup>. Assim, o FGTS possui um caráter multidimensional, o que manifesta a pontual natureza jurídica do instituto objeto de estudo.

Diante disso, grande parte da doutrina analisa a natureza jurídica do FGTS sob as distintas perspectivas do empregado e do empregador, conforme será apresentado neste tópico.

### 2.1.1 Ótica do empregador

Sergio Pinto Martins afirma que há controvérsia na natureza jurídica do FGTS, de modo que deve haver diferenciação sob os aspectos da ótica do empregado e a do empregador, concluindo-se ser híbrida sua natureza jurídica<sup>125</sup>. Quanto à ideia de o FGTS constituir-se em uma multa, o autor aduz que, sendo multa a sanção para um ato ilícito, não pode o Fundo ser assim enquadrado, visto que o seu fato gerador é pagar remuneração ao empregado, o que não se constitui em sanção de ato ilícito. Igualmente, o FGTS não trata de obrigação convencional, pois não depende da vontade do sujeito passivo de contribuir ou não, visto que a prestação devida ao FGTS é compulsória. Ou seja, o Fundo não decorre da vontade das partes, como no Direito privado, e sim da lei, sendo, portanto, uma prestação de Direito público<sup>126</sup>.

A teoria da indenização considera o FGTS uma indenização por dano, sendo decorrente da violação de um direito do empregado, porém Sergio Pinto Martins assevera pela não observância dessa teoria, visto que o objetivo do Fundo não é de repor o patrimônio do indivíduo em virtude de certa conduta indevida ou ilícita de outro ou de um ato de responsabilidade que viria do empregador, bem como não há relação entre a obrigação de

---

<sup>124</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 1299-1300.

<sup>125</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 448.

<sup>126</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do FGTS*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 37.

reparar prevista na legislação civil e o suposto dano decorrente da perda do emprego. Ademais, caso o empregado seja dispensado por justa causa, não existe indenização a ser paga, sendo que se o trabalhador não era optante, há liberação dos depósitos ao empregador<sup>127</sup>.

A teoria parafiscal é defendida por aqueles que distinguem os tributos fiscais e parafiscais, sendo que a última possui um fim social, ao passo que a primeira possui um fim político. Diz-se, segundo essa teoria, que o FGTS possui natureza de contribuição parafiscal, destinando-se a custear o Sistema Financeiro de Habitação (SFH). Suas características seriam a exigência compulsória e a inclusão da respectiva receita em um orçamento especial do Estado, sendo destinados seus recursos para o custeio de certas atividades estatais, de modo a atender a necessidades econômicas e sociais de certos grupos e categorias, sendo a administração da sua receita realizada por entidade descentralizada, via delegação estatal, estando o FGTS inserido nessa ideia. Afinal, sua administração seria realizada pela Caixa Econômica Federal, visando a arrecadar contribuições das categorias econômicas, de modo a descentralizar a atividade do Estado, propiciando o levantamento do FGTS nas hipóteses legalmente previstas, servindo, igualmente, para o financiamento do Sistema Financeiro de Habitação. Sergio Pinto Martins critica essa teoria sob a alegação de “o sujeito ativo não ser a própria entidade estatal, mas outra pessoa especificada pela lei, que arrecada a contribuição”<sup>128</sup>. Assim, conclui o autor que, apesar de a arrecadação do FGTS ser realizada por pessoa diversa do Estado, o instituto mantém sua natureza de tributo<sup>129</sup>.

Em relação à ótica do empregador, Sergio Pinto Martins entende que o FGTS é uma contribuição de natureza tributária. Segundo ele, para o empregador, o FGTS constitui-se em contribuição social, espécie do gênero tributo, não podendo ser tratado como outro tipo de contribuição ou como contribuição previdenciária, visto que possui natureza tributária de contribuição social. O autor afirma que tributo é o gênero, o qual possui como espécies o imposto, a taxa, a contribuição de melhoria, as contribuições e até o empréstimo compulsório, sendo que a partir da EC n° 8, de 14-4-77, foi acrescentado o inciso XX ao art. 43 da EC n° 1, de 1969, de modo que as contribuições sociais foram previstas de forma expressa, não deixando de ser o FGTS uma dessas contribuições. Aduz que a natureza tributária da contribuição do FGTS foi consagrada na Constituição de 1988, a qual o arrolou como contribuição social, tendo em vista que consiste em uma contribuição de intervenção no domínio econômico e, principalmente, de interesse das categorias profissionais. Ou seja, o art.

---

<sup>127</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do FGTS*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 37-38.

<sup>128</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do FGTS*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 41.

<sup>129</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do FGTS*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 41-42.

149 da CF/88 previu que compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, alegando o autor, ainda, que as contribuições sociais arroladas no referido artigo possuem natureza tributária por estarem situadas no Título VI, “Da Tributação e do Orçamento”, Capítulo I, do Sistema Tributário Nacional<sup>130</sup>.

No que se refere à análise através do Código Tributário Nacional (CTN), o doutrinador alega que o tributo é uma prestação compulsória e que a contribuição ao FGTS é também compulsória, visto que é instituída por Lei (Lei nº 8.036/90) e seu pagamento ou não independe da vontade do contribuinte, além de ser paga apenas em dinheiro. Ademais, afirma que a contribuição ao FGTS não trata de sanção de ato ilícito, tendo em vista que não é uma penalidade e sim uma determinação prevista em lei que possui um fato gerador (art. 15 da Lei nº 8.036/90), sendo que a cobrança do FGTS ocorre por meio de atividade administrativa plenamente vinculada e obrigatória, havendo um lançamento para a constituição de seu crédito. Diante disso, segundo a lição de Sergio Pinto Martins “a contribuição ao FGTS é uma espécie do gênero tributo, contribuição (social), pois não pode ser enquadrada na definição de imposto, taxa ou contribuição de melhoria”<sup>131</sup>, destacando o art. 4º do CTN<sup>132</sup>, o qual prevê como deve ser determinada a natureza jurídica específica do tributo, alegando que o elemento determinante do FGTS é seu fato gerador, o qual consiste em uma contribuição social<sup>133</sup>.

O autor apresenta, ainda, previsão do CTN (art. 217, de acordo com a redação do Decreto-lei nº 27, de 14-11-66) de que os dispositivos contidos no referido código não excluem a incidência e a exigibilidade de outras contribuições, arrolando, em seu inciso IV, a contribuição destinada ao FGTS. Quanto ao papel da CEF em relação ao FGTS, alega o autor que os arts. 6º e 7º do CTN autorizam que a arrecadação do tributo seja delegada a órgão distinto do Estado, não sendo inconstitucional ou ilegal, portanto, a atribuição da CEF, sendo que sua centralização está ligada ao Conselho Curador, o que não retira sua natureza tributária de contribuição social, a qual é uma espécie de tributo conforme disposto na CF/88. Por fim,

---

<sup>130</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 448.

<sup>131</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 448.

<sup>132</sup> BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. *Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios*. Art. 4º: “A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificação: I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei; II - a destinação legal do produto da sua arrecadação”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm)>. Acesso em: 08 nov. 2015.

<sup>133</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 448.

o doutrinador afirma que a expressão depósito, utilizada na constituição do FGTS, não possui mais uso, sendo que o art. 217, IV, do CTN utiliza da expressão contribuição social<sup>134</sup>.

Consoante analisa Augusto César Leite de Carvalho, na perspectiva do empregador o FGTS pode ser enquadrado como contribuição social, tendo em vista que o CTN regula os tributos como meio de transferir dinheiro de particulares para o erário (fato inóceno pela via da contribuição sindical), mas ressalva, em seu art. 217, IV, a exigibilidade da contribuição destinada ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço<sup>135</sup>. Essa posição, inclusive, justificou a edição da Lei Complementar nº 110/01, a qual instituiu contribuição social devida pelos empregadores caso ocorra despedida de empregado sem justa causa, na proporção de 10% sobre o montante dos depósitos na conta vinculada, acrescido dos acréscimos previstos em lei, conforme dispõe o art. 1º da LC. Ainda, o art. 2º da referida lei estabeleceu uma outra contribuição social com alíquota de 0,5% sobre a remuneração mensal do empregado<sup>136</sup>.

A teoria da contribuição previdenciária, seguida por Gabriel Saad, aduz que, assim como as contribuições ao INSS, as contribuições ao FGTS são espécies do gênero contribuições sociais. Afirma que a contribuição ao Fundo trata-se de contribuição previdenciária equiparável a tributo, consoante disposto no art. 149 da CF/88, o qual assegura exclusivamente à União a competência para instituir contribuições sociais de interesse das categorias profissionais ou econômicas, sendo necessário observar o previsto nos arts. 146, III e 150, I e III, sem prejuízo do disposto no art. 195, § 6º, referente às contribuições que se destinam ao custeio da Seguridade Social<sup>137</sup>.

O referido autor, ainda, aponta as finalidades dos depósitos realizados pela empresa na conta bancária vinculada do empregado, conforme previsto pelo legislador, quais sejam, a garantia de sua subsistência no caso de dispensa sem justa causa, aquisição de casa própria, formação de reserva que possa garantir a subsistência da família temporariamente, em caso de morte do empregado. Essas finalidades são perfeitamente enquadradas nos objetivos da Previdência Social, de modo que a contribuição ao Fundo de Garantia é vista pelo referido

<sup>134</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 449.

<sup>135</sup> CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito Individual do Trabalho: remissões ao novo Código Civil: transcrição de enunciados, orientações jurisprudenciais e ementas pertinentes do Tribunal Superior do Trabalho*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 478.

<sup>136</sup> CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito Individual do Trabalho: remissões ao novo Código Civil: transcrição de enunciados, orientações jurisprudenciais e ementas pertinentes do Tribunal Superior do Trabalho*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 478-479.

<sup>137</sup> SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários à Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço: Lei n. 8.036, de 11.5.90*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1995, p. 501-502.

autor como de caráter previdenciário<sup>138</sup>. Por fim, o autor alega que as contribuições sociais, nas quais se enquadram as previdenciárias e, portanto, o FGTS, obedecem às mesmas regras dos tributos<sup>139</sup>.

Amauri Mascaro Nascimento assevera que são conhecidas diversas orientações na doutrina a respeito da natureza jurídica do FGTS. Primeiramente, o autor afirma que a natureza parafiscal do Fundo de Garantia é sustentada por tributaristas apresentando a teoria do tributo, a qual atribui aos depósitos do FGTS natureza tributária, especificamente, “um tributo paralelo ao arrecadado pelo Estado como receita orçamentária, em face dos seus fins sociais, tendo como fato gerador o pagamento do salário ao empregado”<sup>140</sup>. Após, o referido autor apresenta a teoria da contribuição previdenciária, declarando ter havido um propósito inicial do legislador, não consolidado posteriormente, no sentido de conferir caráter previdenciário ao FGTS, incumbindo, inclusive, o INSS da fiscalização de seu cumprimento<sup>141</sup>. Já segundo lição de Vólia Bonfim Cassar, para o empregador o FGTS é uma obrigação e para a sociedade é uma contribuição de caráter social, decorrendo daí a natureza múltipla ou híbrida do FGTS<sup>142</sup>.

### 2.1.2 Ótica do empregado

Amaro Barreto afirma que várias teorias foram elaboradas a respeito da natureza jurídica do FGTS, sendo que a seguida por ele é a de que o FGTS visa à compensação do tempo de serviço do empregado, não se relacionando com indenização. O autor afirma que o FGTS se trata, do lado do empregado, de crédito-compensação, decorrente da colaboração que presta à empresa por meio de seu tempo de serviço, independentemente do motivo de extinção do contrato de trabalho. Alega o autor que pode se falar em crédito aliado à compensação porque independentemente da causa resilitiva o empregado tem e o mantém, sendo com ou sem justa causa, força maior, culpa recíproca, término do contrato a termo,

<sup>138</sup> SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários à Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço: Lei n. 8.036, de 11.5.90*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1995, p. 283.

<sup>139</sup> SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários à Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço: Lei n. 8.036, de 11.5.90*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1995, p. 285.

<sup>140</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho*. 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 876.

<sup>141</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho*. 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 876.

<sup>142</sup> CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 1244.

morte ou aposentadoria<sup>143</sup>. Sergio Pinto Martins critica essa teoria devido ao fato de que o empregador pode recuperar os depósitos realizados na conta do empregado não optante, bem como do período de não opção, o que pode ocorrer na situação em que o empregado não for dispensado, e sim pedir demissão ou se aposentar voluntariamente<sup>144</sup>.

A teoria do salário diferido, segundo Sergio Pinto Martins, advém da ideia de que o benefício do FGTS não seria pago diretamente ao trabalhador, sendo um salário adquirido no presente, mas que somente será utilizado no futuro, ou seja, uma espécie de poupança diferida. Nesse sentido, parte do salário não seria pago diretamente ao empregado e sim ao Fundo, de modo que a soma dos depósitos servem, futuramente, para suprir as necessidades do trabalhador quando da ocorrência de uma das hipóteses legalmente previstas. O autor nega essa teoria, afirmando que, tendo em vista a inadmissibilidade de pagamento de um serviço apenas no futuro, o FGTS não pode consistir-se em salário diferido<sup>145</sup>.

Nessa esteira, a respeito da posição doutrinária que considera o FGTS como salário diferido, Augusto César Leite de Carvalho assevera que a partir do regramento constitucional vigente essa posição pode ser defendida. Ocorre que nas disposições anteriores à CF/88, ao final do vínculo, o empregado perdia o FGTS que não pudesse ser sacado por ele, enquanto no sistema atual na hipótese de o empregado ser dispensado com justa causa ou se demitir, o saldo do FGTS, apesar de não poder ser sacado imediatamente, mantém-se na sua conta vinculada, de modo que poderá ser levantado na ocorrência de motivo legalmente previsto, diferente da dispensa por justa causa, extinção da empresa ou quando da aposentadoria do trabalhador. O autor aduz, ainda, que o FGTS não pode mais ser classificado juridicamente como indenização ou como prêmio, sendo um complemento do salário percebido posteriormente pelo empregado<sup>146</sup>.

A teoria do salário social ou socializado, segundo análise de Sergio Pinto Martins, está vinculada à relação entre a sociedade e o trabalhador, tendo em vista que dispõe que o FGTS seria devido pela primeira ao segundo, possuindo ligação ao salário percebido pelo empregado, sendo que o pagamento do FGTS seria consequência do contrato de trabalho existente entre o empregado e o empregador. Assim, o FGTS seria uma reserva futura, com o

---

<sup>143</sup> BARRETO, Amaro. *Teoria e Prática do FGTS*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S.A. julho-1974, p. 48.

<sup>144</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do FGTS*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 36.

<sup>145</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do FGTS*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 31.

<sup>146</sup> CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito Individual do Trabalho: remissões ao novo Código Civil: transcrição de enunciados, orientações jurisprudenciais e ementas pertinentes do Tribunal Superior do Trabalho*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 479.

intuito de compensar o tempo de serviço na empresa, constituindo-se em um fundo social. Ocorre que, ao contrário da contribuição à Previdência Social, os valores do FGTS não possuem participação do empregado, não sendo, portanto, uma prestação para instituição de seguridade ou segurança social, visto que apenas o empregador paga o FGTS. Ainda, o FGTS não serve para garantir a subsistência do empregado em caso de desemprego, papel atribuído ao seguro-desemprego, e sim para que o tempo de serviço seja garantido no caso de dispensa, funcionando como uma espécie de indenização (substituindo os artigos 477 e seguintes da CLT). Diante disso, o autor afirma que o FGTS não possui natureza de salário, visto que o seu saque, quando ocorre, é pago pelo próprio Fundo, representado pelo Estado, e não pelo empregador. Ademais, no levantamento dos depósitos, o empregado pode vir a perceber valores diferentes do que receberia como salário. Por fim, Sergio Pinto Martins aduz que, legalmente, não há relação de Direito privado no que concerne ao pagamento do FGTS, sendo previsão estritamente legislativa, na qual não incide acordo de vontades. Em relação à teoria do salário atual, ela possui semelhanças com a teoria do salário social, tendo em vista que consiste na ideia de que a contraprestação do empregado é paga pelo empregador em duas quotas distintas: a entregue diretamente ao trabalhador, enquanto retribuição, e a destinada ao FGTS, a qual é paga de forma indireta e obrigatoriamente. O autor critica essa teoria devido ao fato de que o salário não é atual, visto que não pode ser exigido imediatamente, sendo assim somente nas situações previstas em lei<sup>147</sup>.

No que se refere à teoria que considera o FGTS como um direito semipúblico, Sergio Pinto Martins afirma que essa ideia parece não proceder, visto que sendo o Fundo compulsório e instituído por lei, deveria ter natureza eminentemente pública. Assim, não é possível afirmar que o empregado possui responsabilidade objetiva quando do término do contrato de trabalho, tendo em vista que, na ocorrência de aposentadoria ou pedido de demissão pelo empregado, nenhuma indenização seria devida, sendo o FGTS sacado no primeiro caso, enquanto no segundo, o empregado não perde direito aos depósitos, os quais poderiam ser utilizados por ele futuramente. Ainda, há a teoria que considera o FGTS como um fundo de natureza contábil, que “seria uma espécie de reserva, de provisão legal, para atender a contingências, devedores, duvidosos etc”. Sergio Pinto Martins não consente com essa teoria devido ao fato de, apesar de o Fundo ter sentido contábil, ele não pode ser considerado como uma reserva ou provisão, constituindo-se em algo mais amplo (conjunto de recursos), pois serve para utilização do empregado nas hipóteses previstas em lei, bem como

---

<sup>147</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do FGTS*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 31-34.

para o financiamento do Sistema Financeiro de Habitação, além de ser um depósito bancário<sup>148</sup>.

Na visão de Sergio Pinto Martins, sob a ótica do empregado, o FGTS “vem a ser um crédito feito na conta vinculada do trabalhador, uma espécie de poupança forçada feita em seu proveito”<sup>149</sup>. Ainda, esse depósito visa a reparar a despedida injusta cometida pelo empregador, no que diz respeito ao período de serviço do empregado na empresa, de modo que a natureza do FGTS é compensatória desse tempo de serviço. Todavia, o FGTS não se confunde com a indenização, a qual visa apenas ao ressarcimento do empregador ao empregado, decorrente do “dano” pela perda do emprego deste, visto que o FGTS foi criado exatamente para substituir a indenização por antiguidade. Os depósitos servirão também para que o empregado possa adquirir sua casa própria através do Sistema Financeiro de Habitação, podendo utilizar os valores para amortização total ou parcial da dívida, bem como em outras hipóteses legalmente previstas. Por fim, o doutrinador afirma ser inegável que o FGTS “é um instituto de natureza trabalhista, no concernente ao empregado, um direito do trabalhador, previsto inclusive na Constituição (art. 7º, III)”<sup>150</sup>.

Nessa seara, Amauri Mascaro do Nascimento expõe a teoria da indenização, a qual assimila o FGTS como substituto das indenizações de antiguidade do empregado, conservando igual caráter e natureza jurídica. O autor demonstra, ademais, a teoria do salário diferido, segundo a qual o FGTS se trata de depósito para utilização futura. Por fim, é apresentada a teoria da obrigação dualista, cujo fundamento é de que as contribuições ao FGTS possuem natureza fiscal e os depósitos levantados possuem natureza de salário social<sup>151</sup>. Nessa esteira, Vólia Bonfim Cassar aduz que em relação ao empregado o FGTS possui natureza jurídica de direito à contribuição que tem caráter salarial (salário diferido), sendo equiparado a uma poupança forçada<sup>152</sup>.

Importa observar, por fim, que, no Brasil, o trabalhador do setor privado não possui uma tutela realmente eficaz no que se refere à dispensa arbitrária, enquanto no setor público federal, cujo trabalhador é admitido via concurso (incluindo o servidor público celetista da

<sup>148</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do FGTS*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 35-36.

<sup>149</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 446-447.

<sup>150</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 447.

<sup>151</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho*. 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 876.

<sup>152</sup> CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 1244.

Administração direta, autárquica e fundacional<sup>153</sup>), há muito mais eficácia em relação à proteção do trabalhador, visto que após três anos de trabalho é adquirida a estabilidade no serviço<sup>154</sup>, segundo a qual o cargo apenas será perdido por meio de sentença judicial definitiva ou de processo administrativo disciplinar em que seja assegurada a ampla defesa<sup>155</sup>. Esse tratamento diferenciado conferido pelo legislador ao setor privado, o qual reúne a grande massa dos trabalhadores não qualificados e com envelhecimento precoce, colabora para que a desigualdade social no Brasil seja ainda maior. Pelo exposto, o presente capítulo pretendeu analisar o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço enquanto meio de proteção ao trabalhador despedido sem justa causa, a fim de entender sua conceituação, histórico e natureza jurídica. Assim, cumpre analisar, especificamente, o prazo prescricional aplicável ao instituto do FGTS, conforme orientação do TST e da recente decisão do STF a respeito.

---

<sup>153</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 390 do TST - ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL - I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.* Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-390](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-390)>. Acesso em: 12 nov. 2015.

<sup>154</sup> Art. 41, CF/88: São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 12 nov. 2015.

<sup>155</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 808.

### 3 PRAZO PRESCRICIONAL PARA COBRANÇA DE CRÉDITOS DECORRENTES DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO

A verificação do prazo prescricional aplicável ao FGTS está diretamente ligada à natureza jurídica na qual o instituto é classificado, variando conforme a teoria adotada dentre as diversas existentes a respeito do tema, as quais foram apresentadas no capítulo anterior. Mauricio Godinho Delgado assevera que “em razão da natureza complexa do FGTS (é direito trabalhista, mas, enquanto conjunto de depósitos, constitui-se também, ao mesmo tempo, em fundo social de aplicação variada)”<sup>156</sup>, o critério prescricional do instituto foi demarcado de maneira distinta. Assim, foi estabelecido prazo prescricional trintenário ao FGTS por meio da Lei nº 8.036/90, em seu art. 23, §5.

Nesse sentido, este terceiro capítulo visa à análise do prazo prescricional aplicável à cobrança de valores decorrentes do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, tema que teve significativa mudança por consequência do julgamento ocorrido no mês de novembro de 2014 no Plenário do Supremo Tribunal Federal, o qual, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/1990, e do art. 55 do Decreto nº 99.684/1990, na parte em que ressalvam o “privilegio do FGTS à prescrição trintenária”, sob a alegação de tais dispositivos violarem o prescrito no art. 7º, XXIX, da Carta de 1988. Assim, passou o STF a considerar como de cinco anos o prazo prescricional do FGTS, na esteira do prazo prescricional dos valores decorrentes da relação de trabalho, previsto constitucionalmente, consoante decisão assim ementada<sup>157</sup>:

Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990. Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da Lei 9.868/1999. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex nunc. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

<sup>156</sup> DELGADO, MAURÍCIO GODINHO. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. – São Paulo: LTr, 2012, p. 260.

<sup>157</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 709212, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015. Inteiro teor disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=709212&classe=ARE&codigoClassificacao=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 25.11.2015.

Ocorre que a referida decisão alterou substancialmente a jurisprudência pacífica do Tribunal Superior do Trabalho e do próprio Supremo Tribunal Federal, de modo que importa analisar os argumentos divergentes utilizados pelos ministros em Plenário, haja vista que a decisão não foi unânime. Cumpre dizer que foram vencidos os Ministros Teori Zavascki e Rosa Weber, os quais votaram pela constitucionalidade da prescrição trintenária, ou seja, pela manutenção da jurisprudência da Corte. Votaram pela inconstitucionalidade da prescrição trintenária e pelo reconhecimento da prescrição quinquenal, além do Ministro Relator Gilmar Mendes, os Ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

Diante disso, inicialmente o presente capítulo buscará apresentar a jurisprudência anterior, a qual aplicava pacificamente o prazo trintenário para as cobranças dos valores decorrentes do FGTS. Após, convém verificar os argumentos favoráveis à manutenção deste posicionamento e, conseqüentemente, à constitucionalidade dos dispositivos referentes ao prazo trintenário. Por fim, cumpre analisar as alegações favoráveis à inconstitucionalidade do prazo de 30 anos do FGTS, posição majoritária em Plenário do STF, considerando aplicável o prazo prescricional quinquenal a esta cobrança.

### 3.1 POSICIONAMENTOS ANTERIORES AO JULGAMENTO DO ARE 709212/DF: APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA À COBRANÇA DE VALORES NÃO DEPOSITADOS DO FGTS

O §5 do art. 23 da Lei nº 8.036/1990, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF, assegurava ao FGTS o privilégio da prescrição trintenária. Nesse sentido, TST e STF apresentavam posicionamentos convergentes em relação ao tema, não havendo discordância jurisprudencial quanto ao prazo trintenário legalmente previsto.

Nessa esteira, o TST editou a Súmula nº 362, a qual, originalmente, dispunha que o prazo bienal previsto constitucionalmente deveria ser observado nas reclamações em Juízo a respeito do não recolhimento da contribuição do FGTS<sup>158</sup>. O enunciado da referida súmula foi

---

<sup>158</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 362 do TST* - Redação original - Res. 90/1999, DJ 03, 06 e 08.09.1999: Nº 362 FGTS - Prescrição  
Extinto o contrato de trabalho, é de dois anos o prazo prescricional para reclamar em Juízo o não-recolhimento da contribuição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Disponível em:  
<[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-362](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-362)>. Acesso em 25.11.2015.

alterado, a fim de destacar a aplicabilidade da prescrição trintenária, sendo sua redação vigente até o julgamento do ARE 709212/DF a seguinte:

Nº 362 FGTS – Prescrição

É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho<sup>159</sup>.

Assim, o FGTS está sujeito à prescrição bienal, importando, ainda, verificar a distinção existente na jurisprudência do TST, entre a prescrição da pretensão referente aos depósitos não recolhidos de FGTS, “relativos a direitos pagos no recibo”<sup>160</sup>, e a prescrição da pretensão relativa aos depósitos do FGTS “sobre parcelas não pagas e que serão reivindicadas em Juízo”<sup>161</sup>. A primeira questão assimila o prazo prescricional de 30 anos, enquanto à segunda é aplicável o prazo de 05 anos. Ocorre que, no último caso, o direito aos depósitos do FGTS constitui obrigação acessória, enquanto as parcelas não pagas que constituem obrigação principal estão sujeitas à prescrição quinquenal, devendo, portanto, o acessório submeter-se à mesma regra do principal<sup>162</sup>. Nesse sentido, além da anteriormente apresentada Súmula nº 362, o TST editou a Súmula nº 206, a qual, juntamente com a primeira, faz exatamente esta distinção, preceituando que “a prescrição da pretensão relativa às parcelas remuneratórias alcança o respectivo recolhimento da contribuição para o FGTS”<sup>163</sup>.

Ives Gandra da Silva Martins Filho assevera que é variável o prazo prescricional da ação para cobrança judicial dos valores relativos às contribuições para o FGTS, devendo ser observado se há discussão, na mesma ação, das parcelas salariais sobre as quais os depósitos iriam incidir<sup>164</sup>. Nessa esteira, cumpre verificar lição de Cíntia Oliveira e Leandro Dorneles:

O prazo prescricional para reclamar contra o não recolhimento da contribuição do FGTS respeita o prazo de 2 anos do final do contrato de trabalho para ajuizamento da ação, podendo se voltar para período pretérito de 30 anos (Súmula 362, TST). Assim, o FGTS tanto deve respeitar a prescrição bienal para o ajuizamento da ação, quanto a trintenária (30 anos) para as parcelas a serem pleiteadas. Deve-se recordar que a prescrição trintenária é aplicada somente ao FGTS como pedido principal, e não como acessório. Na hipótese de reflexos de outras verbas nos depósitos do

<sup>159</sup> Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em:

<[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-362](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-362)>. Acesso em 25.11.2015.

<sup>160</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 829.

<sup>161</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 829.

<sup>162</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 829.

<sup>163</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 206 do TST* Disponível em: <

[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_201\\_250.html#SUM-206](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-206)>. Acesso em 25.11.2015.

<sup>164</sup> MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 10. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2002, p. 66.

FGTS, a prescrição a ser aplicada à parcela principal também abrange o FGTS. Afinal, prescrito o principal, por óbvio que o acessório também o está (Súmula 206, TST)<sup>165</sup>.

Aduz Maurício Godinho Delgado que a jurisprudência anterior à CF/88 entendia como tema pacífico que a prescrição trintenária apenas incluiria os depósitos principais, ou seja, os depósitos regulares incontroversos existentes no decorrer do contrato de trabalho, consoante disposto no antigo Enunciado nº 95, do TST<sup>166</sup>. Entretanto, no que concerne aos depósitos reflexos, isto é, valores de FGTS que decorram de parcelas principais pleiteadas judicialmente, o prazo prescricional a ser aplicado seria o mesmo das relações trabalhistas, o qual era de dois anos antes da CF/88, passando para cinco anos com o advento da nova ordem constitucional. Diante disso, sem dúvida, estando prescrito o principal, estão também prescritos os seus reflexos. Assim, conclui o autor que se a ação for proposta respeitando o prazo de dois anos após o término do contrato de trabalho, prevalece a prescrição trintenária prevista na Lei 8.036/90, podendo ser discutidos os depósitos regulares dos diversos anos do contrato, até o máximo de trinta<sup>167</sup>.

Quanto ao posicionamento pacífico da jurisprudência do TST em relação à aplicabilidade do prazo trintenário previsto na legislação infraconstitucional, cumpre verificar que no próprio caso objeto de julgamento do ARE 709212/DF, em sede de recurso de revista, o Tribunal confirmou o posicionamento favorável à aplicação do prazo trintenário no que se refere às cobranças de FGTS, conforme ementa<sup>168</sup> que segue:

RECURSO DE REVISTA - PRESCRIÇÃO. FGTS. O Regional consignou expressamente que a pretensão refere-se a depósitos do FGTS e, não, meras diferenças nos recolhimentos efetuados no FGTS. Desse modo, verifica-se que a decisão está em consonância com a jurisprudência desta Corte, sedimentada na Súmula 362 do TST, no sentido de ser trintenária a prescrição da pretensão às contribuições do FGTS, que inclusive serviu de fundamento ao acórdão regional. Recurso de Revista não conhecido. [...]

<sup>165</sup> OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 488.

<sup>166</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 95 do TST - PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA*. FGTS (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 - É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. (Cancelada em decorrência da sua incorporação à nova redação da Súmula nº 362). Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_51\\_100.html#SUM-95](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-95)>. Acesso em 26.11.2015.

<sup>167</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. – São Paulo: LTr, 2012, p. 261.

<sup>168</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista 39600-32.2007.5.10.0017*, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 11/10/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/10/2011. Inteiro teor disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=428489&anoInt=2008>>. Acesso em: 25.11.2015.

Desse modo, importa verificar a posição do TST em relação ao prazo prescricional relativo às cobranças de FGTS por meio dos argumentos trazidos no julgamento do referido Recurso de Revista. Nesse sentido, o TST afirmou que deve incidir a prescrição trintenária, em consonância com a jurisprudência da Corte, consolidada na Súmula nº 362, não considerando haver afronta ao disposto no art. 7º, XXIX, da CF/88. Sustentou, ainda, ser indiferente se a pretensão é relativa à diferenças de recolhimento do FGTS ou relativa ao não recolhimento do FGTS, considerando que nos dois casos a prescrição incidente é a trintenária.

Para fins de ilustração, vale observar mais um julgado<sup>169</sup> que confirma a posição irrefutável do TST em relação ao prazo prescricional das cobranças relativas ao FGTS:

RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA DO FGTS. A prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento do FGTS é matéria pacificada nesta Corte, por meio da Súmula 362, no sentido de que é trintenária, observado o prazo de dois anos após o término do contrato de trabalho. Recurso de revista conhecido e provido.

Assim, até o julgamento do ARE 709212/DF, o TST manteve seu entendimento a respeito da aplicabilidade do prazo trintenário, em respeito ao previsto na legislação infraconstitucional específica do FGTS.

No que se refere à jurisprudência do STF, por muito tempo<sup>170</sup>, também foi consolidada orientação no sentido de considerar a prescrição trintenária<sup>171</sup>. Nessa esteira, cumpre verificar julgados que corroboram esse aspecto:

<sup>169</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista 114700-45.2008.5.02.0028*, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 04/12/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/12/2013. Inteiro teor disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=193338&anoInt=2012>>. Acesso em 25.11.2015

<sup>170</sup> O entendimento jurisprudencial do Supremo se manteve por muitos anos, consoante pode ser verificado em julgados mais antigos:

“1. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o prazo de prescrição para o FGTS é trintenário. 2. Agravo regimental improvido.” BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *AI 468526 AgR*, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00040 EMENT VOL-02219-11 PP-02254. Inteiro teor disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=468526&classe=AI-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 25.11.2015.

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. FGTS. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA. É assente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a prescrição para a propositura de ação relativa a FGTS é de trinta anos (art. 7º, XXIX, a, da Constituição, na redação anterior à Emenda Constitucional 28/2000). Precedentes. Agravo a que se nega provimento.” BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *AI 357580 ED*, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00086 EMENT VOL-02219-07 PP-01345. Inteiro teor disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=357580&classe=AI-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 25.11.2015.

<sup>171</sup> Ainda, vale observar julgado que, além de afirmar a incidência da prescrição trintenária ao FGTS, o considera como meio de proteção ao trabalhador: “FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO. PRESCRIÇÃO.

CONSTITUCIONAL E TRABALHISTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. FGTS. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA. PRECEDENTES. 1. Esta Corte firmou orientação no sentido de ser trintenário o prazo prescricional do FGTS. Precedentes. 2. Embargos de declaração acolhidos tão-somente para prestar esclarecimentos, sem, contudo, alterar o julgado<sup>172</sup>.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA TRABALHISTA. 1. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA DO FGTS. PRECEDENTES. 2. CONTROVÉRSIA ALUSIVA AO TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA PLEITEAR O FGTS INCIDENTE SOBRE PARCELAS REMUNERATÓRIAS OBJETO DE DEMANDA JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que o prazo prescricional aplicável às demandas alusivas ao pagamento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço é o de trinta anos. 2. Caso em que entendimento diverso do adotado pela Instância Judicante de origem demandaria o reexame da legislação ordinária aplicada à espécie. Providência vedada neste momento processual. 3. Agravo regimental desprovido<sup>173</sup>.

Entretanto, em relação à discussão doutrinária, no entendimento de Sergio Pinto Martins, da natureza jurídica do FGTS decorre o seu duvidoso prazo de prescrição. O autor afirma que considerando o FGTS como tributo, será de cinco anos o prazo de prescrição, conforme previsto no CTN. Porém, caso não seja assim considerado, o prazo prescricional é de 30 anos, consoante previsto na Lei 8.036/90<sup>174</sup>. O autor entende que, devido à sua natureza tributária de contribuição, o seu prazo de prescrição sempre foi o previsto no art. 174 do CTN, pois o Fundo pode ser arrolado no art. 149 da CF/88, visto que se trata de uma contribuição de interesse de categoria profissional, a qual, por ser uma contribuição social, só pode ser estabelecida por lei de iniciativa da União. Assim, o prazo de prescrição do FGTS seria de

---

PRAZO TRINTENARIO. LEI ORGÂNICA DA PREVIDENCIA SOCIAL, ART. 144. A natureza da contribuição devida ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço foi definida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 100249 - RTJ 136/681. Nesse julgamento foi ressaltado seu fim estritamente social de proteção ao trabalhador, aplicando-se lhe, quanto à prescrição, o prazo trintenário resultante do art. 144 da Lei Orgânica da Previdência Social. Recurso extraordinário conhecido e provido.” BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *RE 134328*, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 02/02/1993, DJ 19-02-1993 PP-02038 EMENT VOL-01692-05 PP-00906. Inteiro teor disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=134328&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 25.11.2015.

<sup>172</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 782236 AgR-ED*, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 14/12/2010, DJe-025 DIVULG 07-02-2011 PUBLIC 08-02-2011 EMENT VOL-02459-03 PP-00558. Inteiro teor disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=782236&classe=AI-AgR-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 25.11.2015.

<sup>173</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 569742 AgR*, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 28/09/2010, DJe-240 DIVULG 09-12-2010 PUBLIC 10-12-2010 EMENT VOL-02448-01 PP-00084. Inteiro teor disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=569742&classe=RE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 25.11.2015.

<sup>174</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 460.

cinco anos, vide art. 174 do CTN, devendo a cobrança do FGTS se dar através da propositura de ação de execução fiscal (Lei n° 6.830/80)<sup>175</sup>.

O autor assevera que a partir da Lei n° 8.212/91 (art. 46) o prazo de prescrição das contribuições previdenciárias passou de 30 anos para 10, entretanto, o FGTS continuou regulado com prazo prescricional trintenário, através do art. 23, §5, da Lei n° 8.036/90. Nessa esteira, o autor considera inconstitucional o prazo estabelecido neste dispositivo, visto que a referida lei é ordinária, enquanto a Constituição prevê que os prazos de prescrição e decadência devem ser determinados por lei complementar (art. 146, alínea b, inciso III). Ainda, alega que, sendo o FGTS um direito do trabalhador constitucionalmente previsto, o prazo para sua cobrança deveria respeitar o disposto no art. 7º, XXIX, da CF/88, de modo que seria de dois anos para ingressar com a ação, a partir do término do contrato de trabalho, podendo ser demandados os últimos cinco anos. Todavia, o autor reconhece que o STF entendeu pela prescrição trintenária do FGTS, visto que a Corte não aceita a tese da natureza jurídica de tributo do Fundo<sup>176</sup>.

Diante do exposto, até o julgamento do ARE 709212/DF, o prazo prescricional trintenário do FGTS foi utilizado incontestavelmente nos Tribunais brasileiros, de modo que o advento de novo entendimento trazido pelo Supremo Tribunal Federal acarretou profundas modificações nos julgamentos a respeito do tema. Fundamental, portanto, a análise dos argumentos trazidos pelos Ministros quando do julgamento, tendo em vista a relevância do tema e importância na aplicabilidade da busca efetiva ao direito dos trabalhadores no país.

### 3.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À CONSTITUCIONALIDADE DA PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA NO JULGAMENTO DO ARE 709212/DF

No que se refere ao posicionamento da Ministra Rosa Weber, em primorosa argumentação, assenta sua tese nos princípios do Direito do Trabalho. Inicialmente, a Ministra afirma que, de modo algum, os direitos dos trabalhadores previstos nos incisos do art. 7º da CF/88 consistem em rol taxativo, sendo que isso pode ser observado através da análise da própria redação do caput do referido artigo. Nesse sentido, aduz o princípio basilar do ramo trabalhista, qual seja, o princípio da proteção do trabalhador, afirmando que este tem como

<sup>175</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 461.

<sup>176</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 461.

objetivo, basicamente, equilibrar a relação existente entre empregado e empregador, a qual é completamente desproporcional, de modo que a lei visa à compensação da inferioridade econômica do obreiro através de uma superioridade jurídica. Assevera que do princípio da proteção advém o princípio da norma mais favorável ao empregado, o qual pressupõe que “com relação à hierarquia das fontes formais no direito do trabalho, se diga que há uma inversão automática de tal maneira que o vértice da pirâmide trabalhista seja sempre ocupado pela norma mais favorável ao trabalhador”<sup>177</sup>.

Ainda, afirma a Ministra que, em sua concepção, não há nada que impeça que, apesar de a Constituição ter fixado o prazo prescricional previsto no inciso XXIX, de seu art. 7º, por meio de fontes variadas (como normas coletivas e a própria legislação infraconstitucional), seja assegurado prazo diverso, como ocorreu com a previsão da prescrição trintenária do FGTS, através da Lei nº 8.036/90, o que é autorizado pela CLT, em seu art. 8º, parágrafo único. Assim, podem ser previstos novos direitos, além dos arrolados constitucionalmente, de modo que a Ministra alega, portanto, não visualizar uma maneira de acompanhar a tese que visa à inconstitucionalidade da prescrição trintenária do FGTS. Assim, alega a Ministra que no que se refere, no mínimo, ao conjunto de depósitos, o Fundo não está limitado a um direito trabalhista, constituindo-se em fundo social de aplicação variada e natureza híbrida. Por fim, a Ministra Rosa Weber cita a doutrina de Maurício Godinho Delgado, afirmando que o autor aduz haver harmonia entre as disposições do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036 com o art. 7º, XXIX, da CF/88, sustentado pelo disposto no art. 8º, parágrafo único, da CLT.

Nesse sentido, cumpre verificar lição de Maurício Godinho Delgado a respeito do tema:

Respeitado o biênio constitucional intransponível, a natureza complexa do Fundo (que não é instituto meramente trabalhista, repita-se) e o princípio da norma mais favorável, que responde pelo critério de hierarquia normativa no Direito do Trabalho, tudo conjuga-se para harmonizar o preceito do art. 23, §5, Lei n. 8.036/90, ao comando constitucional unificador do art. 7º, XXIX, da Carta de 1988<sup>178</sup>.

Ademais, afirma que o FGTS, originalmente, foi criado para fins de substituição ou compensação à estabilidade decenal que era prevista no art. 492 e seguintes da CLT, sendo que com o advento da CF/88, o FGTS perdeu seu caráter opcional e passou a ser obrigatório,

<sup>177</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 709212*, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015. Inteiro teor disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=709212&classe=ARE&codigoClass e=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 25.11.2015.

<sup>178</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. – São Paulo: LTr, 2012, p. 261.

sendo direito elencado no art. 7º junto ao rol de direito trabalhistas. Aduz a Ministra que o STF desde muito tempo reconheceu a natureza social do FGTS, afastando a prescrição quinquenal, antes mesmo da Lei 8.036/90. Ainda, o Supremo consolidou entendimento a respeito do prazo prescricional trintenário para a cobrança dos depósitos do FGTS a partir da conjugação do art. 20 da Lei nº 5.107/66 com o art. 144 da Lei Orgânica da Previdência Social, sendo essa posição reiterada após o advento da CF/88. Além disso, a Ministra cita que a aceitabilidade do prazo trintenário também é posição conde interesolidada no TST, vide sua Súmula nº 362, alegando, ainda, deve ser observado o princípio da proibição do retrocesso. Nesse sentido, importante observar o que afirma a Ministra em relação à figura da prescrição no Direito do Trabalho:

Em relação aos demais direitos constitucionalmente previstos, a prescrição – instituto idealizado para proteger o bom pagador, para apaziguar as relações jurídicas- surge para legitimar o inadimplemento por parte do empregador. À exceção dos empregados públicos, são raros (ou inexistentes) os trabalhadores que buscam o Judiciário no curso do contrato de trabalho para a reivindicação de seus direitos. Costumamos dizer que a Justiça do Trabalho é a Justiça dos desempregados, pois, apenas após a extinção do vínculo, o trabalhador se sente desimpedido para reivindicar seus direitos<sup>179</sup>.

Nessa esteira, a partir do término do contrato de trabalho, que é quando o empregado efetivamente recorre ao Judiciário pelos seus direitos, este apenas poderá pleitear pelos valores dos últimos cinco anos contados a partir da data da propositura da demanda, devendo observar, igualmente, o prazo bienal, o qual tem sido aplicado pela Justiça do Trabalho em relação aos valores decorrentes do FGTS.

A Ministra finaliza sua brilhante exposição alegando a importância do FGTS para o trabalhador simples, sendo o Fundo um direito essencial, especialmente para o trabalhador pobre. Afirma, ademais, que o entendimento pela aplicabilidade do prazo prescricional trintenário já era aceito pelo Supremo até mesmo antes da CF/88, a qual “expressamente prevê a integração do patrimônio jurídico da classe trabalhadora com direitos, individuais ou sociais, que melhorem a sua condição de vida – comando que estampa a adoção do princípio da norma mais favorável”<sup>180</sup>, bem como assegura não interpretar restritivamente o art. 7º,

<sup>179</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 709212*, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015. Inteiro teor disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=709212&classe=ARE&codigoClass e=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 25.11.2015

<sup>180</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 709212*, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015. Inteiro teor disponível em:

caput, III e XXIX da CF/88. Através da argumentação apresentada, portanto, a Ministra Rosa Weber votou pela manutenção da jurisprudência do Supremo e pela constitucionalidade do prazo trintenário do FGTS.

Quanto ao voto do Min. Teori Zavascki, ele afirma que o prazo trintenário seria um prazo específico para as ações promovidas por trabalhadores e que o cerne da discussão consiste na própria definição do FGTS, a qual é uma questão controvertida na doutrina e até mesmo na jurisprudência. Nessa esteira, assevera que há a posição que identifica o Fundo como de natureza previdenciária, outros o veem como uma espécie de salário diferido ou de indenização ou de crédito. Independentemente da natureza atribuída ao Fundo, o Min. afirma se tratar de uma instituição totalmente regada pelo Direito e da qual derivam relações jurídicas distintas.

Diante disso, há a relação existente entre o empregador e Fundo, na qual está inserida a contribuição mensal, sendo que essa relação não tem, necessariamente, o trabalhador como participante, visto que ele tem apenas a expectativa de direito de vir a levantar os valores contidos no Fundo. Igualmente, existe a relação estabelecida entre o titular da conta vinculada e o Fundo, havendo muitas ações que podem ser ajuizadas do empregado contra o Fundo. Assim, existem relações jurídicas que buscam prestações distintas. O Min. aduz que não vê como poderia incidir o inciso XXIX na relação de cobrança existente entre o Fundo, gerido pela CEF e representado processualmente pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, e o empregador, pois o referido inciso é direcionado exclusivamente às ações movidas por empregados. Questiona, ainda, como ficaria o prazo prescricional para que o Fundo realize a cobrança de valores não recolhidos pelo empregador.

Assevera o Min. que o FGTS abrange duas relações jurídicas distintas. Primeiramente, há a relação entre o empregado e o Fundo, à qual poderia ser aplicável o art. 7º, XXIX da CF/88, tendo em vista que trata de casos em que os empregados ajuízam contra os empregadores para cobrar verbas que decorrem diretamente do contrato de trabalho. Todavia, há, também, a relação entre o Fundo e o empregador, a qual não é classificada como salário, bem como não se trata de verba trabalhista devida diretamente ao empregado, pois, por não ser empregado, o FGTS não pode ser credor trabalhista, de modo que o art. 7º, XXIX da CF/88 não é aplicável a esta relação. Diante disso, ao declarar cabível o prazo quinquenal às cobranças decorrentes do FGTS no que tange ao empregado, acabariam existindo dois prazos

prescricionais distintos para a mesma pretensão, visto que este prazo não pode ser admissível à relação existente entre o Fundo e o empregador. Assim, votou pela manutenção da jurisprudência do Supremo, a qual sempre entendeu aplicável o prazo prescricional trintenário em relação ao FGTS.

### 3.3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 23, §5, DA LEI 8.036/1990 E 55 DO REGULAMENTO DO FGTS APROVADO PELO DECRETO 99.684/1990: JULGAMENTO DO ARE 709212/DF

Para fins de verificação dos argumentos trazidos a fim de declarar a inconstitucionalidade do prazo prescricional trintenário ao FGTS, cumpre realizar a análise do conteúdo do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, o qual foi acompanhado integralmente pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. O Ministro Marco Aurélio também votou pela inconstitucionalidade do prazo trintenário e pela aplicação do quinquenal, não aderindo, entretanto, à modulação dos efeitos da decisão proposta pelo Relator.

O Min. Relator Gilmar Mendes inicia seu voto apresentando as origens do FGTS e do entendimento favorável ao prazo prescricional trintenário, que foi pacificado no TST a partir da instituição do Enunciado 95<sup>181</sup>, quando estava ainda vigente a Lei nº 5.107/166 a qual criou o FGTS como alternativa à estabilidade no emprego, ressaltando que à época ainda havia grande debate a respeito da natureza jurídica do Fundo, o que se constitui em questão prejudicial para a verificação de seu prazo prescricional. Tendo em vista a disposição que assegurava ao FGTS os mesmos privilégios existentes para as cobranças de contribuições previdenciárias (art. 20 da Lei nº 5.107/66), o TST passou a adotar a tese de que o FGTS teria natureza previdenciária, sendo, portanto, aplicável a prazo prescricional de 30 anos para cobrança (art. 144 da Lei 3.807/60). Nessa esteira, após o advento da CF/88, sobreveio a Lei nº 8.036/99, a qual disciplinou o FGTS e manteve, em seu art. 23, §5, a prescrição trintenária ao instituto. Todavia, o FGTS foi expressamente arrolado como direito dos trabalhadores

---

<sup>181</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 95 do TST - PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA. FGTS (cancelada)* - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 - É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. (Cancelada em decorrência da sua incorporação à nova redação da Súmula nº 362). Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_51\\_100.html#SUM-95](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-95)>. Acesso em 27.11.2015.

urbanos e rurais na CF/88 (art. 7º, III), de modo que, segundo o Min., não houve mais razão para discussão a respeito da natureza jurídica do instituto.

Quanto ao posicionamento do STF, o Min. afirma que mesmo antes da CF/88, a Corte já havia afastado a natureza jurídica tributária ou previdenciária do FGTS, arrolando o Fundo como de natureza social e trabalhista. Já em relação ao prazo prescricional, o Supremo admitiu a tese do TST, o qual afirmava ser o prazo prescricional trintenário, na esteira do previsto no art. 20 da Lei nº 5.107/66 c/c art. 144 da Lei nº 3.807/60, sendo que a mesmo após o advento da nova ordem constitucional, o STF continuou aplicando e admitindo a tese da prescrição trintenária do FGTS. Desse modo, ao utilizar dessa concepção, a Corte não estava em concordância com o previsto na CF/88, tendo em vista a previsão de prescrição quinquenal às relações de trabalho. Afinal, havendo previsão expressa na Constituição a respeito do prazo prescricional aplicável à cobrança do FGTS, não poderia haver aplicabilidade do prazo trintenário, visto que, consoante afirma o Min., o FGTS consiste, sem dúvida, em crédito resultante da relação de trabalho. Além disso, o Min. assevera que o TST tem posição contraditória em relação ao tema, visto que aplica ao FGTS a prescrição bienal prevista na Constituição, porém, não aplicando a quinquenal e sim a trintenária prevista na legislação infraconstitucional.

Quanto ao princípio da proteção do trabalhador, aduz o Min., este não pode autorizar a interpretação segundo a qual o art. 7º, XXIX, da CF/88 seria apenas o prazo mínimo a ser observado pela legislação, sem que impedisse haver prazo diverso com vistas a proteger o trabalhador, devendo, igualmente, esse princípio ser interpretado em conjunto com os demais princípios constitucionais. Nesse sentido, o prazo trintenário é extremamente dilatado e se encontra em desacordo com o que prevê a ordem constitucional, a qual preza pela segurança e estabilidade nas relações jurídicas.

Outrossim, o Min. afirmou que, a seu ver, não há óbice para que o empregado busque reparação ao longo do contrato de trabalho, bem como que existem meio de controle dos depósitos mensais do FGTS. Ainda, afirmou que a legitimidade para propor a respectiva ação não é apenas do empregado, mas também de seu sindicato e da União, através da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, o que amplia a esfera de proteção do trabalhador. O Min., por fim, propôs a revisão da jurisprudência consolidada na Corte, tendo em vista a disposição constitucional a respeito do prazo prescricional quinquenal que rege as relações trabalhistas.

Em relação à proposta de modulação dos efeitos da decisão, o Min. assevera a importância de que esta tenha efeitos meramente prospectivos para fins de atenção à segurança jurídica, tendo em vista o grande período de jurisprudência favorável ao prazo trintenário. Assim, apresenta argumentos que mostram a importância da modulação de efeitos no que se refere à evolução jurisprudencial e possível mutação constitucional, trazendo aspectos do direito comparado norte-americano. Assim, propôs a modulação visando à atribuição efeitos ex nunc à decisão, de modo que para os que o termo inicial da prescrição se dê após a data do julgamento seja aplicada a prescrição quinquenal, enquanto para os que já estejam na ocorrência do prazo prescricional, deverá ser aplicado o que ocorrer primeiro: o prazo trintenário, contado do termo inicial, ou o prazo quinquenal, a partir da data da decisão.

O Min. Relator, portanto, fixou a tese de que o prazo prescricional a ser aplicado para a cobrança de valores não depositados no FGTS é de cinco anos, adequando-se ao previsto no inciso XXIX, do art. 7º, da CF/88, de modo a reconhecer a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que preveem a prescrição trintenária ao Fundo (artigos 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990, na parte em que dispõe o “privilégio do FGTS à prescrição trintenária”). Ademais, a fim de resguardar o princípio da segurança jurídica, recomendou que houvesse mitigação do princípio da nulidade da lei inconstitucional, sendo aplicada a modulação dos efeitos da decisão para que esta seja apenas prospectiva, tendo em vista o entendimento anterior inequívoco do STF e do TST no que se refere à aceitabilidade do prazo trintenário.

A posição do Min. Luís Roberto Barroso foi no sentido de acompanhar o voto do Relator, destacando que o prazo trintenário fere a segurança jurídica, de modo que deve ser aplicado o prazo quinquenal, posicionando-se no sentido de o legislador estar livre para aumentar esse prazo razoavelmente a fim de proteger o empregado de maneira mais efetiva.

Quanto ao Min. Luiz Fux, este afirmou que considera insustentável um prazo tão dilatado como o de trinta anos para quaisquer que seja a cobrança. Ainda, alegou que todos os direitos elencados no art. 7º da CF/88 são importantíssimos, sendo o salário o mais importante de todos, e, ainda assim, esse e os outros direitos trabalhistas são prescritíveis, de modo que não há motivo para que o FGTS seja submetido a um prazo praticamente imprescritível. Por fim, afirma não considerar que a aplicação do prazo quinquenal ao FGTS seja um retrocesso, visto que o próprio constituinte dispôs a respeito da prescrição quinquenal no que se refere às relações de trabalho, afirmando acompanhar o voto do Relator.

A Min. Cármen Lúcia afirmou que o Direito deve ser visto como um instituto dinâmico e que a proposta do Relator respeita a razoabilidade e o princípio da segurança jurídica, acompanhando seu voto integralmente. Igualmente, alegou que sendo o FGTS de natureza trabalhista e devendo a norma ser interpretada de acordo com o dinamismo do Direito, deve a jurisprudência do Supremo conciliar-se com o entendimento mais atual.

No que tange ao posicionamento do Min. Celso de Mello, este acompanhou o voto do Relator, alegando que deve ser revisada a jurisprudência do STF e TST (especialmente as súmulas a respeito do tema) e destacando a importância da modulação de efeitos proposta pelo Min. Gilmar Mendes.

Já o Min. Ricardo Lewandowski destacou a importância do FGTS, tanto em relação ao empregado, como enquanto Fundo de natureza eminentemente social, devido à sua função de financiamento do Sistema Financeiro de Habitação, de modo que “transcende um simples direito do trabalhador<sup>182</sup>”. Entretanto, o Min. aduz que o prazo trintenário realmente é deveras longo e irrazoável, entendendo que predomina a natureza trabalhista do FGTS, devendo, portanto, ser aplicado o prazo quinquenal previsto constitucionalmente a esse instituto. Desse modo, acompanhou o voto do Relator, incluindo a modulação proposta.

O voto do Min. Marco Aurélio atentou ao fato de a Constituição Federal situar-se no ápice da pirâmide das normas jurídicas e afirmou que os prazos previstos no inciso XXIX, do art. 7º da CF/88 possuem naturezas distintas. Isto é, segundo o Ministro, não há previsão de dois prazos prescricionais, pois o prazo de dois anos seria decadencial, enquanto o prazo de cinco anos seria prescricional. Ainda, afirma que:

O argumento temporal, quanto ao fato de se ter deixado de ajuizar a ação e se ter deixado de recolher os depósitos mês a mês durante lapso de tempo maior, e um argumento metajurídico, não é um argumento jurídico, muito menos para colocar em segundo plano a Constituição Federal<sup>183</sup>.

---

<sup>182</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 709212*, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015. Inteiro teor disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=709212&classe=ARE&codigoClass e=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 25.11.2015.

<sup>183</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 709212*, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015. Inteiro teor disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=709212&classe=ARE&codigoClass e=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 25.11.2015.

Nesse sentido, o Min. atentou ao fato de que o prazo trintenário, conforme previsto na legislação, trata-se de um privilégio, afirmando que todo privilégio deve ser compelido. Assim, assevera que o FGTS é um direito acessório, e o acessório deve seguir o principal, de modo que não há motivo para que as parcelas trabalhistas em geral, incluindo as principais, sejam submetidas aos prazos de dois e cinco anos previstos na CF/88 e que o prazo do FGTS seja de trinta anos. Diante disso, votou pela inconstitucionalidade da prescrição trintenária do FGTS. Entretanto, em relação à modulação dos efeitos da decisão, o Min. não seguiu o disposto pelo Relator, sob a alegação de que poderia causar uma problemática social, visto que muitos que não ajuizaram ação trabalhista resolvam ajuizar por conta da declaração de inconstitucionalidade do prazo trintenário. Ademais, afirmou considerar que uma disposição inconstitucional jamais existiu e não pode produzir efeitos.

Diante do exposto, por maioria, foi declarada a inconstitucionalidade do prazo prescricional trintenário do FGTS, devendo os efeitos da decisão serem modulados, com eficácia ex nunc. Nessa seara, após a modificação do entendimento do STF, o TST precisou adequar seu entendimento à decisão do Supremo, de modo que alterou o conteúdo da Súmula nº 362, cuja redação atual encontra-se conforme segue:

Súmula nº 362 do TST -  
 FGTS. PRESCRIÇÃO (nova redação) - Res. 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 15 e 16.06.2015  
 I – Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato;  
 II – Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumar primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709212/DF)<sup>184</sup>.

Portanto, após o julgamento do ARE 709212/DF ocorreu mudança no posicionamento jurisprudencial do STF e TST, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990, no que se refere à prescrição trintenária, por violarem o disposto no art. 7º, XXIX, da CF/88. Assim, o prazo prescricional aplicável à cobrança de valores decorrentes do FGTS passou a ser o quinquenal, na esteira do previsto constitucionalmente para as ações decorrentes das relações de trabalho.

<sup>184</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 362 do TST*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-362](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-362)>. Acesso em 25.11.2015.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de monografia teve como proposta a análise dos institutos da prescrição e do FGTS, de modo a compatibilizar a o prazo prescricional vinculado aos valores decorrentes do Fundo. Para tanto, fez-se necessário, especialmente, verificar as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, levando-se em conta a importância do FGTS para os trabalhadores de todo o país. A divergência reside, basicamente, na verificação da natureza jurídica do FGTS, combinado com a hipossuficiência do trabalhador e com os princípios do Direito do Trabalho, especialmente no que se refere à dificuldade em buscar a reparação dos direitos lesados durante a vigência do contrato de trabalho.

A prescrição é tema deveras importante nas relações jurídico-sociais, influenciando diretamente no convívio e sendo essencial para o alcance da segurança jurídica, princípio basilar no ordenamento pátrio. Assim, foi preciso verificar como o instituto atua no ramo especializado do Direito do Trabalho, a fim de compreender qual o papel e os prazos prescricionais aplicáveis ao tema. Primeiramente, a prescrição foi analisada de forma geral, passando à análise específica da prescrição trabalhista. Nesse aspecto, houve a verificação da evolução histórica e das espécies prescricionais aplicáveis ao ramo das relações jus laborais.

Nessa esteira, a partir da análise do instituto da prescrição, foi preciso verificar o próprio instituto do FGTS, de modo a compreender seu conceito, origem como opção à estabilidade no emprego e histórico, especialmente após o advento da Constituição Federal de 1988, a qual o arrolou como mecanismo contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, bem como instituiu sua obrigatoriedade aos trabalhadores, de modo a extinguir a antiga estabilidade decenal. Ainda, fez-se necessário verificar as interpretações doutrinárias a respeito da natureza jurídica do FGTS, o que influencia profundamente na aplicabilidade de seu prazo prescricional, sendo verificado que as teorias são divididas pela doutrina através das perspectivas do empregado e do empregador.

A fim de apurar o entendimento atual do STF em relação ao tema, procedeu-se a análise da decisão cujo conteúdo abordou o prazo prescricional aplicável ao FGTS, o qual foi profundamente modificado por meio do julgamento do ARE 709212/DF, passando de trinta anos para cinco anos, a partir da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais que previam a prescrição trintenária. Examinou-se, inicialmente, a interpretação anterior ao julgamento do ARE 709212/DF, a qual era pacificada jurisprudencialmente no sentido de

aplicar a prescrição trintenária prevista na legislação infraconstitucional. Diante disso, tendo em vista que a referida decisão não foi unânime, possuindo consideráveis divergências em seu julgamento, fez-se imperioso aferir os argumentos utilizados tanto pela posição favorável à manutenção da jurisprudência do STF e do TST, no sentido de considerar compatíveis com a Constituição os dispositivos legais que dispõem a respeito do prazo trintenário, quanto pela posição contrária ao prazo trintenário, por considerá-lo incompatível com a ordem constitucional, devendo ser aplicado o prazo quinquenal previsto constitucionalmente no que se refere às relações de trabalho.

Em relação à posição pela inconstitucionalidade do prazo trintenário foi verificado que a principal premissa para tanto seria a classificação estritamente trabalhista do FGTS, considerado que o instituto está elencado na Constituição como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, *caput* e III, CF/88) de modo que deve haver a aplicação do prazo quinquenal, o qual é referente aos créditos resultantes das relações de trabalho (art. 7º, XXIX, CF/88). Ou seja, sendo o FGTS um direito trabalhista, a ele deve ser aplicado o prazo prescricional constitucionalmente previsto aos próprios direitos trabalhistas e não outro diverso que esteja disposto na legislação infraconstitucional. Nesse sentido, a previsão constitucional deveria excluir a previsão infraconstitucional, já que a Carta Maior prevê expressamente um determinado prazo. Aliado a isso, foi constatado o argumento relacionado à irrazoabilidade do prazo trintenário, visto que se trata de período extremamente extenso, tornando o FGTS um instituto “praticamente imprescritível”.

No que diz respeito aos argumentos favoráveis à constitucionalidade do prazo trintenário, inicialmente vale dizer a importância dos princípios do Direito do Trabalho, especialmente, nesse caso, os princípios da proteção e da norma mais favorável ao empregado. Nesse sentido, a aplicabilidade do prazo trintenário decorre diretamente dos referidos princípios, visto que este prazo protege mais efetivamente o empregado, bem como constitui norma muito mais favorável do que o prazo quinquenal. Ademais, o rol de direitos dos trabalhadores previstos no art. 7º da CF/88 não é classificado como taxativo, contendo, inclusive, a expressão “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Assim não pode se dizer que o prazo quinquenal (art. 7º, XXIX, CF/88) seria o único aplicável para as relações de trabalho, haja vista a esfera interpretativa que a Constituição possui neste aspecto.

Imprescindível, ainda, observar que o prazo quinquenal amplifica o aspecto prejudicial da dificuldade que o obreiro possui em ajuizar reclamação trabalhista contra o empregador

na constância da relação de emprego. Afinal, a legislação pátria ainda é bastante deficitária em relação à proteção do trabalhador que esteja em litígio contra seu atual empregador, o que traz à baila o massivo número de trabalhadores desempregados que buscam a Justiça do Trabalho, considerando que o trabalhador empregado dificilmente ingressará contra o empregador presente em decorrência da insegurança e do receio pela manutenção de seu emprego. Assim, há grande risco de que, com a aplicabilidade do prazo quinquenal, os créditos do FGTS sejam atingidos com mais facilidade pela prescrição, o que se constitui em relevante prejuízo ao trabalhador, tendo em vista a grande importância dos valores decorrentes do Fundo para as mais diversas utilizações legalmente previstas, desde o auxílio na subsistência do trabalhador em caso de despedida sem justa causa até a realização do objetivo de compra da casa própria através do Sistema Financeiro de Habitação, o que destaca a importância social dos valores decorrentes do FGTS.

Como os argumentos concernentes à aplicabilidade do prazo quinquenal obtiveram maioria de votos, foi declarada a inconstitucionalidade do prazo trintenário, sendo, a partir daí, aplicável a prescrição quinquenal às discussões referentes a valores não depositados no FGTS. Ocorreu, portanto, latente flexibilização dos direitos trabalhistas, visto que essa decisão acaba por dificultar a reparação efetiva aos direitos lesados dos trabalhadores, devendo o ramo do Direito do Trabalho adaptar-se à nova disposição, de modo a aplicar o prazo prescricional consoante determinado pelo STF.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014.

BARRETO, Amaro. *Teoria e Prática do FGTS*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S.A. julho-1974, p. 44.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Aspectos Gerais do Contrato de Trabalho e da Relação de Emprego*. In: *Justiça do Trabalho*. V. 29. Nº 338. Porto Alegre: HS Editora, fev/2012, p. 69.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927. v.1., obs. 1 ao art. 161.

BIAVASCHI, Magda Barros. “*Direito do Trabalho e prescrição: fundamentos e notas sobre imprescritibilidade*”. In: DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de; OLIVEIRA, Cíntia Machado de. (org.). *Temas de Direito e Processo do Trabalho*. Vol. 2. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 27. out. 2015.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. *Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967*. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 27. out. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 5452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 22 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. *Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios*.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 08 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 20 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 99.684/90. *Consolida as normas regulamentares do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)*. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D99684.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D99684.htm)>. Acesso em 23.out.2015

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.036/90. *Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências*. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8036consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8036consol.htm)>. Acesso em 23.out.2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.107/66. *Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências*. (Revogada pela Lei nº 7.839, de 1989). Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5107.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5107.htm)>. Acesso em 23.out.2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.839/89. *Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e dá outras providências*. (Revogada pela Lei nº 8.036, de 1990). Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7839.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7839.htm)>. Acesso em 23.out.2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ARE 709212*, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015. Inteiro teor disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=709212&classe=ARE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 25 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *AI 468526 AgR*, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00040 EMENT VOL-02219-11 PP-02254. Inteiro teor disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=468526&classe=AI-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 25.11.2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *AI 357580 ED*, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00086 EMENT VOL-02219-07 PP-01345. Inteiro teor disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=357580&classe=AI-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 25 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE 134328*, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 02/02/1993, DJ 19-02-1993 PP-02038 EMENT VOL-01692-05 PP-00906. Inteiro teor disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=134328&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 25 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *AI 782236 AgR-ED*, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 14/12/2010, DJe-025 DIVULG 07-02-2011 PUBLIC 08-02-2011 EMENT VOL-02459-03 PP-00558. Inteiro teor disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=782236&classe=>

AI-AgR-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 25 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE 569742 AgR*, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 28/09/2010, DJe-240 DIVULG 09-12-2010 PUBLIC 10-12-2010 EMENT VOL-02448-01 PP-00084. Inteiro teor disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=569742&classe=RE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 25 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 95 do TST*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_51\\_100.html#SUM-95](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-95)>. Acesso em 26 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 98 do TST*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_51\\_100.html#SUM-98](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-98)>. Acesso em: 27 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 206 do TST*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_201\\_250.html#SUM-206](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-206)>. Acesso em 25 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 294 do TST*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_251\\_300.html#SUM-294](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-294)>. Acesso em: 22 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 308 do TST*. Disponível em: em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-308](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-308)>. Acesso em: 22 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 362 do TST* - Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-362](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-362)>. Acesso em 25 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 390 do TST*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-390](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-390)>. Acesso em: 12 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista 39600-32.2007.5.10.0017*, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 11/10/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/10/2011. Inteiro teor disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=428489&anoInt=2008>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista 114700-45.2008.5.02.0028*, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 04/12/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/12/2013. Inteiro teor disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=193338&anoInt=2012>>. Acesso em 25 nov. 2015

- CAMARA LEAL, Antônio Luiz da. *Da Prescrição e da decadência*. 4. ed. atual. por Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- CAMINO, Carmen. *Direito Individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- CARVALHO, Augusto César Leite de. *A prescrição trabalhista: a possível superação da prescrição total*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 76, n. 3, p. 165, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/18057>>. Acesso em 23.10.2015.
- CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito Individual do Trabalho: remissões ao novo Código Civil: transcrição de enunciados, orientações jurisprudenciais e ementas pertinentes do Tribunal Superior do Trabalho*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.476.
- CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.
- CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. vol. I. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 118. *apud*. PRUNES, José Luiz Ferreira. *A prescrição no direito do trabalho*. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 1992.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GOMES, Orlando e Elson Gottschalk. *Curso de Direito do Trabalho*. 18ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 410.
- LOTUFFO, Renan. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo. Atlas, 2001.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 10. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2002.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 23ª ed. São Paulo. Atlas, 2007.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do FGTS*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 26.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Atualizado por Tilman Quarch, Jefferson Carús Guedes e Otávio Luiz Rodrigues Junior. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral; Tomo VI; Exceções, direitos mutilados, exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções, prescrição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 219.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho*. 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Iniciação do direito do trabalho*. 34. ed. São Paulo: LTr, 2009.

OLIVEIRA, Cínthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

*Programa de Ação Econômica do Governo para o biênio 1964-1966*, s.c.e, s.d.p., p. 222.  
.apud. MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do FGTS*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 8.

PRUNES, José Luiz Ferreira. *A prescrição no direito do trabalho*. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 1992.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários à Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço: Lei n. 8.036, de 11.5.90*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1995, p. 501-502.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª. ed. rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 370.

**ANEXO**

Inteiro teor do Acórdão

ARE 709212/DF

13/11/2014

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. GILMAR MENDES**  
**RECTE.(S)** : BANCO DO BRASIL S/A  
**ADV.(A/S)** : JAIRO WAISROS E OUTRO(A/S)  
**RECDO.(A/S)** : ANA MARIA MOVILLA DE PIRES E MARCONDES  
**ADV.(A/S)** : JOSÉ EYMARD LOGUERCIO E OUTRO(A/S)

Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990. Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da Lei 9.868/1999. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, decidir o tema 608 da Repercussão Geral, por maioria, negar provimento ao recurso, também por maioria declarar a inconstitucionalidade do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/1990, e do art. 55 do Decreto nº 99.684/1990, na parte em que ressalvam o “privilégio do FGTS à prescrição trintenária”, haja vista violarem o disposto no art. 7º, XXIX, da Carta de 1988. Quanto à modulação, o Tribunal, por maioria, atribuiu à decisão efeitos *ex nunc*, nos termos do voto do relator, ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 13 de novembro de 2014.

*Ministro GILMAR MENDES*

*Relator*

*Documento assinado digitalmente.*

13/11/2014

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. GILMAR MENDES**  
**RECTE.(S)** : **BANCO DO BRASIL S/A**  
**ADV.(A/S)** : **JAIRO WAISROS E OUTRO(A/S)**  
**RECDO.(A/S)** : **ANA MARIA MOVILLA DE PIRES E MARCONDES**  
**ADV.(A/S)** : **JOSÉ EYMARD LOGUERCIO E OUTRO(A/S)**

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):** Trata-se de recurso extraordinário (eDOC 2, p. 125-139), interposto com base na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho ementado nos seguintes termos:

**“RECURSO DE REVISTA – PRESCRIÇÃO. FGTS. O Regional consignou expressamente que a pretensão refere-se a depósitos do FGTS e, não, meras diferenças nos recolhimentos efetuados no FGTS. Desse modo, verifica-se que a decisão está em consonância com a jurisprudência desta Corte, sedimentada na Súmula 362 do TST, no sentido de ser trintenária a prescrição da pretensão às contribuições do FGTS, que inclusive serviu de fundamento ao acórdão regional. Recurso de Revista não conhecido.**

FGTS. A decisão regional está em conformidade com a jurisprudência desta Corte sedimentada na Orientação Jurisprudencial 232 da SBDI-1 do TST, segundo a qual o empregado que presta serviços no exterior faz jus ao recolhimento do FGTS, a ser calculado sobre todas as parcelas de natureza salarial. Incidência das Súmulas 333 e 297, I, do TST e do art. 896, § 4º, da CLT. Recurso de Revista não conhecido.

**PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. PREVI.** O Regional resolveu a controvérsia à luz das normas contidas no regulamento da Previ, especificamente o art. 21, indicado pela

**ARE 709212 / DF**

Reclamante como fundamento de sua pretensão e não impugnado pelo Reclamado. Incólumes, pois, os artigos 444 e 818 da CLT e 333, I, do CPC. Também, insubsistente a alegação de contrariedade à Súmula 207 do TST, que dispõe sobre o princípio da "Lex loci executionis", por ausência do necessário prequestionamento. Incidência do óbice à revisão contido na Súmula 297, I, do TST. Recurso de Revista não conhecido.

AUXÍLIO-ALUGUEL. O Regional, com apoio nas peculiaridades fáticas que lhe foram apresentadas, insuscetíveis de revisão nesta instância recursal, nos termos da Súmula 126 desta Corte, concluiu ser salarial a natureza da parcela auxílio-aluguel/moradia, porque paga em valor fixo, de modo permanente e sem qualquer exigência de prestação de contas. Art. 896, "c", da CLT e Súmula 297 do TST. Recurso de Revista não conhecido.

DIFERENÇAS DE FÉRIAS. O Regional manteve a sentença que deferiu diferenças de férias à Reclamante sob o único fundamento de que não houve defesa quanto à assertiva constante da inicial de que o Reclamado comprometeu-se a pagar o terço das férias, presumindo-se, portanto, verdadeira tal alegação, nos termos do art. 302 do CPC. Incólume, assim, os artigos 444 e 818 da CLT e 333, I, do CPC. Por outro lado, insubsistente a alegação de contrariedade à Súmula 207 do TST, que dispõe sobre o princípio da "Lex loci executionis", por ausência do necessário prequestionamento. Súmula 297, I, do TST. Por fim, inservível o aresto transcrito para demonstração de divergência jurisprudencial, porque oriundo do Regional prolator da decisão recorrida, órgão não autorizado nos termos do art. 896, "a", da CLT. Recurso de Revista não conhecido.

DIFERENÇAS DA CONVERSÃO EM ESPÉCIE DE LICENÇAS-PRÊMIO E ABONOS-ASSIDUIDADE. O Regional limitou-se a consignar que uma vez utilizada base de cálculo fictícia para a conversão em espécie de licenças-prêmio e abonos-assiduidade, faz jus a Reclamante às diferenças pretendidas decorrentes do cálculo a partir do salário

**ARE 709212 / DF**

efetivamente percebido pela Reclamante no exterior.

Nesse contexto, não prospera a alegação de violação dos artigos 444 e 818 da CLT, e 333, I, do CPC, e de contrariedade à Súmula 207 do TST, por ausência do necessário prequestionamento. Incidência da Súmula 297 do TST. Recurso de Revista não conhecido.

**GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL.** O Regional interpretando as normas internas do Reclamado concluiu haver norma geral, a qual não exclui os empregados que prestam serviço no exterior, que assegura o pagamento da gratificação semestral. Nesse contexto, não prospera a alegação de violação direta e literal do artigo 444 da CLT, que versa sobre a possibilidade de as partes disporem livremente sobre suas relações contratuais de trabalho. Art. 896, "c", da CLT. Noutro sentido, não prospera a alegação de contrariedade à Súmula 207 do TST, por ausência do necessário prequestionamento. Incidência da Súmula 297 do TST. Recurso de Revista não conhecido.

**ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA.** O Regional analisando as peculiaridades fáticas que lhe foram apresentadas, inclusive norma interna do Reclamado, insuscetíveis de revisão nos termos da Súmula 126 desta Corte, verificou ser provisória a transferência da Reclamante, concluindo, assim, lhe ser devido o respectivo adicional. Desse modo, constata-se que a decisão regional está em conformidade com entendimento desta Corte sedimentado na Orientação Jurisprudencial 113 da SBDI-1 do TST. Incólumes os artigos apontados como violados e insubsistente a indicação de contrariedade à Súmula 207 do TST, por falta de prequestionamento. Incidência da Súmula 297 desta Corte. Recurso de Revista não conhecido". (eDOC 2, p. 79-81) (grifei)

Houve interposição de embargos de declaração (eDOC 2, p. 99-108), os quais foram rejeitados (eDOC 2, p. 117-121).

Na espécie, o Tribunal Superior do Trabalho confirmou o acórdão do Tribunal Regional, para afirmar que o prazo prescricional para a cobrança das contribuições devidas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

**ARE 709212 / DF**

(FGTS) é trintenário.

A questão constitucional versada nos autos reside em saber qual o prazo prescricional aplicável para cobrança de valores não depositados no FGTS, se quinquenal ou trintenário.

Inicialmente, o presente recurso não foi admitido pelo Tribunal de origem (eDOC 2, p. 183-185). Dei provimento ao agravo para determinar o processamento deste recurso extraordinário (eDOC 5).

Em 24.5.2013, esta Corte reconheceu a repercussão geral da matéria debatida nos presentes autos (eDOC 6). Confira-se a ementa do julgado:

“DIREITO DO TRABALHO. FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO (FGTS). COBRANÇA DE VALORES NÃO PAGOS. PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 7º, XXIX, DA CONSTITUIÇÃO. RELEVÂNCIA SOCIAL, ECONÔMICA E JURÍDICA DA MATÉRIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA”.

No recurso extraordinário, o recorrente alega que houve violação aos artigos 5º, *caput* e incisos II, XXVII e LIV; e 7º, incisos III e XXIX, da Constituição Federal.

Alega-se que o disposto no art. 7º, XXIV, da Carta Magna encerra norma de eficácia plena a ser aplicada, imediatamente, às relações laborais, inclusive no que se refere ao FGTS.

Afirma-se que a orientação adotada pelo TST e pelas instâncias ordinárias, no sentido de se aplicar o prazo prescricional de 30 (trinta) anos à cobrança de valores decorrentes da ausência de depósito em conta vinculada do FGTS, baseia-se em disposições (artigos 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Decreto 99.684/1990) declaradas inconstitucionais no julgamento do RE 522.897, de minha relatoria.

Defende-se, assim, a não aplicação da prescrição trintenária para a cobrança de diferenças do FGTS, ao fundamento de que o referido fundo integra o rol dos direitos dos trabalhadores e, portanto, deriva do vínculo de emprego, razão pela qual aplicar-se-ia a ele o prazo quinquenal previsto no art. 7º, XXIX, do texto constitucional, descabendo cogitar-se

**ARE 709212 / DF**

de qualquer distinção não prevista pela Carta Magna.

Assevera-se, ainda, que a interpretação adotada pelo TST viola os princípios da igualdade, da segurança jurídica, da propriedade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da legalidade e do devido processo legal.

Requer-se, assim, seja aplicado o prazo prescricional previsto no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, para cobrança de valores não depositados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

É o relatório.

13/11/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL

VOTO

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):**

1. O prazo prescricional para cobrança dos depósitos de FGTS e o art. 7º, XXIX, da Constituição Federal

O cerne da presente controvérsia diz respeito à definição do prazo prescricional aplicável à cobrança judicial dos valores devidos, pelos empregadores e pelos tomadores de serviço, ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

Ressalte-se que a questão constitucional versada no presente recurso extraordinário é diversa da que ensejou a interposição do RE 584.608, Rel. Ellen Gracie, DJ 13.3.2009, cuja repercussão geral foi negada pelo Supremo Tribunal Federal. No mencionado recurso, discutia-se o prazo prescricional aplicável sobre a cobrança da correção monetária incidente sobre a multa de 40% sobre os depósitos do FGTS.

No presente apelo, assim como já expus no RE 522.897, de minha relatoria, pendente de julgamento desde o pedido de vista formulado pelo Min. Ayres Britto, debate-se sobre o prazo prescricional aplicável para a cobrança das contribuições ao FGTS não depositadas tempestivamente pelos empregadores e tomadores de serviço.

Na espécie, o Tribunal Superior do Trabalho confirmou o acórdão do Tribunal Regional, para afirmar que o prazo prescricional para a cobrança das contribuições devidas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) é trintenário, aplicando, assim, o Enunciado 362 de sua Súmula, que diz o seguinte:

“É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho”.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o TST editou, em 1980, quando ainda vigente a Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966, que criara o FGTS, o

**ARE 709212 / DF**

Enunciado 95, segundo o qual *“é trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”*.

Ressalte-se, pois, que o FGTS surge, aqui, como alternativa à “estabilidade no emprego”.

À época, ainda não havia sido solucionada antiga controvérsia jurisprudencial e doutrinária acerca da natureza jurídica do FGTS, questão prejudicial à definição do prazo aplicável à cobrança dos valores não vertidos, a tempo e modo, pelos empregadores e tomadores de serviço, ao Fundo.

Em virtude do disposto no art. 20 da Lei 5.107/1966, segundo o qual a cobrança judicial e administrativa dos valores devidos ao FGTS deveria ocorrer de modo análogo à cobrança das contribuições previdenciárias e com os mesmos privilégios, o Tribunal Superior do Trabalho inclinou-se pela tese de que o FGTS teria natureza previdenciária e, portanto, a ele seria aplicável o disposto no art. 144 da Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social), que fixava o prazo de trinta anos para a cobrança das contribuições previdenciárias.

Após a Constituição de 1988, foi promulgada a Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, que deu nova disciplina ao FGTS. No tocante ao prazo prescricional, o art. 23, § 5º, do novo diploma legal veicula a seguinte disposição: *“o processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas rege-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária”*.

O art. 55 do Decreto 99.684, de 8 de novembro de 1990, ato normativo que regulamenta o FGTS, possui idêntico teor.

Essa foi, portanto, a gênese da tese de que o prazo para a cobrança, pelo empregado ou pelos órgãos públicos, das contribuições devidas ao FGTS seria, anteriormente e mesmo após a Constituição de 1988, de trinta anos.

Ocorre que o art. 7º, III, da nova Carta expressamente arrolou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais, colocando termo, no meu entender, à

**ARE 709212 / DF**

celeuma doutrinária acerca de sua natureza jurídica.

Desde então, tornaram-se desarrazoadas as teses anteriormente sustentadas, segundo as quais o FGTS teria natureza híbrida, tributária, previdenciária, de salário diferido, de indenização, etc.

Trata-se, em verdade, de direito dos trabalhadores brasileiros (não só dos empregados, portanto), consubstanciado na criação de um “pecúlio permanente”, que pode ser sacado pelos seus titulares em diversas circunstâncias legalmente definidas (cf. art. 20 da Lei 8.036/1995).

Consoante salientado por José Afonso da Silva, não se trata mais, como em sua gênese, de uma alternativa à estabilidade (para essa finalidade, foi criado o seguro-desemprego), mas de um direito autônomo (SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 191).

De modo a ilustrar a trajetória histórica do FGTS, cumpre transcrever as seguintes palavras de seu criador, o economista e ex-ministro Roberto Campos:

“No projeto social [do governo de Humberto de Alencar Castello Branco] figurou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), libertando os trabalhadores da escravidão a uma empresa, na espera frustrada da estabilidade. Eu costumava chamar a indenização de despedida dos empregados de ‘prêmio de desastre’, enquanto que o FGTS seria a ‘criação de um pecúlio permanente’. A criação do FGTS foi uma das reformas sociais mais importantes, e mais controvertidas, do governo Castello Branco. Havia o ‘mito da estabilidade’, tido como a grande ‘conquista social’ do governo Vargas. Mito, porque a estabilidade, após dez anos de serviço era em grande parte uma ficção. Os empregados eram demitidos antes de completado o período de carência, pelo receio dos empresários de indisciplina e desídia funcional dos trabalhadores, quando alcançavam a estabilidade. Os trabalhadores, de seu lado, ficavam escravizados à empresa, sacrificando a oportunidade de emigrar para ocupações mais dinâmicas e melhor remuneradas. Os empresários perdiam o

**ARE 709212 / DF**

investimento no treinamento; as empresas mais antigas, que tinham grupos maiores de empregados estáveis, eram literalmente incompráveis ou invendáveis por causa do ‘passivo trabalhista’. Muitas empresas não mantinham líquidos os fundos de indenização de despedida, ou se sequer os formavam, criando-se intermináveis conflitos na despedida de empregados” (Roberto Campos, *Lanterna na Popa*, Rio de Janeiro: Topbooks, 1994, p. 713).

Trata-se, como se vê, de direito de natureza complexa e multifacetada, haja vista demandar a edição de normas de organização e procedimento que têm o escopo de viabilizar a sua fruição, por intermédio, inclusive, da definição de órgãos e entidades competentes para a sua gestão e da imposição de deveres, obrigações e prerrogativas não apenas aos particulares, mas também ao Poder Público. Cuida-se de verdadeira garantia de caráter institucional, dotada de âmbito de proteção marcadamente normativo (PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte: Staatsrecht II*. Heidelberg: C.F. Müller, 1995, p. 53).

Nesse sentido, cumpre registrar que, mesmo anteriormente à Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal já havia afastado a tese do suposto caráter tributário ou previdenciário das contribuições devidas ao Fundo, salientando ser o FGTS um direito de índole social e trabalhista.

Por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 100.249-2, Rel. Min. Oscar Corrêa, Red. p/Acórdão Min. Néri da Silveira, DJ 1.7.1988, o Plenário desta Corte deixou assentado o seguinte entendimento:

“Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Sua natureza jurídica. Constituição, art. 165, XIII. Lei 5.107, de 13.9.1966. As contribuições para o FGTS não se caracterizam como crédito tributário ou contribuições a tributo comparáveis. Sua sede está no art. 165, XIII, da Constituição. Assegura-se ao trabalhador estabilidade, ou fundo de garantia equivalente. Dessa garantia, de índole social, promana, assim, a exigibilidade pelo trabalhador do pagamento do FGTS, quando despedido, na

**ARE 709212 / DF**

forma prevista em lei. Cuida-se de um direito do trabalhador. Dá-lhe o Estado garantia desse pagamento. A contribuição pelo empregador, no caso, deflui do fato de ser ele o sujeito passivo da obrigação, de natureza trabalhista e social, que encontra, na regra constitucional aludida, sua fonte. A atuação do Estado, ou de órgão da Administração Pública, em prol do recolhimento da contribuição do FGTS, não implica torná-lo titular de direito à contribuição, mas, apenas, decorre do cumprimento, pelo Poder Público, de obrigação de fiscalizar e tutelar a garantia assegurada ao empregado optante pelo FGTS. Não exige o Estado, quando aciona o empregador, valores a serem recolhidos ao Erário, como receita pública. Não há, aí, contribuição de natureza fiscal ou parafiscal. Os depósitos de FGTS pressupõem vínculo jurídico, com disciplina de Direito do Trabalho. Não se aplica às contribuições do FGTS o disposto nos arts. 173 e 174, do CTN. Recurso extraordinário conhecido, por ofensa ao art. 165, XIII, da Constituição, e provido, para afastar a prescrição quinquenal da ação.”

No tocante à prescrição, entretanto, o Supremo Tribunal Federal adotou a tese sustentada à época pelo Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de que o prazo seria trintenário, em virtude do disposto no art. 20 da Lei 5.107/1966 c/c art. 144 da Lei 3.807/1960. É o que se extrai do seguinte trecho do voto do Ministro Sidney Sanches:

“(…) se o FGTS não é tributo, mas direito social do empregado, garantido pela C.F. e regulado por lei própria, que, no art. 20 (Lei 5.107/66) lhe atribui os mesmos privilégios das contribuições devidas à Previdência Social, o prazo prescricional para a pretensão de cobrança há de ser o previsto no art. 144 da LOPS, i.e., o de trinta anos, e não o de cinco, previsto no art. 174 do C.T.N.”

Não obstante a nova ordem constitucional, esta Corte continuou a perfilhar, em ambas as Turmas, a tese da prescrição trintenária, consoante

**ARE 709212 / DF**

se depreende dos julgados do RE 134.328, Rel. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 19.2.1993; do RE 116.761, Rel. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 2.4.1993; e do RE 120.189, Rel. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 19.2.1999, cujas ementas transcrevo, respectivamente:

“FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PRESCRIÇÃO. PRAZO TRINTENÁRIO. LEI ORGÂNICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, ART. 144. A natureza da contribuição devida ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço foi definida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 100249- RTJ 136/681. Nesse julgamento foi ressaltado seu fim estritamente social de proteção ao trabalhador, aplicando-se-lhe, quanto à prescrição, o prazo trintenário resultante do art. 144 da Lei Orgânica da Previdência Social. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

“FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO. PRESCRIÇÃO. PRAZO TRINTENARIO. LEI ORGÂNICA DA PREVIDENCIA SOCIAL, ART. 144. A natureza da contribuição devida ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço foi definida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 100249 - RTJ 136/681. Nesse julgamento foi ressaltado seu fim estritamente social de proteção ao trabalhador, aplicando-se-lhe, quanto a prescrição, o prazo trintenário resultante do art. 144 da Lei Orgânica da Previdência Social. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

“FGTS. NATUREZA. O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço tem natureza trabalhista e social, não se lhe aplicando as normas de prescrição e decadência relativas aos tributos. Precedente: Recurso Extraordinário 100.249, julgado pelo Pleno, conhecido e provido, por maioria, tendo sido Redator designado o Ministro Néri da Silveira, com aresto veiculado no Diário da Justiça de 1º de julho de 1988, à página 16.903.”

Verifica-se, pois, que, em relação à natureza jurídica do FGTS, a

**ARE 709212 / DF**

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revela-se, de fato, consentânea com o disposto na Constituição de 1988.

Contudo, conforme já explanado por mim no julgamento do RE 522.897, a jurisprudência desta Corte não se apresentava concorde com a ordem constitucional vigente quando entendia ser o prazo prescricional trintenário aplicável aos casos de recolhimento e de não recolhimento do FGTS.

Isso porque o art. 7º, XXIX, da Constituição de 1988 contém determinação expressa acerca do prazo prescricional aplicável à propositura das ações atinentes a “créditos resultantes das relações de trabalho”.

Eis o teor do referido dispositivo constitucional:

“Art. 7º (...)

XXIX – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, **com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.** (redação determinada pela Emenda Constitucional 28/2000).”

Desse modo, tendo em vista a existência de disposição constitucional expressa acerca do prazo aplicável à cobrança do FGTS, após a promulgação da Carta de 1988, não mais subsistem as razões anteriormente invocadas para a adoção do prazo de prescrição trintenário.

Nesse sentido o magistério de Sérgio Pinto Martins:

“Com a Constituição de 1988, o FGTS passou a ser um direito do trabalhador (art. 7º, III, da Constituição). O prazo de prescrição para sua cobrança também deve observar os prazos normais do inciso XXIX do art. 7º da Constituição. Dessa forma, não poderia o parágrafo 5º do art. 23 da Lei 8.036 tratar diversamente da Constituição e especificar o prazo de prescrição de trinta anos. Se a lei maior regula exhaustivamente a matéria de prescrição no inciso XXIX do artigo 7º, não poderia a

**ARE 709212 / DF**

lei ordinária tratar o tema de forma diferente” (MARTINS, Sérgio Pinto. Prescrição do FGTS para o empregado. In: *Repertório IOB de Jurisprudência*. Trabalhista e Previdenciário. 13/99).

Não há dúvida de que os valores devidos ao FGTS são “créditos resultantes das relações de trabalho”, na medida em que, conforme salientado anteriormente, o FGTS é um direito de índole social e trabalhista, que decorre diretamente da relação de trabalho (conceito, repita-se, mais amplo do que o da mera relação de emprego).

Registre-se que a aplicabilidade do disposto no art. 7º, XXIX, da Constituição à cobrança judicial dos valores relativos FGTS foi reconhecida até mesmo pelo Tribunal Superior do Trabalho, embora apenas de forma parcial, restritiva e até mesmo contraditória.

Refiro-me à edição, em 2003, do Enunciado 362, segundo o qual “*é trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho*”.

Em outras palavras, a Corte Trabalhista entendeu ser aplicável apenas a parte do dispositivo constitucional que prevê o prazo de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, olvidando-se do disposto na primeira parte do dispositivo (o direito de reclamar o depósito do FGTS somente alcançaria os últimos cinco anos).

Tal entendimento revela-se, a meu ver, além de contraditório, em dissonância com os postulados hermenêuticos da máxima eficácia das normas constitucionais e da força normativa da Constituição.

O princípio da proteção do trabalhador, não obstante a posição central que ocupa no Direito do Trabalho, não é apto a autorizar, por si só, a interpretação – defendida por alguns doutrinadores e tribunais, inclusive pelo Tribunal Superior do Trabalho – segundo a qual o art. 7º, XXIX, da Constituição estabeleceria apenas o prazo prescricional mínimo a ser observado pela legislação ordinária, inexistindo óbice à sua ampliação, com vistas à proteção do trabalhador.

Acerca do tema, valho-me novamente do magistério de Sérgio Pinto

**ARE 709212 / DF**

Martins:

“Quando a Constituição quis estabelecer direitos mínimos foi clara no sentido de usar as expressões 'nunca inferior' (art. 7º, VII), 'no mínimo' (art. 7º, XVI e XXI), 'pelo menos' (art. 7º, XVII). No inciso XXIX do art. 7º não foram usadas tais expressões. O constituinte foi preciso no sentido de fixar o prazo, que, portanto, não pode ser modificado pela lei ordinária. O FGTS é um crédito resultante da relação de trabalho. Não pode a lei ordinária reduzir ou ampliar o prazo de prescrição previsto na Constituição. Assim, por mais esse ângulo, o parágrafo 5º do art. 23 da Lei 8.036 é inconstitucional. O mesmo ocorre com o art. 55 do Regulamento do FGTS, determinado pelo Decreto 99.684/90.”

Ademais, o princípio da proteção do trabalhador não pode ser interpretado e aplicado de forma isolada, sem a devida atenção aos demais princípios que informam a ordem constitucional. De fato, a previsão de prazo tão dilatado para o ajuizamento de reclamação contra o não recolhimento do FGTS, além de se revelar em descompasso com a literalidade do Texto Constitucional, atenta contra a necessidade de certeza e estabilidade nas relações jurídicas, princípio basilar de nossa Constituição e razão de ser do próprio Direito.

Cumprе ressaltar ainda que o próprio arcabouço legal e institucional do FGTS revela-se apto a afastar toda e qualquer alegação de que a manutenção do referido prazo prescricional justificar-se-ia em virtude da impossibilidade fática de o trabalhador exigir judicialmente, na vigência do contrato de trabalho, o depósito das contribuições, o que fatalmente redundaria em sua demissão ou na aplicação de sanções.

Verifica-se que a legislação que disciplina o FGTS criou instrumentos para que o trabalhador, na vigência do contrato de trabalho, tenha ciência da realização dos depósitos pelo empregador e possa, direta ou indiretamente, exigí-los.

Nos termos do art. 17 da Lei 8.036/1990, os empregadores são

**ARE 709212 / DF**

obrigados “a comunicar mensalmente aos trabalhadores os valores recolhidos ao FGTS e repassar-lhes todas as informações sobre suas contas vinculadas recebidas da Caixa Econômica Federal ou dos bancos depositários”. Sabe-se, ademais, que a Caixa Econômica Federal, na qualidade de agente operador do Fundo, envia aos trabalhadores, a cada dois meses, extrato atualizado dos depósitos.

Verifica-se, também, que o art. 25 do mencionado diploma legal faculta não apenas ao próprio trabalhador, mas também ao sindicato a que estiver vinculado, exigir judicialmente o depósito dos valores relativos ao FGTS.

Por fim, cumpre registrar que o art. 1º da Lei 8.844, de 20 de janeiro de 1994, atribui ao Ministério do Trabalho a competência para a fiscalização e a apuração das contribuições devidas ao FGTS. Em seu art. 2º, o referido diploma legal afirma competir à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a inscrição em Dívida Ativa dos débitos para com o FGTS e a representação judicial e extrajudicial do Fundo, para fins de cobrança.

Desse modo, não apenas ao trabalhador e ao seu sindicato é atribuída a legitimidade para a cobrança judicial dos valores não adimplidos pelos empregadores e tomadores de serviço, mas também à União, por intermédio da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, ampliando-se, dessa forma, a rede de proteção ao trabalhador.

Cumpre salientar, neste ponto, que, com tais referências à legislação ordinária, não se está a defender a submissão do Supremo Tribunal Federal à interpretação conferida ao texto constitucional pela lei, mas apenas a demonstrar que o FGTS – garantia institucional e direito fundamental de âmbito de proteção marcadamente normativo – possui conformação legislativa apta a afastar toda e qualquer tentativa de se atribuir ao art. 7º, XXIX, da Constituição interpretação outra que não a extraída de sua literalidade. Isto é, a existência desse arcabouço normativo e institucional é capaz de oferecer proteção eficaz aos interesses dos trabalhadores, revelando-se inadequado e desnecessário o esforço hermenêutico do Tribunal Superior do Trabalho, no sentido da

**ARE 709212 / DF**

manutenção da prescrição trintenária do FGTS após o advento da Constituição de 1988.

Por essa razão, nos autos do RE 522.897, defendi a tese de inconstitucionalidade dos artigos 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990, na parte em que ressalvam o “privilégio do FGTS à prescrição trintenária”, haja vista violarem o disposto no art. 7º, XXIX, da Carta de 1988.

Pelas mesmas razões esposadas no referido recurso extraordinário, é que considereei existente a repercussão geral do presente apelo, que necessita de decisão definitiva desta Corte para sedimentar sua orientação quanto ao tema à luz da sistemática da repercussão geral.

Conforme já dito, e por todas as razões já levantadas, entendo que esta Corte deve, agora, revisar o seu posicionamento anterior para consignar, à luz da diretriz constitucional encartada no inciso XXIX do art. 7º da CF, que o prazo prescricional aplicável à cobrança de valores não depositados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) é quinquenal.

No caso, verifica-se que o recorrido ajuizou, em 19.4.2007, reclamação trabalhista contra Banco do Brasil S.A, a fim de compeli-lo ao pagamento do FGTS relativo ao período de maio de 2001 a 31 de dezembro de 2003.

Assim, não obstante a reclamação tenha sido ajuizada no biênio imediatamente posterior ao término da relação de emprego, ela somente é apta a alcançar os valores devidos e não adimplidos nos cinco anos que antecederam o seu ajuizamento (19.4.2002 a 31.12.2003).

Por tudo isso, a princípio, inclinei-me no sentido de conhecer do presente recurso extraordinário e dar-lhe parcial provimento, para reconhecer como não devidas as contribuições ao FGTS relativas ao período anterior a 19.4.2002, em virtude da prescrição.

Contudo, não se pode olvidar que, por mais de vinte anos, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Tribunal Superior do Trabalho mantiveram o entendimento segundo o qual o prazo prescricional aplicável ao FGTS seria o trintenário, mesmo após o advento da

**ARE 709212 / DF**

Constituição de 1988.

O que se propõe, portanto, é a revisão da jurisprudência há muito consolidada no âmbito desta Corte.

2. A Necessidade De Modulação Dos Efeitos Da Decisão

Trago à análise, novamente, a discussão relativa à aplicação de efeitos meramente prospectivos à decisão que for tomada por esta Corte relativamente à questão constitucional aqui apreciada.

Em casos como este, em que se altera jurisprudência longamente adotada pela Corte, a praxe tem sido no sentido de se modular os efeitos da decisão, com base em razões de segurança jurídica.

Cito, a título de exemplo, a decisão proferida na Questão de Ordem no INQ 687 (DJ 9.11.2001), em que o Tribunal cancelou o enunciado da Súmula 394, ressaltando os atos praticados e as decisões já proferidas que nela se basearam.

No Conflito de Competência 7.204, Rel. Min. Carlos Britto (julg. em 29.6.2005), fixou-se o entendimento de que *“o Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência ex ratione materiae. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto”*.

Também no julgamento do HC 82.959, em que declaramos, com efeitos prospectivos, a inconstitucionalidade da vedação legal da progressão de regime para os crimes hediondos (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com radical modificação da antiga jurisprudência do Tribunal.

Com efeito, talvez um dos temas mais ricos da teoria do direito e da moderna teoria constitucional seja aquele relativo à evolução jurisprudencial e, especialmente, a possível mutação constitucional. Se a sua repercussão no plano material é inegável, são inúmeros os desafios no plano do processo em geral e, em especial, do processo constitucional.

**ARE 709212 / DF**

Nesse sentido, vale registrar a douda observação de Larenz:

“De entre os factores que dão motivo a uma revisão e, com isso, freqüentemente, a uma modificação da interpretação anterior, cabe uma importância proeminente à alteração da situação normativa. Trata-se a este propósito de que as relações fácticas ou usos que o legislador histórico tinha perante si e em conformidade aos quais projectou a sua regulação, para os quais a tinha pensado, variaram de tal modo que a norma dada deixou de se ‘ajustar’ às novas relações. É o factor temporal que se faz notar aqui. Qualquer lei está, como facto histórico, em relação actuante com o seu tempo. Mas o tempo também não está em quietude; o que no momento da gênese da lei actuava de modo determinado, desejado pelo legislador, pode posteriormente actuar de um modo que nem sequer o legislador previu, nem, se o pudesse ter previsto, estaria disposto a aprovar. Mas, uma vez que a lei, dado que pretende ter também validade para uma multiplicidade de casos futuros, procura também garantir uma certa constância nas relações inter-humanas, a qual é, por seu lado, pressuposto de muitas disposições orientadas para o futuro, nem *toda* a modificação de relações acarreta por si só, de imediato, uma alteração do conteúdo da norma. Existe a princípio, ao invés, uma relação de tensão que só impele a uma solução - por via de uma interpretação modificada ou de um desenvolvimento judicial do Direito - quando a insuficiência do entendimento anterior da lei passou a ser ‘evidente’.” (Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3<sup>a</sup>. Edição, Lisboa, 1997, p. 495).

Daí afirmar Larenz:

“A alteração da situação normativa pode assim conduzir à modificação - restrição ou extensão - do significado da norma até aqui prevalecente. De par com a alteração da situação normativa, existem factos tais como, sobretudo, modificações na estrutura da ordem jurídica global, uma nítida tendência da

**ARE 709212 / DF**

legislação mais recente, um novo entendimento da *ratio legis* ou dos critérios teleológico-objectivos, bem como a necessidade de adequação do Direito pré-constitucional aos princípios constitucionais, que podem provocar uma alteração de interpretação. Disto falámos nós já. Os tribunais podem abandonar a sua interpretação anterior porque se convenceram que era incorrecta, que assentava em falsas suposições ou em conclusões não suficientemente seguras. Mas ao tomar em consideração o factor temporal, pode também resultar que uma interpretação que antes era correcta agora não o seja.” (Larenz, *Metodologia, cit.*, p. 498-500) .

Por isso, ensina, Larenz, de forma lapidar:

“O preciso momento em que deixou de ser ‘correcta’ é impossível de determinar. Isto assenta em que as alterações subjacentes se efectuam na maior parte das vezes de modo contínuo e não de repente. Durante um ‘tempo intermédio’ podem ser ‘plausíveis’ ambas as coisas, a manutenção de uma interpretação constante e a passagem a uma interpretação modificada, adequada ao tempo. É também possível que uma interpretação que aparecia originariamente como conforme à Constituição, deixe de o ser na seqüência de uma modificação das relações determinantes. Então é de escolher a interpretação, no quadro das possíveis, segundo os outros critérios de interpretação, que seja agora a única conforme à Constituição”.

No plano constitucional, esse tema mereceu uma análise superior no trabalho de Inocêncio Mártires Coelho sobre interpretação constitucional (Inocêncio Mártires Coelho, *Interpretação Constitucional*. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1997).

No Capítulo 4 da obra em referência, que trata das consequências da diferença entre lei e Constituição, propicia-se uma *releitura* do fenómeno da chamada *mutação constitucional*, asseverando-se que as situações da vida são constitutivas do significado das regras de direito, posto que é

**ARE 709212 / DF**

somente no momento de sua aplicação aos casos ocorrentes que se revelam o sentido e o alcance dos enunciados normativos. Com base em Perez Luño e Reale, enfatiza-se que, em verdade, a norma jurídica não é o *pressuposto*, mas o *resultado* do processo interpretativo ou que a *norma* é a sua *interpretação*.

Essa colocação coincide, fundamentalmente, com a observação de Häberle, segundo a qual não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada (*Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen*), ressaltando-se que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública (*Einen Rechssatz "auslegen" bedeutet, ihn in die Zeit, d.h. in die öffentliche Wirklichkeit stellen – um seiner Wirksamkeit willen*). Por isso, Häberle introduz o conceito de *pós-compreensão* (*Nachverständnis*), entendido como o conjunto de fatores temporalmente condicionados com base nos quais se compreende “supervenientemente” uma dada norma. A *pós-compreensão* nada mais seria, para Häberle, do que a *pré-compreensão do futuro*, isto é, o elemento dialético correspondente da ideia de *pré-compreensão* (Häberle, Peter. “Zeit und Verfassung”. in: *Probleme der Verfassungsinterpretation*, org:Dreier,Ralf/Schwegmann,Friedrich, Nomos,Baden-Baden, 1976, p.312-313).

Tal concepção permite a Häberle afirmar que, em sentido amplo, toda lei interpretada – não apenas as chamadas leis temporárias – é uma lei com duração temporal limitada (*In einem weiteren Sinne sind alle – interpretierten – Gesetzen “Zeitgesetze” – nicht nur die zeitlich befristeten*). Em outras palavras, o texto, confrontado com novas experiências, transforma-se necessariamente em um outro.

Essa reflexão e a ideia segundo a qual a atividade hermenêutica nada mais é do que um procedimento historicamente situado autorizam Häberle a realçar que uma interpretação constitucional aberta prescinde do conceito de *mudança constitucional* (*Verfassungswandel*) enquanto categoria autônoma.

Nesses casos, fica evidente que o Tribunal não poderá *fingir* que sempre pensara dessa forma. Daí a necessidade de, em tais casos, fazer-se

**ARE 709212 / DF**

o ajuste do resultado, adotando-se técnica de decisão que, tanto quanto possível, traduza a mudança de valoração. No plano constitucional, esses casos de mudança na concepção jurídica podem produzir uma *mudança normativa* ou a *evolução na interpretação*, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas. A orientação doutrinária tradicional, marcada por uma alternativa rigorosa entre *atos legítimos* ou *ilegítimos* (*entweder als rechtmässig oder als rechtswidrig*), encontra dificuldade para identificar a consolidação de um *processo de inconstitucionalização* (*Prozess des Verfassungswidrigwerdens*). Prefere-se admitir que, embora não tivesse sido identificada, a ilegitimidade sempre existira.

Daí afirmar Häberle:

“O Direito Constitucional vive, *prima facie*, uma problemática temporal. De um lado, a dificuldade de alteração e a conseqüente duração e continuidade, confiabilidade e segurança; de outro, o tempo envolve agora mesmo, especificamente o Direito Constitucional. É que o processo de reforma constitucional deverá ser feito de forma flexível e a partir de uma interpretação constitucional aberta. A continuidade da Constituição somente será possível se *passado e futuro* estiverem nela associados.” (Häberle, *Zeit und Verfassung, cit.*, p. 295-296)

Häberle indaga:

“O que significa tempo? Objetivamente, tempo é a possibilidade de se introduzir mudança, ainda que não haja a necessidade de produzi-la.” (Häberle, *Zeit und Verfassung, cit.*, p. 300).

Tal como anota Häberle, “o tempo sinaliza ou indica uma reunião (*ensemble*) de forças sociais e ideias. (...) A ênfase ao ‘fator tempo’ não deve levar ao entendimento de que o tempo há de ser utilizado como ‘sujeito’ de transformação ou de movimento (...). A história (da comunidade) tem

**ARE 709212 / DF**

muitos sujeitos. O tempo nada mais é do que a dimensão na qual as mudanças se tornam possíveis e necessárias (...).” (Häberle, *Zeit und Verfassung, cit.*, p. 300)

Não é raro que essas alterações de concepções se verifiquem, dentre outros campos, exatamente em matéria de defesa dos direitos fundamentais. Aqui talvez se mesquem as mais diversas concepções existentes na própria sociedade e o processo dialético que as envolve. E os diversos entendimentos de mundo convivem, sem que, muitas vezes, o “novo” tenha condições de superar o “velho”.

É natural também que esse tipo de situação se coloque de forma bastante evidente no quadro de uma nova ordem constitucional. Aqui, entendimentos na jurisprudência, doutrina e legislação tornam, às vezes, inevitável, que a interpretação da Constituição se realize, em um primeiro momento, com base na situação jurídica pré-existente. Assim, até mesmo institutos novos poderão ser interpretados segundo entendimento consolidado na jurisprudência e na legislação pré-constitucionais. Nesse caso, é, igualmente, compreensível, que uma nova orientação hermenêutica reclame cuidados especiais.

Nesse sentido, refiro-me mais uma vez às lições de Larenz:

“O que é para os tribunais civis, quando muito, uma exceção, adequa-se em muito maior medida a um Tribunal Constitucional. Decerto que se poderá, por exemplo, resolver muitas vezes sobre recursos constitucionais de modo rotineiro, com os meios normais da argumentação jurídica. Aqui tão-pouco faltam casos comparáveis. Mas nas resoluções de grande alcance político para o futuro da comunidade, estes meios não são suficientes. Ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estadual e da sua capacidade de funcionamento. Não pode proceder segundo a máxima: *fiat justitia, pereat res publica*. Nenhum juiz constitucional procederá assim na prática. Aqui a ponderação das consequências é, portanto, de todo irrenunciável, e neste ponto tem KRIELE razão. Certamente que as consequências (mais remotas) tão pouco são susceptíveis de

**ARE 709212 / DF**

ser entrevistas com segurança por um Tribunal Constitucional, se bem que este disponha de possibilidades muito mais amplas do que um simples juiz civil de conseguir uma imagem daquelas. Mas isto tem que ser aceite. No que se refere à avaliação das conseqüências previsíveis, esta avaliação só pode estar orientada à idéia de 'bem comum', especialmente à manutenção ou aperfeiçoamento da capacidade funcional do Estado de Direito. É, neste sentido, uma avaliação política, mas devendo exigir-se de cada juiz constitucional que se liberte, tanto quanto lhe seja possível - e este é, seguramente, em larga escala o caso - da sua orientação política subjectiva, de simpatia para com determinados grupos políticos, ou de antipatia para com outros, e procure uma resolução despreconceituada, 'racional'." (Metodologia, *cit.*, p. 517).

Talvez o caso historicamente mais relevante da assim chamada mutação constitucional seja expresso na concepção da igualdade racial nos Estados Unidos. Em 1896, no caso *Plessy versus Ferguson*, a Corte Suprema americana reconheceu que a separação entre brancos e negros em espaços distintos, no caso específico – em vagões de trens – era legítima. Foi a consagração da fórmula “*equal but separated*”. Essa orientação veio a ser superada no já clássico *Brown versus Board of Education* (1954), no qual se assentou a incompatibilidade dessa separação com os princípios básicos da igualdade.

Nos próprios Estados Unidos, a decisão tomada em *Mapp versus Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), posteriormente confirmada em *Linkletter versus Walker*, 381 U.S. 618 (1965), a propósito da busca e apreensão realizada na residência da Sra. Dollree Mapp, acusada de portar material pornográfico, em evidente violação às leis de Ohio, traduz uma significativa mudança da orientação até então esposada pela Corte Suprema.

A condenação de Dolree Mapp foi determinada com base em evidências obtidas pela polícia quando adentraram sua residência, em 1957, apesar de não disporem de mandado judicial de busca e apreensão. A Suprema Corte, contrariando o julgamento da 1a. Instância, declarou

**ARE 709212 / DF**

que a 'regra de exclusão' (baseada na Quarta Emenda da Constituição), que proíbe o uso de provas obtidas por meios ilegais nas Cortes federais, deveria ser estendida também às Cortes estaduais. A decisão provocou muita controvérsia, mas os proponentes da 'regra de exclusão' afirmavam constituir esta a única forma de assegurar que provas obtidas ilegalmente não fossem utilizadas.

A decisão de *Mapp v. Ohio* superou o precedente *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949), tornando a regra obrigatória aos Estados, e àqueles acusados, cujas investigações e processos não tinham atendido a estes princípios, era conferido o direito de *habeas corpus*.

Em 1965 a Suprema Corte americana julgou o caso *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, no qual um condenado por arrombamento na Corte de Louisiana requereu o direito de *habeas corpus*, com fundamento na decisão do caso *Mapp v. Ohio*.

A Suprema Corte decidiu contrariamente à aplicação retroativa da norma, naqueles casos que tiveram o julgamento final antes da decisão proferida em *Mapp*. Essa mudança foi descrita por Christina Aires Lima em sua dissertação de Mestrado:

“Apesar do entendimento da Corte Federal do Distrito de Louisiana e da Corte de Apelação do Estado, de que no caso *Linkletter* as investigações sobre a pessoa e bens do acusado foram feitas de modo ilegal, tais Cortes decidiram que a regra estabelecida no caso *Mapp* não poderia ser aplicada retroativamente às condenações das cortes estaduais, que se tornaram finais antes do anúncio da decisão do referido precedente.

As decisões dessas Cortes foram fundadas no entendimento de que, conferir-se efeito retroativo aos casos que tiveram julgamento final antes da decisão do caso *Mapp*, causaria um enorme e preocupante problema para a administração da Justiça.

A Suprema Corte americana admitiu o *certiorari* requerido por *Linkletter*, restrito à questão de saber se deveria, ou não, aplicar efeito retroativo à decisão proferida no caso *Mapp*.”

**ARE 709212 / DF**

(Lima, Christina Aires Corrêa. *O Princípio da Nulidade das Leis Inconstitucionais*, UnB, 2000, p. 84)

Ao justificar o indeferimento da aplicação da norma retroativamente, a opinião majoritária da Corte Suprema americana, no julgamento do caso *Linkletter v. Walker*, foi no seguinte sentido:

“Uma vez aceita a premissa de que não somos requeridos e nem proibidos de aplicar uma decisão retroativamente, devemos então sopesar os méritos e deméritos em cada caso, analisando o histórico anterior da norma em questão, seu objetivo e efeito, e se a operação retrospectiva irá adiantar ou retardar sua operação. Acreditamos que essa abordagem é particularmente correta com referência às proibições da 4<sup>a</sup>. Emenda, no que concerne às buscas e apreensões desarrazoadas. Ao invés de ‘depreciar’ a Emenda devemos aplicar a sabedoria do Justice Holmes que dizia que ‘na vida da lei não existe lógica: o que há é experiência’.” (*United States Reports*, Vol. 381, p. 629).

E mais adiante ressaltou:

“A conduta imprópria da polícia, anterior à decisão em *Mapp*, já ocorreu e não será corrigida pela soltura dos prisioneiros envolvidos. Nem sequer dará harmonia ao delicado relacionamento estadual-federal que discutimos como parte do objetivo de *Mapp*. Finalmente, a invasão de privacidade nos lares das vítimas e seus efeitos não podem ser revertidos. A reparação chegou muito tarde.” (*United States Reports*, Vol. 381, p. 637).

No direito alemão, mencione-se o famoso caso sobre o regime da execução penal (*Strafgefängene*), de 14 de março de 1972. Segundo a concepção tradicional, o estabelecimento de restrições aos direitos fundamentais dos presidiários, mediante atos normativos secundários,

**ARE 709212 / DF**

era considerada, inicialmente, compatível com a Lei Fundamental. Na espécie, cuidava-se de *Verfassungsbeschwerde* proposta por preso que tivera carta dirigida a uma organização de ajuda aos presidiários interceptada, porque continha críticas à direção do presídio. A decisão respaldava-se em uma portaria do Ministério da Justiça do Estado.

A Corte Constitucional alemã colocou em dúvida esse entendimento na decisão proferida sobre problemática da execução penal, como se logra depreender da seguinte passagem do acórdão:

“O constituinte contemplou, por ocasião da promulgação da Lei Fundamental, a situação tradicional da execução da pena, tal como resulta dos artigos 2º, parágrafo 2º, 2º período, e 104, parágrafos 1º e 2º da Lei Fundamental, não existindo qualquer sinal de que ele partira da premissa de que o legislador haveria de editar uma lei imediatamente após a entrada em vigor da Lei Fundamental. Na apreciação da questão sobre o decurso de prazo razoável para o legislador disciplinar a matéria e, por conseguinte, sobre a configuração de ofensa à Constituição, deve-se considerar também que, até recentemente, admitia-se, com fundamento das **relações peculiares de poder (besondere Gewaltverhältnisse)**, que os direitos fundamentais do preso estavam submetidos a uma restrição geral decorrente das condições de execução da pena. Cuidar-se-ia de limitação implícita, que não precisava estar prevista expressamente em lei. Assinale-se, todavia, que, segundo a orientação que se contrapõe à corrente tradicional, a Lei Fundamental, enquanto ordenação objetiva de valores com ampla proteção dos direitos fundamentais, não pode admitir uma restrição **ipso jure** da proteção dos direitos fundamentais para determinados grupos de pessoas. Essa corrente somente impôs-se após lento e gradual processo.” (BVerfGE 33, 1 (12))

A especificidade da situação impunha, todavia, que se tolerassem, provisoriamente, as restrições aos direitos fundamentais dos presidiários, ainda que sem fundamento legal expresso. O legislador deveria

**ARE 709212 / DF**

emprestar nova disciplina à matéria, em consonância com a orientação agora dominante sobre os direitos fundamentais.

A evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial – uma autêntica *mutação constitucional* – passava a exigir, no entanto, que qualquer restrição a esses direitos devesse ser estabelecida mediante expressa autorização legal.

Com essas considerações, diante da mudança que se opera, neste momento, em antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e com base em razões de segurança jurídica, entendo que os efeitos desta decisão devam ser modulados no tempo, a fim de que se concedam apenas efeitos prospectivos à decisão e à mudança de orientação que ora se propõe.

Neste ponto, aliás, o caso em tela é em grande medida semelhante a que enfrentamos no julgamento do RE 560.626 e do RE 556.664, de minha relatoria, em que se discutia a constitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei n. 8.212/91, que fixavam prazo prescricional para as contribuições previdenciárias. A tese acolhida, como se sabe, deu lugar à Súmula Vinculante n. 8, assim redigida:

“SÃO INCONSTITUCIONAIS O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 5º DO DECRETO-LEI Nº 1.569/1977 E OS ARTIGOS 45 E 46 DA LEI Nº 8.212/1991, QUE TRATAM DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO.”

Nesses julgados, decidimos que a decisão deveria produzir apenas efeitos *ex nunc*, esclarecendo que a modulação aplicar-se-ia tão somente em relação às repetições de indébitos ajuizadas após a decisão assentada na sessão do dia 11.06.2008, não abrangendo, portanto, os questionamentos e os processos já em curso.

Dizia eu então naquela ocasião:

“Estou acolhendo parcialmente o pedido de modulação de efeitos, tendo em vista a repercussão e a insegurança jurídica que se pode ter na hipótese; mas estou tentando delimitar esse

**ARE 709212 / DF**

quadro de modo a afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos nestas condições, com exceção das ações propostas antes da conclusão do julgamento.

Nesse sentido, eu diria que o Fisco está impedido, fora dos prazos de decadência e prescrição previstos no CTN, de exigir as contribuições da seguridade social. No entanto, os valores já recolhidos nestas condições, seja administrativamente, seja por execução fiscal, não devem ser devolvidos ao contribuinte, salvo se ajuizada a ação antes da conclusão do presente julgamento.

Em outras palavras, são legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 e não impugnados antes da conclusão deste julgamento.

Portanto, reitero o voto pelo desprovimento do recurso extraordinário, declarando a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569 e dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212, porém, com a modulação dos efeitos, **ex nunc**, apenas em relação às eventuais repetições de indébito ajuizadas após a presente data, a data do julgamento.”

Penso que a mesma diretriz deve ser aplicada em relação ao FGTS, ou seja, também neste caso é importante considerarmos a necessidade de modulação dos efeitos da decisão que estamos a adotar.

Aqui, é claro, não se trata de ações de repetição de indébito, mas, sobretudo, de reclamações trabalhistas, visando à percepção de créditos, e de execuções promovidas pela Caixa Econômica Federal.

A modulação que se propõe consiste em atribuir à presente decisão efeitos *ex nunc* (prospectivos). Dessa forma, para aqueles cujo termo inicial da prescrição ocorra após a data do presente julgamento, aplica-se, desde logo, o prazo de cinco anos. Por outro lado, para os casos em que o prazo prescricional já esteja em curso, aplica-se o que ocorrer primeiro: 30 anos, contados do termo inicial, ou 5 anos, a partir desta decisão.

Assim se, na presente data, já tenham transcorrido 27 anos do prazo prescricional, bastarão mais 3 anos para que se opere a prescrição, com

**ARE 709212 / DF**

base na jurisprudência desta Corte até então vigente. Por outro lado, se na data desta decisão tiverem decorrido 23 anos do prazo prescricional, ao caso se aplicará o novo prazo de 5 anos, a contar da data do presente julgamento.

**DISPOSITIVO**

Ante o exposto, fixo a tese, à luz da diretriz constitucional encartada no inciso XXIX do art. 7º da CF, de que o prazo prescricional aplicável à cobrança de valores não depositados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) é quinquenal.

Por conseguinte, voto no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade dos artigos 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990, na parte em que ressalvam o “privilégio do FGTS à prescrição trintenária”, haja vista violarem o disposto no art. 7º, XXIX, da Carta de 1988

Dessarte, entendo que, no caso, o princípio da segurança jurídica recomenda que seja mitigado o princípio da nulidade da lei inconstitucional, com a consequente modulação dos efeitos da presente decisão, de modo a resguardar as legítimas expectativas dos trabalhadores brasileiros, as quais se pautavam em manifestações, até então inequívocas, do Tribunal competente para dar a última palavra sobre a interpretação da Constituição e da Corte responsável pela uniformização da legislação trabalhista.

Acerca da aplicabilidade da limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade ao controle difuso, reporto-me ao voto que proferi no Recurso Extraordinário 197.917, Rel. Maurício Corrêa, DJ 7.5.2004.

Assim, com base nessas premissas e tendo em vista o disposto no art. 27 da Lei 9.868/1999, proponho que os efeitos da presente decisão sejam meramente prospectivos.

Ante o exposto, conheço do recurso, para, no mérito, negar-lhe provimento.

13/11/2014

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL**

**EXPLICAÇÃO**

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Antes de discutir a modulação, vamos discutir a tese de Sua Excelência.

O Ministro Gilmar Mendes propõe uma evolução da jurisprudência da casa, que estabelecia o prazo prescricional de trinta anos para a recuperação de valores não recolhidos ao FGTS. Sua Excelência, então, entende que, com o advento da nova Constituição, tendo em que o art. 7º, III da Carta Magna estabelece que o fundo de garantia é um direito do trabalhador, conjugando este inciso III com o inciso XXIX do mesmo art. 7º, em que se consigna que o prazo prescricional dos créditos relativos às relações de trabalho é de 5 anos, tanto para os trabalhadores urbanos como os rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, a tese que o Ministro-Relator propõe, então, é que haja uma alteração no entendimento da casa para que o prazo prescricional seja agora quinquenal.

Então, vou colher os votos com relação a essa tese.

Ministro Barroso?

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Presidente, a minha bola de cristal revelou que o Ministro Teori Zavascki tem uma posição divergente. Portanto, com o assentimento de Sua Excelência, gostaria de ouvir o voto que Sua Excelência irá manifestar.

**13/11/2014**

**PLENÁRIO**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Senhor Presidente, a bola de cristal a que o Ministro Barroso se refere diz respeito a manifestação de dúvida que eu tenho. Não é propriamente, desde logo, uma posição divergente. Tenho dúvidas e começaria por perguntar ao Ministro-Relator se Sua Excelência considera também inconstitucional o prazo de trinta anos, quando essa cobrança é feita pela...

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** - Caixa Econômica.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Pela Caixa Econômica ou pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional?

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** - Sim eu pensei até que tivesse deixado...

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Essa é a minha dúvida, porque...

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** - Até porque eles fazem em nome da verdade do trabalhador; até porque isso é um patrimônio do trabalhador.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** - Atuariam como substitutos.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** - Como substitutos. É claro que isso tem outras conotações em termos macroeconômicos, como nós sabemos muito bem, uma vez que a Caixa é gestora desse Fundo e o aloca para fins de empréstimos.

**ARE 709212 / DF**

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - A minha dúvida reside exatamente aí, porque o inciso XXIX do artigo 7º da Constituição, invocado como parâmetro para a inconstitucionalidade, diz o seguinte:

"Art. 7º .....

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais (...)"

É um prazo específico para ações promovidas por trabalhadores.

Tudo, no meu entender, começa pela definição, afinal, do que é o Fundo de Garantia. E essa é uma questão - o Ministro-Relator a colocou bem - que não tem, do ponto de vista doutrinário e mesmo jurisprudencial, um entendimento uniforme. Muito se tem debatido em doutrina e jurisprudência para buscar a resposta a tal indagação: o que é o Fundo de Garantia, afinal?

Há os que nele vislumbram um instituto de natureza tipicamente previdenciária, e assim o fazem em atenção aos casos em que o empregado se habilita a movimentar a conta: desemprego, doença, aquisição de casa própria, necessidade urgente; há os que veem nele uma relação jurídica de cunho tributário ou de contribuição social - o Supremo tinha essa posição antes da Constituição de 88 e isso em consideração à natureza cogente do recolhimento -; enfim, outros veem ali uma espécie de salário diferido ou de indenização ou de crédito, e essa perspectiva vem fundada na relação que se estabelece entre o empregado e o próprio Fundo.

Invoco aqui Amauri Mascaro Nascimento que, no seu Curso de Direito do Trabalho, faz uma síntese desse conjunto de doutrina a respeito do tema.

Qualquer que seja, no entanto, a perspectiva a partir da qual se examine o Fundo de Garantia, uma característica importante nele se identifica no meu entender: trata-se de uma instituição, portanto, completamente regada pelo Direito e da qual deflui um plexo de

**ARE 709212 / DF**

relações jurídicas distintas.

Há uma relação jurídica que se estabelece entre o empregador e o Fundo, cuja prestação é uma contribuição mensal; essa é uma relação entre o empregador e o Fundo. O empregado pode até nem vir a ter o direito à movimentar o Fundo de Garantia. Assim, num primeiro momento, essa relação não é uma relação que envolve diretamente o trabalhador. Ele pode ter uma expectativa de direito de vir a levantar o Fundo.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** - Mas isso não retira dele o direito à propriedade.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - E há uma relação que se estabelece entre o titular da conta vinculada e o Fundo. E nós temos muitas hipóteses de ações do empregado contra o Fundo.

Aliás, a própria Lei de Fundo de Garantia, no art. 29-C, dispõe: "Nas ações entre o FGTS e os titulares de contas (...), bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais, não haverá condenação em honorários (...)". Quer dizer, são relações jurídicas diferentes, onde se buscam prestações diferentes.

Do ponto de vista do Fundo de Garantia como instituição, o empregado não pode - o Ministro-Relator acabou de colocar -, o empregado não tem legitimidade para acionar diretamente o empregador, a fim de que ele promova a execução em favor do Fundo, porque o titular é o Fundo.

De modo que eu, em princípio, não vejo nessa relação entre Fundo - que, embora ele não tenha personalidade jurídica própria, ele tem personalidade processual, ele tem órgão gestor - que é a Caixa Econômica -, ele tem um órgão curador e ele tem um representante judicial - que atualmente, salvo melhor juízo, é a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que faz a inscrição etc. -, eu não vejo como, nessa relação de cobrança entre o Fundo, por seu representante, e o empregador que não recolhe, aplicar o art. 29 e o inciso XXIX. Esse inciso, como disse, trata

**ARE 709212 / DF**

estritamente das ações movidas por empregados em relação a créditos próprios.

Aí vem a pergunta - mas aqui nós estamos diante de uma hipótese em que o empregador não recolheu, e o contrato de trabalho se extinguiu -, a pergunta que eu faço é justamente esta: mudou o prazo, nesse caso, muda o prazo prescricional para a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional fazer a cobrança? Parece-me que não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite um aparte? Caberia questionar quem é o titular do direito substancial, ainda que pudéssemos cogitar de legitimação concorrente, e não cogito. Quando se diz que o Fundo fiscalizará, ele atuará em prol do titular do direito substancial, que é o empregado.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - O meu raciocínio vai por outro caminho. Eu penso que o titular natural da cobrança é o Fundo de Garantia.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Senão o sistema não fecha.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - O empregado nem sempre tem o direito de levantar. Aliás, há caso em que o empregado sequer levanta Fundo de Garantia. Ele pode perder o direito ao depósito. Ele pode nunca chegar a ter o crédito total.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não, Ministro, perder, não.

Estava conversando com a ministra Cármen Lúcia justamente sobre isso. Ela tem uma conta parada em decorrência de vínculo empregatício – professora – com a PUC de Minas Gerais. Essa perda nunca ocorre, porque há situações jurídicas que vinculam o levantamento, e se não se tem, fora daquelas situações jurídicas, como levantar o saldo,

**ARE 709212 / DF**

evidentemente não corre prescrição para esse levantamento no momento propício.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - O que acontece se o empregado é despedido com justa causa? Ele não perde o direito?

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Teria que conferir, porque já estou fora da Justiça do Trabalho há vinte e quatro anos. Não tenho lidado com a matéria legal. Teria que conferir na lei o que ocorre em se tratando de despedimento com justa causa.

Mas, a partir do momento em que se faz opção pelo FGTS, há abertura de conta vinculada, cujos depósitos são da titularidade do empregado. Atrevo-me a dizer que mesmo a justa causa não afasta o direito a esses depósitos, isso presumindo o que normalmente acontece, ou seja, o bom senso que norteia o Direito.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Então, Vossa Excelência admite que o empregado pode, em qualquer situação, cobrar do empregador a falta do depósito, mesmo na constância da relação de emprego?

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Sim, porque essa obrigatoriedade ocorre mês a mês.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** - Isso está no meu voto.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Pois é.

Essa é a observação que eu gostaria de fazer, se o Ministro Teori me permitir. Eu gostaria de destacar o seguinte: há Fundo de Garantia sem existência de relação de trabalho? Não há. E o que estabelece a Constituição?

**ARE 709212 / DF**

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Também não há Contribuição Previdenciária dos empregados.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - "As ações quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho". Então, o crédito do Fundo de Garantia é resultante de relação de trabalho. Isso é uma coisa.

O segundo aspecto que eu observaria, tal como se colocou a questão ontem: do que é que se trata **in casu** inicial? Ação trabalhista. Na ação trabalhista, a parte pede, dentre outras verbas, a parte relativa ao FGTS que foi descontado e não foi repassado. E aí a Justiça Trabalhista condena nessa verba. E há hoje um regramento maior que estabelece inclusive uma multa de 10% sobre o montante do Fundo de Garantia nas despedidas sem justa causa.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – E já tenho a resposta: a justa causa não implica a perda dos depósitos realizados; implica, sim, a perda do acréscimo de 40% a que se soma o percentual de 10% para efeito...

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - O Ministro Fux está trazendo uma ponderação semelhante à que foi feita ontem: nós estamos adstritos a um caso concreto, que é o caso de uma relação trabalhista, há uma ação que foi promovida na Justiça do Trabalho, e cinge-se aqui saber se o prazo prescricional nesta situação é de trinta anos ou de cinco anos.

Ministro Teori, louvando a argumentação de Vossa Excelência, eu acho que aqui nós não estamos cogitando, neste momento, pelo menos, de uma ação da Fazenda, ou do Fundo de Garantia, ou de quem quer que o represente, contra o empregador que deveria ter depositado - e não o fez - os valores corretos do Fundo de Garantia.

Então, a situação é essa. Acho que podemos devolver a palavra ao Ministro Barroso.

**ARE 709212 / DF**

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Presidente, eu quero terminar.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Perdão.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - O que nós temos no caso? Nós estamos no caso diante de uma cobrança de contribuição que devia ter sido feita pelo empregador, na época, ao Fundo de Garantia. O Fundo de Garantia continua legitimado a cobrar; o Fundo de Garantia continua tendo em seu favor o prazo de trinta anos para cobrar. O que o relator afirma, implicitamente pelo menos, é que, quando essa cobrança é feita por um substituto processual do Fundo de Garantia, que é o empregado, esse prazo não é trinta, mas de dois anos. É isso que se está dizendo.

Enfim, eu dou uma interpretação ao inciso XXIX do artigo 7º da Constituição no sentido de que se aplica às ações em que os empregados estão reclamando verbas diretamente decorrentes do contrato de trabalho em seu favor, devidos pelo empregador.

No caso de Fundo de Garantia, há uma relação intermediária. Aliás, há duas relações jurídicas completamente distintas, no meu entender: a relação que se estabelece entre o Fundo e o empregador, cuja natureza não é de salário, nem é de verba trabalhista devida diretamente ao empregado. O Fundo de Garantia não pode ser credor trabalhista, ele não é empregado. E há a relação entre o empregado e o Fundo. Nessa relação, nessa ação entre o empregado e o Fundo poder-se-ia até cogitar do inciso XXIX, mas não na relação jurídica que se põe quanto à execução de uma contribuição ao Fundo. Se não for assim, teremos prazos prescricionais diferentes para a mesma pretensão.

Por isso, pediria vênias para manter a jurisprudência tradicional do Supremo, que sempre referendou o prazo trintenário nessas circunstâncias.

É o voto.

13/11/2014

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL**

**VOTO:**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO**

1. Trata-se de agravo convertido em recurso extraordinário, no qual se questiona a constitucionalidade de prazo prescricional trintenário para a cobrança de valores inadimplidos referentemente ao FGTS, previsto no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.038/1990 e no art. 55 do Decreto nº 99.684/1990, à luz do art. 7º, III e XXIX, da Constituição.

2. O acórdão recorrido, do Tribunal Superior do Trabalho, reconheceu a validade do prazo trintenário, aplicando a Súmula 362/TST.

**3. Passo à fundamentação do voto.**

4. A exemplo do eminente relator, também entendo não existir mais dúvida quanto à natureza trabalhista – e não tributária ou previdenciária – do direito ao FGTS, por força do art. 7º, III, da Constituição. Assim, é consequência natural a aplicação do prazo de prescrição quinquenal previsto no art. 7º, XXIX, da CRFB/1988.

5. Por outro lado, o caput do art. 7º da Constituição prevê um rol meramente exemplificativo, ao dispor que “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)”. Desta forma, a lei pode, em tese, ampliar o espectro de direitos previstos no art. 7º da Constituição, de forma a melhorar a situação jurídica do trabalhador. Nessa linha, não é fora de propósito imaginar que a lei poderia, em benefício do trabalhador, ampliar o prazo prescricional previsto no inciso XXIX do art. 7º da Constituição.

6. No entanto, o prazo de trinta anos parece excessivo e

**ARE 709212 / DF**

desarrazoado, o que compromete o princípio da segurança jurídica. Para demonstrá-lo, basta constatar que tal lapso corresponde ao dobro do maior prazo de usucapião (CC, art. 1.238) e ao triplo do maior prazo prescricional hoje previsto na lei civil (CC, art. 205), bem como na legislação previdenciária (Lei nº 8.213/1991, arts. 103 e 103-A). Ademais, o prazo prescricional trintenário para o FGTS equivale a seis vezes o prazo geral aplicável no direito administrativo (Decreto nº 20.910/1932, art. 1º; Lei nº 9.784/1999, art. 54) e no direito tributário (CTN, arts. 173 e 174). Por fim, trinta anos é o prazo máximo para privação de liberdade no direito penal brasileiro (CP, art. 75), em razão da vedação constitucional às sanções de caráter perpétuo (CF, art. 5º, XLVII, *b*). Nem mesmo crimes graves, com pena privativa de liberdade superior a 12 anos, têm um prazo prescricional tão exagerado: o maior lapso do Código Penal é de 20 anos (art. 109, I), podendo ser aumentado de um terço se o condenado for reincidente (art. 110).

7. A previsão de um prazo tão dilatado eterniza pretensões no tempo e estimula a litigiosidade – problema que já se tornou crônico no Brasil –, em prejuízo da necessária estabilização das relações jurídicas. Nenhuma dívida pecuniária deveria poder ser cobrada judicialmente trinta anos depois de seu inadimplemento.

8. Reconhecida a inconstitucionalidade do prazo trintenário, incide a disciplina prevista no art. 7º, XXIX, da Constituição. No entanto, como bem observou o eminente relator, a jurisprudência vigente respalda o lapso prescricional de trinta anos para o FGTS. Desse modo, a mudança de entendimento ora defendida deve levar em conta essa realidade, a fim de não frustrar expectativas e em observância à mesma segurança jurídica que fundamenta o presente voto.

9. Diante do exposto, manifesto-me no sentido de acompanhar o relator, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.038/1990 e do art. 55 do Decreto nº 99.684/1990, modulando,

**ARE 709212 / DF**

porém, os efeitos da pronúncia de nulidade, que somente deve valer para as ações a serem propostas a partir da data do presente julgamento. Assim, como a ação em curso é anterior, **nego provimento ao recurso.**

**10. É como voto.**

13/11/2014

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL**

**ADITAMENTO AO VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Eu cheguei a cogitar, Presidente, só para compartilhar a reflexão, de, em lugar de aplicar diretamente o prazo quinquenal, aplicar o maior prazo, que seria o prazo de dez anos previsto no Código Civil. Mas, depois de uma nova reflexão, eu acho que é melhor aplicar o prazo de cinco anos previsto na Constituição, deixando expressa a minha posição de que, se o legislador entender que esse prazo protege deficientemente o empregado, ele pode alargá-lo, porém, não para trinta anos, porque esse prazo nós estamos considerando um prazo que vulnera a segurança jurídica.

É como voto, Presidente.

\*\*\*\*\*

13/11/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL

**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, não acompanharei o eminente Relator, com todo respeito, nem quanto à questão de fundo. Sigo a divergência aberta pelo Ministro Teori. Se vencida nessa tese, então, por óbvio, acompanharei a modulação proposta pelo Ministro Gilmar.

Ainda que brevemente, gostaria de fundamentar meu voto, Senhor Presidente. Penso que nada impede a esta Corte constitucional, como guardiã da Constituição, de revisitar os diferentes temas e institutos, bem como de entender por alterar a sua jurisprudência. Poderá evoluir e, com todo respeito, involuir. Alguns temas revestem-se de tamanha delicadeza que estão até protegidos pelo próprio princípio que veda o retrocesso.

Para que nós concluamos no sentido da procedência da tese endossada e proposta pelo eminente Relator, com todo respeito, temos que necessariamente declarar a inconstitucionalidade do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/1990. Na verdade, a construção feita pelo Tribunal Superior do Trabalho foi respaldada na jurisprudência assente desta Corte há algumas décadas. O voto do eminente Relator é primoroso a respeito, a demonstrar toda a evolução da jurisprudência. Eximo-me aqui de trazer inúmeras manifestações, diversos acórdãos ao longo dos anos, dos mais diferentes relatores, todos a afirmar a prescrição trintenária, no caso, do Fundo de Garantia.

Neste aspecto, eu destaco, nós possuímos uma Constituição Federal que, no seu art. 7º – o eminente Ministro Luís Roberto acabou de fazer a leitura –, afirma com todas as letras:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:”

Não se trata de rol taxativo, de forma alguma, porque estão previstos direitos “além de outros” direitos. Todos nós sabemos, o direito

**ARE 709212 / DF**

do trabalho é informado por um princípio básico, o da proteção do trabalhador, que objetiva, pura e simplesmente, restabelecer o equilíbrio dos “pratos da balança”, para recorrer a imagem que costumamos usar na Justiça do Trabalho, tamanha a disparidade existente entre os sujeitos da relação de emprego. Então, diz-se: a lei compensa a inferioridade econômica do trabalhador com uma superioridade jurídica, a reequilibrar os “pratos da balança”. O princípio da proteção – o grande informador do direito do trabalho – possui, como uma de suas derivações, o princípio da norma mais favorável. Isso implica que, com relação à hierarquia das fontes formais no direito do trabalho, se diga que há uma inversão automática de tal maneira que o vértice da pirâmide trabalhista seja sempre ocupado pela norma mais favorável ao trabalhador. Com todo o respeito a quem compreende de forma diversa, nada impede que a Constituição tenha fixado prazo prescricional determinado – e o fez no art. 7º, XXIX – e que, em função de normas coletivas ou de normas outras, uma legislação infraconstitucional – como a Lei nº 8.036/1990 – expressamente assegure a prescrição trintenária para o Fundo de Garantia, por aplicação analógica e subsidiária, autorizada expressamente pelo art. 8º, parágrafo único, da CLT:

“Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

Nada impede, ênfase, que contratualmente, ou por negociação coletiva, ou ainda por legislação infraconstitucional, outros direitos sejam acrescidos.

Nessa ótica, Senhor Presidente, com todo respeito, tenho enorme dificuldade em acatar tese que veja inconstitucionalidade no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/1990 - que nada tem a ver com a pretensão exercida pelo trabalhador em juízo -, para, utilizado como parâmetro o art. 7º, XXIX, da CF, concluir pela sua inconstitucionalidade. Para mim, não há como chegar a essa conclusão.

A construção feita – e então eu também, com todo respeito, divirjo

**ARE 709212 / DF**

do Ministro Gilmar – no Enunciado nº 362 do Tribunal Superior do Trabalho justamente respeita os dois anos da extinção do contrato de trabalho. O que diz o inciso XXIX do art. 7º da Constituição?

“XXIX – Ação [considerada aqui como um direito trabalhista], quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”.

Até tenho dificuldade com esse dispositivo, pois considerar tecnicamente a prescrição um direito é difícil. Todavia é o texto da Carta Magna. Então, a preocupação do eminente Ministro Luís Roberto também não existe, porque só se pode reclamar até dois anos depois de extinto o contrato de trabalho. Extinto o contrato de trabalho, passados dois anos, as pretensões acaso exercidas esbarrarão na prescrição. E se no curso do contrato de trabalho, ou ainda no curso desses dois anos que se sucedem à extinção do contrato de trabalho, o trabalhador reclamar os depósitos do Fundo de Garantia, há uma distinção quanto ao limite prescricional. Segundo a jurisprudência sumulada da Corte trabalhista, necessário distinguir os depósitos postulados. Não aplica a prescrição trintenária para todo e qualquer depósito pedido, mas somente quanto aos depósitos incidentes sobre aquilo que foi pago com natureza remuneratória pelo empregador no curso do contrato de trabalho. Por isso é que se faz essa distinção. Não poderia o Tribunal Superior do Trabalho desconsiderar o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, mas entendeu possível sim, à luz de norma mais benéfica, reconhecer o prazo prescricional de trinta anos, exclusivamente – repito – quanto àqueles depósitos que deveriam ter sido efetuados sobre as verbas remuneratórias pagas.

Com relação às verbas remuneratórias não pagas, objeto de disputa judicial e de controvérsia, pleiteadas em juízo pelo empregado, quinquenal o prazo, até dois anos após a extinção do contrato de trabalho. Assim, exemplifico, quanto aos depósitos incidentes sobre

**ARE 709212 / DF**

horas extras pleiteadas, a prescrição é de cinco anos, hipótese em que os depósitos do Fundo atuam como o acessório e nessa medida seguem a sorte do principal. Se pronunciada a prescrição quinquenal quanto às horas extras trabalhadas, com o deferimento do pagamento das horas extras relativas apenas aos últimos cinco anos, os depósitos do FGTS deferidos serão apenas também os dos últimos cinco anos. Essas as distinções.

O Fundo de Garantia, com todo respeito, não é apenas um direito trabalhista. De fato, existe muita controvérsia na doutrina. Sérgio Pinto Martins é magistrado do trabalho, paulista, e, a meu ver, uma voz quase isolada no ponto de vista aqui destacado. Não lembro de um doutrinador que afirme a condição exclusiva de direito trabalhista do Fundo de Garantia, inclusive devido, por exemplo, sobre os ganhos de diretores não empregados. A legislação é expressa a respeito. Leio o art. 7º do Regulamento do FGTS.

“Art. 7º O direito ao FGTS se estende aos diretores não empregados de empresas públicas e sociedades controladas direta ou indiretamente pela União.”

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** - Mas isso é só porque é um outro vínculo. É um contrato que não é CLT e, na posse, permitiu o FGTS.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** – Sim, Isso.

O próprio Fundo de Garantia – o Ministro Teori destacou – não se resume aos depósitos, sequer como previsto na origem, quando havia a necessidade da opção do trabalhador. Agora não há mais a necessidade, desde a Constituição de 1988, automaticamente, estão todos vinculados. Preveem-se inúmeros outros recursos – leio o art. 59, parágrafo único, do Regulamento do FGTS:

“Art. 59. O FGTS é constituído pelos saldos das contas vinculadas e outros recursos a ele incorporados.

Parágrafo único. Constituem recursos incorporados ao

**ARE 709212 / DF**

FGTS:

- a) eventuais saldos apurados nos termos do art. 68;
- b) dotações orçamentárias específicas;
- c) resultados de aplicações;
- d) multas, correção monetária e juros moratórios auferidos; e
- e) outras receitas patrimoniais e financeiras.”

Então, com todo respeito, no que tange pelo menos a esse conjunto de depósitos, ele constitui-se em fundo social de aplicação variada, não se limita a direito trabalhista, tem natureza híbrida.

Quanto à Constituição Federal, quando eu falo em involução, veja bem, Senhor Presidente, qual seria a garantia primeira do trabalhador no Brasil?

“I – Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;”

Até hoje não veio tal lei complementar. Continua a vigorar o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, cujo art. 10 afirma que, enquanto não vier a lei complementar, no caso de despedida sem justa causa, o adicional de 10% passa a 40%. E então se asseguram duas modalidades de garantia precária, a da gestante e a do dirigente da Cipa.

Senhor Presidente, se, por uma alteração de jurisprudência, mediante declaração de inconstitucionalidade, o STF proclamar a invalidade constitucional de dispositivo que não se dirige ao trabalhador – ele é aplicado por construção jurisprudencial a partir de analogia –, estaremos a restringir um direito que há décadas foi proclamado, se é que se pode falar de direito à prescrição, repito. Restringir-se-ia prazo prescricional mais benéfico. A rigor, não me impressionam os trinta anos.

Com todo respeito, Senhor Presidente, tenho voto escrito, não é o caso de lê-lo, sei que há muitos processos em pauta. Lembro, todavia, o magistério doutrinário do Ministro Maurício Godinho Delgado, hoje, a

**ARE 709212 / DF**

meu juízo, o maior doutrinador trabalhista vivo, no sentido, justamente, da harmonia do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036 com o art. 7º, XXIX, da Constituição, com amparo no art. 8º, parágrafo único, da CLT e em toda essa construção que acabo de lembrar.

Nessa linha, respeitosamente, nego provimento ao recurso, Senhor Presidente.

13/11/2014

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL**

**VOTO**

**A Senhora Ministra Rosa Weber:** O tema me é muito caro.

A Constituição da República, no art. 1º, consagra como fundamentos da República Federativa do Brasil a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, no art. 6º, eleva o direito ao trabalho a direito social, e, no caput do art. 7º, é clara ao estabelecer que os direitos dos trabalhadores não se resumem aos elencados no dispositivo, dentre os quais - considerada a discussão no presente feito - destaco os incisos III e XXIX:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

(...)

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”.

Trata-se, aqui, da constitucionalização do princípio protetivo - linha mestre do Direito do Trabalho-, na faceta da regra da norma mais favorável, a estabelecer patamar mínimo de direitos na Carta Política, podendo livremente ser acrescido de “outros que visem à melhoria de sua condição social” - como é o caso do direito de ação submetido a prazo prescricional trintenário, insculpido no art. 23, § 5º, da Lei 8.036 /90:

Art. 23. Competirá ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social a verificação, em nome da Caixa Econômica Federal, do cumprimento do disposto nesta lei, especialmente quanto à apuração dos débitos e das infrações praticadas pelos empregadores ou tomadores de serviço, notificando-os para

**ARE 709212 / DF**

efetuarem e comprovarem os depósitos correspondentes e cumprirem as demais determinações legais, podendo, para tanto, contar com o concurso de outros órgãos do Governo Federal, na forma que vier a ser regulamentada.

(...)

§ 5º O processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas reger-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária.

(...)

Art. 25. Poderá o próprio trabalhador, seus dependentes e sucessores, ou ainda o Sindicato a que estiver vinculado, acionar diretamente a empresa por intermédio da Justiça do Trabalho, para compeli-la a efetuar o depósito das importâncias devidas nos termos desta lei”.

O caput do art. 7º da Carta Política prestigia o princípio protetivo ao acolher, com status constitucional, a regra da norma mais favorável, específica do Direito do Trabalho, a qual conduz à aplicação da fonte mais benéfica ao empregado, independentemente de sua hierarquia, consoante recorda Carmem Camino - Juíza do Trabalho aposentada, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e de outras tantas universidades gaúchas, minha amiga de longa data:

“A regra geral segundo a qual, em situação de conflito, a hierarquia das fontes é obedecida — a ordem jurídica de âmbito maior afasta a de âmbito menor — consagra critério estático, mas não inflexível porque a regulação estatal, inclusive a de ordem constitucional, consagra *direitos mínimos*, que poderão ser ampliados nas fontes formais de hierarquia inferior.

A ordem hierárquica não é, portanto, absoluta, mas relativa.

Como bem ensina Martins Catharino, no campo do direito do trabalho, a relatividade da hierarquia das fontes decorre do *favor iuris* de que se beneficiam os destinatários da proteção jurídica para compensar sua inferioridade econômica. Tanto assim, que a Constituição, em seu art. 7º, deixa clara a

**ARE 709212 / DF**

possibilidade de criação de ‘outros direitos’, expressão da progressividade dos direitos sociais. No mesmo tom, agora no nível da lei, a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 444, consagra a mais ampla possibilidade de livre estipulação das condições de trabalho, a partir de um conteúdo mínimo de tutela estatal e normativa.

Rememorando a lição de Octávio Bueno Magano, ‘o critério da norma mínima significa que a hierarquicamente superior não pode ser substituída pela inferior em prejuízo do trabalhador; o da norma mais favorável, quer dizer prevalência da norma mais favorável, independentemente de sua hierarquia’” (CAMINO, Carmen, Direito Individual do trabalho, 4. Ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 120-1).

Na mesma linha, ao tratar da regra da norma mais favorável, Plá Rodriguez, com apoio na lição de Russomano e de Alonso Garcia, destaca:

“Diz Russomano que ela opera como o princípio solar do Direito do Trabalho contemporâneo, capaz de pôr em movimento toda a imensa estrutura social. Veremos que, enquanto inverte a hierarquia das normas empregadas até agora, tem enorme transcendência prática, que faz recordar aquela que, na concepção do firmamento, teve em sua época a revolução copérnica.

(...)

Alonso Garcia distingue dois sentidos: um impróprio e outro próprio. O sentido impróprio nasce não da existência de várias normas aplicáveis a uma única relação, mas da existência de uma só norma aplicável, embora suscetível de vários significados. Trata-se de saber qual desses significados deve ser aplicado. Na realidade, neste sentido se confunde com a regra anterior: *in dubio, pro operario*. O sentido próprio, por outro lado, surge quando existem várias normas aplicáveis a uma mesma situação jurídica. Esta regra só surge verdadeiramente nesta última situação.

**ARE 709212 / DF**

(...)

Contudo, é justamente a aplicação do próprio princípio da norma mais favorável que torna questionável o pressuposto e que outorga ao Direito do Trabalho, sob este aspecto, caráter peculiar” (PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993, p. 53)

“O princípio da norma mais favorável é representativo, dir-se-ia, da própria *ontologia do Direito do Trabalho*, sua razão de ser, sua gênese, e, também, da axiologia dos valores trabalhistas, enquanto sistema imposto pelo Estado, razão pela qual jamais o sistema jurídico trabalhista pode se espelhar em modelos kelsenianos, mas, sim, em modelos dinâmicos, autopoieticos, em que, a todo instante, a aplicação da norma mais favorável transita, livremente, desde a leitura do direito positivo, do ordenamento jurídico positivo, até as cadeias de metalinguagem das regras de calibração” (Kaufmann, Marcus de Oliveira. *A prescrição do FGTS: a Súmula 362 do TST, o problema das antinomias jurídicas e a consistência do sistema* *In: Revista de direito do trabalho*, v. 34, n. 132, p. 96-123, out./dez. 2008).

Para Ingo Wolfgang Sarlet, no direito constitucional brasileiro, todos os direitos, expressa ou implicitamente positivados, insculpidos no Título II da Constituição da República (dos direitos e garantias fundamentais) ou em qualquer outra parte do texto magno, são direitos fundamentais:

“Sem que se pretenda aqui arrolar as diversas objeções encontradas no seio da doutrina, é preciso, desde logo, afastar qualquer leitura reducionista, designadamente naquilo em que - equivocadamente - se afirma que, ao advogar a condição de fundamentais de todos os direitos assim designados expressamente pelo Constituinte, se está, ao fim e ao cabo, a sustentar uma concepção estritamente formal de direitos fundamentais'. Em primeiro lugar, afirmar que são fundamentais todos os direitos como tais (como direitos fundamentais!) expressamente consagrados na Constituição

**ARE 709212 / DF**

não significa que não haja outros direitos fundamentais, até mesmo pelo fato de que se deve levar a sério a já referida cláusula de abertura contida no art. 5º, § 2º, da CF (e, para os direitos dos trabalhadores, a cláusula especial do art. 7º, *caput*, da CF), estabelecendo que, além dos direitos expressamente consagrados na Constituição, existem outros decorrentes do regime e dos princípios, além dos direitos tipificados nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

A sustentação da fundamentalidade de todos os direitos assim designados no texto constitucional (que alcança todo o Título II- Dos Direitos e Garantias Fundamentais- da CF, e, portanto, os direitos sociais do art. 6º e os assim designados direitos dos trabalhadores'), por sua vez, implica reconhecer pelo menos a presunção em favor da fundamentalidade também material desses direitos e garantias, ainda que se possam colacionar, a depender da orientação ideológica ou concepção filosófica professada, boas razões para questionar tal condição, consoante, aliás, costuma ocorrer no caso de pelo menos parte dos direitos dos trabalhadores, como, em caráter meramente ilustrativo, demonstram os exemplos do FGTS, do aviso prévio proporcional, do terço sobre as férias, do décimo terceiro salário, entre outros, onde a falta de conexão evidente com a dignidade da pessoa humana (pelo menos no sentido de que se trata de exigências cogentes e universalizáveis de tal dignidade) e com o assim designado mínimo existencial acaba municiando a tese de que não se cuida de direitos "verdadeiramente" fundamentais (no sentido material). Também a circunstância de que parte dos direitos dos trabalhadores arrolados dentre os direitos fundamentais pela CF não encontra acolhida na maioria dos textos constitucionais contemporâneos, alguns sequer tendo sido consagrados no plano do direito internacional dos direitos humanos (incluindo-se aqui as Convenções da OIT), pode servir de argumento para os que refutam a condição de fundamentais e determinados direitos dos trabalhadores na CF. De todo modo, tais linhas de argumentação, que aqui não temos como aprofundar, não

**ARE 709212 / DF**

convencem e não poderão prevalecer, pelo menos não no atual quadro do direito constitucional positivo vigente no Brasil.

Com efeito, mesmo para os direitos do Título II (que, reitere-se, não excluem outros, tanto fundamentais em sentido formal e material quanto fundamentais em sentido apenas material) a posição adotada não está dissociada de critérios de ordem material, já que sem dúvida se cuida de posições que independentemente de outras razões que possam justificar a fundamentalidade no plano material e axiológico - já de partida receberam, por ocasião do "pacto constitucional fundante", a proteção reforçada (aspecto que será desenvolvido no capítulo relativo ao regime jurídico-constitucional) peculiar dos direitos fundamentais pela relevância de tais bens jurídicos na perspectiva dos "pais" da Constituição- o que, aliás, aponta para uma legitimação democrática, procedimental e deliberativa, mas também substancial! -,decisão esta que não pode pura e simplesmente ser desconsiderada pelos que (na condição de poderes constituídos!) devem, por estarem diretamente vinculados ao pacto constituinte naquilo em que expressamente enuncia direitos como fundamentais, assegurar a tais direitos fundamentais a sua máxima eficácia e efetividade" ("Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber"/ coordenadores: Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Ana de Oliveira Frazão; Aldacy Rachid Coutinho ... [et al.]. – São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 24-6).

Inserido no rol de direitos trabalhistas do art. 7º, o FGTS, na sua gênese, foi destinado a substituir ou compensar, gradativamente, a chamada estabilidade decenal, conquistada pelos empregados por força do art. 492 e seguintes da CLT. Após a Constituição de 1988, o FGTS deixou de ser opcional e passou a ser a regra.

“O FGTS corresponde a créditos do trabalhador, que se acumulam mediante depósitos mensais em conta vinculada, enquanto a indenização de antigüidade, agora denominada de

**ARE 709212 / DF**

compensatória, se esteia na responsabilidade objetiva do empregador por denunciar o contrato de trabalho arbitrariamente ou sem justa causa.

Os depósitos do Fundo, a cargo do empregador, em conta vinculada do empregado, correspondem a 8% da remuneração a este paga ou devida no mês anterior (art. 15 da Lei 8.036, de 1990).

Preceitua o art. 10, n. I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que, até que vigore a lei complementar aludida no inciso I do art. 7<sup>º</sup> da Lei Fundamental, a indenização compensatória de que cogita esse inciso corresponderá a 40% do total dos depósitos acumulados e capitalizados do FGTS 1 atinentes à conta nominal vinculada do empregado e dos que não chegaram a ser efetuados pelo empregador ou se tornaram devidos com a despedida. Esclareça-se que só os empregados optantes pelo regime do FGTS possuíam essa conta individualizada; mas, agora, com a promulgação da nova Constituição, *todos os empregados serão alcançados pelo regime do Fundo, independentemente de opção*” (Süssekind, Arnaldo. Direito constitucional do trabalho .4.ed. (ampl. e atual.), Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 160-2).

Não se desconhece a polêmica discussão na doutrina acerca da natureza jurídica do FGTS. Contudo, sabe-se que, na prática, desempenha relevante papel social – de forma individual e coletiva. Nas palavras de João de Lima Teixeira Filho:

*“Individualmente, o FGTS é um crédito trabalhista, resultante de poupança forçada do trabalhador, concebido para socorrê-lo em situações excepcionais durante a vigência do vínculo de emprego ou na cessação deste, de forma instantânea ou em circunstância futura, conforme a causa determinante da cessação contratual.*

*Coletivamente, a aplicação dos recursos do FGTS para financiar a construção de habitações populares, obras de*

**ARE 709212 / DF**

saneamento básico e de infraestrutura urbana, imprime significação a esses fundos privados, dos trabalhadores - os economistas governamentais renitem no erro crasso de tratá-los como recursos do Estado. Essa aplicação vinculada, em conjugação harmônica com uma política pública de emprego, contribui decisivamente para a alavancagem do nível de emprego. A construção civil é um setor de mão de obra intensiva, mão de obra *não qualificada*, exatamente a que necessita de maiores atenções, numa época em que a qualificação profissional é requisito básico para acesso a um bem cada vez mais escasso: o emprego.

Por isso, o descumprimento da obrigação de recolher os depósitos para o FGTS não pode ser encarado apenas como uma transgressão a direito individual do trabalhador- por si só, suficientemente grave. Essa conduta sonegadora também frustra, abstratamente, a expectativa de todo aquele que busca uma ocupação” (Instituições de direito do trabalho, volume I / Arnaldo Süssekind ... [et al].- 21. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho.- São Paulo: LTr, 2003, p. 654).

Esta Corte, antes mesmo da Lei 8.036/90, já reconhecia a natureza social do FGTS, a afastar a prescrição quinquenal, consoante assentado no julgamento do RE 100.249-2, de relatoria do Ministro Oscar Corrêa e que teve como redator o Ministro Néri da Silveira. Eis a ementa de aludido julgado:

“Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Sua natureza jurídica. Constituição, art. 165, XIII. Lei 5.107, de 13.9.1966. As contribuições para o FGTS não se caracterizam como crédito tributário ou contribuições a tributo comparáveis. Sua sede está no art. 165, XIII, da Constituição. Assegura-se ao trabalhador estabilidade, ou fundo de garantia equivalente. Dessa garantia, de índole social, promana, assim, a exigibilidade pelo trabalhador do pagamento do FGTS, quando despedido, na forma prevista em lei. Cuida-se de um direito do trabalhador.

**ARE 709212 / DF**

Dá-lhe o Estado garantia desse pagamento. A contribuição pelo empregador, no caso, deflui do fato de ser ele o sujeito passivo da obrigação, de natureza trabalhista e social, que encontra, na regra constitucional aludida, sua fonte. A atuação do Estado, ou de órgão da Administração Pública, em prol do recolhimento da contribuição do FGTS, não implica torná-lo titular de direito à contribuição, mas, apenas, decorre do cumprimento, pelo Poder Público, de obrigação de fiscalizar e tutelar a garantia assegurada ao empregado optante pelo FGTS. Não exige o Estado, quando aciona o empregador, valores a serem recolhidos ao Erário, como receita pública. Não há, aí, contribuição de natureza fiscal ou parafiscal. Os depósitos de FGTS pressupõem vínculo jurídico, com disciplina de Direito do Trabalho. Não se aplica às contribuições do FGTS o disposto nos arts. 173 e 174, do CTN. Recurso extraordinário conhecido, por ofensa ao art. 165, XIII, da Constituição, e provido, para afastar a prescrição quinquenal da ação” (DJ 01.7.1988).

Na mesma assentada, este Supremo Tribunal sedimentou entendimento acerca do prazo prescricional trintenário para a pretensão de cobrança de tais depósitos, “tendo por aplicável à espécie o prazo trintenário resultante da conjugação do art. 20 da Lei nº 5.107/66 com o art. 144 da LOPS”, considerados os fundamentos que extraio do voto do eminente Ministro Néri da Silveira:

“Assegura-se ao trabalhador estabilidade , ou fundo de garantia equivalente. Dessa garantia promana, assim, a exigibilidade pelo trabalhador do pagamento do FGTS, quando despedido. Cuida-se de um direito do trabalhador. Dá-lhe o Estado garantia desse pagamento. (...) É garantia de índole social do trabalhador, assim inscrita no art. 165, XIII, da Lei Maior. Ao Estado cumpre fazê-la respeitada e cumprida por quem obrigado a satisfazê-lo; no caso, o empregador.

(...)

O Estado intervém para assegurar o cumprimento da obrigação por parte da empresa em proteção ao direito do

**ARE 709212 / DF**

trabalhador. Não se cuida aí de crédito tributário, nem previdenciário, este a semelhança das contribuições para atender aos encargos previstos no art. 165, XVI, da Constituição. No caso, se se quisesse encurtar o prazo para exigir o recolhimento das contribuições para o FGT, o que, em realidade, se estaria atingindo era o direito do trabalhador, cujo depósito de que titular, assim, resultaria desfalcado”.

Após o advento da Constituição de 1988, essa compreensão continuou sendo reiterada nesta Casa:

“FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO. PRESCRIÇÃO. PRAZO TRINTENÁRIO. LEI ORGÂNICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, ART. 144.

A natureza da contribuição devida ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço foi definida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 100249 - RTJ 136/681. Nesse julgamento foi ressaltado seu fim estritamente social de proteção ao trabalhador, aplicando-se-lhe, quanto à prescrição, o prazo trintenário resultante do art. 144 da Lei Orgânica da Previdência Social.

Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE 134.328, rel. min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 19.02.1993).

“Contribuições para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Prescrição. - Esta Corte, ao julgar, por seu Plenário, o RE 100.249, firmou o entendimento, em face da Emenda Constitucional n. 1/69, de que as contribuições para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço não se caracterizam como créditos tributários ou contribuições equiparáveis a tributos, razão por que não se lhes aplica a prescrição quinquenal prevista no Código Tributário Nacional.

Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE 116.761-1, Rel. Min. Moreira Alves, Segunda Turma, DJU 02.4.93).

“CONSTITUCIONAL E TRABALHISTA. EMBARGOS DE

**ARE 709212 / DF**

DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. FGTS. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA. PRECEDENTES. Esta Corte firmou orientação no sentido de ser trintenário o prazo prescricional do FGTS. Precedentes. Embargos de declaração acolhidos tão-somente para prestar esclarecimentos, sem, contudo, alterar o julgado” (AI 782236 AgR-ED/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, Dje 08.02.2011).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. FGTS. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA. É assente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a prescrição para a propositura de ação relativa a FGTS é de trinta anos (art. 7º, XXIX, a, da Constituição, na redação anterior à Emenda Constitucional 28/2000). Precedentes. Agravo a que se nega provimento (AI 357580 ED/GO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 03.02.2006).

No mesmo sentido, as decisões monocráticas exaradas no AI 581006 – de relatoria do eminente Ministro Cezar Peluzo – e no RE 571994 – de relatoria do Ministro Ayres Britto.

Esse também é o posicionamento firme da Justiça do Trabalho, sedimentado na Súmula 362 do TST, *verbis*:

“FGTS. PRESCRIÇÃO (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho”.

Nesse contexto, entendo que o tema deve ser pautado também pelo princípio da proibição do retrocesso – princípio minuciosamente retratado em precedente da Segunda Turma desta Casa, em feito de relatoria do eminente Ministro Celso de Mello:

**ARE 709212 / DF**

“A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados” (ARE 639337/SP, Dje 15.9.2011).

Ora, o prazo prescricional de trinta anos tem assegurado maior respeito e efetividade ao FGTS.

Em relação aos demais direitos constitucionalmente previstos, a prescrição – instituto idealizado para proteger o bom pagador, para apaziguar as relações jurídicas- surge para legitimar o inadimplemento por parte do empregador. À exceção dos empregados públicos, são raros (ou inexistentes) os trabalhadores que buscam o Judiciário no curso do contrato de trabalho para a reivindicação de seus direitos.

Costumamos dizer que a Justiça do Trabalho é a Justiça dos desempregados, pois, apenas após a extinção do vínculo, o trabalhador se sente desimpedido para reivindicar seus direitos.

Lamentavelmente, com o término do vínculo laboral, o empregado somente poderá lutar pelas parcelas do último quinquênio – contado da

**ARE 709212 / DF**

propositura da demanda. Assim, se, após a extinção contratual, o ajuizamento da demanda demorar a) um ano, em tese, no máximo, apenas os direitos dos últimos quatro anos de emprego lhe serão alcançados, b) mais de dois anos, nada mais conseguirá obter em relação ao contrato extinto.

Saliento que o prazo prescricional bienal – após a ruptura do vínculo – tem sido aplicado, na Justiça do Trabalho, também para os depósitos do FGTS, consoante diretriz sedimentada na já referida Súmula 362/TST. Registro, aqui, os protestos por parte de abalizada doutrina trabalhista – que sustenta apenas a aplicação do prazo trintenário, considerado, inclusive, o posicionamento insculpido na Súmula 210 do STJ - “A ação de cobrança das contribuições para o FGTS prescreve em trinta (30) anos” :

“Notório que o governo federal não tem possibilidade de exercer a fiscalização que a L. 8.036/90 lhe impôs no art. 23 e ao levantamento de débitos inadimplidos. Disso resulta que existem milhares de empresas (particulares e públicas) que não depositam a contribuição, à espera, justamente, da prescrição. E muitas delas com sucesso” (OLIVEIRA. Francisco Antônio de. “Prescrição – FGTS – O Enunciado nº 362/TST e a Súmula nº 210/STJ – Conflito”. *In Síntese Trabalhista*. Porto Alegre/RS: Síntese, Ano X, nº 126, dez/1999, p. 125-7).

O FGTS é direito importante para o trabalhador simples, que, após anos de labor árduo, sonha com o dia feliz de resgatá-lo para dar de entrada da casa própria. O FGTS é direito essencial para o trabalhador pobre, que, na tristeza de determinadas enfermidades, encontra no saque do fundo algum amparo para a dor daqueles que “não têm de onde tirar” O FGTS é direito sagrado para a maior parte da população deste País, que não recebeu e não recebe do Estado qualquer privilégio.

O prazo prescricional trintenário da pretensão atinente aos depósitos do FGTS é direito que já era visualizado por esta Corte em momento anterior a ser tecido no âmbito infraconstitucional, que se harmoniza com a Carta Política de 1988, a qual expressamente prevê a integração do

**ARE 709212 / DF**

patrimônio jurídico da classe trabalhadora com direitos, individuais ou sociais, que melhorem a sua condição de vida – comando que estampa a adoção do princípio da norma mais favorável.

Nesse contexto, não vejo como conferir ao art. 7º, *caput*, III e XXIX, da Constituição da República interpretação restritiva.

Acresço, à demasia, que, na espécie, a autora postula diferenças de FGTS decorrentes do recolhimento a menor por parte do Banco do Brasil, que desconsiderou o salário efetivamente percebido pela reclamante, em período no qual estava a serviço no exterior. Não se trata de FGTS oriundo de parcelas pleiteadas em demanda trabalhista.

Voto pela **manutenção da jurisprudência** da Corte, no sentido da constitucionalidade do prazo prescricional trintenário, previsto no § 5º do art. 23 da Lei 8.036/90, e **nego provimento** ao recurso do Banco do Brasil.

**É como voto.**

13/11/2014

PLENÁRIO

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL

## VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, eu anotei aqui algumas observações e observei atentamente a explanação da Ministra Rosa Weber, que tem a sua origem no Direito do Trabalho, e aqui expôs, de maneira brilhante, toda a gênese do Fundo de Garantia. Mas, **altro tempo altro diritto**, nós estamos num novo tempo, tem que haver um novo Direito.

Eu considero que efetivamente é insustentável hoje se afirmar que possa haver um prazo, quer em favor do Poder Público, quer em favor do órgão gestor, quer em favor do empregado, de trinta anos para cobrar uma importância que não foi paga a ele no tempo devido.

À semelhança do que ontem nós estabelecemos, aqui a repercussão geral é saber se prevalece o prazo trintenário de prescrição para a cobrança de valores não recolhidos em reclamação trabalhista. Essa reclamação trabalhista, a petição inicial da reclamação trabalhista traz como verba acessória - então, veja logo a **contraditio** que encerraria isso, os salários prescrevem em cinco anos, agora aqui a verba acessória de Fundo de Garantia vai prescrever em trinta. Então, só isso já não se torna harmônico com a lógica jurídica. Então, na petição inicial, pede-se o Fundo de Garantia, a diferença do Fundo de Garantia. Entendo como base de cálculo as remunerações que aqui também são reclamadas. Então, é uma verba acessória da contraprestação do trabalhador. Então, em primeiro lugar.

Em segundo lugar, Senhor Presidente, todos os direitos arrolados no artigo 7º são direitos importantíssimos e não deixam de ser prescritíveis. No meu modo de ver, não há direito mais importante do trabalhador, até para não gerar o enriquecimento sem causa do empregador, de receber os seus salários. Esse direito, quase que um direito natural, porque a Constituição veda o trabalho escravo e o trabalho gratuito. E esse direito é prescritível. E por que o direito de cobrar o Fundo de Garantia seria

**ARE 709212 / DF**

quase que imprescritível, submetido a um prazo de trinta anos? Tributos não sofrem a incidência desse prazo. O próprio direito de receber o salário é de cinco anos. E nada justificaria que essa verba acessória prescrevesse muito depois da própria verba principal, porque o acessório é que segue o principal, e não o principal que fica dependendo do acessório.

Por outro lado, Senhor Presidente, ontem aqui nessa discussão da imprescritibilidade, deixou-se de trazer a lume, ou se trouxe a lume, alguns dos Colegas suscitou um novo posicionamento do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, onde ele, num entendimento interdisciplinar, numa posição interdisciplinar, assenta que esses prazos muito longos não se coadunam com a natureza humana, que não vai guardar documento durante trinta anos para cobrar. Isso é o primeiro aspecto.

O segundo aspecto: para que serve o Fundo de Garantia? O Fundo de Garantia serve para fazer face à antiga estabilidade que impedia a despedida do empregado depois de um certo prazo. Então, o Fundo de Garantia, ele fazia esse contraponto. Então, o empregado é despedido e levanta o Fundo de Garantia, e que sai essa verba de 40% - que eu imaginei que fosse 10%.

Senhor Presidente, o Direito vive para o homem, não o homem para o Direito. Será que a gente pode imaginar que uma pessoa vai viver de Fundo de Garantia trinta anos? Não vai viver de Fundo de Garantia trinta anos. Vai mandado embora, levanta o Fundo e vai arranjar outro emprego. Mas suponhamos uma tragédia maior: não arranja um outro emprego. Aí, sim, poder-se-ia, **ad argumentandum**, falar em princípio da vedação ao retrocesso. Bom, o sujeito foi embora; o Fundo de Garantia, ele pode cobrar durante trinta anos. Ele vai se aguentando até que, no último ano desses trinta anos, ele quer levantar o Fundo. Mas não é isso que acontece. Só há vedação ao retrocesso quando não existem mecanismos de compensação. E hoje, Senhor Presidente, tem todos os mecanismos de compensação: tem seguro desemprego, tem bolsa família, tem minha casa e minha vida, tem tudo o que uma pessoa desempregada não faz força para ter e tem.

**ARE 709212 / DF**

De sorte que não é retrocesso nenhum nós entendermos que o Fundo de Garantia e a ação que o veicula é uma ação decorrente de acidente de trabalho. E o constituinte sabia disso e dispôs taxativamente, como o Ministro Gilmar Mendes destacou como núcleo central do seu voto, o art. 7º, inciso XXIX, que assegura a prescrição quinquenal nas ações decorrentes das relações de trabalho.

Por outro lado, Senhor Presidente, a solução proposta pelo Ministro Gilmar Mendes acompanha uma última decisão do Supremo, que está na vanguarda da técnica processual que é dar a modulação, a modificação da jurisprudência, que é o *prospective overruling*, porque a jurisprudência, como aqui se disse, e é verdade, transmite uma segurança jurídica, transmite previsibilidade, e ninguém vive sem a previsibilidade. Então, está todo mundo até hoje entendendo que este prazo, muito embora desconfortável admitir isso, para a cobrança do FGTS era de trinta anos. Único prazo anômalo existente no sistema jurídico, fora a imprescritibilidade das ações de dano ao erário, que não foi discutida ontem. Pois bem. Essa técnica, que recentemente foi chancelada pela Suprema Corte, é uma técnica que preserva a segurança jurídica. Se a jurisprudência era assim até agora e vai mudar a partir de agora, ela tem eficácia **ex nunc**. Isso é o que há de mais moderno.

Então, o voto do eminente Relator, no meu modo de ver, é um voto que perpassa pelo teste da razoabilidade legal e judicial, sem prejuízo de ser extremamente justo e conferidor de segurança jurídica com essa modulação que foi engendrada por Sua Excelência.

Então, por todos esses fundamentos, Senhor Presidente, eu, pedindo vênua à divergência, acompanho o Relator.

**13/11/2014**

**PLENÁRIO**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL**

**ADITAMENTO AO VOTO**

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** – Senhor Presidente, permita-me uma pequena observação. Talvez eu não tenha deixado claro quando votei. Os depósitos do FGTS correspondem a direito acessório quando se está a postular em juízo verbas remuneratórias não pagas.

Ministro Fux, talvez eu tenha compreendido mal, mas, ao fazer a leitura da inicial, de quais depósitos se trata neste caso? De depósitos incidentes sobre verbas que foram pagas quando a trabalhadora estava a prestar serviço no exterior. Ela recebeu determinadas verbas de caráter remuneratório e, com relação a essas utilidades, não houve o recolhimento do Fundo de Garantia. Por isso, nesse caso, seria aplicável a Súmula nº 362 do TST, e não a prescrição quinquenal. O prazo de cinco anos aplicar-se-ia no caso de depósitos atinentes a verbas não pagas.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Não, eu já manifestei respeito pela posição de Vossa Excelência.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** – Obrigada.

**13/11/2014****PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Presidente, entendo perfeitamente as razões que conduzem à negativa de provimento com a manutenção da jurisprudência do Ministro Teori Zavascki e da Ministra Rosa Weber, cujos fundamentos acho que todos nós partilhamos no sentido da preocupação com a proteção exatamente aos direitos sociais previstos na Constituição e na legislação e em respeito à jurisprudência do Supremo, que tem sido reiterada realmente neste sentido.

Entretanto, Presidente, vou pedir vênias ao Ministro Teori Zavascki e à Ministra Rosa Weber e negar provimento com a modulação de efeitos proposta pelo Ministro Gilmar Mendes, por me parecer que efetivamente, como posto de maneira muito bem fundamentada, sendo de natureza trabalhista e sendo norma que na interpretação, digamos, atualizada na dinâmica do Direito com a atual interpretação dada até mesmo por este Supremo Tribunal Federal à matéria, mas se coaduna com as regras que estão a prevalecer com o sistema. Essa é a razão pela qual peço vênias, entendendo perfeitamente e partilhando das preocupações, especialmente da Ministra Rosa Weber, que, ao trazer os motivos que levaram à sedimentação da jurisprudência no Tribunal Superior do Trabalho ou na Justiça do Trabalho em geral, homenageou a jurisprudência do Supremo.

Entretanto, o Direito é dinâmico, e essa proposta garante não apenas a razoabilidade, mas especialmente o princípio da segurança jurídica, que aqui não teria sido quebrado.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – A modulação, o Presidente submeterá à apreciação após o julgamento da matéria de fundo.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Não, ele está

**ARE 709212 / DF**

tomando já nos votos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A modulação ficou para a segunda parte.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - O Ministro-relator já iniciou o voto dele e já se pronunciou sobre a modulação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Então, por isso, já estamos nos manifestando.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Está bem.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Então, para ganharmos tempo, já estou colhendo os votos sobre a modulação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Portanto, Presidente, exatamente no sentido do voto do Ministro...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não. Todos que se manifestaram de forma coincidente com o relator já acompanharam também na modulação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Manifesto-me também no sentido de negar provimento, mas com a modulação dos efeitos na forma proposta, Presidente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não.

13/11/2014

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, começo pela charada na qual fui envolvido pelo ministro Teori Zavascki: no caso de rompimento do vínculo empregatício por justa causa, não há a perda do saldo da conta do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Ocorre o afastamento daquele acréscimo de 40% que haveria nessa mesma conta, já que os 10%, criados posteriormente, foram para resolver problema de caixa, não beneficiando o prestador dos serviços. Isso decorre, Presidente, da lei que substituiu a de nº 5.107/66, que veio à balha, considerada a genialidade do Doutor Roberto Campos. E tem-se, para revelar o que estou a dizer, o disposto no artigo 18 da Lei nº 8.036/90, que – repito – suplantou a disciplina decorrente da Lei nº 5.107/66.

Na cabeça do artigo 18, está consignado que:

"Art. 18. Ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador, ficará este obrigado a depositar na conta vinculada do trabalhador no FGTS os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e ao imediatamente anterior, que ainda não houver sido recolhido, sem prejuízo das cominações legais".

Evidentemente, a interpretação sistemática desse preceito é conducente a concluir-se que essa obrigação está restrita ao caso de livre iniciativa do empregador, sem que o empregado tenha dado margem à rescisão do contrato, a rescisão por justa causa.

Segue o artigo 18, prevendo que:

"§ 1º Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa" – com justa causa não; *a contrário sensu* não –, "depositará este, na conta vinculada do trabalhador" – conta vinculada de quem? Do fundo? Não. Da Caixa Econômica? Não. Do trabalhador; é o titular do direito substancial, considerada a

**ARE 709212 / DF**

conta, considerado o saldo desta mesma conta – "importância igual a quarenta por cento (...)".

Essa percentagem é diminuída à metade em se tratando de culpa recíproca. Logicamente, se não houver a culpa recíproca, e sim a culpa apenas do prestador dos serviços, não haverá o acréscimo.

Presidente, o direito envolvido – ressaltou muito bem o relator –, diz respeito a depósitos que o Banco do Brasil – não foi um empregador comum – teria deixado de fazer. Esse conflito, pela norma constitucional do inciso III do artigo 7º – também foi ressaltado pelo relator e pelo ministro Luís Roberto Barroso –, é trabalhista, já que o Fundo é direito dos trabalhadores urbanos e rurais – inciso III. Por isso mesmo, por se tratar de um conflito trabalhista, foi solucionado pelo seguimento da jurisdição especializada, ou seja, a Justiça do Trabalho. O acórdão impugnado, mediante este extraordinário, é do Tribunal Superior do Trabalho.

Continuo acreditando, Presidente, que a norma das normas é a Constituição Federal. É a lei das leis. É o documento que está no ápice da pirâmide das normas jurídicas, a que todos, indistintamente, se submetem. É preciso elucidar, ante o princípio do terceiro excluído, a natureza dos prazos previstos no inciso XXIX do artigo 7º da Carta Federal. Ou uma coisa é ou não é. Não há dois prazos de prescrição: o de dois e o de cinco anos. A interpretação teleológica desse dispositivo do Diploma Maior conduz à convicção de que o primeiro prazo é decadencial e não prescricional, ou seja, o prazo de dois anos. Rompido o vínculo, o empregado tem dois anos para buscar o reconhecimento do direito substancial em si, e evidentemente, se for o caso – de negativa – recorrer ao Judiciário. Observado o biênio, pode e deve pleitear, na inicial da reclamação trabalhista, as parcelas dos últimos cinco anos, já que, quanto à pretensão, o prazo é de cinco anos, ou seja, quanto à prescrição para o ajuizamento da ação.

Presidente, não cabe confundir os prazos, decadencial e prescricional, com o termo inicial deles próprios. E, evidentemente, não preciso recuperar a lição de Câmara Leal: sem o nascimento da ação – e a

**ARE 709212 / DF**

ação nasce a partir do momento em que se tem conhecimento de que um direito foi espezinhado –, não se pode cogitar do curso de qualquer desses prazos.

O argumento temporal, quanto ao fato de se ter deixado de ajuizar a ação e se ter deixado de recolher os depósitos mês a mês durante lapso de tempo maior, é um argumento metajurídico, não é um argumento jurídico, muito menos para colocar em segundo plano a Constituição Federal.

O ministro Luís Roberto Barroso fez uma garimpagem e trouxe diversos prazos prescricionais quanto a direitos diversos. Mencionou Sua Excelência o prazo maior – não havendo previsão legal –, versado no Código Civil de 2002, de dez anos. Tivemos, em prol da segurança jurídica que está proclamada nos artigos 5º e 6º da Constituição Federal, com o Código de 2002, a redução dos prazos. Verificamos que, até mesmo no tocante à ação para se buscar a condenação de obrigação de dar, presente prestação alimentícia, o prazo é de dois anos, no que previsto no § 2º do artigo 206 do Código Civil.

Presidente, não tenho como placitar, em detrimento da Carta Federal, as leis citadas pelo Relator, ou seja, a Lei nº 8.036/90 – § 5º do artigo 23 – e o Decreto que a regulamentou, nº 99.684/90. Diria que legislador, quanto a esses dois diplomas posteriores – e, ao que tudo indica, não se tem, nas Casas Legislativas, Comissão de Constituição e Justiça –, foi honesto, porque retratou que o prazo de trinta anos estaria a revelar um privilégio, e todo privilégio é odioso.

É preciso interpretar o contexto normativo, principalmente a partir da norma primária, que é a revelada no artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, considerado o sistema, considerado o todo.

Não tenho a menor dúvida de que prevalece o prazo decadencial de dois anos e, uma vez observado, ajuizando-se a ação nos dois anos seguintes à ruptura do vínculo, pode recuperar o autor as prestações dos últimos cinco anos. Aplico-os, também no tocante ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, que é um acessório, considerado o principal – e o acessório segue a sorte do principal, não podendo dizer que, para as

**ARE 709212 / DF**

parcelas trabalhistas em geral, o trabalhador esteja sujeito a esses dois prazos de dois e cinco anos, e, no tocante ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, o prazo seja de trinta anos. Observo os prazos. A prescrição trabalhista, até 1988, esteve regida na Consolidação das Leis do Trabalho, no artigo 11. Mas, no intuito de constitucionalizar-se o tema, vivenciando-se ares apontados como democráticos, inseriu-se na Carta muita coisa que passou a ter envergadura constitucional apenas sob o ângulo formal, não material, como a prescrição trabalhista.

Surge o problema da modulação. Na ação trabalhista, o Banco sempre resistiu. Tanto resistiu e vem resistindo que interpôs, por último, o recurso extraordinário que está em mesa para julgamento.

Digo que o trabalhador não tem fôlego para deixar transcorrer período maior visando ajuizar ação trabalhista. Ajuíza de imediato, e ressaltou o ministro Gilmar Mendes que nós – recebo até hoje – recebemos, como titulares de conta do Fundo de Garantia, extrato da Caixa Econômica sobre os depósitos efetuados. Então, ou bem constata que não houve o depósito, principalmente cessado o vínculo empregatício e ajuíza a ação, ou não a ajuíza, tendo os depósitos como feitos.

Entender-se caber a modulação, a essa altura, implicará celeuma incrível. Implicará ensejar que aqueles que, até hoje, não entraram com a ação trabalhista possam entrar com essa mesma ação, em que pese o decurso dos dois anos a partir da cessação do contrato de trabalho, e também o decurso dos cinco anos. Em vez de estar-se solucionando uma problemática social, estar-se-á criando, sobrecarregando ainda mais a máquina judiciária, problema de estatura maior.

Por isso, Presidente, não chego à modulação e não chego, até mesmo, porque tenho uma profissão de fé: ou bem a lei editada pelo legislador se mostra afinada com a Constituição Federal, ou não se mostra. Não posso, simplesmente, concluir que a eficácia da Carta Federal esteve até aqui latente, passados cerca de vinte e cinco anos da promulgação.

Por isso, sou contra a modulação, mesmo porque, toda vez que o Supremo modula uma decisão, estimula a edição de leis à margem da Lei

**ARE 709212 / DF**

Maior, que é a Constituição Federal: surge o famoso jeitinho – perdoem-me, não estou atribuindo a Vossas Excelências esse ato, porque sei que estão preocupados com a questão social. Salva-se, em detrimento do preceito constitucional, a Lei que com ele se mostrou conflitante. Sigo a linha de Rui Barbosa: a lei editada à margem da Constituição Federal é natimorta, é írrita, não produzindo efeitos.

Provejo o recurso do Banco do Brasil, assentando – e o provimento seria parcial também, Ministro, porque há parcelas não prescritas – a prescrição quanto às parcelas anteriores ao quinquênio que antecedeu ao ajuizamento da ação, se é que esse ajuizamento ocorreu dentro dos dois anos, considerado o prazo decadencial, da cessação do vínculo empregatício.

É como voto.

13/11/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL

V O T O

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Peço **vênia** para acompanhar o voto do eminente Ministro Relator, que, **ao propor a superação** da diretriz jurisprudencial anterior **concernente** à *prescrição trintenária*, **firma a tese de que é quinquenal** o lapso prescricional **referente** à pretensão de cobrança das contribuições (*não recolhidas ou insuficientemente depositadas*) **devidas** ao FGTS.

*Ao assim decidir, também procedo à declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90 e do art. 55 do Regulamento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (Decreto nº 99.684/90), que conferem suporte normativo à prescrição trintenária e que se acham em conflito direto com o que dispõe o art. 7º, inciso XXIX, da Constituição da República.*

*Desse modo, tenho para mim que não mais deve subsistir o entendimento consagrado no Enunciado nº 362 do E. Tribunal Superior do Trabalho.*

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E do 210 do Superior Tribunal de Justiça.**

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Também não mais deve subsistir a Súmula 210/STJ, cujo enunciado **dispõe** que “*A ação de cobrança das contribuições para o FGTS prescreve em 30 anos*”.

*Por igual razão, a jurisprudência firmada por esta Corte Suprema na matéria também não mais deve prevalecer, desde que se observe, no entanto, por ocorrer drástica ruptura de paradigma motivada, no caso, por revisão*

**ARE 709212 / DF**

jurisprudencial, a **proposta de modulação temporal formulada** pelo eminente Relator.

**Cabe lembrar**, por oportuno, que esta Suprema Corte, **tendo em vista** as múltiplas funções inerentes à jurisprudência – **tais como a de conferir previsibilidade** às futuras decisões judiciais nas matérias por elas abrangidas, **a de atribuir estabilidade** às relações jurídicas constituídas sob a sua égide, **a de gerar certeza** quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados **de acordo** com esses mesmos precedentes **e a de preservar**, assim, **em respeito** à ética do Direito, **a confiança** dos cidadãos nas ações do Estado –, **tem reconhecido** a possibilidade, **mesmo** em temas de índole constitucional (RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), **de determinar**, nas hipóteses de revisão **substancial** da jurisprudência **derivada da ruptura de paradigma**, **a não incidência**, **sobre situações previamente consolidadas**, **dos novos** critérios **que venham a ser consagrados** pelo Supremo Tribunal Federal.

Esse entendimento **não é estranho** à experiência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, **que já fez incidir** o postulado da segurança jurídica em questões várias, **inclusive** naquelas **envolvendo** relações de direito público (MS 24.268/MG, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES – MS 24.927/RO, Rel. Min. CEZAR PELUSO, v.g.) **e**, também, de caráter político (RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), **cabendo mencionar** decisão do Plenário **que se acha consubstanciada**, no ponto, em acórdão assim ementado:

**“REVISÃO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: A INDICAÇÃO DE MARCO TEMPORAL DEFINIDOR DO MOMENTO INICIAL DE EFICÁCIA DA NOVA ORIENTAÇÃO PRETORIANA.**

– **Os precedentes** firmados pelo Supremo Tribunal Federal **desempenham** múltiplas **e relevantes** funções no sistema jurídico, **pois lhes cabe conferir previsibilidade** às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, **atribuir estabilidade** às relações

ARE 709212 / DF

jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, **gerar certeza** quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados **de acordo** com esses mesmos precedentes e **preservar**, assim, **em respeito** à ética do Direito, **a confiança** dos cidadãos nas ações do Estado.

– **Os postulados** da segurança jurídica e da proteção da confiança, **enquanto** expressões do Estado Democrático de Direito, **mostram-se impregnados** de elevado conteúdo ético, social e jurídico, **projetando-se** sobre as relações jurídicas, **inclusive** as de direito público, **sempre** que se registre alteração **substancial** de diretrizes hermenêuticas, **impondo-se** à observância **de qualquer** dos Poderes do Estado e, desse modo, **permitindo** preservar situações **já consolidadas** no passado e **anteriores** aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal. **Doutrina. Precedentes.**

– **A ruptura** de paradigma **resultante de substancial** revisão de padrões jurisprudenciais, **com o reconhecimento do caráter partidário** do mandato eletivo proporcional, **impõe, em respeito à exigência** de segurança jurídica e **ao princípio** da proteção da confiança dos cidadãos, **que se defina** o momento **a partir** do qual terá aplicabilidade **a nova** diretriz hermenêutica.

– **Marco temporal** que o Supremo Tribunal Federal **definiu** na matéria ora em julgamento: **data** em que o Tribunal Superior Eleitoral **apreciou** a Consulta nº 1.398/DF (27/03/2007) e, nela, **respondeu, em tese, à indagação** que lhe foi submetida.”

(MS 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**Vale mencionar**, por oportuno, a título de mera ilustração, **que também a prática jurisprudencial** da Suprema Corte dos EUA **tem observado** esse critério, **fazendo-o incidir** naquelas hipóteses **em que sobrevém alteração substancial** de diretrizes que, **até então**, vinham sendo observadas na formação das relações jurídicas, **inclusive** em matéria penal.

**Refiro-me não só** ao conhecido caso “Linkletter” – **Linkletter v. Walker**, 381 U.S. 618, 629, 1965 –, **como, ainda, a muitas outras** decisões daquele Alto Tribunal, **nas quais** se proclamou, **a partir** de certos marcos

**ARE 709212 / DF**

temporais, **considerando-se** determinadas premissas **e com apoio** na técnica do “*prospective overruling*”, **a inaplicabilidade do novo** precedente a situações **já consolidadas** no passado, *cabendo lembrar*, dentre vários julgados, os seguintes: **Chevron Oil Co. v. Huson**, 404 U.S. 97, 1971; **Hanover Shoe v. United Shoe Mach. Corp.**, 392 U.S. 481, 1968; **Simpson v. Union Oil Co.**, 377 U.S. 13, 1964; **England v. State Bd. of Medical Examiners**, 375 U.S. 411, 1964; **City of Phoenix v. Kolodziejski**, 399 U.S. 204, 1970; **Cipriano v. City of Houma**, 395 U.S. 701, 1969; **Allen v. State Bd. of Educ.**, 393 U.S. 544, 1969, *v.g.*.

*Em uma palavra: os postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, enquanto* expressões do Estado Democrático de Direito, **mostram-se impregnados** de elevado conteúdo ético, social **e jurídico**, **projetando-se** sobre as relações jurídicas, **mesmo** as de direito público (**RTJ 191/922**), **em ordem a viabilizar** a incidência desses **mesmos** princípios sobre comportamentos **de qualquer** dos Poderes **ou** órgãos do Estado, **para que se preservem**, *desse modo*, situações **já consolidadas** no passado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite, ministro Celso de Mello, sem interromper o raciocínio brilhantemente desenvolvido por Vossa Excelência.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Com prazer...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A primeira decisão sobre a matéria prescricional, quando assentado o prazo de trinta anos, o relator ficou vencido, ministro Oscar Corrêa, é do Plenário, anterior à Carta de 1988. Seguiu-se outra da Turma, mencionada pelo ministro Gilmar Mendes, da lavra do ministro Sydney Sanches, e mais uma, já sob a égide da Constituição Federal atual, da Primeira Turma. A partir desse momento, passou-se simplesmente a julgar agravos regimentais. Por último, a ministra Ellen Gracie, na Segunda Turma, também em agravo

**ARE 709212 / DF**

regimental, assentou que incidiria o inciso XXIX do artigo 7º do Diploma Maior, e que o prazo, portanto, não seria trintenário. O ministro Gilmar Mendes veio a julgar de idêntica forma na Segunda Turma, considerado o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 788.059.

Então, tem-se uma premissa: o Pleno, propriamente dito, não chegou a enfrentar a matéria, sob o ângulo da Constituição Federal de 1988. Houve o início do julgamento do Recurso Extraordinário nº 522.897, sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes, mas ocorreu um pedido de vista, que lamentavelmente se tornou um perdido de vista, e não o concluímos.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** As decisões existentes sobre a matéria **promanaram** das Turmas do Supremo Tribunal Federal, **sendo certo, ainda**, que esse tema **constituiu** objeto do RE 522.897/RN, com julgamento plenário suspenso, *no entanto*, em razão de pedido de vista.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E o colega que pediu vista, não vou nominar, já se aposentou.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** O que se mostra **importante** é que o Plenário do Supremo Tribunal Federal **está a reexaminar** essa *mesma* controvérsia constitucional.

**Concluo** o meu voto, Senhor Presidente. **E, ao fazê-lo, consideradas** as razões que venho de expor, **peço vênias** para acompanhar, *em sua integralidade*, o excelente voto proferido pelo eminente Ministro GILMAR MENDES.

**É o meu voto.**

**13/11/2014****PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Eu queria dizer que, inicialmente, vi-me tomado por uma certa perplexidade com relação à natureza jurídica do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, notadamente após a intervenção do Ministro Teori Zavascki, depois secundada pelas brilhantes observações da Ministra Rosa Weber.

E, realmente, observando o que diz a Lei de regência, a Lei 8.036, verifica-se que o fundo é constituído não apenas daquelas parcelas que são devidas pelo empregador e pelo empregado, mas o artigo 2º, como bem ressaltou a Ministra Rosa Weber, mostra que existem várias outras verbas que compõem o Fundo de Garantia, como, por exemplo, dotações orçamentárias, resultado das aplicações dos recursos do Fundo, multas, correção monetária, juros moratórios e demais receitas patrimoniais e financeiras.

Outro aspecto que me impressionou muito - enfim é uma reflexão íntima que fiz - é que esse Fundo de natureza eminentemente social, hoje todos nós sabemos, destina-se fundamentalmente a financiar o Sistema Financeiro de Habitação. Portanto, na verdade, é um fundo que transcende um simples direito do trabalhador. Isto impressiona, a meu ver.

Mas também, de outro lado, sensibilizado pelas palavras do Ministro Luiz Fux, eu penso que a Suprema Corte não pode se debater em dúvidas e perplexidades, e nós temos que tomar uma diretriz com relação a esse prazo prescricional.

E analisando, enfim, essas questões todas e a controvérsia que existe na doutrina e na jurisprudência sobre a natureza jurídica do Fundo, lendo o artigo 7º, III, da Constituição, eu entendo que predomina a natureza trabalhista do Fundo de Garantia. Em sendo assim, aplica-se, como

**ARE 709212 / DF**

assentou o eminente Relator, Ministro Gilmar Mendes, o prazo prescricional do inciso XXIX do mesmo artigo 7º.

De outra parte também, evoco agora uma ponderação do Ministro Barroso no sentido de que é absolutamente irrazoável o prazo de trinta anos, comparando-se com outros prazos prescricionais.

E ainda ontem, quando nós discutíamos a questão da prescrição num caso determinado, nós chegamos à conclusão de que hoje a Fazenda Pública está devidamente aparelhada em todo o território nacional para agir rapidamente, cobrar os seus direitos, e, portanto, esse prazo de cinco anos, o prazo quinquenal, que corresponde à prescrição administrativa e à prescrição tributária, é mais do que suficiente para que eventuais recursos do Fundo sejam recuperados. Não há razão para estender esse prazo de recuperação de verbas, mesmo em se tratando dessas verbas de que trata o artigo 2º da Lei 8.036.

De outra parte também, como temos feito quando se trata de alterações jurisprudenciais de longa data consolidadas, eu acho, com a devida vênua do Ministro Marco Aurélio, que é o caso de se modular realmente os efeitos da decisão.

Em conclusão, eu acompanho o Ministro Gilmar Mendes, Relator, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 23, § 5º, da Lei 8.036/90 e 55 do Decreto 99.684, com efeitos *ex nunc*, na forma então preconizada pelo Relator.

**13/11/2014**

**PLENÁRIO**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL**

**ADITAMENTO AO VOTO**

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Senhor Presidente, não me manifestei sobre a modulação. Vencido na tese, eu adiro à modulação, salientando a importância capital dessa modulação. Tendo sido declarada a inconstitucionalidade do artigo 23, § 5º, da Lei do Fundo de Garantia, o privilégio de trinta anos passa a ser inconstitucional, inclusive para ações promovidas pelo próprio Fundo. Mesmo as ações promovidas pelo próprio Fundo de Garantia, através de seus representantes, estarão subordinadas ao prazo prescricional de cinco anos.

Outro detalhe importante deve ficar claro na decisão: salvo melhor juízo, quem votou pela inconstitucionalidade o fez com base no inciso XXIX do artigo 7º, salvo o Ministro Barroso.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Eu também acompanhei em parte o raciocínio do Ministro Roberto Barroso.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** – Isso traz uma consequência prática importante. O argumento da razoabilidade não tinha sido levantado, aliás, é um argumento plausível. Mas isso não significaria, só pelo argumento da irrazoabilidade de trinta anos, que esse prazo devesse ser de dois anos depois de encerrado o vínculo trabalhista. O Ministro Barroso colocou isso. Acho que isso é importante deixar claro se também as ações promovidas pelo próprio Fundo estão sujeitas ao prazo de dois anos, após o encerramento do contrato de trabalho.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** - De novo é uma questão semelhante àquela que ontem foi colocada.

**ARE 709212 / DF**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Não está na discussão, não é?

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** - Mas, era inseparável.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Eu imagino que seja assim.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** - Era inseparável, tanto é que era uma pergunta que eu tinha que me fazer, e a pergunta que eu me fiz ...

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Sim, porque esse prazo está previsto no próprio artigo.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** - Exatamente, e eu respondi afirmativamente, entendendo que ...

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Então o que fica, o que fica ...

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** - Agora claro que se amanhã houver uma conformação legislativa, como admitiu o Ministro Barroso, essa é uma questão que será analisada.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Esse detalhe é importante, porque se o prazo do inciso XXIX se aplica também às ações de cobrança promovidas pelo próprio Fundo, a margem de conformação legislativa fica ...

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** - Não, mas, em princípio, nós precisamos dar essa indicação, até porque eles

**ARE 709212 / DF**

atuam como substitutos – isso foi até foi lembrado pelo Ministro Marco Aurélio – do próprio trabalhador ...

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Sim, mas nesse caso, não é possível ampliar esse prazo, então, não há possibilidade de conformação legislativa.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** - Não, aqui há uma peculiaridade, por exemplo, na Lei – que Vossa Excelência até lembrava –, por exemplo, ela não vem sendo cumprida, porque a Procuradoria da Fazenda não exerce esse papel, ela delega para a Caixa Econômica, entende que não é uma tarefa... Mas ela tem uma previsão de fazer a inscrição em dívida ativa.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** – Exatamente.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** - O que é uma singularidade, tendo em vista esse caráter multifacetário.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Eu penso, Ministro Teori, que, embora talvez não seja ideal essa solução, o Supremo tem que dar uma diretriz bem clara, inequívoca.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Eu concordo, essa foi a orientação majoritária, apenas tem que ficar ...

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Porque se nós dissermos que, para as demais verbas que compõem o Fundo, e que são cobradas pelo próprio Fundo, por meio de seus prepostos, seus gerentes, seus gestores é outro prazo, aí nós deixamos uma perplexidade.

**ARE 709212 / DF**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - É a mesma situação de ontem: não foi debatido e nem refletido. Então...

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** - É a modulação. Apenas para afastar uma dúvida: a modulação alcança ações não ajuizadas. Não, só as ajuizadas?

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** - Também as não ajuizadas.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Ocorre que aqui está-se declarando a inconstitucionalidade do art. 23, § 5º, da Lei do FGTS, que trata das ações promovidas pelo próprio Fundo.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Do trintenário.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Vossa Excelência, então acompanha...

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Para ações movidas para o próprio Fundo.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - É inconstitucional para um, inconstitucional para todo mundo.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Não, não as movidas pelo próprio Fundo, nós não estamos falando; nós estamos falando ...

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Mas é o que diz a lei, cuja inconstitucionalidade está sendo declarada.

**ARE 709212 / DF**

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Esse é o problema...

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Essa questão que o Ministro Teori levantou agora, de saber se aquele prazo de dois anos se aplicaria ou não fora das situações trabalhistas, eu preciso confessar que eu não pensei sobre isso.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - É por isso que eu estou levantando a questão, para que se pense a respeito.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Para cobrar, por exemplo, multas, correção monetária e juros moratórios devidos, ou dotações orçamentárias.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Tem que saber o que está se modulando.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** – O inciso XXIII, que foi declarado inconstitucional, é das ações...

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Presidente, aqui é questão trabalhista, eu não tenho a menor dúvida. Mas, **mutatis mutandis**, se os tributos se submetem ao prazo quinquenal, se os particulares promoveram ação contra a Fazenda Pública e submetem ao prazo quinquenal, qual o temor de estabelecer que o fundo tem cinco anos para cobrar isso? É até uma questão isonômica. O Fundo não é ...

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** - Na Previdência Social, nós afirmamos aqui também o prazo de cinco anos.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - A bem da uniformidade, porque nós temos realmente

**ARE 709212 / DF**

decidido que, toda vez que o Estado é instado a cobrar uma determinada verba que lhe é devida, o prazo é quinquenal. Nós temos reduzido sistematicamente os prazos.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - A Lei nº 9.494 ela veio estabelecer, esclarecer essa dúvida: ela estabelece hoje o prazo de cinco anos para a Fazenda promover a ação de reparação.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Bem, Ministro Teori... quer esclarecer, não é?

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Eu não estou aqui querendo contestar o que a maioria decidiu.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** – Isso.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - É que nós estamos modulando. Então, é preciso ficar bem claro o que nós estamos modulando. Nós declaramos a inconstitucionalidade do prazo de trinta anos, seja por incompatibilidade com o inciso XXIX, seja pela irrazoabilidade do prazo. Isso se aplica a todas as ações, inclusive àquelas movidas pelo próprio Fundo. Essa é a consequência.



**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. GILMAR MENDES**

RECTE.(S) : BANCO DO BRASIL S/A

ADV.(A/S) : JAIRO WAISROS E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : ANA MARIA MOVILLA DE PIRES E MARCONDES

ADV.(A/S) : JOSÉ EYMARD LOGUERCIO E OUTRO(A/S)

**Decisão:** O Tribunal, decidindo o tema 608 da Repercussão Geral, por maioria, negou provimento ao recurso, vencido o Ministro Marco Aurélio que o provia parcialmente. Também por maioria declarou a inconstitucionalidade do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/1990, e do art. 55 do Decreto nº 99.684/1990, na parte em que ressalvam o "privilégio do FGTS à prescrição trintenária", haja vista violarem o disposto no art. 7º, XXIX, da Carta de 1988, vencidos os Ministros Teori Zavascki e Rosa Weber, que mantinham a jurisprudência da Corte. Quanto à modulação, o Tribunal, por maioria, atribuiu à decisão efeitos *ex nunc*, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não modulava os efeitos. Tudo nos termos do voto do Relator. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 13.11.2014.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

p/ Maria Sílvia Marques dos Santos  
Assessora-Chefe Substituta do Plenário