

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FELIPE TABORDA

FGTS E O REGIME PRESCRICIONAL

Uma análise socioeconômica acerca do novo posicionamento do STF

CURITIBA

2015

FELIPE TABORDA

FGTS E O REGIME PRESCRICIONAL

Uma análise socioeconômica acerca do novo posicionamento do STF

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel.

Prof. Orientadora: Dra. Thereza Cristina Gosdal

CURITIBA

2015

DEDICATÓRIA

À minha família, sem a qual nada seria possível.

RESUMO

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) consolidou-se como um instrumento de fomento econômico e social, assegurando a sua fonte de recursos (os recolhimentos feitos pelo empregador na conta vinculada do trabalhador) por meio da prescrição trintenária para se pleitear em juízo os depósitos não efetuados pelo empregador. No entanto, em novembro de 2014, o Supremo Tribunal Federal, com base no artigo 7º, XXIX da Constituição Federal, reconheceu a inconstitucionalidade dos dispositivos que asseguravam tal prazo prescricional. Pelas sérias consequências que essa decisão provoca no mundo prático da sociedade, o presente estudo analisa esses efeitos por meio de uma abordagem do FGTS como sendo um agente de fomento econômico e social, isto é, ao mesmo tempo em que assegura o empregado nos casos de despedida sem justa causa (caráter social), também constitui fonte de financiamento de políticas governamentais de habitação popular, infraestrutura e investimento (caráter econômico). É, portanto, uma importante ferramenta de efetivação de princípios constitucionais de ordem econômica e social, que tem sua gênese nas relações de trabalho. Sob tal perspectiva, com o prazo prescricional reduzido de trinta para cinco anos, questiona-se se esse Fundo Público não corre o risco de perder a razão de sua constituição e as funções a que se destina.

Palavras-chave: FGTS, prescrição trintenária, Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The Guarantee Fund for Employees (FGTS) established itself as an instrument for economic and social development, ensuring its source of funding (the payments made by the employer in the worker's escrow account) through its statute of limitation of thirty years to plead deposits which were not made by the employer. However, in November 2014, the Supreme Court, based on Article 7, XXIX of the Constitution, recognized the unconstitutionality of the provisions ensuring such lapse of time for prescription. There are serious consequences caused by this decision in the practical world of society and this study aims to analyze these effects by the perspective of the FGTS as being a social and economic agent for development: while it ensures the employee in cases of dismissal without cause (social character), it is also a source for public policies for housing finance, infrastructure and investment (economic character). Therefore, it is an important tool to achieve economic and social constitutional objectives. From this perspective, with the reduction of the statute of limitation to only five years, this Public Fund may lose its reason for existence and its economic and social functions.

Keywords: Guarantee Fund for Employees (FGTS), prescription, Supreme Court.

LISTA DE ABREVIÁRIOS E/OU SIGLAS

ARE	– Recurso Extraordinário com Agravo ou Agravo em Recurso Extraordinário
BNH	– Banco Nacional de Habitação
CEF	– Caixa Econômica Federal
CF/88	– Constituição Federal de 1988
CLT	– Consolidação das Leis do Trabalho
CTN	– Código Tributário Nacional
EC	– Emenda Constitucional
FGTS	– Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
FIC	– Fundo de Investimento em Cotas
FI-FGTS	– Fundo de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
LOPS	– Lei Orgânica da Previdência Social
OIT	– Organização Internacional do Trabalho
RE	– Recurso Extraordinário
SFH	– Sistema Financeiro de Habitação
STF	– Supremo Tribunal Federal
STJ	– Superior Tribunal de Justiça
TST	– Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 CAPÍTULO I – ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA CONSTITUCIONAL	10
2.1 NOÇÕES ACERCA DO PAPEL DOS PRINCÍPIOS NA CONSTITUIÇÃO	11
2.2 ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	15
2.3 O PAPEL DO TRABALHO NA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL	19
3 CAPÍTULO II – O FGTS NA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL	23
3.1 DELINEAMENTO HISTÓRICO DO FGTS	24
3.2 CONTROVÉRSIAS ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO FGTS.....	27
3.3 ADMINISTRAÇÃO E GESTÃO DOS RECURSOS DO FGTS	30
3.4 O FGTS COMO AGENTE ECONÔMICO E SOCIAL	33
4 CAPÍTULO III – REGIME DE PRESCRIÇÃO DO FGTS E O STF	40
4.1 FGTS, PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA E O STF.....	40
4.2 ABORDAGEM CRÍTICA ACERCA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DO STF	47
4.3 DOS IMPACTOS DO NOVO POSICIONAMENTO DO STF	53
4.4 NOVO REGIME PRESCRICIONAL DO FGTS SOB UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL	56
5 CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) foi criado em 1966 com o objetivo de substituir a estabilidade decenal, que, à visão de muitos, acabava por inviabilizar investimentos estrangeiros no país, além de se apresentar pouco eficaz, dado que muitos empregados eram despedidos pouco antes de alcançar a estabilidade decenal. Nesse sentido, o FGTS seria uma poupança compulsória em benefício do trabalhador, a ser levantada em hipóteses previstas na legislação própria, inclusive em situação de despedida do emprego, ou seja, uma espécie de fundo de reserva.

Entretanto, o FGTS consolidou-se como um agente de fomento econômico e social, posto que os recursos depositados neste Fundo Público constituem fonte de financiamento de aquisição de imóvel próprio por trabalhadores; de financiamento de habitação popular para pessoas com baixa renda; de investimento em infraestrutura e saneamento básico voltados à sociedade; além de possibilitar o investimento no mercado financeiro por parte dos titulares das contas vinculadas do FGTS.

Ocorre que, com o objetivo de assegurar esse direito do trabalhador, posto que os recolhimentos do FGTS devem ser depositados pelo empregador na conta vinculada do trabalhador sobre a remuneração, a lei que instituiu o FGTS, bem como suas sucessoras, consolidaram a previsão de que o prazo prescricional para se postular em juízo os depósitos não efetuados na conta vinculada era de trinta anos, a chamada prescrição trintenária, que, inclusive, encontrou chancela em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho, além do próprio Supremo Tribunal Federal.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, seu artigo 7º, III, elencou o FGTS como um direito dos trabalhadores, o que levou ao questionamento de que, por tal razão, a prescrição a ser observada deveria ser aquela prevista no inciso XXIX do artigo 7º da Constituição Federal, qual seja, de cinco anos, observando-se o ajuizamento da ação no período de dois anos do término da relação contratual.

Em novembro de 2014, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 709.212, cujo Relator fora o Ministro Gilmar Mendes, o STF se posicionou no sentido de que a prescrição trintenária é inconstitucional, ante a previsão do prazo prescricional previsto no

artigo 7º da Constituição de 1988, devendo ser observado, portanto, o prazo prescricional de cinco anos.

Este trabalho, em um primeiro momento, volta-se a uma abordagem principiológica constitucional sobre o papel do trabalho na ordem econômica e social, de modo a apresentar os contornos constitucionais no que toca a ordem econômica e social, demonstrando que a Constituição de 1988 adota uma estrutura normativa-principiológica que sustenta toda a ordem econômica e social, tendo como base o primado do *trabalho*, que, por sua vez, é um dos agentes a quem foi incumbido o papel de efetivar a dignidade da pessoa humana.

Em um segundo momento, pauta-se no papel econômico e social do FGTS na sociedade. Tal abordagem se dá elencando o FGTS como elemento que, nascendo nas relações de trabalho, possui qualidades suficientes como ferramenta de efetivação de princípios constitucionais de ordem econômica e social, simultaneamente.

Questiona-se então a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive no sentido de se distanciar de princípios de ordem econômica e social, invocando-se aspectos não considerados na referida decisão, como os impactos social e econômico da redução do prazo prescricional para cinco anos.

A metodologia empregada é constituída da análise da estrutura normativa que sustentou a prescrição trintenária desde a criação do FGTS, com a Lei 5.107/66, até a normativa vigente, passando-se à análise do Acórdão e dos fundamentos que levaram ao reconhecimento da inconstitucionalidade dos dispositivos que previam a prescrição trintenária, valendo-se para tanto da doutrina especializada acerca do tema, bem como da normativa constitucional e infraconstitucional atinente ao FGTS.

Nesse sentido, a abordagem deste trabalho se dá no sentido de que a redução do prazo prescricional do FGTS para cinco anos, em verdade, seria um incentivo ao empregador não recolher os depósitos devidos por lei à conta vinculada do trabalhador, colocando-o na encruzilhada entre acionar o judiciário e colocar em risco o contrato, ou assegurar o contrato e renunciar ao direito, que legitimará o descumprimento do dever legal imposto ao empregador, de modo a comprometer toda a destinação dos recursos do FGTS, ofendendo, portanto, princípios constitucionais de ordem econômica e social.

2 CAPÍTULO I – Análise Princioplógica Constitucional

É notório que o Direito do Trabalho, bem como as matérias e direitos a ele inerentes, conduzem a implicações na sociedade e na economia¹. Exemplo disso é o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, que para muito além de sua função protetiva, conforme a Teoria do Ressarcimento do Dano ou Assistencial², consolidou-se como um agente de fomento e de financiamento social e econômico, como se verá adiante.

Observa-se que o FGTS, nascendo das relações de trabalho³, possui qualidades suficientes como ferramenta de efetivação de princípios constitucionais de ordem econômica e social, simultaneamente. Isso se dá, pois ao mesmo tempo em que se constitui como uma segurança ao empregado pela despedida sem justa causa, além das demais hipóteses de levantamento do saldo da conta vinculada do trabalhador previstas em lei, também constitui fonte de financiamento de políticas governamentais de habitação popular, infraestrutura e investimento, além de possibilitar o investimento dos recursos no mercado financeiro.

Partindo da visão de que, como destaca Eros Roberto Grau, “indica o texto constitucional, no seu art. 1º, IV, como fundamento da República Federativa do Brasil, o *valor social do trabalho*; de outra parte, no seu art. 170, *caput*, afirma dever estar a ordem econômica fundada na *valorização do trabalho humano*”⁴, faz-se necessária, de início, uma análise acerca dos contornos constitucionais, sobretudo no que se refere aos princípios

¹ “Como o objeto do Direito do Trabalho tem notórias implicações econômicas, não faltou quem, partindo de outra perspectiva, cedesse à tentação de integrá-lo numa nova categoria à qual se atribuiria tudo o que dissesse respeito às relações dessa natureza e, nesse entendimento, foi considerado parte do Direito Econômico”. Não obstante, é óbvio que o Direito do Trabalho não faz parte do Direito Econômico, pois seu objeto não é simplesmente regular as relações de trabalho, mas dar proteção ao trabalho e ao trabalhador, o que não significa que não tenha consequências econômicas, mas que as considerações dessa natureza devem estar sujeitas à conquista de seus próprios fins”. BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **O Particularismo do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1996, p. 18.

² Teoria defendida por Vólia Bonfim Cassar segundo a qual, sem excluir as demais funções, sustenta que a principal função do FGTS seria a de compensar o trabalhador pela perda do emprego, pelo que considera a despedida como um dano causado ao empregado. CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 2 ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 1218.

³ “Relação de trabalho *versus* Relação de Emprego – A ciência do Direito enxerga clara a distinção entre relação de trabalho e relação de emprego. A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em *labor humano*. (...) A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual”. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13 ed. LTR. São Paulo. 2014. p. 287.

⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 198).

estabelecidos na Constituição Federal acerca da Ordem Econômica e Social da República Federativa do Brasil, de modo que seja possível, na sequência, a análise do FGTS como um agente que se destina a dar efetividade aos princípios constitucionais de Ordem Econômica e Social, antes de adentrarmos na análise proposta por este trabalho sobre os possíveis impactos econômicos e sociais acerca do novo posicionamento adotado pelo STF, no que diz respeito à prescrição a ser observada para pleitear em juízo os depósitos não efetuados ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço durante a vigência do contrato de trabalho.

2.1 Noções acerca do papel dos Princípios na Constituição

Princípios, segundo as lições de Miguel Realle, são “enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem determinado campo do saber”. Ainda, destaca Realle que, restringindo-se ao aspecto lógico da questão, pode-se dizer que “os princípios são ‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis”⁵.

Partindo de tal conceito e assumindo desde já o caráter normativo atribuído aos princípios⁶, com o intuito de melhor delinear os contornos nos quais se amoldam, vale apresentar - em síntese e voltando-se tão somente às características atribuídas aos princípios, de modo a não se estender exageradamente na questão - o resultado do embate segundo o qual a doutrina buscou diferenciar princípios e regras⁷.

⁵ REALLE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 299.

⁶ Norberto Bobbio, dentre outros, sustenta o caráter normativo dos princípios. Bobbio, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora da UnB, 1999, p. 158-159.

⁷ “A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras”. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de; Pereira, Jane Reis Gonçalves; Sarmiento, Daniel; Souza Neto, Cláudio Pereira de. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: RT, 2006, p. 337.

Assume-se aqui, antes de adentrar a questão, a posição segundo a qual inexistente hierarquia entre ambas as categorias⁸, à vista do princípio da unidade⁹ da Constituição.

Nesse sentido, adota-se a diferenciação apresentada por Luís Roberto Barroso¹⁰, que melhor esclarece a questão ao apontar que o vocábulo “princípio” diz respeito às normas que “expressam decisões políticas fundamentais – República, Estado democrático de direito, Federação -, valores a serem observados em razão de sua dimensão ética – dignidade da pessoa, segurança jurídica, razoabilidade – ou fins públicos a serem realizados -, desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, busca do pleno emprego”.

Prossegue aduzindo que princípios apontam para estados ideais a serem buscados, sem que o relato da norma descreva de maneira objetiva a conduta a ser seguida, ilustrando a questão com a afirmação de que “há muitas formas de respeitar ou fomentar o respeito à dignidade humana, de exercer com razoabilidade o poder discricionário ou de promover o direito à saúde”, sendo que “é nota de singularidade dos princípios a indeterminação de sentido a partir de certo ponto, assim como a existência de diferentes meios para sua realização”.

Barroso¹¹ finaliza sustentando que princípios são, em verdade, mandados de otimização, ou seja, devem ser realizados na maior intensidade possível, sem, no entanto, perder de vista os demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese, apresentando-se, portanto, como direitos *prima facie*, amparados na ideia de que poderão ser exercidos “em princípio e na medida do possível”.

Ao mesmo tempo em que apresenta os contornos pelos quais se moldam os princípios, observa-se que do resultado deste embate atinente à diferença - e consequentemente ao papel de ambos - entre regras e princípios, emergiu também a necessidade de trazer à tona duas importantes funções desempenhadas pela Constituição em um Estado Democrático de Direito, que, segundo Barroso, seriam: (i) proteger valores

⁸ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ibid.* p. 337.

⁹ “A ordem jurídica é um *sistema*, o que pressupõe unidade, equilíbrio e harmonia. Em um sistema, suas diversas partes devem conviver sem confrontos inarredáveis”. Prosseguem os autores: “Por força do princípio da unidade, inexistente hierarquia entre normas da Constituição, cabendo ao intérprete a busca da harmonização possível”. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ibid.* p. 362.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2.ed., 2.tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 206-207.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.* p. 209.

fundamentais e consensos básicos contra a ação predatória das maiorias e (ii) garantir o funcionamento adequado da democracia e do pluralismo político¹².

É exatamente nesse contexto, amparada no pós-positivismo¹³, que ganha destaque a classificação principiológica proposta por José Joaquim Gomes Canotilho, a qual se adota neste trabalho, passando-se resumidamente a expor¹⁴.

Canotilho trabalha os princípios em quatro categorias: i) princípios jurídicos fundamentais, os quais representam os princípios gerais do direito; ii) princípios políticos constitucionalmente conformadores, refletindo opções políticas centrais, assim como a forma ideológica da constituição adotada em um país – a exemplo dos poderes de um Estado, ou mesmo do sistema de governo do Estado; iii) princípios constitucionais impositivos, os quais apresentam-se como pilares em uma Constituição Dirigente ou Programática¹⁵; iv) princípios-garantia, aproximando-se das regras¹⁶.

Nesse cenário, destacam-se os princípios jurídicos fundamentais, representando os princípios gerais do direito, que, segundo Canotilho, “representam os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”¹⁷.

O destaque se faz na medida em que tais princípios são o alicerce da “dogmática principialista estruturante”, também desenvolvida por Canotilho, e que pode ser melhor apresentada por Ruy Samuel Espíndola, que comenta a obra de Canotilho nos seguintes termos:

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.* p. 210-211.

¹³ “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana.”. Prosseguem os autores: “A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética”. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Op cit. p. 336.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Lisboa: Editora Almedina, 2000, p. 170, nota 6.

¹⁵ “A constituição programática (diretiva ou dirigente) se caracteriza por conter normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos. As constituições dirigentes têm como traço comum a tendência, em maior ou menor medida, a serem uma constituição total”. NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2009, 3ª ed, p. 113.

¹⁶ “... são comandos objetivos, prescrições que expressam diretamente um preceito, uma proibição ou uma permissão. Elas não remetem a valores ou fins públicos porque são a concretização destes, de acordo com a vontade do constituinte ou do legislador, que não transferiram ao intérprete, como no caso dos princípios ...”. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 207.

¹⁷ CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993, p.177.

Essa doutrina de direito constitucional pressupõe a existência de princípios constitucionalmente estruturantes. Tais princípios identificam-se como os chamados princípios fundamentais que, de resto, tanto encontram-se em parte específica da Constituição portuguesa como da Constituição brasileira. Esses princípios estruturantes ‘... designam os princípios constitutivos do núcleo essencial da Constituição, garantindo-lhe uma determinada identidade e estrutura’. Para Canotilho, os princípios estruturantes possuem, em geral, duas dimensões: (1) uma dimensão constitutiva, dado que os princípios, eles mesmos, na sua fundamentalidade principal, exprimem, indiciam, denotam ou constituem uma compreensão global da ordem constitucional; (2) uma dimensão declarativa, pois estes princípios assumem, muitas vezes, a natureza de superconceitos, de vocábulos designantes, utilizados para exprimir a soma de outros subprincípios e de concretizações normativas constitucionalmente plasmadas’. [...] Esta concepção dogmática compreende os princípios constitucionalmente estruturantes como ‘... princípios concretos, consagrados numa ordem jurídico-constitucional em determinada situação histórica’. Nega-se, então, a possibilidade de um direito ‘metafísico’, fundado em uma ordem jurídica abstrata, sem supedâneo nas convenções positivas dos homens; rejeita-se um direito reconduzível a uma ordem de valores suprapositiva¹⁸.

Ainda, no sentido de complementar a dogmática principialista estruturante de Canotilho, vale trazer as lições de Paulo Bonavides quando aponta que os princípios gerais tornaram-se fonte primária de normatividade, “corporificando do mesmo passo na ordem jurídica os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional”¹⁹.

Nesse passo, Paulo Henrique Tavares da Silva ressalta que o pós-positivismo “alça os princípios ao patamar mais elevado dentro da pirâmide que hierarquiza as normas”, atribuindo, portanto, caráter normativo aos princípios²⁰, de forma que é da Constituição Federal que serão extraídos os princípios gerais, expressos ou não²¹.

Bonavides ainda sustenta que são os princípios que conferem unidade de sentido e auferem a valoração da ordem normativa nos sistemas constitucionais²².

No entanto, toda a doutrina acima apresentada pode ser sintetizada na ideia trazida por Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, no sentido de que:

[...] o discurso acerca dos princípios, da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com a Ética – ao qual, no Brasil, se deve agregar o da transformação

¹⁸ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 180-182.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 10. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 254

²⁰ SILVA, Paulo Henrique Tavares da. **Valorização do Trabalho como Princípio da Ordem Econômica Brasileira**: interpretação crítica e possibilidades de efetivação. Curitiba: Juruá, 2003, p. 84.

²¹ SILVA, Paulo Henrique Tavares da. *Ibid.* p. 87.

²² Op. cit., p. 254.

social e o da emancipação – deve ter repercussão sobre o ofício dos juízes, advogados e promotores, sobre a atuação do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas. Trata-se de transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na dogmática jurídica e na prática jurisprudencial e, indo mais além, produzir efeitos positivos sobre a realidade²³ [...].

Tal posicionamento acaba por dar o sentido e o alcance acerca do papel dos princípios em uma Constituição. Logo, tendo em vista que, como destacado no início deste capítulo, o FGTS possui qualidades suficientes como ferramenta de efetivação de princípios constitucionais de ordem econômica e social, simultaneamente, passa-se agora à análise de como se organiza a ordem econômica e social na Constituição Federal de 1988.

2.2 Ordem Econômica e Social na Constituição de 1988

Impossível compreender a preocupação latente trazida com a Constituição de 1988 no que diz respeito aos direitos sociais, bem como à ordem econômica e social, sem alocar tais dispositivos no contexto histórico do qual emergiram.

Os direitos sociais, assim como a ordem econômica e social, têm como pano de fundo o fenômeno da socialização²⁴, associado ao papel do estado na regulação da atividade econômica. Nesse direcionamento, ressalta Inocêncio Mártires Coelho que:

[...] fruto desse aparente “desinteresse” jurídico pelo fato econômico, de que se nutriu o Estado Liberal, foram a exacerbação do capitalismo e a sua conseqüente confrontação com o operariado, dando origem à Questão Social, a exigir uma constituição econômica ou um direito especial da economia, em que o Estado, embora não se substituísse ao mercado, interviesse minimamente nas suas disputas, através de normas e/ou institutos que, embora assegurassem o direito de propriedade, a liberdade de empresa e a liberdade de trabalho – como direitos fundamentais econômicos -, não permitissem abusos no seu exercício²⁵.

²³ Op. cit., p. 337.

²⁴ “... a regulação da atividade econômica é um acontecimento histórico relativamente recente, associado que está à passagem do Estado Liberal ao Estado Social, ou, se preferirmos, ao fenômeno da socialização”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1533.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ibid.* p. 1534.

No Brasil, tal fenômeno foi experimentado pela primeira vez com a Constituição de 1934²⁶, que muito além de ser fruto de um movimento revolucionário que acabou por abrir as portas para um estado regulador-intervencionista, resultou por dar singular atenção ao papel da Constituição na ordem econômica e social ao introduzir princípios de justiça social, inserindo pela primeira vez um título autônomo denominado “Da Ordem Econômica e Social”²⁷.

Não se pode esquecer que o Século XX foi marcado pelo confronto entre o Estado Social Capitalista e o Estado Socialista, de forma que, conforme aponta Paulo Henrique Tavares da Silva, “mesmo saindo “vitorioso” o primeiro modelo, não se pode negar as influências deixadas por este último, introduzidas justamente naquelas Constituições produzidas nas últimas décadas daquele período, como é o exemplo brasileiro.”²⁸.

Tavares aponta que a coexistência de ideias e tendências, ora capitalista, ora socialista, pode ser observada na Constituição Federal de 1988. Exemplo disso é o artigo 170, onde “coabita a preservação da livre concorrência (atrelada à livre-iniciativa) e da propriedade privada, valores tipicamente liberais, com a necessidade de dar-se uma função social à propriedade, promover-se a redução das desigualdades regionais e sociais e buscar-se o pleno emprego.”, o que ressalta à Constituição de 1988 os contornos de uma Constituição do Estado Social, segundo as lições de Paulo Bonavides²⁹.

Paulo Henrique Tavares, comentando a obra de Bonavides, aponta que segundo este autor, a Constituição Federal de 1988 não só elenca os direitos sociais, mas também propicia garantias jurídicas destinadas ao seu efetivo exercício, revestindo de auto-executoriedade boa parte desses direitos. Entretanto, Tavares também destaca que o problema da exequibilidade, ou da efetivação de tais direitos sociais, esbarraria na deficiência de condições materiais para

²⁶ “TÍTULO IV. Da Ordem Econômica e Social. Art. 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional de modo que possibilite a todos a existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”. BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1934). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em 23 jul. 15.

²⁷ “... essa nova postura diante do fato econômico se fez sentir a partir da Constituição de 1934, na qual foi inserido um título autônomo – “Da Ordem Econômica e Social” -, (...) que começava por introduzir os princípios de justiça social e das necessidades da vida nacional, de modo a possibilitar a todos uma existência digna, além de garantir a liberdade econômica dentro de tais limites, como elementos fundamentais para a organização da ordem econômica, como enfatiza **Washington Peluso Albino de Souza (O direito constitucional econômico e sua eficácia, São Paulo: Renovar, 2004, p. 131-132)**”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ibid.* p. 1534.

²⁸ Op. cit., p. 94.

²⁹ Op. cit., p. 254.

tanto, o que se mostrou já no início da década de 90, e que culminou na abertura promovida pelo estado para as modificações de caráter neoliberal introduzidas a partir de então³⁰.

Passando a analisar os contornos econômicos e sociais delineados pela Constituição de 1988, observa-se que já em seu art. 1º, IV, indica como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social do trabalho, sendo que em seu art. 170, caput, afirma dever estar a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano.

Ressalta Eros Roberto Grau que sob uma perspectiva constitucional, referente à Carta de 1988, desse relacionamento entre esses dois princípios e os demais por ela contemplados, “resulta que valorizar o trabalho humano e tomar como fundamental o valor social do trabalho importa em conferir ao trabalho e seus agentes (os trabalhadores) tratamento peculiar”³¹.

Nesse contexto, de reconhecer tratamento singular aos trabalhadores, destacam-se os direitos sociais constitucionalmente previstos.

Inocêncio Mártires Coelho, no intuito de legitimar a instituição de tais direitos na Constituição Federal, aponta que “foi graças à atuação Estatal que os direitos sociais, antes reconhecidos apenas por indivíduos altruístas e generosos, lograram alcançar o *status* de direitos fundamentais, vale dizer, a condição de direitos oponíveis *erga omnes* - até mesmo contra o Estado”³².

Eros Grau, esclarecendo que no artigo 6º da Constituição de 1988, o qual está inserido no Capítulo II do Título referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, são reconhecidos como Direitos Sociais “oponíveis ao Estado brasileiro, por todos quantos vivem em nosso território”, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados, na forma estabelecida pela Constituição, significa dizer que há a conformação de tais direitos com o disposto no Título VIII – Da Ordem Social, no qual esses distintos direitos encontram seu desenvolvimento, ou seja, “os mecanismos de sua eficácia ou de seu sentido teleológico e a previsão de ações afirmativas para a sua realização prática, embora ainda longe de serem satisfatórias”³³, sendo que, ainda conforme as palavras do autor, “tais direitos logo a seguir se

³⁰ Op. cit., p. 95.

³¹ Op. cit., p. 198.

³² Op. cit., p. 821-822.

³³ Op. cit., p. 826.

especificam como direitos dos trabalhadores³⁴ (art. 7º, I a XXXIV) – que são os verdadeiros destinatários desses preceitos constitucionais³⁵.

Nesse sentido, aponta Paulo Henrique Tavares que quando se destacam os direitos sociais do Título “da Ordem Social”, colocando-os juntamente com os direitos e garantias fundamentais, “quis a Constituição Federal deixar bem relevado o “primado do trabalho” a que se refere o art. 193³⁶”, que, aliás, ao sustentar que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”, deixa claro que a ordem social tem no trabalho o meio para se atingir o bem-estar e a justiça sociais.

Ainda segundo Tavares, “tem-se aqui o termo “primado”, no sentido de emprestar excelência, superioridade, primazia ao trabalho, como fator de fomento ao bem-estar comunitário”, sendo que, nesse sentido, “funda-se a ordem econômica na “valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, impondo que esta esteja à serviço da promoção de uma existência digna a todos os cidadãos (art. 170)”.

Nessa linha, acerca do artigo 170 da Constituição Federal de 1988, ressalta Eros Roberto Grau ser inquestionável que nossa Constituição é Dirigente³⁷, de forma que o conjunto de programas e diretrizes que enuncia, resulta de que seu art. 170 direciona no sentido de implantar uma nova ordem econômica³⁸, que, como vimos, sustenta-se na “valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”.

Invocado, então, o papel de destaque atribuído ao trabalho como alicerce da ordem econômica e social na Constituição Federal, esclarece Inocêncio Mártires, acerca dos direitos sociais, que, como já ressaltado, tem como destinatários os trabalhadores, sendo necessário o reconhecimento de que a efetivação desses direitos é independente da vontade dos juristas, posto que, substancialmente, estão atrelados a fatores de ordem material, externos à normatividade jurídica.

³⁴ Dentre os direitos dos trabalhadores acima apontados, destaca-se o direito ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, tema central deste trabalho, cuja previsão constitucional será melhor analisada posteriormente. “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; ...”. BRASIL. Constituição da república Federativa do Brasil de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 23 jul. 15.

³⁵ Posicionamento adotado por Celso Ribeiro e Ives Gandra. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, V.2, p. 397-398.

³⁶ Op. cit., p. 111.

³⁷ Posição de Marcelo Novelino adotada conforme a citação 15.

³⁸ Op. cit., p. 173.

Reforça então o autor que se deve partir do reconhecimento de que há um condicionamento a fatores de ordem material, a exemplo do desenvolvimento econômico e a consequente disponibilização de recursos, “bem assim por decisões políticas fundamentais sobre o modelo de Estado que nossa sociedade pretende adotar – liberal, social ou democrático”³⁹, o que posteriormente ganhará seu papel de destaque na análise do cenário jurídico-econômico atual.

2.3 O papel do trabalho na ordem Econômica e Social

Neste ponto, inicia-se com uma referência à doutrina principialista estruturante de Canotilho, a qual já mereceu destaque sob a ótica de Ruy Manoel Espíndola⁴⁰.

Paulo Henrique Tavares⁴¹ questiona qual o tratamento dado à valorização do trabalho no contexto constitucional, considerando a tipologia decorrente da doutrina principialista estruturante.

Nesse contexto, prossegue Paulo Henrique Tavares apontando que há menção ao valor do trabalho logo no artigo 1º da Constituição Federal, em seu inciso III, quando consigna que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático **e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho** e da livre iniciativa; [...] (destaques no original)”. Logo, segundo o autor, observa-se que a coletividade política brasileira “assenta-se em valores que priorizam a dignidade do homem, aí inserido o trabalho.”.

Luiz Roberto Barroso⁴² sustenta que a dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos materialmente fundamentais, representando o núcleo essencial de cada um deles, seja individuais ou políticos e sociais.

³⁹ Op. cit., p. 827.

⁴⁰ Op. cit., p. 180-182

⁴¹ Op. cit., p. 106.

⁴² Op. cit., p. 251.

Merece destaque então, direcionando a dogmática principialista de Canotilho, a visão de Arnaldo Süssekind, no seguinte sentido:

Destarte, os instrumentos normativos que incidem sobre as relações de trabalho devem visar, sempre que pertinente, à prevalência dos valores sociais do trabalho. E a dignidade do trabalhador, como ser humano, deve ser profunda ressonância na interpretação e aplicação das normas legais e das condições contratuais de trabalho. O respeito à dignidade do trabalhador se insere na categoria dos direitos que Pontes de Miranda denomina de supraestatais e que a Igreja Católica inclui no elenco dos direitos naturais, cuja observância não deve depender da vigência de tratados internacionais ou leis nacionais. No Brasil, ele está expresso na Lei Maior, tal como na Constituição alemã do pós-guerra, ao afirmar, logo no seu artigo 1º, que ‘A dignidade do homem é inviolável’, - preceito que levou seus intérpretes a concluírem pela inconstitucionalidade de qualquer disposição legal ou ato administrativo que o afrontar. Como bem ressalta Francesco Santoni, a tutela da dignidade está ‘ligada à garantia mais geral da personalidade humana e identificada, ao mesmo tempo, com as liberdades fundamentais que caracterizam o **status civitatis**, não só na Constituição italiana, mas também em muitas Constituições de países latino-americanos, mesmo se nestes últimos nem sempre se possa encontrar uma legislação ordinária que vise a dar cumprimento à exigência de proteção dos trabalhadores diante dos poderes da empresa’⁴³ (destaques no original).

Retira-se dos contornos acima apresentados que é o princípio da dignidade da pessoa humana, ou, da dignidade do homem, quem empresta a base de sustentação aos direitos fundamentais⁴⁴, dentre eles os direitos sociais, bem como os fundamentos da ordem econômica, constituindo núcleo essencial da República Federativa do Brasil, e que resulta no fundamento da valorização do trabalho - assim como da livre iniciativa, posto que o próprio art. 170 da Constituição Federal sustenta que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna

Nesse sentido, Tavares⁴⁵ destaca que a Constituição Federal nada mais fez do que explicitar a relação entre a valorização do trabalho e a dignidade da pessoa humana, afirmando que não se questiona que o norte está na dignificação do indivíduo em ambos os dispositivos acima citados, ênfase dada à valorização do trabalho, a ponto de Eros Grau⁴⁶ afirmar que “o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição”.

⁴³ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. Rio de Janeiro: renovar, 1999, p. 58-59.

⁴⁴ “Quanto a ela – dignidade da pessoa humana, observam José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira que fundamenta e confere unidade não apenas aos direitos fundamentais – direitos individuais e direitos sociais e econômicos – mas também à organização econômica”, significando que “a *ordem econômica* mencionada no art. 170, *caput* do texto constitucional – isto é, mundo do ser, relações econômicas ou atividade econômica (em sentido amplo) – *deve ser* dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna de que todos devem gozar”. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 195.

⁴⁵ Op. cit., p. 107.

⁴⁶ Op. cit., p. 222.

Ainda seguindo a linha defendida por Paulo Henrique Tavares da Silva, temos que a valorização do trabalho humano sustenta-se no texto constitucional sob três pilares, quais sejam: a) a busca do pleno emprego (art. 170, VIII); b) a seguridade social (arts. 194 a 204); e c) o estabelecimento de um amplo conjunto de normas protetivas do emprego (art. 7º)⁴⁷.

No entanto, voltando-se para o destaque aqui abraçado referente ao papel do trabalho na ordem econômica, não há como negar que o amplo conjunto de normas protetivas estabelecidas no artigo 7º da Carta Constitucional, em sua outra função – que não aquela destinada a proteger o trabalhador -, implica em impactar os pilares da ordem econômica, justificando, portanto, a inserção de comandos constitucionais voltados para a busca pelo pleno emprego, bem como à busca pela redução das desigualdades regionais e sociais.

Eros Grau sustenta, quanto à valorização do trabalho e ao reconhecimento do valor social do trabalho, que portam em si potencialidades transformadoras. Ressalta que da interação de tais princípios com os demais elencados no texto constitucional, expressam prevalência dos valores do trabalho na conformação da ordem econômica⁴⁸.

Diante de tal contexto, Eros Grau afirma também que outro princípio basilar da ordem econômica que merece destaque é a busca pelo pleno emprego⁴⁹, previsto no artigo 170, III da Constituição Federal⁵⁰.

Ressalta-se que, conforme a visão de Canotilho, trata-se de um princípio constitucional impositivo⁵¹, ao qual cumpre dupla função, quais sejam: a função de diretriz, já tratada previamente, dotada de caráter constitucional conformador, invocando a implantação de políticas públicas, e, em outro sentido, a busca pelo pleno emprego, também aqui já trabalhada, no direcionamento de, mesmo que indiretamente, instituir uma garantia para o trabalhador, posto que está coligado ao princípio da valorização do trabalho humano e reflete efeitos em relação ao direito social ao trabalho (art. 6º, caput).

⁴⁷ Op. cit., p. 110.

⁴⁸ Eros Roberto. *Ibid.* São Paulo: Malheiros, 2000, p. 198.

⁴⁹ “Eros Roberto. *Ibid.* São Paulo: Malheiros, 2000, p. 252.

⁵⁰ “Expansão das oportunidades de emprego produtivo” e, corretamente, “pleno emprego” são expressões que conotam o ideal keynesiano de emprego pleno de todos os recursos e fatores da produção. O princípio informa o conteúdo ativo do princípio da *função social da propriedade*. A *propriedade dotada de função social* obriga o proprietário ou o titular do poder de controle sobre ela ao exercício desse direito-função (*poder-dever*), até para que se esteja a realizar o *pleno emprego*. Não obstante, consubstancia também, o princípio da *busca do pleno emprego*, indiretamente, uma garantia para o trabalhador, na medida em que está coligado ao princípio da *valorização do trabalho humano* e reflete efeitos em relação ao *direito social ao trabalho* (art. 6º, *caput*)”. Eros Roberto. *Ibid.* São Paulo: Malheiros, 2000, p. 253.

⁵¹ Op. cit., p. 170.

Conclui-se que o trabalho humano encontra papel de destaque na estrutura constitucional-econômica, de forma que os direitos daí decorrentes, dentre eles os direitos sociais, previstos nos artigos 6º e 7º da Constituição Federal de 1988, não podem ser interpretados restritivamente como direitos protetivos dos trabalhadores, mas também, como elementos/agentes econômicos que consubstanciam os pilares da ordem econômica e social da República Federativa do Brasil, com o fim maior de promover a dignidade humana.

Logo, o capítulo ganha destaque ao passo que apresenta os contornos pelos quais será analisado o novo regime prescricional para se postular em juízo os depósitos não recolhidos do FGTS ao longo do pacto laboral, posto que, como se apresentará adiante, o FGTS foi instituído como agente de fomento econômico e de impulso social, e agora se vê ameaçado face ao novo posicionamento adotado pelo STF, pois, projetando-se a problemática para o decorrer dos anos, tem-se que poderá impactar negativamente tanto a ordem econômica quanto a ordem social, que, como já esclarecemos, externalizam princípios constitucionais que são, em verdade, os pilares da República Federativa do Brasil.

3 CAPÍTULO II – O FGTS NA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL

Apontou-se no capítulo anterior alguns contornos acerca do papel dos princípios na Constituição Federal, com o intuito de trazer à tona o destaque atribuído ao trabalho na Carta Magna, bem como aos direitos dele decorrentes, no sentido de demonstrar que encontra o trabalho posição central tanto na ordem social, quanto na ordem econômica em nossa Constituição.

Nesse contexto, destaca-se, dentre os direitos sociais previstos constitucionalmente (como já apontado, destinado aos trabalhadores), o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que acaba por situar-se simultaneamente nos campos social e econômico, razão pela qual, passa-se agora à imersão na análise das características desse agente.

Conforme as lições de Maurício Godinho Delgado:

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 especificada⁵².

Ainda segundo Godinho, o FGTS é um instituto complexo e de caráter multidimensional, sendo que, dentre as dimensões apresentadas, merece destaque a trabalhista. No entanto, antes que se possa crer que o autor ressalta somente a dimensão trabalhista quanto ao FGTS, Godinho esclarece, em consonância com as exposições que se apresentaram ao longo desta trabalho, que “o FGTS tornou-se no país um dos mais importantes fundos sociais de destinação variada, com notável impacto público”⁵³.

Adotando-se tal posicionamento, necessário agora o resgate histórico, mesmo que de forma sintética, do contexto econômico e social no qual a ideia por trás desse Fundo Público ganhou seus contornos.

⁵² Op. cit., p. 1336-1337.

⁵³ Op. cit., p. 1337.

3.1 Delineamento histórico do FGTS

Martins Catharino⁵⁴ aponta como antecedente nacional mais remoto do Fundo de Garantia o Projeto da Constituição de 1934, enviado pelo Governo Provisório à Assembleia Nacional Constituinte em 16.11.33. O parágrafo 5º do art. 124 do projeto consignava que “Toda empresa comercial ou industrial constituirá, paralelamente, com um fundo de reserva do capital, e desde que este logre uma remuneração justa, nos termos do art. 121, um fundo de reserva do trabalho, capaz de assegurar aos operários ou empregados, o ordenado ou o salário de um ano, se por qualquer motivo a empresa desaparecer”⁵⁵. No entanto, tal proposta não foi acolhida pela Assembleia Constituinte.

Ocorre que o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, em verdade, ganhou destaque como “alternativa” ao então regime de estabilidade decenal, previsto no artigo 492 da CLT⁵⁶, assegurado aos trabalhadores que prestassem serviços durante dez anos à mesma empresa.

Em razão disso, em que pese não ter sido acolhida aquela proposta que almejava se fazer presente na Constituição de 1934, a ideia novamente ganhou força quando o Ministério do Planejamento, no biênio 1964-1966, fixou oposição à estabilidade decenal ao lançar o “Programa de Ação Econômica do Governo para o biênio 1964-1966”⁵⁷, revelando o propósito do Poder Executivo em mudar o atual regime. Nesse sentido, destaca Eduardo Saad⁵⁸ que “a primeira ideia do Poder Executivo era a de retirar, do elenco das medidas protetoras do trabalhador, o instituto da estabilidade no emprego, colocando, em seu lugar, o seguro contra o desemprego”⁵⁹.

⁵⁴ CATHARINO, José Martins. **Compêndio universitário do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1972. 2 v. p. 671.

⁵⁵ Transcrição da obra de Catharino.

⁵⁶ “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.”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso: 01 ago. 2015.

⁵⁷ Eduardo Gabriel Saad transcreve trecho, conforme a página 222 da publicação oficial do “Programa de Ação Econômica do Governo para o biênio 1964-1966”: “Para saneamento da Previdência Social, não são suficientes providências de emergência, atinentes apenas a este ou àquele setor isolado de organização e funcionamento. O que se torna imperioso, quando já são transcorridos 41 anos da Previdência Social, é submeter a legislação vigente a uma revisão integral, destinada a corrigir as distorções no campo previdenciário e reforçar as suas bases, de acordo com os seguintes princípios ferais: (...) III – exame da extensão da proteção securitária ao risco econômico do desemprego com paralela criação do serviço de emprego, tendo em vista permitir a substituição eventual e paulatina, por tal solução, da atual instituição sócio-jurídica da estabilidade, na sua forma, ora em vigor”. SAAD, EDUARDO GABRIEL. **Comentários a Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço**. 3.ed. São Paulo: LTr, 1995. p. 44.

⁵⁸ Op. cit., p. 44.

⁵⁹ Deixa-se desde já bastante claro que o objetivo deste trabalho não é explorar a fundo a questão da estabilidade decenal, já superada com a Constituição de 1988.

O caminho a ser seguido pelas autoridades no sentido de substituir o regime da estabilidade estava imerso em incertezas, tanto que o “Programa de Ação Econômica do Governo para o biênio 1964-1966” previa uma substituição “lenta e paulatina”. A proposta inicial do governo era a instituição do seguro desemprego na substituição da estabilidade, proposta a qual não ganhou vigor.

No início de 1966, a necessidade de substituição do regime estabilitário mostrava-se latente, a ponto de o então Presidente da República, Humberto de Alencar Castelo Branco, externalizar em discurso⁶⁰ proferido na Assembleia Legislativa de Belo Horizonte, em 28 de fevereiro de 1966, o pensamento acerca da estabilidade, defendendo a proposta de criação de um fundo de estabilidade e habitação, combinado com um sistema de seguro desemprego.

Seguindo essa linha, destaca Eduardo Saad que “decorridos alguns dias desse pronunciamento, veio a lume um Anteprojeto (Folha de São Paulo de 24.3.66) elaborado por técnicos dos Ministérios já nomeados”, mas que acabou encontrando resistência frente aos inúmeros questionamentos que dele emergiram, sobretudo acerca da constitucionalidade do anteprojeto, tendo em vista que a Constituição de 1946, então vigente, consagrava de modo expreso a estabilidade decenal⁶¹.

Foi somente com o novo anteprojeto, elaborado pelos Ministros do Trabalho e do Planejamento, enviado em 15 de julho de 1966 ao chefe do executivo, que se ditou os contornos acerca do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e, conforme Eduardo Gabriel Saad, tendo como pontos fundamentais:

⁶⁰ “... burlado pelos patrões e deformado pela escassa minoria dos trabalhadores que o alcançaram, o instituto da estabilidade tornou-se um autêntico instituto de inquietação. A situação atual estimula o empregador a usar artifícios e a buscar, de qualquer modo, a dispensa por justa causa, a fim de se livrar do ônus latente, ou, então, a evitar que o empregado atinja 10 anos, indenizando-o antes de completar esse tempo, pelo meio de indisciplina e descaso pela produtividade do trabalhador que atinge a estabilidade”. Sustentou que merecia “atenção a proposta da criação de um fundo de estabilidade e habitação combinado com um sistema de seguro contra desemprego. Por meio desse Fundo, a obrigação de indenização converter-se-ia num depósito mensal, em conta vinculada, em nome do empregado, em estabelecimento bancário de sua escolha, para transferência ulterior ao Banco Nacional de Habitação”. BARRETO, Amaro. **Teoria e prática do FGTS**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 43-44.

⁶¹ “... cujas linhas básicas eram as seguintes: a) obrigação de os empregados, sujeitos às disposições da Consolidação das Leis do Trabalho, recolherem, mensalmente, à conta bancária em nome do empregado, 8% da sua remuneração; b) Fundo de Garantia do Tempo de Serviço constituído da reunião de tais contas bancárias; c) indenização, a empregado dispensado sem justa causa, equivalente a 10% dos depósitos feitos em sua conta bancária; d) faculdade de opção pelo novo regime legal por parte dos empregados estáveis, à data da publicação da lei; e) restrições à movimentação da conta bancária.”. Ressalta o autor que “O Anteprojeto suprimia, assim, o instituto da estabilidade e resguardava, tão-somente, a situação daqueles que já haviam adquirido esse direito”. ⁶¹ Op. cit., p. 47-48.

a) coexistência das normas da CLT e da projetada Lei; b) faculdade conferida ao empregado de escolher um dos dois regimes legais; c) garantia de tempo de serviço por intermédio de contas vinculadas abertas nos estabelecimentos bancários em nome dos empregados e nas quais, obrigatoriamente, as empresas fariam o depósito de importância igual a 8% da remuneração paga no mês anterior; d) pagamento, ao empregado, de indenização correspondente a 10% dos depósitos feitos em sua conta durante o tempo em que trabalhou na empresa, nos casos de dispensa sem justa causa; e) limitação ao direito do empregado de movimentar as conta bancária; f) extensão, ao empregado despedido, antes de completar um ano de serviço, do direito a ma indenização e a férias proporcionais; g) estabilidade no emprego do candidato a cargo de direção em entidade sindical de empregados.⁶².

Do anteprojeto de julho de 1966, veio ao mundo jurídico, então, a Lei n. 5.107 de 13 de setembro de 1966⁶³, que instituiu o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Segundo Eduardo Saad, a lei 5.107 configurou um foi “marco no processo evolutivo do nosso Direito do Trabalho, pronunciando nova orientação no disciplinamento das relações de trabalho”. Aponta que o instituto do Fundo de Garantia surge da compreensão de que às normas da legislação trabalhista, especialmente às normas protetoras do trabalho subordinado, impõe-se maior flexibilidade no sentido de adaptar-se ou aplicar-se “ao maior número de relações jurídicas geradas pela acelerada transformação do nosso meio sócio-econômico”⁶⁴.

Maurício Godinho Delgado ressalta que o FGTS inicialmente apresentou-se como alternativa ao sistema indenizatório e estabilizatório da CLT, submetido à opção pelo trabalhador quando firmava o contrato de trabalho. Tal sistema de opção, fora, posteriormente, substituído por regramento que facultava também a opção retroativa ao longo do contrato ainda não inserido no sistema do Fundo de Garantia⁶⁵.

No entanto, esse regime alternativo acabou por mostrar sua outra face no instante em que condicionaria a admissão ao emprego à adesão ao regime do FGTS⁶⁶, acabando por instaurar contornos de obrigatoriedade⁶⁷.

⁶² Op. cit., p. 48-49.

⁶³ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5107.htm>. Acesso: 01 ago. 2015.

⁶⁴ Op. cit., p. 50.

⁶⁵ Op. cit., p. 1337.

⁶⁶ “Embora a Lei n. 5.107, de 1966 (com vigência a partir de 1967), que criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, o tenha instituído em caráter optativo, na verdade tratava-se de uma falsa opção, pois o novo trabalhador, se não manifestasse a opção por esse novo regime, provavelmente obteria o emprego”. BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª Edição. LTR. São Paulo. 2009. p. 1010.

⁶⁷ Segundo Maurício Godinho Delgado: “Disponha o novo diploma legal que, mesmo nos contratos não favorecidos por *opção escrita* ou *retroativa*, era obrigatório o recolhimento bancário, pelo empregador, do montante equivalente ao equivalente ao respectivo Fundo de Garantia, embora tal montante não fosse, ainda, de propriedade do empregado (e talvez mais viesse a ser, se este não exercitasse a opção retroativa). Essa ladina sistemática legal de incentivo e instigação à adesão ao FGTS, tornou tal instituto a regra geral do mercado de trabalho do país, pouco tempo após sua implantação efetiva em janeiro de 1967”. Op. cit., p. 1337.

Segundo Alice Monteiro de Barros, a controvérsia em torno da opção em torno do FGTS perdeu sua razão com a Constituição de 1988, em que o ingresso no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço passou a ser automático, inexistindo a opção. Nessa linha, também foi extinta a antiga estabilidade decenal, adquirida com o exercício de 10 anos de trabalho para o mesmo empregador, observando-se o direito adquirido daqueles que já a possuíam em 5.10.88, data do início da vigência da nossa Constituição⁶⁸.

Com a Constituição Federal de 1988, além de se instituir a obrigatoriedade do regime, ampliou-se o rol dos indivíduos vinculados ao FGTS⁶⁹, agora abrangidos empregado rural e urbano, sendo que os empregados domésticos somente foram incluídos no rol dos beneficiados com a Emenda Constitucional 72/2014⁷⁰.

Após a Constituição de 1988, o FGTS sofreu alterações legislativas, sendo elas a Lei n. 7.839 de 1989⁷¹, que revogou a Lei n. 5.107 de 1966, mas que também foi logo revogada pela Lei n. 8.036 de 1990⁷², ainda em vigor, e que será a base da análise do papel do FGTS neste trabalho.

3.2 Controvérsias acerca da natureza jurídica do FGTS

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, conforme o artigo 2º da Lei 8.036/1990⁷³, é constituído pelos saldos das contas vinculadas dos trabalhadores, além de outros recursos a ele incorporados. Os recursos mencionados abrangem eventuais saldos apurados nos termos do art. 12, § 4º⁷⁴, dotações orçamentárias específicas, resultados das

⁶⁸ BARROS, Alice Monteiro de. *Ibid.* p. 1010.

⁶⁹ Godinho Delgado destaca que “a Constituição de 1988 eliminou a necessidade da opção formal pelo FGTS, generalizando o sistema para o mercado empregatício do país, quer urbano, quer rural (art. 7º, III, CF/88). Manteve apenas o empregado doméstico afastado do referido sistema (a inserção *voluntária* do doméstico no Fundo do Garantia somente se viabilizou mais doze anos depois, através da MP n. 1.986, de 13.12.1999, e Lei de Conversão n. 10.208, de 23.3.2001)”. Op. cit., 1337.

⁷⁰ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc72.htm>. Acesso: 15 out. 2015.

⁷¹ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7839.htm#art30>. Acesso: 01 ago. 2015.

⁷² Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm>. Acesso: 01 ago. 2015.

⁷³ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm>. Acesso: 03 out. 2015.

⁷⁴ “Os resultados financeiros auferidos pela Caixa Econômica Federal no período entre o repasse dos bancos e o depósito nas contas vinculadas dos trabalhadores destinar-se-ão à cobertura das despesas de administração do FGTS e ao pagamento da tarifa aos bancos depositários, devendo os eventuais saldos ser incorporados ao patrimônio do Fundo nos termos do art. 2º, § 1º”.

aplicações dos recursos do FGTS, multas, correção monetária e juros moratórios devidos, além de outras receitas patrimoniais e financeiras.

Ocorre que se mostra demais controvertida a natureza jurídica das parcelas que compõem o FGTS, até mesmo porque, como salienta Gabriel Saad⁷⁵, “de certo modo, é o Fundo um feixe de direitos e obrigações tendo como sujeitos ativos e passivos, o trabalhador, a CEF, os bancos depositários ou recebedores⁷⁶, as empresas e o Tesouro Nacional”. Logo, prossegue Saad, “os trabalhadores tem direito ao depósito mensal de 8% da sua remuneração na conta vinculada; a União tem o direito de aplicar multas às empresas inadimplentes; o Agente Operador faz jus à remuneração dos serviços que presta ao Fundo”, apontando contornos que justificam a complexidade acerca do enquadramento jurídico do FGTS.

Iniciou-se este capítulo com o destaque promovido por Maurício Godinho Delgado, segundo o qual o FGTS é um instituto complexo e de caráter multidimensional. As palavras de Godinho deixam em evidência que não se mostra tarefa fácil a classificação da natureza jurídica do FGTS, tanto que a controvérsia acerca do tema foi, inclusive, objeto de questionamento na decisão do STF que se propôs à análise com este trabalho.

Amauri Mascaro Nascimento também leciona nesse sentido quando aponta pela existência de “mais de uma teoria sobre a natureza do Fundo de Garantia”, destacando que “para alguns, é um tributo, uma contribuição parafiscal arrecada pelo Estado. Para outros, tem natureza jurídica previdenciária. Outros, ainda, sustentam que se trata de uma indenização ao trabalhador despedido”⁷⁷.

Já Sérgio Pinto Martins defende uma classificação dual, segundo a qual, com relação ao empregador, seria “uma contribuição social, espécie do gênero tributo”⁷⁸, ressaltando que seria “uma contribuição social de intervenção no domínio econômico, cobrada com fundamento no art. 149 da Constituição”⁷⁹. Sérgio Pinto Martins ainda faz a ressalva de que “a dificuldade de se especificar qual a real natureza jurídica do FGTS, que é, portanto, múltipla ou híbrida, devendo ser analisado por dois ângulos, o do empregador e o do empregado”⁸⁰. Nesse sentido, o FGTS, para o trabalhador, diria respeito a uma natureza de

⁷⁵ Op. cit., p. 499-500.

⁷⁶ Atualmente, tal competência incumbe unicamente à Caixa Econômica Federal.

⁷⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: LTr. P. 344.

⁷⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual do FGTS**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 78.

⁷⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. *ibid.* p. 75.

⁸⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. *ibid.* p. 79.

crédito oriundo da relação de trabalho, como salário diferido, ou seja, adquirido no presente para ser utilizado no futuro.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk⁸¹ defendem que o FGTS apresenta a característica de ser um direito subjetivo social, semipúblico, cuja responsabilidade seria do tipo risco-social, podendo ser liberada em casos previstos na legislação. Semipúblico, pois “se desloca, gradualmente, do Campo do Direito Privado para o Direito Público”, sendo que, conforme os autores, embora não se apresente ainda como indenização previdenciária, não ostenta mais o caráter de indenização civilista, seja nas suas causas, seja nos seus efeitos. Direito subjetivo social, pois constitui um crédito vinculado cuja disponibilidade está condicionada a fatores de natureza individual e socioeconômica. E, por fim, do tipo risco social, em razão de que se destina a dar cobertura a contingências e vicissitudes às quais está sujeito o contrato de trabalho, sobretudo no momento de sua dissolução, quando se volta à dar segurança ao desempregado.

Por fim, vale destacar também a posição de Arnaldo Süssekind⁸², para quem o FGTS corresponde a créditos do trabalhador, os quais se acumulam por meio dos depósitos mensais em conta vinculada, sendo que o destaque se dá no sentido de que o FGTS estrutura a indenização compensatória em face da despedida arbitrária ou sem justa causa, portanto, com natureza tão somente trabalhista de salário diferido.

A doutrina acima elencada apresenta posicionamentos diversos. Observa-se que, de forma simplista, não se mostra razoável entendimentos no sentido de que atribuir natureza única ao FGTS, pois as próprias razões expostas neste trabalho, quando enquadram o FGTS como agente capaz de efetivar princípios de ordem social e econômica, simultaneamente, dão o norte de que a natureza complexa, de caráter multidimensional, conforme Maurício Godinho, apresenta-se como a visão mais adequada.

Maurício Godinho Delgado⁸³ sustenta que “há, no mínimo, uma tríplice dimensão de estrutura e objetivos no Fundo de Garantia, apta a gerar relações jurídicas próprias, distintas, embora obviamente combinadas”. Prossegue afirmando que “existe a relação empregatícia, vinculando empregado e empregador, pela qual este é obrigado a efetuar os recolhimentos

⁸¹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 414.

⁸² SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. P. 159-163.

⁸³ Op. cit., p. 1344.

mensais e, às vezes, também obrigado com respeito ao acréscimo pecuniário da rescisão”, sendo que, “em contrapartida, desponta nessa relação, como credor, o empregado”.

Ainda, esclarece Godinho que também há a relação do empregador com o Estado, caracterizada no dever de efetivar os recolhimentos por parte do empregador, enquanto o Estado tem o dever de os ver adimplidos.

Por fim, há a relação entre o Estado e a sociedade, tendo o Estado como gestor e aplicador dos recursos oriundos do FGTS, e a comunidade como beneficiária por meio do financiamento às áreas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana, de modo que “nesse caráter multidimensional do instituto é que se revela sua precisa natureza jurídica”.

Logo, observa-se que o caráter multidimensional do FGTS, de natureza complexa, apresenta-se como o posicionamento que melhor envolve o FGTS em suas peculiaridades, ante sua relevância econômica e social e face aos agentes envolvidos nessa relação.

3.3 Administração e gestão dos recursos do FGTS

O FGTS é regido por normas e diretrizes estabelecidas por um conselho curador⁸⁴ que, conforme esclarece Sérgio Pinto Martins⁸⁵, observa a “recomendação da OIT de representação tripartite em conselhos trabalhistas, por representantes do Governo, trabalhadores e empregadores”, cuja forma é estabelecida pelo poder executivo⁸⁶. Tal previsão encontra-se no artigo 3º da Lei 8.036 de 1990, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.216-37 de 2001⁸⁷.

Inseridos na competência do Conselho Curador, observa-se, dentre outros⁸⁸: o estabelecimento de diretrizes e de programas de alocação dos recursos do FGTS, em consonância com a política nacional de desenvolvimento urbano e as políticas setoriais de

⁸⁴ Art. 3 da Lei 8.036/90. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm>. Acesso: 03 out. 2015.

⁸⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual do FGTS**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 70.

⁸⁶ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6827.htm>. Acesso: 03 out. 2015.

⁸⁷ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2216-37.htm#art49>. Acesso: 03 out. 2015.

⁸⁸ Art. 5 da Lei 8.036/90.

habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana estabelecidas pelo Governo Federal; o acompanhamento e a avaliação da gestão econômica e financeira dos recursos, bem como os ganhos sociais e o desempenho dos programas aprovados; a apreciação e aprovação dos programas anuais e plurianuais do FGTS; a adoção de providências cabíveis para a correção de atos e fatos do Ministério da Ação Social e da Caixa Econômica Federal, que prejudiquem o desempenho e o cumprimento das finalidades no que concerne aos recursos do FGTS.

O Conselho Curador também dá as vezes de agente de fomento econômico e de infraestrutura do Fundo de Garantia quando, no inciso XIII do artigo 5º da Lei 8.036 de 1990, estabelece diretrizes a serem observadas em relação ao Fundo de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FI-FGTS, instituído pela Lei 11.491 de 2007⁸⁹, e que, logo em seu artigo 1º, estabelece que “Fica criado o Fundo de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FI-FGTS, caracterizado pela aplicação de recursos do FGTS, destinado a investimentos em empreendimentos dos setores de aeroportos, energia, rodovia, ferrovia, hidrovía, porto e saneamento, de acordo com as diretrizes, critérios e condições que dispuser o Conselho Curador do FGTS”, cuja redação foi dada pela Lei 12.873 de 2013⁹⁰.

Nesse sentido, dentre as incumbências do Conselho Curador previstas no inciso XIII do artigo 5º da Lei 8.036, estariam a aprovação da política de investimento do FI-FGTS por proposta do Comitê de Investimento; a decisão sobre o reinvestimento ou distribuição dos resultados positivos aos cotistas do FI-FGTS, em cada exercício; o estabelecimento do valor da remuneração da Caixa Econômica Federal pela administração e gestão do FI-FGTS, inclusive a taxa de risco; a definição da exposição máxima de risco dos investimentos do FI-FGTS; o estabelecimento do limite máximo de participação dos recursos do FI-FGTS por setor, por empreendimento e por classe de ativo; o estabelecimento do prazo mínimo de resgate das cotas e de retorno dos recursos à conta vinculada, observado o disposto no § 19 do art. 20 desta Lei⁹¹; assim como a autorização da integralização das cotas do FI-FGTS pelos

⁸⁹ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11491.htm#art3>. Acesso: 03 out. 2015.

⁹⁰ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm#art7>. Acesso: 03 out. 2015.

⁹¹ “Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações: (...) XVII - integralização de cotas do FI-FGTS, respeitado o disposto na alínea *i* do inciso XIII do art. 5º desta Lei, permitida a utilização máxima de 30% (trinta por cento) do saldo existente e disponível na data em que exercer a opção. (...) § 19º. A integralização das cotas previstas no inciso XVII do caput deste artigo será realizada por meio de Fundo de Investimento em Cotas - FIC, constituído pela Caixa Econômica Federal especificamente para essa finalidade.”

trabalhadores, estabelecendo previamente os limites globais e individuais, parâmetros e condições de aplicação e resgate.

No que se refere à gestão da aplicação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, o precursor da gestão do Fundo FGTS foi o Banco Nacional de Habitação (BNH), conforme o planejamento e as normas expedidas pelo Conselho Curador, previsto no art. 12 da Lei 5.107/66.

A extinção do Banco Nacional se deu pelo Decreto-Lei n. 2.291, de 02/11/86, de forma que a administração dos recursos do FGTS passou, então, para a Caixa Econômica Federal, com previsão também em conformidade com o Decreto-Lei n. 2.291.

Pelo artigo 4º da Lei 8.036/90, incumbia ao Ministério da Ação Social a gestão do FGTS. Segundo as lições de Sérgio Pinto Martins, ao Ministério do Planejamento e Orçamento foi atribuído o papel de gestor, em substituição ao Ministério da Ação Social⁹².

Portanto, dentre as atribuições do Ministério do Planejamento e Orçamento na qualidade de gestor do Fundo de Garantia⁹³, estão a prática dos atos necessários à gestão da aplicação do Fundo, observando as diretrizes e programas estabelecidos pelo Conselho Curador; a expedição de atos normativos relativos à alocação dos recursos para implementação dos programas aprovados pelo Conselho Curador; a elaboração dos orçamentos anuais e planos plurianuais de aplicação dos recursos, discriminando-os por Unidade da Federação; o acompanhamento da execução dos programas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana, decorrentes de aplicação de recursos do FGTS, implementados pela CEF; bem como a definição de metas a serem alcançadas nos programas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana.

Observadas as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Curador, assim como os atos de gestão do Ministério do Planejamento e Orçamento, é a Caixa Econômica Federal que desempenha o papel de agente operador do FGTS, em conformidade com o artigo 7º da Lei 8.036, que consigna, dentre as atribuições da Caixa Econômica, a centralização dos recursos do FGTS; a manutenção e os controles das contas vinculadas; a participação da rede arrecadadora dos recursos do FGTS; a definição dos procedimentos operacionais necessários à execução dos programas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana,

⁹² Op. cit., p. 70.

⁹³ Artigo 6º da Lei 8.036 de 1990.

estabelecidos pelo Conselho Curador com base nas normas e diretrizes de aplicação elaboradas pelo Ministério da Ação Social; a implementação dos atos emanados do Ministério da Ação Social relativos à alocação e aplicação dos recursos do FGTS, de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Curador; assim como a garantia aos recursos alocados ao FI-FGTS, em cotas de titularidade do FGTS, a remuneração aplicável às contas vinculadas, na forma do caput do art. 13 da Lei 8.036 de 1990⁹⁴.

Destaca Sérgio Pinto Martins⁹⁵ que desde maio de 1991 incumbe à Caixa Econômica Federal a administração e o controle das contas vinculadas dos trabalhadores. Antes disso, também aos demais estabelecimentos bancários cabia a condição de agentes recebedores e pagadores do FGTS.

Apresentados os contornos acerca da gestão e da administração do FGTS, cabe agora sua análise como agente de fomento econômico e social, de modo a evidenciar a importância desse agente na estruturação da ordem econômica e social, condição ressaltada desde o início deste trabalho.

3.4 O FGTS como agente econômico e social

Roberto Beijato Júnior⁹⁶ aponta que mesmo com o advento da Lei 8.036/90, não se perdeu o interesse na Lei nº 5.107/66, que inseriu o FGTS no ordenamento jurídico, ante a “identificação dos objetivos originários que conduziram a sua criação”. Tal situação se dá em razão de que já em seu artigo 1º, a Lei nº 5.107/66 apontava no sentido de que o FGTS visava “assegurar aos empregados uma garantia pelo tempo de serviço prestado às empresas, mediante opção do próprio empregado, não excluindo, repise-se, o regime da outrora existente estabilidade decenal”.

Nesse sentido, destaca o autor que o FGTS originou-se com a dupla finalidade de, por um lado, assegurar o trabalhador em situação de desemprego, e, por outro, de possibilitar

⁹⁴ “Art. 13. Os depósitos efetuados nas contas vinculadas serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança e capitalização juros de (três) por cento ao ano.”

⁹⁵ Op. cit., p. 75.

⁹⁶ BEIJATO JUNIOR, Roberto. FGTS: Uma questão de política ou de direito? **Revista do direito trabalhista**. Brasília, v. 20, n. 11, p. 26-29, nov. 2014, p. 26-27.

o investimento dos recursos do Fundo de Garantia em projetos sociais, dentre eles, a construção de imóveis para serem adquiridos pelo Sistema Financeiro de Habitação.

Tais objetivos não perderam importância e tampouco foram em sua essência alterados, posto que, ainda como observa Beijato, a finalidade do FGTS não sofreu alteração, na medida em que constitui um direito fundamental social do trabalhador (art. 7º, III, da CF/88) que visa lhe assegurar em situação de desemprego, além de constituir fonte de financiamento para aquisição de moradia pelo Sistema Financeiro de Habitação.

Amauri Mascaro⁹⁷ também chama a atenção para o FGTS como um “sistema de depósitos bancários, efetuados pelo empregador, visando proporcionar recursos a serem investidos num plano de construção de habitações, além de outros fins”, deixando evidente o caráter social do FGTS.

Também Francisco Antonio de Oliveira⁹⁸ dispõe no sentido de que o FGTS “muito mais do que simples indenização atípica, tem valor social incalculável, já que o sistema financeiro que dá suporte ao financiamento de moradias populares está apoiado, quase que totalmente, nos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”.

Os recursos do FGTS devem ser aplicados em habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana, constituindo-se, no mínimo, 60% em investimento em habitação popular, de modo que os projetos de saneamento básico e infraestrutura urbana, financiados com recursos do FGTS, deverão ser complementares aos programas habitacionais. Tal previsão encontra-se no artigo 9º e parágrafos da Lei 8.036/90, e por si já evidencia o caráter social inerente às aplicações dos recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço⁹⁹.

⁹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do trabalho na constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 92.

⁹⁸ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Comentários às Súmulas do TST**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 648.

⁹⁹ Para se ter uma dimensão do montante de recursos movimentados nesse setor, vale trazer o resultado do demonstrativo financeiro do FGTS pela caixa econômica no ano de 2014. “9.1.1 Programas nas áreas de Habitação, Saneamento e Infraestrutura Para a área de habitação foram alocados R\$ 45,5 bilhões aos Agentes Financeiros, dos quais foram realizados financiamentos junto aos mutuários finais no valor R\$ 43,9 bilhões, 96,54% do valor alocado. O orçamento previsto para as áreas de saneamento e de infraestrutura foi de R\$ 18,6 bilhões, tendo sido financiado R\$ 12,9 bilhões. Em 2014, a contratação dos recursos do FGTS proporcionou a geração ou manutenção de mais de 4,1 milhões de empregos. Destaca-se a quantidade de famílias beneficiadas na área de habitação, com mais de 479 mil famílias beneficiadas, contribuindo de forma significativa para a redução do déficit habitacional, tendo o foco nas famílias de baixa renda. Para tanto, a aplicação dos recursos do FGTS constitui uma das principais fontes de recursos do Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV). Na área de saneamento básico, as variações percentuais de crescimento dos resultados alcançados em 2014 foram bastante expressivas, tendo cerca de 8,9 milhões de pessoas beneficiadas com os recursos aplicados na área. Quanto à área de infraestrutura urbana, os resultados também foram bastante expressivos. Em 2014 estima-se ter

Gabriel Saad¹⁰⁰ destaca que ao admitir investimentos em saneamento básico e em infraestrutura urbana, a Lei 8.036/90 melhor estrutura os investimentos dos recursos do FGTS em seu § 4º quando consigna que as aplicações deverão complementar o programa habitacional. Ainda, operações com municípios e unidades da Federação deverão ser condicionadas pela preexistência de planos habitacionais.

As aplicações em habitação devem obedecer a sistemática implementada pelo Sistema Financeiro de Habitação, criado pela Lei 4.380/64, quando estabelece, em seu art. 9º, que “todas as aplicações do sistema, terão por objeto, fundamentalmente a aquisição de casa para residência do adquirente, sua família e seus dependentes, vedadas quaisquer aplicações em terrenos não construídos, salvo como parte de operação financeira destinada à construção da mesma”¹⁰¹.

As aplicações dos recursos do FGTS¹⁰² poderão ser realizadas diretamente pela Caixa Econômica Federal, assim como pelos demais órgãos integrantes do Sistema Financeiro de Habitação, devendo, em todo caso, registrar rentabilidade média das aplicações suficiente à cobertura de todos os custos incorridos pelo Fundo, além da reserva técnica para atendimento de gastos eventuais não previstos, sendo da Caixa Econômica Federal o risco do crédito.

Nesse caso, mantida a rentabilidade média acima mencionada, as aplicações em habitação popular poderão contemplar sistemática de desconto, direcionada em função da renda familiar do beneficiário, onde o valor do benefício seja concedido mediante redução no

beneficiado uma população de mais de 25 milhões de pessoas pela aplicação dos recursos contratados nessa área. 9.1.2 Descontos nos Financiamentos Habitacionais a Pessoas Físicas Os descontos surgiram da necessidade de atender às populações de baixa renda. Esse desconto se dá na ampliação da capacidade de compra do imóvel pelo mutuário e redução do valor das suas prestações. O FGTS cumpriu o seu papel social, assumindo nos financiamentos concedidos às famílias um desconto financeiro que somou R\$ 7,8 bilhões, que corresponde a 86,91% dos recursos disponibilizados no exercício. Acompanhando o crescimento de famílias beneficiadas na área de habitação popular, temos o aumento da quantidade de famílias beneficiadas com a concessão de descontos pelo FGTS nos financiamentos contratados, contemplando 374.536 famílias. De acordo com as diretrizes do CCFGTS, são beneficiárias de descontos as famílias com renda mensal bruta limitada a R\$ 3.275,00, observada a regulamentação do Gestor da Aplicação. [...] 9.1.3 O FGTS no Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV. No exercício de 2014, a aplicação dos recursos do FGTS, no que respeita aos programas destinados a pessoas físicas e jurídicas, vinculados à área de Habitação Popular (Carta de Crédito Individual; Carta de Crédito Associativo; e Apoio à Produção de Habitação), foi positivamente marcada pela continuidade do Programa Minha Casa, Minha Vida. Do total de financiamentos concedidos com recursos do FGTS em 2014, R\$ 26,8 bilhões foram realizados no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida, com o total de 319.151 unidades produzidas e desconto financeiro total de R\$ 6,9 bilhões.”. Disponível em <http://www.caixa.gov.br/Downloads/fgts-demonstracao-financeira/DEMONSTRACAO_FINANCEIRA_FGTS_2014.pdf>. Acesso em 12 nov. 15.

¹⁰⁰ Op. cit., p. 149.

¹⁰¹ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4380.htm>. Acesso em 06 set. 15.

¹⁰² Artigo 9º da Lei 8.036 de 1990.

valor das prestações a serem pagas pelo mutuário ou pagamento de parte da aquisição ou construção de imóvel.

Observa-se ainda que o cunho social das aplicações do Fundo de Garantia se dá também no intuito de dar efetividade ao objetivo da República Federativa do Brasil, previsto no art. 3º, III da Constituição Federal, quando almeja “reduzir as desigualdades sociais e regionais”, posto que o artigo 10 da Lei Fundiária, ao estabelecer que compete ao Conselho Curador do FGTS fixar diretrizes e estabelecer critérios técnicos para as aplicações dos recursos do FGTS, em seu inciso III, consigna que tais diretrizes e critérios visam “evitar distorções na aplicação entre as regiões do País, considerando para tanto a demanda habitacional, a população e outros indicadores sociais”.

No entanto, a destinação social de tais recursos vai além da previsão do § 2º do artigo 9º, bem como do artigo 10 da Lei do FGTS, pois a referida Lei possibilita o levantamento do saldo da conta vinculada do trabalhador em situações que trazem consigo a própria natureza social, a exemplo das hipóteses previstas no artigo 20 da Lei 8.036¹⁰³, que, em síntese e observadas as exigências previstas na lei, são: despedida sem justa causa; extinção da empresa, fechamento de estabelecimentos, filiais ou agências, ou falecimento do empregador; aposentadoria concedida pela Previdência Social; falecimento do trabalhador; pagamento de parte das prestações decorrentes de financiamento habitacional, liquidação ou amortização extraordinária do saldo devedor de financiamento imobiliário, bem como pagamento total ou parcial do preço de aquisição de moradia própria; o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido de neoplasia maligna; o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV; o trabalhador ou qualquer de seus dependentes estiver

¹⁰³ Também conforme os relatórios da Caixa Econômica Federal referente ao demonstrativo financeiro do ano de 2014: “6 SAQUES A liberação de recursos por meio de saques nas contas vinculadas proporcionou auxílio financeiro em momentos essenciais na vida dos trabalhadores e seus familiares. Em 2014, foram efetuadas 39,04 milhões de liberações de saque em contas vinculadas no montante de R\$ 86,3 bilhões³. A modalidade de saque mais representativa em 2014 continuou sendo a “Demissão sem Justa Causa”, responsável por 62,90% do total dos valores sacados. Destaca-se que os saques nas modalidades “Demissão Sem Justa Causa”, “Aposentadoria” e “Moradia” foram responsáveis por 90,11% do total dos valores sacados. [...] Os saques efetuados na modalidade “Moradia”, que contemplam aquisição de imóvel pronto ou em construção, liquidação e amortização de saldo devedor ou redução das prestações de financiamento da casa própria, apresentaram crescimento se comparado a 2013. O aumento de 20,77% na quantidade de saques da modalidade evidencia a ampliação do acesso das famílias brasileiras à casa própria utilizando os recursos provenientes da conta vinculada do FGTS. Dentre as demais situações previstas para saque da conta vinculada destacam-se aquelas em que o trabalhador ou dependente está acometido por Neoplasia Maligna, é portador do vírus HIV ou se encontra em estágio terminal de vida em razão de doença grave. Em 2014, 376 mil saques foram realizados por trabalhadores nessas situações, resgatando junto ao Fundo R\$ 697,9 milhões. Também foram liberados recursos no valor de R\$ 11,6 bilhões, na modalidade “Aposentadoria”, a 7,4 milhões de trabalhadores, contribuindo para uma melhor qualidade de vida nessa nova etapa.”. Disponível em <http://www.caixa.gov.br/Downloads/fgts-demonstracao-financeira/DEMONSTRACAO_FINANCEIRA_FGTS_2014.pdf>. Acesso em 12 nov. 15.

em estágio terminal, em razão de doença grave, nos termos do regulamento; o trabalhador tiver idade igual ou superior a setenta anos; necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de desastre natural¹⁰⁴.

Em outro sentido, o FGTS apresenta-se também como agente de fomento econômico, seja sob a perspectiva do trabalhador, seja sob a perspectiva macroeconômica e da administração pública.

Como ressaltado anteriormente, o melhor exemplo do caráter de agente econômico do FGTS é o Fundo de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FI-FGTS, instituído pela Lei 11.491 de 2007¹⁰⁵, que já em seu artigo 1º estabelece que a criação do Fundo de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FI-FGTS, caracterizado pela aplicação de recursos do FGTS, será destinado a investimentos em empreendimentos dos setores de aeroportos, energia, rodovia, ferrovia, hidrovia, porto e saneamento, de acordo com as diretrizes, critérios e condições que dispuser o Conselho Curador do FGTS.

Faz-se necessário destacar que a possibilidade de movimentação da conta vinculada do FGTS pelo empregado para a integralização de cotas do FI-FGTS, por meio de Fundo de Investimento em Cotas - FIC, constituído pela Caixa Econômica Federal especificamente para essa finalidade, permitida a utilização máxima de 30% do saldo existente e disponível na data em que exercer a opção, conforme o inciso XVII e § 19 do artigo 20 da Lei 8.036/90, alça o trabalhador ao *status* de investidor, que, além de aplicar o saldo que a si pertence referente à conta vinculada do FGTS, garantindo, portanto, a remuneração de tais aplicações, financia investimentos em infraestrutura, habitação e saneamento básico na sociedade¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Artigo 20 da lei 8.036 de 1990.

¹⁰⁵ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11491.htm#art3>. Acesso: 03 out. 2015.

¹⁰⁶ Demonstrativo financeiro do FGTS no ano de 2014 referente ao FI-FGTS: “9.3.2 Aplicação em Cotas do FI-FGTS O FI-FGTS destina-se a investimentos na construção, reforma, ampliação ou implantação de projetos de infraestrutura nos setores de rodovias, portos, hidrovias, ferrovias, energia, saneamento e aeroportos, de acordo com as diretrizes, critérios e condições que dispuser o Conselho Curador do FGTS. O valor total subscrito do FI-FGTS ao final de 2014 foi de R\$ 32,8 bilhões, valor equivalente a 80% do patrimônio líquido do FGTS em 2011, dos quais já foram investidos R\$ 22,9 bilhões. O FI-FGTS possui como cotista único o FGTS e, quando autorizada a aquisição de cotas de FIC, os titulares de contas vinculadas do FGTS também serão cotistas do FI-FGTS. Os investimentos do FI-FGTS ocorrem em projetos previamente analisados e selecionados, após verificados os aspectos de natureza legal, jurídica, econômica, financeira e de risco de negócio. As propostas de investimento e desinvestimento são submetidas pela CAIXA, na qualidade de Administradora do FI-FGTS, ao Comitê de Investimentos do FI-FGTS para aprovação. [...]O FI-FGTS encerrou o ano de 2014 com um Patrimônio Líquido no valor de R\$ 31.871.416 bilhões e a rentabilidade de 7,05%, no exercício.” Disponível em <http://www.caixa.gov.br/Downloads/fgts-demonstracao-financeira/DEMONSTRACAO_FINANCEIRA_FGTS_2014.pdf>. Acesso em 12 nov. 15.

No entanto, não só a integralização de cotas do FI-FGTS pelo titular da conta vinculada possui tais prerrogativas, pois antes mesmo da instituição do mencionado Fundo, a transferência de recursos da conta do titular no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço em razão da aquisição de ações já era uma possibilidade prevista no inciso XII do caput do artigo 20 da Lei do FGTS.

Nesse passo, o caráter de agente econômico do FGTS ganha força pela possibilidade de aplicação dos recursos da conta vinculada do trabalhador em quotas de Fundos Mútuos de Privatização, regidos pela Lei 6.385 de 1976¹⁰⁷, sendo permitida a utilização máxima de 50% do saldo existente e disponível em sua conta vinculada do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na data em que o trabalhador exercer a opção¹⁰⁸.

Tais recursos devem ser destinados a aquisições de valores mobiliários no âmbito do Programa Nacional de Desestatização¹⁰⁹, conforme a Lei 9491 de 1997¹¹⁰, bem como de programas estaduais de desestatização, desde que, em ambos os casos, tais destinações sejam aprovadas pelo Conselho Nacional de Desestatização, observando a redação dada pela Lei 9.635 de 1998¹¹¹.

Também o parágrafo 12º do artigo 20 da Lei 8.036 estimula o fomento econômico ao permitir que, desde que preservada a participação individual dos quotistas, seja permitida a constituição de clubes de investimento, visando a aplicação em quotas de Fundos Mútuos de Privatização, conforme a redação dada pela Lei 9491 de 1997.

Quanto aos recursos do Fundo de Garantia, deve haver a correção monetária dos depósitos efetuados nas contas vinculadas base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança e capitalização de juros de 3% ao ano.

Não se pode ignorar também que, conforme o art. 9º da Lei 8.036/90, incumbe à caixa econômica a aplicação dos recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e, da mesma forma, como bem ressalta Gabriel Saad¹¹², “a responsabilidade pela restituição, ao FGTS, do montante das aplicações realizadas pelo Sistema Financeiro de Habitação”, e, ainda, “acrescido de juros capitalizados e da parcela atinente à correção monetária”.

¹⁰⁷ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385.htm>. Acesso: 03 out. 2015.

¹⁰⁸ Art. 20, XII da Lei 8.036/90.

¹⁰⁹ Art. 20, § 6º da Lei 8.036/90.

¹¹⁰ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm>. Acesso: 03 out. 2015.

¹¹¹ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9635.htm#art2>. Acesso: 03 out. 2015.

¹¹² Op. cit., p. 174.

O FGTS possui papel de grande destaque no cenário econômico e social da República Federativa do Brasil, merecendo especial atenção dentre os sujeitos que direta ou indiretamente participam do custeio, da administração e da aplicação dos recursos desse Fundo Público.

4 CAPÍTULO III – REGIME DE PRESCRIÇÃO DO FGTS E O STF

O prazo prescricional do FGTS é tema de um dos mais recentes embates jurisprudenciais que acabou por consolidar a inconstitucionalidade da prescrição trintenária do FGTS, que possibilitava aos trabalhadores postularem, observando-se a prescrição bienal para o ajuizamento da ação, contados daí, os últimos 30 anos do contrato de trabalho quanto aos depósitos do FGTS não recolhidos sobre as verbas pagas na vigência da relação contratual.

A decisão impulsionou críticas das mais variadas razões, seja pelos fundamentos da decisão de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, seja pelos impactos que a redução do regime prescricional ocasionará sobre os projetos destinatários dos recursos do FGTS, que viam nesse Fundo Público um agente de financiamento e de fomento econômico e social, cujas questões relevantes serão objeto de análise no presente capítulo.

4.1 FGTS, prescrição trintenária e o STF

Assegurado o direito do trabalhador aos depósitos do FGTS a que se refere a lei 8.036/90, faz-se necessário destacar os contornos normativos acerca da possibilidade de persecução pela via judicial dos depósitos do FGTS, nos casos em que há o descumprimento da obrigação de efetivar os depósitos pelo empregador.

O FGTS foi criado pela Lei 5.107/1966¹¹³, que estabeleceu, em seu artigo 20, que o prazo prescricional do FGTS seria aquele aplicável às contribuições previdenciárias, conforme o art. 144 da Lei n. 3.807/1060 - Lei Orgânica da Previdência Social¹¹⁴, qual seja, de 30 anos.

Natália Xavier Cunha¹¹⁵, analisando a gênese da discussão que envolve o prazo prescricional para a cobrança judicial dos depósitos do FGTS não efetuados na

¹¹³ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5107.htm>. Acesso: 04 out. 2015.

¹¹⁴ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm>. Acesso: 04 out. 2015.

¹¹⁵ CUNHA, Natália Xavier. Redução do prazo prescricional para cobrança do FGTS: Uma análise do julgamento do Agravo 709212 pelo STF. **Juris Plenum**. Caxias do Sul, v. 11, n. 62, p. 143-154, mar. 2015. p. 148.

contratualidade, aponta que a jurisprudência consolidada sobre o assunto era uníssona ao sustentar ser de 30 anos a prescrição do direito de reclamar a ausência do depósito mensal do FGTS.

Ocorre que no ano de criação do FGTS, o artigo 144 da Lei Orgânica da Previdência Social foi revogado pelo Código Tributário Nacional, que, em seu artigo 217, IV, enquadrou o FGTS como de natureza tributária, tendo, conforme seu artigo 174, seu prazo prescricional de cinco anos¹¹⁶. Entretanto, mesmo diante de tal posicionamento, destaca Natália Xavier que “STF e STJ negaram a natureza tributária do FGTS, restando mantida a prescrição trintenária, conforme o disposto na redação da Súmula 353 do STJ¹¹⁷”.

A prescrição trintenária do FGTS foi corroborada com o advento da Lei 8.036 de 1990, que regulou de forma ampla o FGTS, e que em seu artigo 23, § 5º, consignou que “o processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas rege-se pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária”, cuja redação foi repetida no artigo 55 do Decreto Regulamentador n. 99.684/1990¹¹⁸.

Conforme Marcelo Ferreira Machado¹¹⁹:

[...] ainda que não seja correto afirmar, com precisão fina, que a Suprema Corte tenha construído sua jurisprudência no reconhecimento de uma mesma fundamentação de constitucionalidade dos depósitos normativos que determinam uma prescrição mais alargada para a busca do cumprimento do FGTS, dada a ocorrência de ordens constitucionais distintas, especificamente a Constituição de 1967, a Emenda Constitucional n. 01/1969 e a Constituição de 1988, certo é que, no que tange ao seu prazo, ficou pacificado o entendimento pela prescrição da pretensão de busca dos depósitos em prazo de 30 anos, conforme a Lei n. 8.036/1990.

Ressalta o autor que o Supremo Tribunal Federal atribuiu significados e entendimentos acerca da natureza jurídica do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, ora com natureza tributária, porém afastando a aplicação do prazo contido no art. 174 do Código Tributário Nacional, ora com natureza não tributária ou não equiparável a tributo, e também

¹¹⁶ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso: 04 out. 2015.

¹¹⁷ “As disposições do Código Tributário Nacional não se aplicam às contribuições para o FGTS”. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=353&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso: 04 out. 2015.

¹¹⁸ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D99684.htm>. Acesso: 04 out. 2015.

¹¹⁹ MACHADO, Marcelo Ferreira. Por uma visão constitucionalmente adequada do prazo trintenário na busca da satisfação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. **Suplemento Trabalhista LTr.** São Paulo, v. 51, n. 27, p. 137-144, mar. 2015. p. 138-139.

não se lhe aplicando as normas tributárias, e, ainda, ora com natureza social e, cumulativamente ou não, com natureza trabalhista.

No que se refere ao Superior Tribunal de Justiça, aponta que este Tribunal possuía jurisprudência consolidada sobre a matéria observada nas Súmulas de nº. 210, que disciplinava que “a ação de cobrança para as contribuições para o FGTS prescreve em 30 [trinta] anos”, e de nº 353, consignando que “as disposições do Código Tributário Nacional não se aplicam às contribuições para o FGTS”.

Quanto ao Tribunal Superior do Trabalho, ressalta Marcelo Ferreira Machado que também este Tribunal Superior já havia convertido sua jurisprudência em Súmula, sendo que, cancelada a Súmula nº 95, cuja redação disciplinava que “é trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”, passou a adotar um entendimento que melhor refletia o ordenamento constitucional de 1988, consolidado na Súmula n. 362 do TST¹²⁰, sendo que o disposto na referida Súmula diz respeito aos casos em que as verbas foram pagas, mas o FGTS nunca foi recolhido, e não aos casos em que se postula judicialmente verbas não pagas, sendo o FGTS o acessório.

Natália Xavier Cunha¹²¹ destaca que a prescrição, no entanto, enfrentou novo embate em face da promulgação da Constituição de 1988, que, em seu art. 7º, inciso III, elencou o FGTS como direito do trabalhador, sendo que em seu inciso XXIX, restou determinado que o prazo prescricional referente aos créditos resultantes das relações de trabalho seria de cinco anos, limitado ao prazo de dois anos após a extinção do contrato. Contrariamente ao exposto na Constituição, a nova Lei do FGTS promulgada em 1990 ratificou o entendimento da prescrição trintenária, como acima apontado.

Instaurou-se, portanto, a divergência acerca da natureza do FGTS, se trabalhista ou não, e, por conseguinte, o prazo prescricional a ser adotado, se aquele previsto na Constituição, de cinco anos, ou o trintenário, conforme a Lei 8.036 de 1990.

¹²⁰ “é trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento para a contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho”. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-362>. Acesso: 04 out. 2015.

¹²¹ Op. cit., p. 148.

Com o amparo dos entendimentos acima apontados, Natália¹²² bem observa que “até o ano de 2014 a aplicação da prescrição trintenária encontrava respaldo na doutrina majoritária e na jurisprudência dominante do TST, STJ e STF”, no entanto, tais posicionamentos restaram derogados após o julgamento do ARE 709.212 proferido pelo plenário do STF, que considerou o FGTS uma parcela estritamente trabalhista, cujo prazo prescricional é o de cinco anos previsto no art. 7º, XXIX da Constituição Federal. Para tanto, reconheceu 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”.

A decisão que se propõe a analisar – RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212¹²³ - foi proferida pelo plenário do STF em 13/11/2014, cujo relator fora o Ministro Gilmar Mendes. Na demanda, o recorrido (recurso interposto pelo réu da demanda – Banco do Brasil S/A) ajuizou a reclamatória em 19/04/2007 a fim de compelir o Banco do Brasil ao pagamento do FGTS relativo ao período de maio de 2001 a 31 de dezembro de 2003, apontando a prescrição trintenária como amparo à pretensão.

Já no início do voto do Ministro Relator¹²⁴, Gilmar Mendes põe por terra toda a discussão acerca da natureza jurídica do FGTS – já trabalhada no item 2.2 deste trabalho – ao sustentar 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 celeuma doutrinária acerca de sua natureza jurídica”, de modo que, “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.”.

Gilmar Mendes não ignora a jurisprudência do próprio STF até então sobre a matéria, mencionando em seu voto que 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, conforme o

¹²² Op. cit., p. 149.

¹²³ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=7780004&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20ARE%20/%20709212>>. Acesso: 04 out. 2015.

¹²⁴ Por brevidade, este trabalho analisará expressamente somente o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, e tão somente se remeterá em momento oportuno a trechos dos votos dos demais ministros, quando for o caso.

voto do Ministro Sidney Sanches¹²⁵, e, ainda, conforme entendimento de ambas as turmas do Tribunal, “consoante 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”.

O destaque do Ministro Gilmar Mendes se deu no sentido de que “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””, sendo que, “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”.

Também sustentou que “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)”.

Destacou então o Magistrado 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”, referindo-se à Súmula 362 do TST, que, na visão do Ministro, “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)”, de modo que tal entendimento, revela-se, sob a ótica de Gilmar Mendes, “além de contraditório, em dissonância com os postulados hermenêuticos da máxima eficácia das normas constitucionais e da força normativa da Constituição”.

No que se refere ao princípio da proteção do trabalhador, o destaque recebido foi no sentido de que por si só, não é apto a autorizar a posição 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”.

¹²⁵ “(...) 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.”. Trecho do voto do Ministro Sidney Sanches transcrito no voto do Ministro Relator do ARE 709.212, Gilmar Mendes.

Gilmar Mendes se vale também do entendimento de Sérgio Pinto Martins, o qual se transcreve aqui nos exatos termos lançados no voto relator:

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.

Ressaltou ainda que o princípio da proteção do trabalhador não pode ignorar os demais princípios que informam a ordem constitucional, afirmando que a previsão do prazo de trinta anos para o ajuizamento de reclamação contra o não recolhimento do FGTS revela um descompasso com a literalidade da Constituição e atenta contra a estabilidade nas relações jurídicas, que estrutura a Constituição e o próprio Direito.

Gilmar Mendes defendeu também que as ferramentas legais e institucionais do FGTS apresentam-se aptos a refutar, conforme suas próprias palavras, “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”.

Dentre as razões apontadas para tal, estariam:

[...] 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 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.

A conclusão do Ministro foi no sentido de que o FGTS possui conformação legislativa apta a afastar as tentativas de se atribuir ao art. 7º, XXIX, da Constituição, interpretação que não aquela retirada de sua expressa literalidade, sustentando que “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 manutenção da prescrição trintenária do FGTS após o advento da Constituição de 1988”.

Ante o exposto, proferiu 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 “privilegio do FGTS à prescrição trintenária”, haja vista violarem o disposto no art. 7º, XXIX, da Carta de 1988, 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.

Conforme a ata da sessão¹²⁶ que culminou com o reconhecimento da 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 “privilegio do FGTS à prescrição trintenária”, foram vencidos os Ministros Marco Aurélio, que provia o recurso interposto parcialmente, assim como os Ministros Teori Zavascki e Rosa Weber, que mantinham a jurisprudência do STF¹²⁷.

Marcelo Ferreira Machado¹²⁸ ressalta que a decisão proferida pelo STF modificou extenso entendimento do próprio STF, bem como do TST e do STJ, sendo que estes últimos possuem, inclusive, súmulas produzidas a respeito da matéria.

Iniciou-se este capítulo apresentando a controvérsia que envolve a matéria atinente ao prazo prescricional para postular em juízo os depósitos não efetuados do FGTS ao longo da

¹²⁶ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=7780004&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20ARE%20%20709212>>. Acesso: 04 out. 2015.

¹²⁷ Tendo em vista que o trabalho visa analisar impactos da decisão no longo prazo, não se adentrará aqui à questão atinente à modulação dos efeitos da decisão.

¹²⁸ Op. cit., p. 137.

contratualidade. Apresentados os contornos nos quais se estruturou a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, cabe agora trazer argumentos para que seja possível uma análise crítica acerca dos fundamentos da referida decisão.

4.2 Abordagem crítica acerca dos fundamentos da decisão do STF

De início, faz-se necessário estruturar a linha de argumentação que será aqui estabelecida, pois a temática central está na possibilidade da persecução pelo próprio trabalhador, em juízo, dos depósitos do FGTS não efetuados sobre as parcelas salariais pagas ao longo da contratualidade, e as consequências que daí advém ao trabalhador quando em vigência o vínculo de emprego.

Pela perspectiva adotada neste trabalho, a questão apresenta dois cenários possíveis a serem observados. O primeiro, diz com o trabalhador que na vigência do contrato e observando que o decurso do prazo prescricional trará por consequência que lhe escape o direito de ver recolhidos pela via judicial os depósitos do FGTS não depositados sobre as parcelas recebidas, assume o risco de ter por rescindido seu contrato de trabalho, e ajuíza reclamatória trabalhista com o intuito de fazer valer seu direito. O segundo, diz com o trabalhador que, contrariamente ao primeiro, não assume o risco de ser despedido, e com o intuito de se manter no emprego, definitivamente renuncia aos depósitos do FGTS, ante a prescrição operada.

Sem maiores delongas a posição adotada pelo excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes e pela maioria do STF foge da realidade brasileira.

Quando Gilmar Mendes entende haver um arcabouço normativo – transcrito no item anterior - com o fim de assegurar a persecução do direito, sem que o trabalhador tenha que se expor, colocando em risco o emprego ou se submetendo à aplicação de sanções, não observa que, como bem ressaltou Francisco Antonio de Oliveira¹²⁹, o governo federal não tem condições de exercer a fiscalização prevista na Lei 8.036/90, em seu art. 23, bem como de levantar os débitos inadimplidos. Resultado disso, segundo o autor, é que “existem milhares de empresas (particulares e públicas) que não depositam a contribuição, à espera, justamente,

¹²⁹ Op. cit., p. 648.

da prescrição. E muitas delas, com sucesso”. Nesse sentido, trata-se de um incentivo à inadimplência, pela total ausência de fiscalização sobre os depósitos não efetuados.

Ainda, aponta Francisco Antonio de Oliveira que sequer cabe o argumento de que o sindicato estaria autorizado a efetuar a cobrança, conforme o artigo 25 da Lei do FGTS, pois não se observa a efetividade desse encargo pelos Sindicatos, sendo poucas as ações ajuizadas pelo Sindicato com este objetivo.

No que se refere aos Sindicatos, Gabriel Saad levantou questionamento importante para se ter a exata compreensão da legitimidade atribuída aos mesmos para questionar judicialmente os recolhimentos do FGTS devidos ao trabalhador.

Saad¹³⁰ afirma não ser suficientemente claro o preceito quanto a real posição da entidade sindical nessa cobrança judicial. No entanto, argumentando que o dispositivo em comento limita-se a dizer que “o sindicato está autorizado a ajuizar ação de cobrança da contribuição fundiária”, ressalta que seria a hipótese de representação, em que “tem o sindicato de receber do empregado procuração com poderes expressos para propor aquela ação”, ressaltando que “a lei não exige que o representado seja associado do sindicato”, bastando que a ele esteja vinculado.

Ora, se mesmo que tenha sido atribuída ao Sindicato legitimidade para ajuizar ação de cobrança dos depósitos do FGTS seja necessário que o trabalhador outorgue poderes específicos para tanto por meio de procuração com poderes expressos, pois se trata o caso de representação, questiona-se qual a diferença entre os efeitos de o reclamante ajuizar por conta própria ação em face do empregador, e conceder procuração para que o Sindicato ajuíze a ação em face do empregador. Por certo, em ambos os casos, a iniciativa partiu do empregado, pelo que o risco de perder o emprego seria o mesmo, tanto num caso quanto no outro.

Por tal abordagem, apresenta-se como certo que é o empregado (trabalhador) quem efetivamente terá que afrontar o empregador no intuito de ver recolhidos os depósitos do FGTS sonegados.

Como acima destacado, a primeira hipótese a ser observada é a referente ao trabalhador que na vigência do vínculo de emprego, assume o risco de ter por rescindido seu contrato de trabalho e ajuíza reclamatória trabalhista com o intuito de ter os depósitos do

¹³⁰ Op. cit., p. 513.

FGTS não recolhidos sobre as parcelas recebidas, a fim de evitar a prescrição do direito (agora, quinquenal).

Nas palavras de Natália Xavier Cunha¹³¹, há, de fato, uma restrição de direitos, posto que embora seja possível a verificação mensal pelo trabalhador dos depósitos efetuados em sua conta vinculada, podendo, assim, acionar o judiciário para ver seus direitos preservados, não se pode esquecer que “o ajuizamento de ação ao longo do contrato é um tanto quanto polêmica e frágil, por causar um constrangimento entre empregado e empregador”. Ressalta que “seria muita hipocrisia discursar em sentido contrário”, dado que “nenhum empregador fica satisfeito ao receber uma notificação relativa a uma ação trabalhista ajuizada por um funcionário em gozo de suas funções”. Nesse cenário, como mencionado acima, restam, segundo Natália, apenas duas alternativas ao empregado cujo direito foi violado, quais sejam, “aceitar a situação calado, correndo o risco da prescrição da pretensão, ou enfrentar o empregador por meio de uma ação judicial, colocando assim seu emprego em risco”.

Aliás, conforme as lições de Francisco Antonio de Oliveira¹³², “num país de desempregados, nenhum trabalhador ousará arrostar o patrão durante a vigência do emprego”, sendo que ainda que propusesse a ação antes de decorridos dois anos da rescisão, poderia discutir apenas os cinco anos anteriores.

Logo, sendo claro que o ajuizamento da ação pelo próprio empregado na vigência do contrato pode resultar na sua inserção no rol de desempregados no mercado de trabalho do Brasil, haveria, com a efetivação da despedida, uma grande violação a princípios sociais defendidos pela Constituição de 1988, problema esse resultado do novo posicionamento do STF, dado que o prazo prescricional não mais é o de trinta anos, mas sim, de cinco anos, conforme o inciso XXIX do artigo 7º da Constituição.

Em outro sentido, se o trabalhador opta pelo segundo caminho, qual seja, o de renunciar aos depósitos do FGTS, mesmo que em parte, ante a prescrição quinquenal, no intuito de manter seu emprego, restaria a violação tanto de princípios de ordem social, quanto de ordem econômica, dada a natureza econômica e social do FGTS, amplamente apresentados neste trabalho. Entretanto, tais abordagens serão melhor tratadas posteriormente.

¹³¹ Op. cit., p. 150.

¹³² Op. cit. 649.

Ainda quanto aos fundamentos expendidos no julgamento do ARE 709.212, vale trazer à tona o posicionamento de Rafael da Silva Marques¹³³, que, questionando o posicionamento de Gilmar Mendes quando aponta que a Constituição, quando quis garantir o mínimo, o fez, nos incisos do artigo 7º, de forma expressa, como no caso dos incisos XVI e XXI com a expressão “no mínimo”; VII com a indicação “nunca inferior”; ou mesmo como consta do inciso XVII, “pelo menos”, sustenta que o direito que tem o trabalhador, pelo inciso XXIX referente à prescrição, é a ação. Logo, a prescrição é apenas uma limitação temporal ao direito de ação, não se tratando de um direito, razão pela qual não haveria a indicação de “no mínimo”, “pelo menos” ou “nunca inferior”, expressões que seriam reservadas aos direitos constantes dos incisos do artigo 7º.

Questiona o autor então que “em se admitindo a tese de que apenas nos casos em que há expressa indicação de “direito mínimo” se poderia ampliar o rol de proteção laboral, segundo a tese do Ministro Gilmar Mendes, não poderia uma norma coletiva, por exemplo, convencionar que a participação nos lucros ou resultados está “vinculada” ao salário do empregado, pois que a norma constitucional do inciso XI do artigo 7º, pela interpretação do STF, seria imperativa e invariável, não abrindo exceção, dado que não consta de seu texto, “salvo disposição em contrário”. Ou seja, “seria vedado, salvo quando os incisos do artigo 7º expressamente o autorizem, haver normas mais benéficas aos trabalhadores”.

Rafael da Silva Marques também aponta que preceitua o inciso XVIII do artigo 7º da CF/88 que a licença gestante é de cento e vinte dias, sendo que tal norma é aplicável à servidora pública, conforme artigo 39, parágrafo terceiro, da CF/88. Entretanto, as servidoras públicas federais tiveram ampliado o prazo de licença gestante para cento e oitenta dias, conforme o artigo 1º da Lei 11.770/08 e artigo 2º, parágrafo primeiro do Decreto 6.690/2008. Logo, questiona o autor que pela lógica no Acórdão do STF, como defende o Ministro Gilmar Mendes, esta lei seria, igualmente, inconstitucional, pois que não há referência expressa no inciso XVIII do artigo 7º da CF/88 a “pelo menos”, “no mínimo”, ou mesmo “nunca inferior”. De outro lado, a Lei 11.770/12, mesmo para as empregadas das empresas privadas que aderissem ao programa previsto neste mesmo dispositivo legal, seria inconstitucional, em razão do limite de cento e vinte dias existente no inciso XVIII do artigo 7º da CF/88.

¹³³ MARQUES, Rafael da Silva. A nova prescrição do FGTS: Algumas considerações. **Justiça do trabalho**. Porto Alegre, v. 32, n. 373, p. 76-79, jan. 2015.

Rafael da Silva questiona então o porquê de constar do caput do artigo 7º a expressão “que visem à melhoria de sua condição social?”. Por tal ótica, bastaria constar do caput do artigo 7º da Constituição Federal as expressões “no mínimo”, “nunca inferior” e “pelo menos”. Destaca então que tais expressões “servem para alertar o intérprete da importância destes direitos, ligados diretamente à duração do trabalho e descanso anual (limite temporal à exploração da “mais valia”) e limitação à despedida, pilares estruturais do direito laboral moderno”.

Marcelo Ferreira Machado¹³⁴ aduz que a questão tormentosa que se encontra no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário em questão “está no fato de que, logo em início do voto condutor do julgamento destroçam-se os entendimentos havidos no âmbito dos Tribunais Superiores”, inclusive do próprio STF, ao se adotar o sentido de que “a Constituição, a partir da norma contida no art. 7º, XXIX, teria tornado o FGTS um direito decorrente da relação de trabalho com prescrição de 5 (cinco) anos para os trabalhadores urbanos e rurais e até 2 (dois) anos após a extinção do contrato de trabalho”.

Marcelo¹³⁵ sustenta que “diante do manancial constitucional concretizado na CFRB/88, que não foi seu art. 7º, XXIX que consagrou a natureza trabalhista do FGTS, mas, sim, o seu art. 7º, caput e inc. III que reputou-o dessa maneira”. Nesse sentido, aponta o autor que a Constituição deve ser lida hermeneuticamente como um sistema uno de direito e garantias (princípio da unidade da Constituição)¹³⁶, e mesmo diante da interpretação de que o art. 7º, XXIX prevê prazos prescricionais para exercício da pretensão dos direitos trabalhistas, tal condição não significa que prazos mais dilatados que com eles se apresentem em conflito os torne “ontológica e necessariamente inconstitucionais”.

Ainda, argumentando no sentido de que o prazo trintenário foi consagrado no § 5º do art. 23 da Lei 8.036/1990 proferida pelo Poder Legislativo, a quem a Constituição Federal atribuiu o poder de congregar os interesses da sociedade e inovar a ordem jurídica em observância ao pacto democrático, sustenta que “não é a natureza jurídica de um direito ou garantia que definirá a compatibilidade constitucional das leis infraconstitucionais, mormente se cotejarmos com um princípio constitucional mais amplo, como o da segurança jurídica”. Aponta o autor que se fosse assim, “normas como as contidas no art. 205 do Código Civil ou art. 109, I do Código Penal, seriam taxadas como violadoras de uma segurança das e nas

¹³⁴ Op. cit., p. 139.

¹³⁵ Op. cit., p. 140.

¹³⁶ Já trabalhado no capítulo 1 deste trabalho.

relações jurídicas cíveis e penais, respectivamente”, sendo que nelas, há prazos prescricionais mais alargados.

Nesse sentido, Marcelo Ferreira Machado¹³⁷ defende que a questão central não está na força normativa do artigo 7º, XXIX da Constituição, mas no fato de que pela força hermenêutica da Constituição, “outros dispositivos infraconstitucionais que prevejam formas distintas de satisfação de direitos constitucionais, em caminho diverso ou mais amplo como é o prazo trintenário, não as tornam inconstitucionais *per se*”.

Logo, segundo o autor, o reconhecimento do prazo prescricional mais exíguo para a persecução desse direito em face da Constituição “é um parâmetro que não conduz à conclusão de sua completude semântico normativa e justificante do controle jurisdicional negativo de constitucionalidade”.

Desse modo, questiona Marcelo Ferreira Machado que a construção interpretativa do STF permite concluir que prazos prescricionais maiores de cinco anos, como aqueles do Código Penal, em seu art. 109, I a IV, violaria de igual forma princípios de proteção constitucional da segurança jurídica.

A crítica direcionada por Marcelo Ferreira Machado vai a tal ponto, e com acerto, que sustenta que “a condução do voto é a corporificação da escolha de um momento temporal na história institucional da Corte, em sua relação com outros Tribunais Superiores (o STJ e o TST), mais de 24 anos depois da promulgação da Lei n. 8.036/1990 (e seu decreto)”, sendo que o STF, no entanto, não apresenta uma tese no sentido de cumprir os direitos constitucionais e institucionais do trabalhador que pretende fazer com que o demandado seja compelido ao pagamento dos depósitos do FGTS dentro do período dos trinta anos previstos na Lei do FGTS.

Nesse sentido, posição com a qual também se coloca de acordo neste trabalho, destaca que a decisão do STF:

[...] aproxima-se de um pragmatismo judicial de natureza utilitarista, por pensar o caso concreto – ao alegar-se um amplo e subjacente “arcabouço normativo e institucional” a proteger o direito – esquecendo-se o próprio direito a ser salvaguardado, afinal arcabouços normativos em benefício de plúrimos direitos na ordem jurídico-brasileira existem tantos, e a Lei n. 8.036/1990, art. 23, § 5º, é um desses.

¹³⁷ Op. cit., p. 141.

A decisão, portanto, apresenta-se contrária a todo o ordenamento construído no sentido de tutelar esse direito do trabalhador, que se mostra relevante não só para o laborista, mas também frente a ordem econômica e social do país.

4.3 Dos impactos do novo posicionamento do STF

Cabe agora uma abordagem acerca da extensão dos possíveis efeitos da decisão proferida pelo STF que ora se analisa.

Em primeiro lugar, inclusive como já exposto ao longo deste trabalho, é notório que o novo posicionamento adotado pelo STF trará impactos tanto sociais quanto econômicos.

Nesse cenário, um dos primeiros impactos se dará com relação à estabilidade do direito de se pleitear em juízo tais parcelas.

Natália Xavier Cunha¹³⁸ bem destaca que mesmo que a situação possa ocorrer também em relação aos demais direitos trabalhistas, quanto a estes não caberia discussão, posto que o prazo prescricional sempre foi de cinco anos, não gerando expectativa de direitos superiores a este período.

Argumenta ainda que o FGTS apresenta-se como um direito diferenciado dos demais que possibilita ao empregado uma garantia proporcional ao tempo de serviço do mesmo, indenizando-o em situações adversas como nas hipóteses de dispensa imotivada. Nesse sentido, segundo a autora, “é de suma importância que os direitos sejam regularmente efetuados ao longo de todo o contrato de trabalho a fim de cumprir sua função precípua, e que, em casos de irregularidades, o empregado possa reivindicar os valores a todo o contrato de trabalho, que muitas vezes ultrapassa o lapso temporal de 05 anos”. Sob tal prisma, observa-se o alcance da prejudicialidade com a qual se reveste a redução do prazo prescricional para o trabalhador.

Nessa perspectiva, seguindo também o posicionamento de Natália Xavier Cunha¹³⁹, essa redução do prazo prescricional do FGTS incorre, em verdade, em um retrocesso nos

¹³⁸ Op. cit., p. 150-151.

¹³⁹ Op. cit., p. 150.

direitos sociais, pois evidente que a redução do prazo para discutir valores eventualmente não depositados, além de ser mais prejudicial aos empregados, propicia atos ilegais por parte das empresas.

Mesmo que os comentários de Francisco Antonio de Oliveira¹⁴⁰ voltem-se para a crítica aos prazos prescricionais estabelecidos na Súmula 362 do TST, por certo não se desfazem de contexto quando adotado no sentido de que tais limitações incentivam o mau pagador, a esperteza, sendo que, ainda nas palavras de Francisco Antonio:

[...] é incentivar a inadimplência, com a expectativa de empresas públicas e privadas de serem beneficiadas com a prescrição, pois não tem nada a perder. Basta inadimplir e aguardar. Enquanto isso, vão carreando para o capital de giro o numerário que seria devido ao Fundo de Garantia. Não correm nenhum risco. Se vierem a sofrer condenação posterior, por não haver o benefício da prescrição, com certeza a correção e os juros não superam o benefício de trabalharem com o dinheiro.

Ao se deparar com a hipótese do trabalhador que coloca em risco o contrato para postular os depósitos não efetuados, em uma projeção extrema, é bem verdade, seria possível imaginar que resultaria em uma rotatividade maior da mão-de-obra, comprometendo inclusive a estabilidade no emprego, tão discutida na época em que o FGTS fora criado, pois rescisões contratuais em razão da “afrenta” do trabalhador ao empregador por acionar o judiciário para ver recolhidos os depósitos em sua conta vinculada passariam a ser uma constante periódica que se renovaria quinquenalmente, assim como a prescrição do direito.

Nesse cenário, pode-se até mesmo questionar se não haveria uma estabilização da rotatividade dos contratos de trabalho e, em igual medida, uma estabilização dos índices de desemprego, onerando, inclusive, o próprio poder público face aos benefícios do seguro-desemprego¹⁴¹.

Sandro Lunard Nicoladeli e Paulo Ricardo Opouszka¹⁴² sustentam que a decisão do STF “além de retirar do patrimônio jurídico dos trabalhadores um direito consolidado por

¹⁴⁰ Op. cit., p. 649-650.

¹⁴¹ A título ilustrativo, vale mencionar matéria publicada pela revista exame em setembro de 2015 apontando que “O aumento do desemprego fez a arrecadação líquida do **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)** cair 24,52% no primeiro semestre deste ano em relação ao mesmo período de 2014. A diferença entre os depósitos feitos nas contas dos trabalhadores brasileiros nesse período e os saques foi de R\$ 8,3 bilhões, R\$ 2,7 bilhões menos do que no primeiro semestre do ano passado. Trata-se do menor valor desde 2011.”. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/arrecadacao-do-fgts-recua-24-52>>. Acesso: 12 nov. 2015.

¹⁴² NICOLADELI, Sandro Lunard; OPUSZKA, Paulo Ricardo. Da rendição do fundo público: FGTS e prescrição da exigibilidade de depósitos em fundo público conforme julgamento do ARE 709212 pelo Plenário

longas décadas, acaba legitimando a cultura da sonegação de depósitos fundiários, infelizmente, ainda muito comum no nosso cotidiano de relações laborais”. Destacam também que “a ausência de depósitos regulares nas contas do FGTS poderá legitimar calote bilionário, é bem verdade, tendo como primeiros prejudicados os trabalhadores que possuam extenso contrato de trabalho”.

No que se refere à destinação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, apontam, com razão, que “a sonegação dos depósitos, no decorrer de décadas, refletirá no custeio de projetos fundamentais ao país custeados pelo fundo público do FGTS”, destacando então que “nem mesmo a modulação assentada no julgado, o que pretensamente asseguraria segurança jurídica e previsibilidade na decisão, poderá minimizar os prejuízos nas relações jurídicas até então estabilizadas e socialmente justas”. Nesse sentido, seria toda a sociedade, sobretudo a parcela que mais depende do Poder Público, prejudicada com o novo exíguo prazo estabelecido pelo STF.

Como bem ressaltam os autores, tais questões não foram levadas em consideração na análise do Supremo Tribunal Federal, o que pode ser observado no posicionamento do próprio Presidente do STF, Ministro Ricardo Lewandowski, quando afirmou que o que se estava discutindo era uma relação entre empregado e empregador, e não a relação jurídica entre o Fundo de Garantia ou a Fazenda Pública como legitimados para a cobrança de quantias não pagas¹⁴³.

Expõem os autores que a ideia de um “fundo social de destinação variada, não sendo apenas direito trabalhista, mas instituto de natureza híbrida”, foi melhor esclarecida no voto da Ministra Rosa Weber, mas ignorada pelo plenário da Corte¹⁴⁴.

Diante do exposto, destacando o impacto e a relevância do julgado, questionam os autores se “não caberia ouvir a comunidade interessada no julgado? Minimamente, centrais sindicais, entidades patronais, conselho curador do FGTS e Poder Executivo não deveriam ter se manifestado em audiência pública, ante a repercussão da decisão judicial?”. Questionamento que se mostra demais necessário.

do Supremo Tribunal Federal. **Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**. Curitiba, v. 4, n. 41, p. 13-20, jun. 2015, p. 6.

¹⁴³ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7780004>>. Acesso: 10 out. 2015, p. 38 do Acórdão.

¹⁴⁴ *Ibid*, p. 44 do Acórdão.

Toda a estrutura social por trás do FGTS foi ignorada pelo STF. Sandro Lunard Nicoladeli e Paulo Ricardo Opouszka destacam que “no passado, a tutela constitucional foi capaz de proteger os fundos públicos, verdadeiro colchão de direitos que redundam na proteção de um fundo social capaz de financiar a Economia em tempos de crise, em especial nos anos 90”.

Nessa linha, prosseguem afirmando que “sem dúvida, foram os fundos públicos que salvaram o Brasil de um estado maior de miséria no início dos anos 2000, tempo de crescente aumento do superávit primário, recessão econômica e desemprego estrutural, quadro superado pelos Governos posteriores, ainda que a grande mídia não reconheça de forma massiva a referida realidade até os dias atuais”.

Ainda, “foram os fundos públicos, em especial os administrados pelo FED Americano, que salvaram os Estados Unidos da grande depressão nos anos 2007/2008 e a aplicação de políticas anticíclicas evitaram que a locomotiva americana descarrilhasse definitivamente sobre a América Latina, Europa, Ásia e África”.

Logo, a decisão do STF poderá trazer como consequência a descapitalização do FGTS, esse fundo público que é um dos maiores direitos sociais conquistados pelos trabalhadores e indutor do desenvolvimento econômico e social do País.

4.4 Novo regime prescricional do FGTS sob uma perspectiva constitucional

Iniciou-se este trabalho com uma análise principiológica constitucional acerca do papel do trabalho no ordenamento jurídico brasileiro¹⁴⁵.

Partindo do caráter normativo dos princípios, os quais visam proteger valores fundamentais e consensos básicos contra a ação predatória das maiorias, bem como garantir o funcionamento adequado da democracia e do pluralismo político, e analisando tais princípios sob a classificação de José Joaquim Gomes Canotilho, com o devido destaque aos princípios jurídicos fundamentais, os quais representam os princípios gerais do direito, que, segundo Canotilho, “representam os princípios historicamente objetivados e progressivamente

¹⁴⁵ Aqui, apresenta-se um breve resumo apenas. Citações no Capítulo I.

introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”, buscou-se demonstrar que, segundo a “dogmática principialista estruturante”, elaborada também por Canotilho, os princípios gerais de Direito se tornaram fonte primária de normatividade, corporificando na ordem jurídica os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional, alçando os princípios ao patamar mais elevado dentro da pirâmide que hierarquiza as normas, de modo que devem produzir efeitos positivos sobre a realidade.

Sustentou-se então que se observa dos contornos econômicos e sociais delineados pela Constituição de 1988, que já em seu art. 1º, IV, indica como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social do trabalho, sendo que em seu art. 170, caput, afirma dever estar a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano, de modo que é o trabalho o primado da ordem social brasileira, como alicerce da ordem econômica e social na Constituição Federal, e que objetiva assegurar a todos uma existência digna.

Sob tal perspectiva, demonstrou-se que o trabalho humano encontra papel de destaque na estrutura constitucional-econômica, de forma que os direitos daí decorrentes, dentre eles os direitos sociais, previstos nos artigos 6º e 7º da Constituição Federal de 1988, não podem ser interpretados restritivamente como direitos protetivos dos trabalhadores, mas também, como elementos/agentes econômicos e sociais, que externalizam princípios constitucionais que são, em verdade, os pilares da República Federativa do Brasil, com o fim maior de promover a dignidade humana.

Logo, conforme a análise realizada nos itens anteriores acerca dos efeitos da decisão proferida pelo STF que reduziu a prescrição para postular em juízo os recolhimentos do FGTS não depositados sobre as parcelas pagas ao longo da relação contratual, questiona-se se a decisão não ofende, mesmo de forma reflexa e tangencial, princípios constitucionais, seja de ordem econômica, seja de ordem social.

Natália Xavier Cunha¹⁴⁶ argumenta que dentre as discussões suscitadas em razão da redução do prazo prescricional, “alega-se que não foi observado um dos principais princípios da justiça do trabalho, qual seja o princípio da proteção do trabalhador hipossuficiente, porquanto a modificação afetaria diretamente o empregado”.

¹⁴⁶ Op. cit., p. 150.

Sandro Lunard Nicoladeli e Paulo Ricardo Opouszka¹⁴⁷ trazem considerações importantes sobre o tema ao apontarem que o julgado “dinamitou os princípios basilares do Direito do Trabalho, consagrados na proteção do trabalhador e na aplicação da norma mais favorável, além de deslegitimar jurisprudência progressista no campo dos direitos sociais”.

Ainda, quanto à ofensa a direitos fundamentais, destacam:

[...] a decisão judicial por aplicação de prescrição mais diminuta na exigibilidade de depósitos em fundo público efetivamente desconectou nossa corte constitucional dos vetores essenciais do Estado Social, pois esvaneceu princípios constitucionais fundantes da nossa República, como a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho e do emprego, a justiça social, e, por fim, o não retrocesso social.

Ressaltando a questão atinente aos princípios constitucionais, assevera Marcelo Ferreira Machado¹⁴⁸ que falando de princípios na leitura da Constituição, como um sistema único, “o parcial e alegado arcabouço jurídico denotado no voto do Ministro Relator, é muito menos efetivo ao trabalhador, do ponto de vista da realidade institucional, que a garantia deferida no art. 23, § 5º da Lei n. 8.036/1990”.

Destaca ainda que:

[...] a abolição da parte afeta ao prazo do art. 23, § 5º da Lei do FGTS do ordenamento jurídico equivale a uma atitude jurisdicional violadora do *princípio da proibição por defeito*, que, conforme denota Canotilho, se consubstancia em um defeito de proteção “quando as entidades sobre quem recai um dever de proteção adotam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais”.

A decisão proferida pelo STF apresenta-se mais como violadora de princípios constitucionais – os quais deixam em evidência o trabalho, como primado da ordem social e como princípio da ordem econômica – sendo que o FGTS é decorrência das relações de trabalho.

Sandro Lunard Nicoladeli e Paulo Ricardo Opouszka sustentam que, em outro sentido, de acordo com os preceitos constitucionais e trabalhistas está o voto da Ministra Rosa Weber¹⁴⁹ que destaca o caráter essencialmente protetivo do Direito do Trabalho, corroborado pela afirmação contida no caput do art. 7º da Constituição, segundo o qual o rol de direitos ali

¹⁴⁷ Op. cit., p. 17.

¹⁴⁸ Op. cit., p. 141.

¹⁴⁹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7780004>>. Acesso: 10 out. 2015, p. 41 do Acórdão.

previstos não exclui outros que objetivem a melhoria da condição social do trabalhador, sendo consequência desse raciocínio a constitucionalidade de previsão de lapso prescricional maior fixado pela legislação infraconstitucional ou por negociação coletiva. Então, manifestam-se no sentido de que, sendo a decisão contrária aos princípios e fundamentos do Direito do Trabalho, “é incontestável que o julgamento do STF no ARE n. 709.212 produziu um resultado injusto, na medida em que tinha a oportunidade de dar à decisão um sentido consentâneo com as finalidades sociais que o FGTS, indubitavelmente, possui”.

O novo prazo prescricional, em verdade, será um incentivo ao não recolhimento dos depósitos do FGTS por parte do empregador, pois o prazo exíguo para postular em juízo os recolhimentos colocará o trabalhador na encruzilhada entre acionar o judiciário e colocar em risco o contrato, ou assegurar o contrato e renunciar ao direito.

Nesse sentido, por qualquer via que se opte, seu contraponto viola princípios constitucionais, seja de ordem social, que, em parte, pode ser representado pela inserção no mercado de trabalho, a qual é colocada em “xeque” com o ajuizamento da ação no decorrer contrato, seja de ordem econômica, sem afastar também princípios de ordem social nesse ponto, dado que os recursos do FGTS são destinados a investimentos cuja natureza traz consigo a natureza social, quando renuncia aos depósitos do FGTS para manter o vínculo.

Portanto, tendo em vista as questões analisadas neste trabalho acerca do tema, parece que a melhor compreensão a respeito da situação pode ser expressa por Dworkin quando afirma que “não se pode pressupor que a Constituição é sempre o que a Suprema Corte afirma que ela é”¹⁵⁰, de modo que resta apenas a adaptação das estruturas e instituições que tem como alicerce o FGTS aos efeitos da nova sistemática adotada pelo STF.

¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 184-192.

5 CONCLUSÃO

Analisando-se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como pano de fundo o papel do FGTS na ordem econômica e social, bem como a complexidade com a qual se apresenta a questão quando considerado que o novo prazo prescricional será um incentivo ao não recolhimento do FGTS na conta vinculada do trabalhador, de modo que o laborista, nesse cenário, irá se confrontar com uma encruzilhada entre acionar o judiciário e colocar em risco o contrato, ou assegurar o contrato e renunciar ao direito, tem-se que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal mostra-se, ao menos, equivocada, se considerado que não levou em conta toda a estrutura social e econômica que tem como alicerce o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

As questões que se colocaram em jogo com o julgamento pelo Supremo Tribunal foram barradas por argumentos que facilmente podem ser confrontados, sobretudo, quando tomado em conta o princípio da unidade da Constituição, trazido neste trabalho logo em seu capítulo primeiro.

Sob essa ótica, tratando-se de temática demais complexa, abriu mão o STF de debater as questões com entidades representativas da sociedade, que por certo poderiam elucidar pontos esquecidos na análise que culminou com o reconhecimento da inconstitucionalidade da prescrição trintenária.

Logo, há o receio de que o novo posicionamento venha a legitimar o descumprimento do dever legal imposto ao empregador de efetuar os depósitos do FGTS na conta vinculada do trabalhador, posto que os benefícios para o empregador que se omite do dever legal, fazendo trabalhar o dinheiro ilegítimo não depositado em seu favor, é maior que o risco de responder judicialmente pelos não recolhimentos, em razão do prazo exíguo pelo qual terá que arcar. Em seu favor, trabalham ainda o receio do próprio contratado, de colocar em risco o contrato ao acionar o judiciário para fazer valer seu direito, bem como a renúncia ao direito, quando a opção se faz por não correr o risco do emprego, deixando de questionar as parcelas asseguradas por lei.

Logo, há um evidente desequilíbrio na balança dessa relação, pois a favor do trabalhador, nada por si reclama.

Por tal perspectiva, apresenta-se quais seriam os impactos, a longo prazo, do novo regime de prescrição do FGTS. Aponta-se que estariam em risco as estruturas que ao longo dos anos tiveram no FGTS um dos seus principais financiadores, com o investimento em habitação popular, ou mesmo a aquisição ou patrocínio da casa própria. Aliás, que atire a primeira pedra quem nunca testemunhou uma aquisição de imóvel próprio em que o saldo da conta vinculada do FGTS do trabalhador interveio viabilizando a aquisição. Sem esquecer ainda os investimentos em saneamento básico, com previsão já na lei que instituiu o Fundo, ou mesmo os investimentos em infraestrutura possibilitados pelo Fundo de Investimento do FGTS (FI-FGTS).

Pelo exposto, sustenta-se que a decisão proferida no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 709.212 pelo Supremo Tribunal Federal incide, mesmo que de forma reflexa e tangencial, no distanciamento de preceitos principiológicos de proteção do trabalhador, norte do Direito do Trabalho, bem como de ordem econômica e social, ante a projeção que se estende para além da modulação prevista no Acórdão ao limitar a prescrição atinente ao FGTS, que foi generalizado como uma garantia para o trabalhador em situações especificadas em Lei, além de se consolidar como agente de fomento econômico e social.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Murilo Rodrigues. **Arrecadação do FGTS recua 24,52%**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/arrecadacao-do-fgts-recua-24-52>>. Acesso: 12 nov. 2015.
- BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **O Particularismo do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de; Pereira, Jane Reis Gonçalves; Sarmiento, Daniel; Souza Neto, Cláudio Pereira de. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: RT, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2.ed., 2.tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARRETO, Amaro. **Teoria e prática do FGTS**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª Edição. LTR. São Paulo. 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, V.2, p. 397-398.
- BEIJATO JUNIOR, Roberto. FGTS: Uma questão de política ou de direito? **Revista do direito trabalhista**. Brasília, v. 20, n. 11, p. 26-29, nov. 2014.
- Bobbio, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora da UnB, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 10. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 254.
- BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1934). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em 23 jul. 15.
- BRASIL. Constituição da república Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 23 jul. 15.
- BRASIL. Decreto nº 6.827, de 22 de abril de 2009. Dispõe sobre a composição do Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador - CODEFAT e do Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - CCFGTS, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6827.htm>. Acesso: 03 out. 2015.
- BRASIL. Decreto nº 99.684, de 8 de novembro de 1990. 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>. Acesso: 04 out. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, 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>. Acesso: 01 ago. 2015.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 72, de 2 de abril de 2013. Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc72.htm>. Acesso: 15 out. 2015.

BRASIL. Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964. Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4380.htm>. Acesso em 06 set. 15.

BRASIL. Lei n.º 5.107, de 13 de setembro de 1966. Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5107.htm>. Acesso: 01 ago. 2015.

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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso: 04 out. 2015.

BRASIL. Lei nº 6.385, de 7 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385.htm>. Acesso: 03 out. 2015.

BRASIL. Lei n.º 7.839, de 12 de outubro de 1989. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7839.htm#art30>. Acesso: 01 ago. 2015.

BRASIL. Lei n.º 8.036, de 11 de maio de 1990. 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>. Acesso: 01 ago. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm>. Acesso: 03 out. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.635, de 15 de maio de 1998. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização de que trata a Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9635.htm#art2>. Acesso: 03 out. 2015.

BRASIL. Lei nº 11.491, de 20 de junho de 2007. Institui o Fundo de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FI-FGTS, altera a Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11491.htm>. Acesso: 03 out. 2015.

BRASIL. Lei nº 12.873, de 24 de outubro de 2013. Autoriza a Companhia Nacional de Abastecimento a utilizar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, para a contratação de todas as ações relacionadas à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural; [...]. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm#art7>. Acesso: 03 out. 2015.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001. Altera dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2216-37.htm#art49>. Acesso: 03 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 353. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=353&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso: 04 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo 709.212. Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 13 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=7780004&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20ARE%20/%20709212>>. Acesso: 04 out. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 362. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-362>. Acesso: 04 out. 2015.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Demonstrações Contábeis do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS. Relatório de Administração – Exercício 2014. Disponível em <http://www.caixa.gov.br/Downloads/fgts-demonstracao-financeira/DEMONSTRACAO_FINANCEIRA_FGTS_2014.pdf>. Acesso em 12 nov. 15.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Editora Almedina, 2000, p. 170, nota 6.

CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CASSAR. Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 2 ed. Niterói: Impetus, 2008.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio universitário do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1972; 2 v.

CUNHA, Natália Xavier. Redução do prazo prescricional para cobrança do FGTS: Uma análise do julgamento do Agravo 709212 pelo STF. **Juris Plenum**. Caxias do Sul, v. 11, n. 62, p. 143-154, mar. 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13 ed. LTR. São Paulo. 2014.

Dworkin, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Matins Fontes, 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson . **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MACHADO, Marcelo Ferreira. Por uma visão constitucionalmente adequada do prazo trintenário na busca da satisfação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. **Suplemento Trabalhista LTr**. São Paulo, v. 51, n. 27, p. 137-144, mar. 2015.

MARQUES, Rafael da Silva. A nova prescrição do FGTS: Algumas considerações. **Justiça do trabalho**. Porto Alegre, v. 32, n. 373, p. 76-79, jan. 2015. MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual do FGTS**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MARTINS, Sergio Pinto. **Manual do FGTS**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: LTr.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do trabalho na constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

NICOLADELI, Sandro Lunard; OPUSZKA, Paulo Ricardo . Da renição do fundo público: FGTS e prescrição da exigibilidade de depósitos em fundo público conforme julgamento do ARE 709212 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. **Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**. Curitiba, v. 4, n. 41, p. 13-20, jun. 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª Ed. São Paulo: Método, 2009.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Comentários às Súmulas do TST**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

REALLE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SAAD, EDUARDO GABRIEL. **Comentarios a Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço**. 3.ed. São Paulo: LTr, 1995.

SILVA, Paulo Henrique Tavares da. **Valorização do Trabalho como Princípio da Ordem Econômica Brasileira**: interpretação crítica e possibilidades de efetivação. Curitiba: Juruá, 2003.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. Rio de Janeiro: renovar, 1999.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.