



A MODULAÇÃO DOS EFEITOS NA APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO (FGTS)

Rafael ArduiniAzolini¹

Ricardo Tibério²

RESUMO: Este estudo consiste na análise do fundamento pelo qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral no ARE 709212 e decidiu pela modulação dos efeitos da aplicação do prazo prescricional de 5 (cinco) anos para o pleito da ausência de depósitos da verba de Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS), corroborada pelo Tribunal Superior do Trabalho, ao modificar o teor da Súmula 362. A pesquisa qualitativa foi de suma importância, pois fora averiguado o reconhecimento constitucional do FGTS, como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, restando notório o motivo que levava o Pretório Excelso a declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que determinava ser trintenária a prescrição aplicável para o pleito de verbas fundiárias e influenciar o TST a modificar a redação da Súmula supracitada. Nessa linha de pensamento, o trabalho se desenvolveu com base em pesquisa bibliográfica na doutrina, na lei e na jurisprudência pátria que corroboram o tema. Ademais, a decisão da Suprema corte fora de extrema relevância para o Direito Brasileiro, uma vez que o relator do recurso supramencionado, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, comprovou a inconstitucionalidade da prescrição trintenária trazida pela Lei nº 8.036/1990 e Decreto nº 99.684/1990, demonstrando que o FGTS está sujeito ao interstício prescricional previsto pelo art. 7º, da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo benéfico para o obreiro, em razão da modulação dos efeitos (prospectivos) da decisão consubstanciando, destarte, a segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: FGTS. Prazo Prescricional. Modulação dos Efeitos.

¹Especialista em Direito Trabalhista e Previdenciário pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas do Araguaia – FACISA. Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas do Araguaia – FACISA. Professor do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas do Araguaia – FACISA. E-mail: rafael.azolini@outlook.com.

²Especialista em Direito Ambiental pela PUC/SP e Docência no Ensino Superior pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas do Araguaia – FACISA. Professor do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas do Araguaia - FACISA. E-mail: tiberioricardo@gmail.com



1 INTRODUÇÃO

Instituído pela Lei nº 8.036/1990, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) consiste em um depósito mensal no valor de 8% (oito por cento) da remuneração do empregado pelo qual o empregador fica obrigado a efetuar-lo em uma conta bancária, na Caixa Econômica Federal, em nome do obreiro (denominada conta vinculada), sem que haja descontos das duas verbas salariais.

As verbas fundiárias têm por finalidade a prestação do auxílio ao trabalhador, até que consiga ser novamente contratado, desde que seja demitido sem justa causa, ou, então, se o objeto do contrato de trabalho encerrar-se por qualquer motivo de força maior (óbito do obreiro, p., ex.).

Nesse contexto, este trabalho possui a finalidade de compreender o fundamento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior do Trabalho para modular os efeitos da prescrição do pleito de verbas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), mediante análise do seguinte problema: A constitucionalidade na aplicação da Prescrição Quinquenal no pleito de verbas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Superior do Trabalho acarreta insegurança jurídica para Empregado e Empregador?

O art. 23, §5º, da Lei nº 8.036/1990 e art. 55, do Decreto nº 99.684/1990, dispõem que o lapso temporal é de 30 (trinta) anos para requerer as verbas de FGTS não depositadas (prescrição trintenária), enquanto a Súmula 362, TST, resultado do julgamento do ARE 709212, de Relatoria do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, trata sobre a modulação dos efeitos da prescrição do pleito das verbas fundiárias, em 05 (cinco) anos, se a lesão consumara-se a partir da data da decisão (13.11.2014), observando o lapso temporal de 02 (dois) anos do término do contrato de trabalho. Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso, em 13.11.2014, sendo aplicável o que se consumir primeiro: 30 (trinta) anos, contados do termo inicial, ou 05 (cinco) anos computados a partir de 13.11.2014.



Acredita-se que a presente pesquisa, que possui como Tema A Modulação dos Efeitos na Aplicação do Prazo Prescricional do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), demonstra que a modulação dos efeitos da prescrição possibilita a segurança jurídica com a aplicabilidade devida do interstício temporal correto e eficaz para as demandas cujo objeto são as verbas fundiárias, evitando o locupletamento e preterição de direitos.

Diante das questões postuladas neste artigo, considerando a maneira de abordagem do Problema, a Pesquisa Qualitativa corrobora a natureza do trabalho ante a evidência da dinâmica relação entre o mundo real e o sujeito, considerando a modulação dos efeitos do prazo prescricional das verbas fundiárias com a situação específica laboral de cada obreiro, o que enseja a apuração da aplicabilidade do interstício temporal Quinquenal ou Trintenário com a consequente promoção de segurança jurídica ao titular do direito pelo Poder Judiciário.

Foi utilizada a Pesquisa Bibliográfica, partindo da análise constitucional, legal e principalmente jurisprudencial, com a decisão do Pretório Excelso no ARE 709212, de Relatoria do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, o que ensejou a modulação dos efeitos da prescrição (Quinquenal ou Trintenária) do pleito da verba fundiária.

No que tange ao Método, foi utilizado o Método Dedutivo, por haver o termo inicial da pesquisa em fontes gerais do direito (Constituição da República Federativa de 1988, Consolidação das Leis do Trabalho, Lei nº 8.036/1990, Decreto nº 99.684/1990 e Súmula 362, TST, resultado do julgamento do ARE 709212), com a consequência em fenômenos particulares que consistem na modulação dos efeitos da prescrição do pleito do FGTS em Quinquenal ou Trintenária, sendo aplicável o interstício temporal viável à situação de cada trabalhador, com fulcro nas regulamentações supramencionadas.

Como autores fundamentais ao desenvolvimento do estudo, utilizaram-se Alencar (2017), Barros (2005), Romar (2014), Santos (2017) e Silva (2014).

Por conseguinte, a pesquisa abordou o conceito de FGTS e o prazo prescricional previsto na Lei nº 8.036/1990 (Trintenário) e na Constituição da República Federativa de 1988 (Quinquenal), o resultado da controvérsia constitucional-legal mediante a Súmula 362, TST, resultado do julgamento do ARE 709212, de Relatoria do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, no STF, abordando a segurança jurídica evidente no julgamento do citado ARE 709212.



Destarte, avaliando a aplicabilidade do melhor prazo prescricional para as causas em trâmite na Especializada Laboral, acredita-se que esta pesquisa delimitará a maneira constitucionalmente adequada na incidência do lapso temporal do requerimento de verbas relativas ao FGTS.

2 HISTÓRICO DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO (FGTS)

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) constitui em pecúlio disponibilizado ao trabalhador, em decorrência de dispensa arbitrária, aposentadoria, morte ou hipóteses contingenciais previstas pelo art. 20, Lei nº 8.036/1990.

Na data de 10 de novembro de 1937, foi instituído por Getúlio Dornelles Vargas o Estado Novo (1937-1945) e, em meio ao seu governo ditatorial, em 1º de maio de 1943, foi criada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), proporcionando aos trabalhadores inúmeros direitos trabalhistas exigidos, inclusive perante a União, a seus empregadores, tais como a Carteira de Trabalho (CTPS), descanso semanal remunerado (DSR), o salário-mínimo, a jornada de trabalho de 8 (oito horas) diárias e 44 (quarenta e quatro) semanais, a criação da Justiça do Trabalho, bem como a regulamentação do labor feminino e de menores.

Dentre tais direitos, o art. 477³, 478⁴ e 492⁵ celetistas passaram a regulamentar a estabilidade empregatícia decenária e a indenização por tempo de serviço aplicáveis em contrato de trabalho, por prazo determinado, invocando os suplementos do Princípio da

³Art. 477 É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para a cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base de maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa. (BRASIL, 1943). Art. 492 O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas. (BRASIL, 1943).

⁴Art. 478 A indenização devida pela rescisão de contrato por prazo indeterminado será de 1 (um) mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a 6 (seis) meses. (BRASIL, 1943).

⁵Art. 492 O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas. Parágrafo único - Considera-se como de serviço todo o tempo em que o empregado esteve à disposição do empregador. (BRASIL, 1943)



Continuidade⁶ em prol da preservação do emprego e da segurança econômica, ao compor o obreiro em uma atividade laboral, passando a tratar sobre a estabilidade do obreiro também a Carta de 1946, no art. 157, XII⁷.

Nesse ínterim, a Estabilidade Decenal era aplicada somente aos obreiros que permaneciam trabalhando no mínimo 10 (dez) anos para o mesmo empregador, restando vedada a despedida sem justa causa após esse lapso temporal. Caso ocorresse, teria direito a uma indenização, representando um mês da remuneração do trabalhador, por ano, acrescido de multa em 10%. Sob outro prisma, o empregado que fosse demitido no primeiro ano de serviço (período de experiência) não fazia jus a nenhuma indenização.

Os severos efeitos da aplicação das disposições que regulamentam a estabilidade empregatícia contribuíram para a recessão econômica, em meio às sociedades empresariais; uma vez vedada a despedida arbitrária, a *contrario sensu*, teria o empregador de arcar com os ônus indenizatórios por tempo de serviço que evoluía em grande escala, surgindo, nesse contexto, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

Instituído pela Lei nº 5.107/1966, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço foi criado em meio à insatisfação da classe patronal com a estabilidade decenal e indenização por tempo de serviço, corroborando o período ditatorial para fortalecer o propósito dos empregadores e a ausência de intervencionismo estatal na economia e relações trabalhistas.

Por essa lei, considerando a disposição do art. 157, XII, da Constituição de 1946, tornara-se imperativo constitucional, o FGTS fora criado com o intuito de proporcionar ao empregado a reserva de numerário, com a permissão de sacá-lo nas hipóteses legalmente previstas, podendo simultaneamente financiar a aquisição de imóveis pelo Sistema Financeiro de Habitação (SFH), bem como incrementar a indústria da construção civil, sendo beneficiário somente obreiro regulamentado pela norma celetista.

Assim, diante da irrenunciabilidade da norma, prevista no art. 157, XII, da Constituição de 1946, o trabalhador tinha a faculdade de optar pelo FGTS que cessaria a tutela do regime obrigatório. Entretanto, o recolhimento do valor fundiário passara a ser em

⁶“Visa à preservação do emprego, com o objetivo de dar segurança econômica ao trabalhador e incorporá-lo ao organismo empresarial.” (BARROS, p. 174, 2005).

⁷ Art. 157 A legislação do trabalho e da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria das condições dos trabalhadores: XII – estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir. (BRASIL, 1946).



conta corrente do obreiro, não havendo a necessidade de indenizá-lo no ato da rescisão contratual, uma vez estando os valores previamente depositados.

Com a Lei nº 5.107/1966, ficou abalada a estabilidade decenária empregatícia, uma vez que, passados dez anos da continuidade laboral, o empregado não faria jus à estabilidade para com o mesmo empregador, descontentando a classe operária da época.

Com o advento da Constituição da República Federativa de 1988, o seu art. 7º, III, elencou como direito dos trabalhadores urbanos e rurais o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, tornando este instituto obrigatório para todos os obreiros, resguardando-os da dispensa arbitrária, mediante indenização compensatória de 40 % (quarenta por cento) sobre o seu saldo.

Para tratar especificamente sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), fora criada a Lei nº 7.839/1999, regulamentada posteriormente pelo Decreto nº 98.813/1990, revogando a lei anterior desse instituto (Lei nº 5.107/1966), sendo sucessivamente revogada pela Lei nº 8.036/1990, vigente até então.

Essa lei prevê que a existência de vínculo empregatício basta para abertura de conta vinculada do FGTS, em nome do funcionário, na Caixa Econômica Federal, para que ali seja depositado o importe de 8% (oito por cento) de sua remuneração, paga ou devida, no mês anterior até todo dia 7 (sete), conforme art. 15, Lei nº 8.036/1990, competindo ao Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), a verificação, em nome da Caixa Econômica Federal, do cumprimento da normatização fundiária, principalmente no que tange à apuração de débitos e infrações praticadas pelos empregadores e tomadores de serviço, lavrando a notificação para que comprovem os depósitos efetuados em favor do obreiro (art. 23, Lei nº 8.036/1990).

Assim, o Conselho Curador do FGTS é o órgão criado pela lei supramencionada que estabelece diretrizes e normas para a regulamentação desse instituto, sendo composto por trabalhadores, empregadores, órgãos e entidades governamentais e presidido pelo Ministro do Trabalho e Emprego, conforme dispõe o art. 2º, *caput*, I, Decreto nº 6.827/2009⁸. Sua competência, estabelecida pelo art. 5º, I, Lei nº 8.036/1990⁹, também estabelece os setores em

⁸Art. 2º O Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – CCFGTS, criado pelo art. 3º da Lei nº 8.030, de 11 de maio de 1990, será composto pelos seguintes membros, titulares e suplentes: I – Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, que o presidirá; (BRASIL, 1990).

⁹ Art. 5º Ao Conselho Curador do FGTS compete: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015) I – estabelecer as diretrizes e os programas de alocação de todos os recursos do FGTS, de acordo com os



que os recursos fundiários serão aplicados e programas governamentais de desenvolvimento urbano e habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana, sendo notória a distribuição devida das verbas fundiárias entre a classe operária e o financiamento de políticas públicas.

3 DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

O instituto da Prescrição consiste no lapso temporal que o titular de um direito possui para o seu pleito judicial. A prescrição ocorre em função do tempo, à medida que a inércia do titular poderá conduzir à extinção da relação jurídica, posto que o direito em si não é atingido com os seus efeitos, mas consubstancia a cessação de sua exigibilidade perante o Poder Judiciário. Deve-se observar, destarte, os prazos previstos em lei para que o titular possa demandar a pretensão resultante da violação do seu direito, *ex vi* do art. 189, C. Civil¹⁰.

O fundamento da prescrição é o almejo pela paz social e a tranquilidade da ordem jurídica, atingindo diretamente a ação e conseqüentemente o direito. Mormente a prescrição esteja ligada à perda do direito de ação, ocorrerão simultaneamente a extinção da pretensão e do direito, vez que o direito jamais terá eficácia, caso não possua meio de torná-lo eficaz perante terceiros. Assim, no que tange à consumação deste instituto, é evidente que há sempre perecimento de um patrimônio e majoração de outro.

Em se tratando do instituto da prescrição aplicável no Direito do Trabalho, a Constituição da República Federativa de 1988, no art. 7º, XXIX¹¹, o art. 11¹², da

critérios definidos em lei, em consequência com a política nacional de desenvolvimento urbano e as políticas setoriais de habilitação popular, saneamento básico e infra-estrutura urbana estabelecidas pelo Governo Federal; (BRASIL, 1990).

¹⁰Art. 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. (BRASIL, 2002).

¹¹Art. 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000). (BRASIL, 1988).

¹² Art. 11 - O direito de ação quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve: (Redação dada pela Lei nº 9.658, de 5.6.1998)I - em cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato; (Incluído pela Lei nº 9.658, de 5.6.1998) (Vide Emenda Constitucional nº 28 de 25.5.2000)II - em dois anos, após a extinção do contrato de trabalho, para o



Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a Súmula 308, I¹³, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, aduzem sobre a Prescrição Quinquenal e Prescrição Bienal, aplicáveis aos dissídios trabalhistas. O art. 23, §5^{o14}, da Lei n° 8.036/1990 e art. 55¹⁵, do Decreto 99.684/1990, trata o lapso temporal para o pleito de verbas relacionadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) como Prescrição Trintenária, para administrar o pleito de créditos resultantes da relação laboral.

No magistério de Carla Teresa Martins Romar, lê-se: “[...] em relação à Prescrição Bienal (2 anos após a extinção do contrato de trabalho), considera-se como termo final do prazo prescricional o mesmo dia em que ocorreu a extinção do contrato, mas dois anos depois.” (ROMAR, 2014, p. 566). Em contrapartida:

A prescrição quinquenal, também deve ser considerada a mesma regra. Assim, violado um direito na vigência do contrato de trabalho, o empregado tem o prazo de 5 (cinco) anos para ajuizar a ação, contando o prazo da data da violação; extinto o contrato de trabalho, o empregado poderá reclamar os direitos dos 5 (cinco) anos anteriores à data do ajuizamento da ação (desde que respeitada a prescrição bienal). (ROMAR, 2014, p. 566).

trabalhador rural. (Incluído pela Lei n° 9.658, de 5.6.1998) (Vide Emenda Constitucional n° 28 de 25.5.2000)§ 1° O disposto neste artigo não se aplica às ações que tenham por objeto anotações para fins de prova junto à Previdência Social. (Incluído pela Lei n° 9.658, de 5.6.1998). (BRASIL, 1943).

¹³ Súmula n° 308 do TST PRESCRIÇÃO QUINQUENAL (incorporada a Orientação Jurisprudencial n° 204 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 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. (ex-OJ n° 204 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)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. (ex-Súmula n° 308 - Res. 6/1992, DJ 05.11.1992). (BRASIL, 2014).

¹⁴ 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 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. § 5° 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. (BRASIL, 1990).

¹⁵Art. 55. 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. (BRASIL, 1990).



Todavia, a Prescrição Trintenária, trazida pela Lei nº8. 036/1990, consiste no interstício temporal de 30 (trinta) anos, para que o obreiro provoque o Poder Judiciário com a finalidade de receber os créditos fundiários não depositados por seu Empregador.

4 DO FUNDAMENTO DO LEGISLADOR QUANTO À PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA ENTABULADA PELA LEI Nº 8.036/1990

Especificamente, em se tratando do prazo prescricional para o pleito de depósitos não efetuados pelo Empregador das verbas de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), divergiam a doutrina e a jurisprudência sobre a sua classificação como tributo ou não.

Com fulcro no art. 146 e 149, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, entende-se ser o FGTS um tributo, porque as suas contribuições destinam-se ao financiamento da política nacional de desenvolvimento urbano, habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana, aplicando-se a Prescrição Quinquenal, *ex vi* do art. 174¹⁶, Código Tributário Nacional, para o pleito da ausência do recolhimento das contribuições.

Sob outro prisma, respaldado no entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar, o STF-RE 100.249-2-SP corrobora que o FGTS consiste em adimplemento indireto de indenização por tempo de serviço, fazendo o obreiro jus aos valores fundiários por motivos de cessação do contrato de trabalho; mormente existam restrições impostas legalmente pela lei quanto à movimentação do saldo fundiário, jamais perece o direito do trabalhador quanto a essas verbas depositadas ao longo da relação empregatícia, prevalecendo a sua titularidade, sendo o prazo prescricional de 30 (trinta) anos para reclamar os depósitos relativos ao Fundo de Garantia Por Tempo de Serviço (FGTS), com fulcro no art. 7º, III, CRFB/88 e art. 23, §5º, Lei nº 8.036/1990.

Entretanto, ao conjugar os dispositivos legais supramencionados, o Tribunal Superior do Trabalho, à época, adotara o seguinte entendimento com a antiga redação da Súmula 362, dispondo que: “É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da

¹⁶ Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva. (BRASIL, 1966).



contribuição para o FGTS, observando o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.”

5 DO FUNDAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO QUANTO À APLICABILIDADE DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DO PLEITO DE VERBAS DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO (FGTS)

5.1 DO FUNDAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

Em 13 de novembro de 2014, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o ARE 709212, de Relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, reconheceu a repercussão geral e, por maioria, fora declarada a inconstitucionalidade do art. 23, §5º, Lei nº 8.036/1990 e do art. 55 do Decreto nº 99.684/1990, no que tange à ressalva do “[...] privilégio do FGTS à prescrição trintenária [...]” e pela violação da disposição normativa do art. 7º, XXIX, da Constituição da República Federativa de 1988.

O reiterado entendimento Pretoriano teve por fundamento a equivocada orientação adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) e pelas instâncias ordinárias quanto à aplicação do prazo prescricional de 30 (trinta) anos para o pleito dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço não efetuados. Com fulcro nas disposições normativas supramencionadas, as disposições legais que tratam como Trintenária a prescrição do pleito de verbas fundiárias foram declaradas inconstitucionais, quando do julgamento do RE 522.897, também de relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

Fora reconhecida a não aplicação da Prescrição Quinquenal para o pleito de verbas fundiárias, pelo fato de o FGTS integrar o rol dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais previstos pelo art. 7º, da *Lex Mater*, asseverando que a interpretação adotada pela Corte Superior Trabalhista viola os Princípios da Igualdade, Segurança Jurídica, Propriedade, Razoabilidade, Proporcionalidade, Legalidade e Devido Processo Legal, com a consequente determinação da aplicação do prazo prescricional previsto por esse dispositivo constitucional.



Desse modo, sustenta o Magistrado que “A previsão de prazo tão dilatado para reclamar 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.” (BRASIL, 2014). E ainda ressalta que “[...] não mais subsistem, a meu ver, as razões anteriormente invocadas para a adoção do prazo trintenário” (BRASIL, 2014). Isto porque o FGTS possui natureza social e trabalhista, em decorrência direta da relação de trabalho (conceito de maior abrangência do que mera relação empregatícia).

Com a finalidade de vedar a mitigação do Princípio da Segurança Jurídica, fora reconhecida a modulação dos efeitos da Prescrição Quinquenal para o pleito das verbas de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), produzindo apenas efeitos *ex nunc*, conforme depreende-se do julgado:

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 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. (BRASIL, 2014).

Por fim, reitera o Ministro Relator que à luz da diretriz constitucional do art. 7º, XXIX, da Magna Carta, aplica-se o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para a cobrança de depósitos não efetuados das verbas relativas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), por se tratar, conforme supracitado, de direito trabalhista e social elencado no rol constitucional dos direitos trabalhistas, corroborando a inconstitucionalidade do art. 23, §5º, Lei nº 8.036/1990 e art. 55 do Decreto nº 99.684/1990 (com efeitos prospectivos por razões de segurança jurídica), aplicando-se a modulação dos efeitos prescricionais em 5 (cinco) anos, caso o termo inicial do prazo prescricional se consumir após a data do julgamento do ARE 709212 (13.11.2014), ou se o prazo já estiver em curso, impõe-se o que finalizar primeiro (30 anos, contados do termo inicial, ou 5 anos, a partir da decisão do Recurso).



5.2 DO FUNDAMENTO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST)

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, XXIX, determina expressamente o lapso temporal aplicável ao ajuizamento de ações cujo objeto é o pleito de créditos resultantes das relações laborais, de sorte que o prazo prescricional computa-se em 5 (cinco) anos até o limite de 2 (dois) anos contados da extinção do contrato de trabalho.

Pela Carta Magna de 1988, é de se concluir que o FGTS trata-se de direito de cunho social e laboral que está incluído no rol constitucional dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, sendo reconhecido pelo Tribunal Superior do Trabalho, no ano de 2003, com a edição da Súmula 362, considerando o interstício temporal de 2 (dois) anos após a cessação do contrato de trabalho e reconhecendo o prazo trintenário para a cobrança dos valores fundiários não depositados. Dessa forma, o Princípio da Proteção do Trabalhador não possui eficácia, por si só, para autorizar a hermenêutica do art. 7º, XXIX, da Carta de 1988 em que define o prazo prescricional mínimo que a legislação ordinária deve observar, inexistindo vedação à sua ampliação, com fulcro na Proteção ao trabalhador. Sérgio Pinto Martins *apud* Gilmar Ferreira Mendes corrobora que:

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. (BRASIL, 2014).

É cediço que o Princípio da Proteção do Trabalhador jamais deve ser interpretado e aplicado de maneira isolada, por dever ater-se aos demais Princípios que sustentam a ordem constitucional. Assim, a legislação ordinária que fixa prazo prescricional distinto do disposto pela *Lex Mater* viola diretamente o Texto Constitucional e age de encontro com a segurança das relações jurídicas, sendo certo que deve prevalecer a disposição constitucional que já determinara o interstício temporal para o pleito dos créditos trabalhistas advindos dos direitos elencados pelo rol do art. 7º, da Constituição Federal de 1988, dos quais o FGTS é integrante.



Não se deve olvidar que o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior do Trabalho, por mais de vinte anos, mantiveram o entendimento de ser trintenário o prazo aplicável para o pleito de verbas fundiárias não depositadas, ainda que, após o advento da Carta Magna de 1988, a Suprema Corte entende pela realização de revisão jurisprudencial que influenciara o TST a modificar o teor da Súmula 362.

Assim, pelo reconhecimento da repercussão geral no ARE 709212 pelo Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior do Trabalho teve que modificar o conteúdo da Súmula 362¹⁷, uma vez que o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço é direito de matriz constitucional previsto no rol do art. 7º, da Constituição da República Federativa de 1988, reconhecendo a modulação dos efeitos da prescrição do pleito de verbas fundiárias não depositadas e passa a ter redação semelhante ao *decisum*, no que tange à modulação dos efeitos do interstício prescricional, corroborando o respeito ao prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.

6 DAS CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS A RESPEITO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A alteração jurisprudencial veiculada pelo Supremo Tribunal Federal não fora aceita por parte da Doutrina, em razão da diminuição do prazo para a cobrança da ausência de depósitos fundiários, com o fundamento de que o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) possui natureza jurídica trabalhista e social (não somente trabalhista) e, por isso, jamais deverá ser aplicada a Prescrição Quinquenal elencada na norma disposta no art. 7º, XXIX, da Constituição da República Federativa de 1988, prevalecendo o entendimento da regulamentação pelo interstício prescricional trintenário, consubstanciando o notório cumprimento ao Princípio do Não Retrocesso Social e Princípio da Norma Mais Favorável ao Trabalhador. Nesse sentido, entende Maurício Godinho Delgado *apud* Victor Barbosa Santos:

¹⁷Súmula 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 consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709212/DF). (BRASIL, 2015).



De fato, 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), a ordem jurídica sempre demarcou critério prescricional algo distinto para esse instituto. Nessa esteira, a Lei n. 8.036/90 estabelece prazo prescricional trintenário com relação aos depósitos do Fundo de Garantia (art. 23, § 5º, Lei n. 8.36/90). (DELGADO apud SANTOS).

Ratificam, destarte, que o prazo prescricional trintenário não traz prejuízos ao Empregador, uma vez que ele deveria ter realizado os depósitos fundiários na conta vinculada do obreiro à época correta e que esses depósitos possuem liame em relação ao interesse público, pelo fato de que o montante das contribuições é destinado ao financiamento dos programas de governo (saneamento básico, habitação, infraestrutura, entre outros). Por fim, Henrique Correia e Élisson Miess *apud* Victor Barbosa Santos ratificam que:

O prazo prescricional de 30 anos dos depósitos do FGTS previsto no art. 25, § 3º, Lei nº 8.036/1990 é nitidamente um direito conquistado aos trabalhadores, cuja supressão viola o princípio do não retrocesso social e causa prejuízos aos trabalhadores. (CORREIA e MIESSA *apud* SANTOS).

Sob outro prisma, equivocados estão os defensores supramencionados, pois, mormente o Fundo de Garantia Por Tempo de Serviço possua caráter social, não se pode olvidar a sua natureza trabalhista e expressamente disposta no rol de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais previstos pelo art. 7º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No que tange ao caráter social, não se pode utilizá-lo como fundamento da prescrição trintenária para a reclamação de verbas fundiárias não depositadas, uma vez que existem inúmeros direitos sociais de cunho patrimonial (salário-mínimo, décimo terceiro salário, salário-família, entre outros) e nenhum deles possui prazo prescricional dilatado como este.

O saldo de FGTS constitui verba de caráter alimentar e, por isso, desde 1988, com o advento da Carta Magna, conforme já mencionado, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço está elencado como direito dos obreiros, no art. 7º, III, da Lei Maior, estando notoriamente sujeito ao lapso temporal de 5 (cinco) anos para a cobrança dos créditos fundiários, prazo este



estabelecido, devido à urgência do trabalhador quanto à necessidade de gozar de tais verbas, em caso de dispensa arbitrária, ou outras situações elencadas pela Lei nº 8.036/1990.

Por fim, estima-se plena concordância com o entendimento utilizado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, do Supremo Tribunal Federal, ao decidir pela aplicabilidade do prazo prescricional de 5 (cinco) anos para a reclamação da ausência de depósitos fundiários, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 23, §5º, Lei nº 8.036/1990 e art. 55 do Decreto nº 99.684/1990, com efeito *ex nunc* e a consequente modulação dos efeitos da prescrição para fins de segurança jurídica, ocasionando a modificação normativa no teor da Súmula 362 que trata desse tema.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, faz-se evidente a douta sabedoria do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, ao declarar a inconstitucionalidade do art. 23, §5º, Lei nº 8.036/1990 e art. 55 do Decreto nº 99.684/1990, com efeito, *ex nunc* (prospectivo) e reconhecer o instituto da Prescrição Quinquenal para o pleito dos créditos de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), inclusive pelo Tribunal Superior do Trabalho por se tratar de direito dos trabalhadores urbanos e rurais, expressamente elencados no rol do art. 7º, da Constituição da República Federativa do Brasil, modulando os efeitos da sua aplicação, para que não ocorra insegurança jurídica tanto para o trabalhador, quanto para o empregador, ficando aquém de toda forma de retrocesso e prejuízos, uma vez que fora sanada uma inconstitucionalidade e atribuída celeridade ao pleito das verbas fundiárias não depositadas, com o consequente recebimento do saldo, respeitando a normatização constitucional.

8 REFERÊNCIAS

ALENCAR, Marcos. A Súmula 362 do TST e a Prescrição do FGTS. **Blog MA Trabalhismo em Debate**. 17 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.trabalhismoemdebate.com.br/2015/06/a-sumula-362-do-tst-e-a-prescricao-do-fgts/>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 1ª ed. São Paulo-SP: LTr, 2005.



BRASIL. Código Tributário Nacional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 27 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 05 jul. 2017.

_____. Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 1 mai. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

_____. Decreto nº 6.827, de 22 de Abril de 2009. **Câmara dos Deputados – Centro de Documentação e Informação**. Brasília, DF, 22 abr. 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2009/decreto-6827-22-abril-2009-587789-normaatualizada-pe.html>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

_____. Decreto nº 99.684, de 8 de Novembro de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 12 nov. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d99684.htm>. Acesso em: 03 jul. 2017.

_____. Lei nº 8 036, de 11 de maio de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 14 mai. 1990, retificado em 15 mai. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 709212. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 13 nov. 2014: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE709212voto.pdf>>>. 2014 Acesso em: 06 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ARE 709212**. Brasília: <<http://www.stf.jus.br/PORTAL/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=279716>>.2014. Acesso em: 06 jun. 2017.

_____. SupremoTribunalFederal.RE116762SP.Brasília:<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14817031/recurso-extraordinario-re-116762-sp-stf>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

_____. TribunalSuperiordoTrabalho.**Súmulanº362**.Brasília:<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-362>. Acesso em: 13 jul. 2017.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho Esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.



SANTOS, Victor Barbosa. Da prescrição para requerer os depósitos do FGTS: alteração da Súmula nº 362 do TST em virtude de recente julgamento do STF. **Conteúdo Jurídico**. 20 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,da-prescricao-para-requerer-os-depositos-do-fgts-alteracao-da-sumula-no-362-do-tst-em-virtude-de-recente-julga,55244.html>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

SILVA, Santiago Custódio da Do Surgimento do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço como intuito jurídico no ordenamento jurídico brasileiro. **Conteúdo Jurídico**. 02 mai. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,do-surgimento-do-fundo-de-garantia-de-tempo-de-servico-como-intuito-juridico-no-ordenamento-juridico-brasileiro,47870.html#_ftn2.>. Acesso em: 30 Jun. 2017.