

PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO: REFLEXOS PARA ALÉM DO NOVO ENTENDIMENTO

PRESCRIPTION OF GOVERNMENT SEVERANCE INDEMNITY FUND FOR EMPLOYEE: REFLECTIONS BEYOND THE NEW UNDERSTANDING

Alexandre Antonio Bruno da Silva¹
André Studart Leitão²

Sumário: Considerações iniciais. 1 A prescrição no Direito do Trabalho. 2 A prescrição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. 3 O fim da prescrição trintenária. 4 Efeitos da decisão. 4.1 Administração pública como empregadora. 4.2 Empregadores privados. Considerações finais. Referências.

Resumo: O Fundo de Garantia do Tempo do Serviço, desde a sua criação, originou inúmeras discussões em relação a sua natureza jurídica. Não sem motivo, uma vez que a consideração acerca da sua natureza jurídica desencadeia uma série de consequências na ordem jurídica. Uma das consequências que mereceu o maior número de discussões é aquela que busca definir o prazo prescricional para a cobrança dos débitos relativos às suas contribuições não efetuadas. Durante muitos anos defendeu-se, inclusive nos tribunais superiores, que o FGTS, por seu viés social, teria como regra geral o prazo prescricional de 30 (trinta) anos. Regra que seria excepcionada apenas nos casos em que o devedor fosse a Fazenda Pública. Recentemente, o STF consolidou o entendimento de que o prazo prescricional deveria ser similar aos dos demais créditos trabalhistas. No estudo em apreço, verificam-se os fundamentos e os possíveis efeitos práticos dessa decisão.

Palavras-chave: Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Prescrição. Supremo Tribunal Federal (STF). Auditoria do Trabalho.

Abstract: The Government Severance Indemnity Fund for Employee, since its creation, has given rise to a number of discussions regarding its legal nature. Not without reason, since the consideration about its legal nature triggers a series of consequences in the legal order. One of the consequences that deserved the largest number of discussions is the one that seeks to define the limitation period for the debts collection related to contributions not made. For many years, it was argued, even in the higher courts, that the FGTS, by its social right character, would have as a general rule the prescriptive period of thirty (30) years. A rule that would only be excepted in cases that the debtor was the Public Treasury. Recently, the Federal Supreme Court consolidated the understanding that the limitation period should be similar to other labor credits. In the present study, it is verified the bases and possible practical effects of that decision.

Keywords: Government Severance Indemnity Fund for Employee (FGTS). Prescription. Federal Supreme Court. Labor Audit.

1 Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFC. Mestre em Informática pela PUC-RJ. Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Professor Adjunto da Universidade Estadual do Ceará (UECE). Auditor-Fiscal do Trabalho. E-mail: <alexandre.bruno@terra.com.br>.

2 Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Procurador Federal. Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). E-mail: <andrestudart@gmail.com>.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A ordem jurídica gravita em torno da segurança e da justiça, dois de seus valores essenciais. Para realizar a justiça, são previstos diferentes mecanismos, como a redistribuição de riquezas e a garantia do devido processo legal. A segurança, por sua vez, encerra valores e bens jurídicos que não se esgotam na mera preservação da integridade física, albergando conceitos fundamentais como a continuidade das normas jurídicas e a estabilidade das situações anteriormente controvertidas (BARROSO, 2001, p. 3).

Em nome da segurança jurídica, consolidaram-se institutos desenvolvidos historicamente, com destaque para a preservação dos direitos adquiridos e da coisa julgada. É nessa ordem de ideias que se firmou o conceito (artificial) de prescrição. Em termos sucintos e de forma geral, trata-se da estabilização das situações jurídicas potencialmente litigiosas por força do decurso do tempo (BARROSO, 2001, p. 3).

Esta influência do tempo, consumido do direito pela inércia do titular, serve a uma das finalidades supremas da ordem jurídica, que é estabelecer a segurança das relações sociais. Como passou muito tempo sem modificar-se o atual estado de coisas, não é justo que se continue a expor as pessoas à insegurança que o direito de reclamar mantém sobre todos, como uma espada de Dâmocles. A prescrição assegura que, daqui em diante, o inseguro é seguro; quem podia reclamar não mais o pode (DANTAS, 1977, p. 397-398).

Dessa forma, a prescrição é um instituto que, em nome da segurança nas relações sociais, torna inexigíveis parcelas não reivindicadas ao longo de certo prazo legalmente estabelecido. É figura que confere prevalência ao valor segurança, em detrimento do valor justiça. A ordem jurídica assegura a busca, pelo titular, da proteção estatal a seus interesses, mas desde que o fazendo em um prazo máximo fixado, de maneira a não eternizar situações indefinidas no âmbito social. Se o justo não é perseguido em certo tempo, fica a ordem jurídica com a segurança, em favor da estabilização social (DELGADO, 2016, p. 261-262).

Deve se ressaltar que a prescrição é regra em todos os campos do direito, sendo que a imprescritibilidade é situação excepcional. Nesse sentido, a própria Constituição Federal de 1988 enumera as hipóteses de imprescritibilidade, garantindo, em sua sistemática, o princípio geral da perda da pretensão pelo decurso de tempo.

No âmbito do Direito do Trabalho, o instituto da prescrição sempre mereceu tratamento diferenciado. Normas específicas foram criadas e questões relativas à aplicabilidade direta das regras gerais do direito civil e processual civil serviram de campo fértil para várias discussões. Verifica-se, no entanto, nos últimos anos, o surgimento de posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários que pugnam pela unificação.

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), desde a sua criação, originou uma série de questões jurídicas. Foi necessário algum tempo para que a sua

natureza jurídica fosse sedimentada como um direito de cunho trabalhista. Definida a sua natureza, reuniram-se as condições para a revisão do antigo prazo prescricional de 30 (trinta) anos.

O objeto central do estudo será discutir os fundamentos apresentados para alteração do prazo de prescrição para a exigência dos créditos relativos ao FGTS e os possíveis efeitos práticos dessa decisão. Com esse objetivo, inicialmente, serão apresentadas as regras gerais da prescrição no âmbito trabalhista..

1 A PRESCRIÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Roberto de Ruggiero justifica que o tempo produza a perda de um direito, ao indicar que o ordenamento não tutela quem não exerce o seu direito, mostrando que o despreza, que não o quer conservar. Segundo ele, é de interesse da ordem social que, depois de um dado tempo, desapareça qualquer incerteza nas relações jurídicas, bem como toda possibilidade de contestação ou pleito daquele direito (RUGGIERO, 1999, p. 412). Câmara Leal (1982, p. 16) arremata esse entendimento, elencando como fundamentos da prescrição:

O interesse público, a estabilização do direito e o castigo à negligência; representando o primeiro o motivo inspirador da prescrição; o segundo, a sua finalidade objetiva; o terceiro, o meio repressivo de sua realização. Causa, fim e meio, trilogia fundamental de toda instituição, devem constituir o fundamento jurídico da prescrição.

A prescrição é um fenômeno produzido pelo decurso do tempo, que tem como efeito a consolidação (aquisição) ou a extinção (perda) de situações jurídicas. Dessa forma, o instituto da prescrição surge em duas espécies, a prescrição aquisitiva e a prescrição extintiva, que são nitidamente distintas e disciplinadas de forma separada. No direito brasileiro, a prescrição aquisitiva foi tratada com o *nomen juris* de usucapião, enquanto o termo vocabular prescrição ficou restrito à prescrição extintiva (FARIAS; ROSENVALD, 2015).³

As regras gerais concernentes à prescrição estabelecidas essencialmente pelo Código Civil aplicam-se, em linhas gerais, à prescrição trabalhista. Entretanto, o direito do trabalho tem firmado regras específicas. A especificidade é encontrada em temas como prazos prescricionais dos direitos trabalhistas, critérios de contagem da prescrição, momento de arguição da prescrição e âmbito de aplicação no direito trabalhista da prescrição intercorrente.

O Direito do Trabalho brasileiro adere ao conceito de prescrição encontrado no Código Civil Brasileiro de 2002, tratando-a como a perda da pretensão, que é o

3 A prescrição aquisitiva ou usucapião encontra-se regulada na Parte Especial do Código Civil, Livro III - do Direito das Coisas, Título III – Da Propriedade, em seu art. 1.238 e seguintes. A prescrição extintiva ou simplesmente prescrição, está regulado na Parte Geral, Livro III – Dos Fatos Jurídicos, Título IV – Da prescrição e da decadência, através do artigo 189 e seguintes.

poder de exigir, pelas vias judiciais, a prestação descumprida pelo devedor. Entretanto, segundo parte da doutrina e da jurisprudência, a prescrição no Direito do Trabalho, por versar sobre matéria de cunho patrimonial, não deve ser conhecida *ex officio* pelo Juiz. Esse foi o entendimento, mesmo com a alteração do art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil de 1973, que prescreve que o juiz acate essa prescrição e da revogação do art. 194 do Código Civil Brasileiro de 2002, que impedia o uso dessa prerrogativa.

Nesse entendimento, as normas gerais de prescrição só seriam aplicáveis ao Direito do Trabalho quando compatíveis com os seus princípios e regras. A jurisprudência tem se inclinado pela incompatibilidade desses dispositivos legais com a ordem trabalhista (arts. 8º e 769, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) (DELGADO, 2016, p. 289).

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE – PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO – ART. 219º, § DO CPC – APLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. A alteração do artigo 219, 5º, do CPC, efetuada pela Lei n. 11.280/2006, autoriza o Juiz a declarar, de ofício, a prescrição. O instituto, no entanto, não se mostra compatível com o processo do trabalho, em razão de princípios e peculiaridades que o regem, dentre outros, a indisponibilidade de alguns dos direitos do empregado, a natureza alimentar do salário, e a própria desigualdade econômica entre empregados e empregadores, não presentes na relação jurídica disciplinada pelo Código de Processo Civil. Recurso de revista conhecido e provido (TST. RR - 501700-13.2006.5.09.0019, Relator Ministro: Milton de Moura França, 4ª Turma. Julgado em 11.10.2011, DEJT 28.10.2011) (BRASIL, 2011).

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI N. 11.496/2007. RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. PRONÚNCIA DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPATIBILIDADE DO ART. 219, parágrafo 5º, DO CPC COM O PROCESSO DO TRABALHO. O art. 219, parágrafo 5º, do CPC, que possibilita a pronúncia de ofício da prescrição pelo juiz, não se aplica subsidiariamente ao Processo do Trabalho, porque não se coaduna com a natureza alimentar dos créditos trabalhistas e com o princípio da proteção ao hipossuficiente. Precedentes desta Subseção Especializada. Recurso de embargos conhecido e não provido (TST. E-RR - 82841-64.2004.5.10.0016, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Julgado em 20.02.2014, DEJT 07.03.2014) (BRASIL, 2014).

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) manteve a prerrogativa judicial de pronúncia da prescrição, mas, efetivamente, como simples faculdade do julgador (art. 487, II, c/c art. 332, § 1º, ambos do CPC/2015). Além disso, deve se seguir a regra prudencial, que determina que “a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se”, conforme o art. 487, do CPC/2015 (BRASIL, 2015).

Maurício Godinho defende que, ao determinar a atuação judicial, em franco desfavor de direitos laborais, a regra civilista entra em choque com vários princípios constitucionais. Citam-se como os princípios mais atingidos o da valorização do trabalho e do emprego, o da norma mais favorável e o da submissão da propriedade

à sua função socioambiental, além do próprio princípio da proteção (DELGADO, 2016, p. 289). Segundo o autor, mesmo que se acredite que essa regra seja compatível com o Processo do Trabalho, está claro que ela deve atuar dentro de certos limites. Como previsto no art. 487, CPC/2015, deve ser concedida prévia vista à parte contrária para manifestação, seja porque não se conhece de prescrição não arguida na instância ordinária (Súmula 153, TST), seja porque não pode ser efetivada em recurso de revista e na fase de liquidação/execução (DELGADO, 2016, p. 289).

Ressalte-se, entretanto, que o entendimento não se encontra pacificado. Gustavo Garcia (2016, p. 1275) assinala que, ainda que pertinentes as críticas apresentadas contra a aplicação da prescrição *ex officio*, elas devem ser entendidas como meras críticas a uma lei já aprovada, servindo no máximo como sugestão ao legislador, não se podendo confundir crítica ao direito legislado com interpretação científica do Direito.

Assim no plano da ciência jurídica, ao se propor analisar e interpretar a atual precisão jurídico-normativa quanto à prescrição, embora seja possível não se concordar com a nova orientação adotada pelo legislador, o fato é que lei ordena que seja conhecida de ofício pelo juiz, independentemente da natureza do direito material em discussão (GARCIA, 2016, p.1275).

Gustavo Garcia sustenta ser necessária a aplicação do art. 487, inciso II, do CPC/2015, inclusive no âmbito trabalhista, pois, caso isso não seja feito, existirá um verdadeiro vácuo legislativo. Afinal, não existe qualquer previsão no ordenamento jurídico afirmando que o juiz depende ou necessita de arguição da parte para conhecer a prescrição. Uma vez sendo verificado que o direito objetivo não é mais exigível, entendeu o legislador que assim será considerado pelo juiz, mesmo de ofício, o que está em consonância com os princípios da primazia da realidade, celeridade e economia processual.

Nesse sentido, ainda que exista eventual hipossuficiência de uma das partes da relação jurídica, esse fato não é critério apto a excepcionar a aplicação da disposição legal. Ressalta-se que a condição de hipossuficiência existe em outros tipos de relações jurídicas, como nas relações de consumo, não sendo tal preceito aplicável.

Assim como o recibo de pagamento pode ser considerado, de ofício, pelo juiz, decidindo pela improcedência do pedido, o mesmo passou a ocorrer com a extinção da exigibilidade do direito material, em razão da prescrição. O fato extintivo do direito, em regra, não precisa ser arguido pela parte para ser conhecido pelo juiz, tal como ocorre no pagamento, pois deve prevalecer a decisão judicial em conformidade com a verdade real e com o Direito objetivo (GARCIA, 2016, p. 1276).

Esclarece, por fim, que o entendimento que defende que a prescrição deve ser alegada, não devendo ser pronunciada *ex officio*, encontra-se na contramão da evolução doutrinária, legislativa e jurisprudencial. A atual regra de decretação, que

existe sem fazer ressalvas, decorre do claro intuito em se alcançar maior economia e celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, CF, acrescentado pela EC 45/2004). É posto fim no processo em que a pretensão é claramente inexigível, por já ter se consumado a prescrição (GARCIA, 2016, p. 1277).

Outro ponto que merece destaque é o termo inicial para a contagem do prazo prescricional. Segundo a doutrina objetiva, o ponto de partida para a contagem do prazo deveria ser a violação do direito. Essa tese foi consagrada pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 189, que estabelece que “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição”.

Entretanto, é preciso ressaltar que a prescrição é também um fenômeno subjetivo, cujo prazo começa a fluir do momento em que o titular do direito violado toma ciência da lesão, mesmo que esta tenha acontecido anteriormente. Esse posicionamento é defendido por Câmara Leal, cujo entendimento já foi manifestado pelo TST em sua composição plena.

[...] não nos parece racional admitir-se que a prescrição comece a correr sem que o titular do direito violado tenha ciência da violação. Se a prescrição é um castigo à negligência do titular – *cum contra desides homines, et sui juris contentores, odio sal exceptiones oppositae sunt* – não se compreende a prescrição sem a negligência, e esta, certamente, não se dá quando a inércia do titular decorre da ignorância da violação. [...] Todavia a ignorância não se presume, pelo que ao titular incumbe provar o momento em que teve ciência da violação, para que possa beneficiar-se por essa circunstância a fim de ser o prazo prescricional contado do momento da ciência e não da violação (CÂMARA LEAL, 1993, p. 23).

Segundo o Tribunal Superior do Trabalho, “A prescrição deve ser contada a partir da data em que o trabalhador toma, efetivamente, conhecimento da violação de seu direito individual. Recurso de revista provido para que o Tribunal Regional aprecie o mérito da causa” (BARROS, 2008, p. 1023).

No que concerne à prescrição intercorrente, aquela que surge no curso da ação, há uma divergência jurisprudencial. Para o Supremo Tribunal Federal, o direito trabalhista admite a prescrição intercorrente (Súmula 327). Já para o Tribunal Superior do Trabalho, é inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente (Súmula 114). Como, aliás, prevê o art. 884, § 1º, da CLT, que consagra a prescrição como “matéria de defesa” nos embargos à execução, incide a prescrição intercorrente no processo do trabalho. Essa prescrição só poderia ser a intercorrente, pois seria inadmissível arguir prescrição sobre pretensão que já consta da coisa julgada. Trata-se da omissão reiterada do exequente no processo, em que ele abandona, de fato, a execução, por um prazo superior a dois anos, deixando de praticar, por sua exclusiva omissão, atos que tornem fisicamente possível a continuidade do processo (DELGADO, 2016, p. 290).⁴

4 Exemplo seria na liquidação por artigos, se o juiz ordenar a apresentação dos artigos de liquidação e o liquidante deixar transcorrer *in albis* o prazo de dois anos se o contrato já tiver sido terminado ou de 5

Por fim, a regra geral da prescrição para os créditos trabalhistas, conforme o art. 7º, inciso XXIX, da Constituição da República, é de 5 (cinco) anos. Uma vez violado o direito trabalhista, o empregado terá cinco anos para exigir o seu direito material subjetivo. Entretanto, uma vez extinto o contrato de trabalho, o prazo prescricional é de dois anos. Decorrido o biênio, há prescrição total da pretensão quanto aos direitos de natureza pecuniária, decorrentes do contrato de trabalho extinto.

2 A PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO

Em relação ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, é importante que se façam algumas observações. A natureza jurídica desse Fundo sempre foi tema de grande controvérsia doutrinária, apresentando diversas repercussões práticas, inclusive em relação ao prazo prescricional aplicável (GARCIA, 2016, p. 875). O FGTS possui natureza complexa, de difícil caracterização. Trata-se de direito trabalhista, mas, como conjunto de depósitos, constitui, também, um fundo social de aplicação variada. Prevalece, na jurisprudência, o entendimento de que a contribuição do FGTS, a ser depositada pelo empregador, não possui natureza tributária, tratando-se de uma contribuição social, especial, com natureza trabalhista (GARCIA, 2016, p. 876).

A ordem jurídica sempre ofereceu critério prescricional distinto ao FGTS. A jurisprudência, anterior à Constituição de 1988, já havia pacificado a prescrição trintenária em relação aos depósitos principais incontroversos, depósitos que devem ser recolhidos durante a regularidade do contrato de trabalho.⁵ Tratando-se, porém, de depósitos reflexos, parcelas de FGTS decorrentes de parcelas principais judicialmente pleiteadas, o prazo prescricional incidente seria o pertinente ao padrão trabalhista. Nesse sentido, a prescrição do FGTS acompanharia as das demais verbas trabalhistas e ocorreria quando passados dois anos (antigo Enunciado 206).⁶ Estando prescrito o principal, seus reflexos também ficariam sob o manto da prescrição.

A Constituição de 1988 trouxe algumas novidades. Em primeiro lugar, deve-se atualizar a redação original do Enunciado 206. Obviamente, a expressão “bienio”, referida por esse enunciado, deve ser alterada interpretativamente para “quinquenal”, como resultado de mera adequação normativa em face do prazo constitucional. Além disso, como a nova Constituição fixou um prazo geral de

(cinco) anos se estiver em vigor, *o executado* pode arguir a prescrição intercorrente ou o juiz pronunciá-la de ofício, nos termos do art. 219, § 5º, do CPC/73 (NCP, art. 487, II). Não sendo possível que se argumente com violação ao art. 878 da CLT, pois a *execução trabalhista* pode ser *ex officio*, mas a liquidação por artigos depende de iniciativa da parte. Sem título executivo líquido e certo, não há como ser promovida a execução.

5 Súmula nº 95 do TST – PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA. FGTS (cancelada) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. (Cancelada em decorrência da sua incorporação à nova redação da Súmula nº 362). Histórico: Redação original (RA 44 / 1980, DJ 15.05.1980).

6 Redação original – Res. 12/1985, DJ 11, 12 e 15.07.1985. Nº 206 FGTS. Incidência sobre parcelas prescritas A prescrição bienio relativa às parcelas remuneratórias alcança o respectivo recolhimento da contribuição para o FGTS.

prescrição de dois anos após a ruptura do contrato, deve-se compreender que até mesmo o prazo trintenário do FGTS, repetido pelo art. 23, § 5º, da Lei n. 8.036/90, estaria sujeito à regra geral dos dois anos. Nessa linha, a Súmula 362 do TST, com as suas antigas redações.

Nº 362 FGTS – Prescrição (Redação – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003). É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.

Nº 362 FGTS – Prescrição (Redação original – Res. 90/1999, DJ 03, 06 e 08.09.1999). Extinto o contrato de trabalho, é de dois anos o prazo prescricional para reclamar em Juízo o não-recolhimento da contribuição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Contudo, sendo a ação proposta a menos de dois anos do final do contrato, prevaleceria a prescrição trintenária da Lei n. 8.036/90. Dessa forma, estaria respaldado o biênio constitucional, a natureza complexa do FGTS e o princípio da norma mais favorável. Seria possível discutir a regularidade de depósitos dos diversos anos do contrato, até o máximo de trinta anos.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça foi um pouco além, preservando o prazo trintenário para a pretensão arrecadadora do órgão gestor do FGTS, a Caixa Econômica Federal, independentemente do fluxo do prazo bienal extintivo dirigido à pretensão do empregado (Súmula 210, STJ). Essa compreensão acerca da matéria manteve-se pacificada também em julgados do STF, prolatados desde a promulgação da Constituição de 1988. Entretanto, ao decidir o Recurso Extraordinário com Agravo 709.212-DF (BRASIL, 2014), em 13.11.2014, o Plenário da Corte Máxima decidiu alterar essa sedimentada leitura jurisprudencial, declarando inconstitucional o prazo trintenário estabelecido pelo art. 23, § 5º, da Lei n. 8.036/90, assim como o art. 55 do Decreto n. 99.684/90 (Regulamento do FGTS) (BRASIL, 1990), por afronta ao prazo quinquenal fixado no art. 7º, XXIX, da Constituição.

3 O FIM DA PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA

Em seu voto vencedor, o Relator Ministro Gilmar Mendes ressalta que a antiga controvérsia em relação à natureza jurídica do FGTS é questão prejudicial à definição do prazo prescricional aplicável. Segundo ele, o FGTS, que surgiu como uma alternativa à estabilidade de emprego, modificou a sua natureza ao longo do tempo, inclusive com a criação do seguro desemprego, passando a ser um direito trabalhista autônomo.⁷ Em seu voto, inicialmente, é feito um rápido estudo histórico acerca da relação entre a natureza jurídica do FGTS e a sua prescrição. Segundo o art. 20 da Lei 5.107/66, que criou o FGTS, a cobrança judicial e administrativa dos

7 Em seu voto o Ministro Gilmar Mendes, para reforçar o seu entendimento, cita a obra de Jose Afonso da Silva, **Comentário Contextual à Constituição**, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 191.

valores devidos ao FGTS deveria ocorrer de modo análogo à cobrança das contribuições previdenciárias e com os mesmos privilégios. O Tribunal Superior do Trabalho, em seu antigo Enunciado 95, assumiu a tese de que o FGTS seria uma contribuição previdenciária, fixando o prazo de trinta anos, até então válido para a cobrança das contribuições previdenciárias.

Após a Constituição de 1988, foi promulgada a Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, que deu nova disciplina ao FGTS. Em relação ao prazo prescricional, o art. 23, § 5º, dispunha que “o processo de fiscalização, de atuação e de imposição de multas rege-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária”. Entretanto, conforme ressalta o Ministro Gilmar Mendes, o art. 7º, III, da Constituição Federal arrola o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço como um direito dos trabalhadores, colocando termo na discussão acerca da sua natureza jurídica. Afasta-se a tese do suposto caráter tributário ou previdenciário das contribuições devidas ao fundo, salientando ser o FGTS um direito de índole social e trabalhista.

Esse já era entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, entretanto, continuava a decidir pelo prazo prescricional de 30 (trinta) anos, aplicável às contribuições sociais, de acordo com o art. 144, da Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960, que dispunha sobre a Lei Orgânica da Previdência Social (BRASIL, 1960).

FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PRESCRIÇÃO. PRAZO TRINTENÁRIO. LEI ORGÂNICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, ART. 144. A natureza da contribuição devida ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço foi definida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 100249- RTJ 136/681. Nesse julgamento foi ressaltado seu fim estritamente social de proteção ao trabalhador, aplicando-se-lhe, quanto à prescrição, o prazo trintenário resultante do art. 144 da Lei Orgânica da Previdência Social. Recurso extraordinário conhecido e provido (BRASIL. STF. Recurso Extraordinário 134.328 Distrito Federal. Relator: GALVÃO, Ilmar. 1ª Turma. Julgado em 02 de fevereiro de 1993. Publicação em 18 de fevereiro de 1993) (BRASIL, 1993).

No Supremo Tribunal Federal, a natureza jurídica do FGTS já se encontrava pacificada, tratava-se de direito social de proteção ao trabalhador, havendo apenas descompasso em relação a essa natureza e aos seus efeitos em relação à prescrição. Decidia-se pela prescrição trintenária.⁸

Acredita-se que a permanência da prescrição trintenária tinha como base a ideia de proteção ao trabalhar na constância da relação de emprego. Prova disso é o antigo Enunciado 362 do TST, com redação de 2003 que, ao mesmo tempo em que indicava a prescrição trintenária durante a vigência do contrato, utilizava-se da regra

8 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.

constitucional de prescrição para créditos trabalhistas de 2 (dois) anos após a extinção do contrato.⁹

Segundo Gilmar Mendes, a previsão de prazo dilatado para o ajuizamento de reclamação contra o não recolhimento do FGTS revela um descompasso com a literalidade do texto constitucional. Atenta contra a necessidade de certeza e estabilidade nas relações jurídicas, princípios basilares de nossa Constituição e razão de ser do próprio Direito. Para ele, o próprio arcabouço legal e institucional do FGTS, revela-se apto a afastar toda e qualquer alegação de que a manutenção do prazo prescricional de 30 (trinta) anos seria justificável pela impossibilidade fática de o trabalhador exigir judicialmente, na vigência do contrato de trabalho, o depósito das contribuições; o que redundaria em sua demissão ou na aplicação de sanções.

Além disso, segundo Gilmar Mendes, em relação à cobrança dos depósitos relativos ao FGTS, é facultado não apenas ao próprio trabalhador, mas também ao sindicato a que estiver vinculado, exigir judicialmente o depósito dos valores relativos ao FGTS (art. 15 da Lei 8.036/1990) (BRASIL, 1990). Além do sindicato, 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 referentes ao FGTS e a representação judicial e extrajudicial do Fundo, para fins de cobrança (BRASIL, 1994).

A legislação que disciplina o FGTS também 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. Além disso, a Caixa Econômica Federal, na qualidade de agente operador, envia aos trabalhadores, periodicamente, extrato atualizado dos depósitos.

Por fim, em seu voto, Gilmar Mendes entendeu ser necessária a modulação dos efeitos da decisão. A modulação que se propõe consiste em atribuir à decisão efeitos *ex nunc* (prospectivos). Dessa forma, para aqueles cujo termo inicial da prescrição ocorra após a data do julgamento, aplica-se, desde logo, o prazo de cinco anos. Por outro lado, para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso, aplica-se o que ocorrer primeiro: 30 anos, contados do termo inicial, ou 5 anos, a partir desta decisão. Assim, pelo menos no campo formal, o direito do trabalhador aos seus depósitos está totalmente protegido.

9 Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Nº 362 FGTS – Prescrição É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.

4 EFEITOS DA DECISÃO

Firmado o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o primeiro efeito foi a pronta alteração da redação da Súmula 362, do Tribunal Superior do Trabalho, que passou a ter a seguinte redação:

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

Acredita-se que os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal não serão poucos e são relativamente previsíveis. Nesse trabalho, a análise dos efeitos tomará por base o critério subjetivo, o do devedor dos depósitos para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Inicialmente, serão analisados os reflexos da decisão em relação aos entes públicos, para em seguida, fazer-se a análise em relação aos entes privados.

4.1 Administração pública empregadora

A Administração Pública somente é considerada empregadora, para fins de FGTS (art. 15, § 1º, da Lei 8.036, de 11 de maio de 1990), quando admitir trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (art. 15, § 2º, da Lei 8.036/90). Importante ressaltar que, mesmo que o contrato seja declarado nulo, uma vez regido pela Consolidação das Leis de Trabalho (CLT), deverá a Administração Pública depositar os valores referentes ao FGTS em conta vinculada (art. 19-A, da Lei 8.036/90).¹⁰ Entretanto, apesar de figurar como empregadora e ter obrigações similares aos demais entes privados, a auditoria das contribuições sociais e da legislação trabalhista foi por muito tempo afastada dos entes públicos.

Essa omissão deveu-se ao entendimento exarado pelo Parecer L-038, de 18 de novembro de 1974, da Consultoria-Geral da República (CGR), que visava a dirimir a divergência de interpretação sobre a legitimidade de cominação de multa, juros e correção monetária em cobrança de débito do Instituto Nacional de

10 O Supremo Tribunal Federal admitiu a necessidade de recolhimento da contribuição se reconhecida a nulidade da contratação temporária. É o que registra a ementa do RE 596.478, julgado em junho de 2012, que decidiu pela constitucionalidade do art. 19-A, da Lei 8.03/90, que dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na conta de trabalhador cujo contrato com a administração pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o seu direito ao salário.

Colonização e Reforma Agrária (INCRA) para com o Instituto Nacional da Previdência Social (INPS).

Segundo esse parecer, contrário inclusive às decisões das altas cortes, considerava inaplicável a multa para as pessoas de direito público, por inexistência de poder de polícia. Baseava-se na ideia de que, na hierarquia dos privilégios, o da União prefere ao de suas autarquias. Nesse sentido, seria inteiramente descabido que uma autarquia (INPS), órgão delegado da União, pudesse ter poderes disciplinares para impor multas a outras pessoas de direito público.¹¹

Após esse parecer, as contribuições sociais e relativas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço só passaram a ser auditadas sistematicamente, em relação aos entes públicos, 30 (trinta) anos depois, com o Parecer no AGU/GV – 01/2004. Esse parecer modificou o entendimento da extinta Consultoria-Geral da República, tendo a seguinte ementa: “As multas previstas em lei são aplicáveis às pessoas jurídicas de Direito Público. O favorecimento, pela exclusão, caracteriza desvio de poder”.

Os argumentos apresentados para a derrubada do antigo parecer da Consultoria-Geral foram inúmeros. Inicialmente, é importante lembrar que as entidades estatais, quando agindo como empregadoras, devem ser tratadas como tais.¹² Os empregados públicos mantêm com qualquer entidade estatal relação de emprego disciplinada pelo Direito do Trabalho, materializado na Consolidação das Leis do Trabalho e nas demais normas laborais da atividade privada (CARRION, 2005, p. 57).

Ressalte-se que o Parecer L-038/74 pautou a atividade da auditoria do trabalho por 30 (trinta) anos. Durante esse período, raramente ou nunca, foi verificada a regularidade das obrigações trabalhistas dos entes públicos. Além disso, há uma peculiaridade em relação à prescrição do FGTS dos empregados públicos. O Decreto 20.910, de 06 de janeiro de 1932, estabelece que as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem como todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem (BRASIL, 1932).

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que há mais de uma década vem afirmando que, nas ações de cobrança de qualquer verba, inclusive do FGTS, em face da Fazenda Pública da União, dos Estados e dos Municípios, o prazo prescricional é quinquenal, nos termos do Decreto 20.910/32.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO DEMONSTRADO. DÉBITO RELATIVO AO FGTS. PRESCRIÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.

11 A respeito desse Parecer o Exmo. Sr. Presidente da República exarou o seguinte despacho: “Aprovo. Em 2-12-74”. Publicado na íntegra no Diário Oficial de 04/12/1974, págs. 13750-13752. Republicado no Diário Oficial de 06/12/1974, pág. 13.878, por ter saído com incorreções no D. O. de 04-12-74.

12 Grande parte dessa discussão foi mantida pela antiga redação do art. 239, § 9º, do Decreto 3.048/99, que isentava das multas impostas, por recolhimento fora do prazo as entidades de direito público. Esse decreto foi alterado, retirando do elenco de entidades isentas das multas por atraso, as pessoas jurídicas de direito público, através Decreto nº 6.042, de 2007.

ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/32. APLICABILIDADE. 2. O prazo trintenário não se impõe na hipótese de cobrança de crédito relativo a FGTS contra a Fazenda Pública, devendo ser a prescrição, in casu, quinquenal, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32. (STJ. REsp 559.103/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2003, DJ 16/02/2004) (BRASIL, 2004, p. 222)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FGTS. COBRANÇA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA. PRAZO PRESCRICIONAL. PREVALÊNCIA DO DECRETO 20.910/32. 1. O Decreto 20.910/32, por ser norma especial, prevalece sobre a lei geral. Desse modo, o prazo prescricional para a cobrança de débito relativo ao FGTS em face da Fazenda Pública é de cinco anos. Aplica-se, por analogia, o disposto na Súmula 107 do extinto TFR: "A ação de cobrança do crédito previdenciário contra a Fazenda Pública está sujeita à prescrição quinquenal estabelecida no Decreto n. 20.910, de 1932". (STJ. REsp 1107970/PE, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 10/12/2009) (BRASIL, 2009)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTOS NÃO IMPUGNADOS. SÚMULA 182/STJ. INCIDÊNCIA. **FGTS. DEMANDA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRAZO PRESCRICIONAL. APLICAÇÃO DO DECRETO N. 20.910/32.** 2. "O Decreto 20.910/32, por ser norma especial, prevalece sobre a lei geral. Desse modo, o prazo prescricional para a cobrança de **débito relativo ao FGTS** em face da **Fazenda Pública** é de cinco anos". (STJ. AgRg no AREsp 461.907/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 02/04/2014) (BRASIL, 2014)

Dessa forma, parece-nos claro que a nova interpretação da prescrição, em relação aos entes de direito público, não deverá ter grande impacto nas decisões judiciais. Entretanto, não é o que ocorre administrativamente. A Nota Técnica n. 181/2013/DMSC/SIT, que norteava a atividade dos auditores do trabalho, não fazia qualquer observação em relação aos órgãos públicos quanto à prescrição trintenária. Dessa forma, os levantamentos de débitos elaborados pela Auditoria do Trabalho desconsideravam o limite de 5 (cinco) anos para a cobrança de dívidas em relação aos entes de direito público, contemplando todos os débitos encontrados nos últimos 30 (trinta) anos.

Logo após a nova interpretação do Supremo Tribunal Federal, foi publicada a Nota Técnica 97/2015/SIT/MTE, de 15 de maio de 2015, que também não fez qualquer ressalva ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos para os entes públicos. Limita-se a estabelecer regras gerais para os levantamentos. Ressalte-se, entretanto, que o reconhecimento da dívida por parte do ente público, ao firmar termo de compromisso de pagamento junto à Caixa Econômica Federal, importa em renúncia à prescrição (BRASIL, 2013).

4.2 Empregadores privados

Em relação aos devedores privados, que contratam trabalhadores no regime da Consolidação das Leis do Trabalho, os efeitos da nova prescrição serão mais sentidos. Como já ressaltado pelo próprio relator, Ministro Gilmar Mendes, o FGTS foi constituído originalmente como uma alternativa à estabilidade. Afirma, entretanto, que a mera criação do seguro-desemprego o substituiria nessa função, passando este a ser um direito autônomo.

Entretanto, acredita-se que estabilidade e seguro-desemprego não se confundem. A multa rescisória do FGTS não tem apenas a função de minorar os efeitos do desemprego. Ela visa, também, a desestimular a demissão de empregados que tenham mais tempo de serviço na empresa considerando os ônus decorrentes da rescisão. Nesse sentido, soa falacioso afirmar que o FGTS modificou a sua natureza após a criação do seguro-desemprego.

Mas o desemprego não é meramente uma deficiência de renda que pode ser compensada por transferências do Estado (a um pesado custo fiscal que pode ser, ele próprio, um ônus gravíssimo); é também uma fonte de efeitos debilitadores muito abrangentes sobre a liberdade, a iniciativa e as habilidades dos indivíduos. Entre seus múltiplos efeitos, o desemprego contribui para a “exclusão social” de alguns grupos e acarreta a perda da autonomia, de autoconfiança e de saúde física e psicológica. (SEN, 2010, p. 36-37)

Além disso, a decisão do STF certamente provocará um desestímulo ao recolhimento do FGTS. A redução do período de sua exigibilidade servirá de prêmio para o mau pagador, provocando enormes prejuízos para o empregado, inclusive, no momento da demissão. Os valores devidos ao FGTS, não depositados na vigência do contrato, após a fluência do novo prazo prescricional, não servirão de base para o pagamento da multa rescisória.

Conquanto seja verdade que o empregado disponha de ferramentas de controle dos depósitos do FGTS em sua conta, é pouco verossímil que ele, durante a constância da relação empregatícia, formalize alguma reclamação em relação aos recolhimentos não efetuados, haja vista o risco potencial de extinção do vínculo empregatício por iniciativa do empregador. Do ponto de vista pragmático, o ato de o empregado fiscalizar o patrão, definitivamente, não parece ser uma alternativa interessante para aqueles que dependem do salário para subsistir.

Diante de tal cenário, a cobrança de parcelas não depositadas do FGTS acaba sendo realizada juntamente com o pedido judicial de rescisão indireta do contrato de trabalho. Vale dizer: o empregado somente reclama judicialmente os depósitos do FGTS, quando pretende desligar-se do emprego. Essa alternativa era protegida pela interpretação anterior, que autorizava a cobrança dos depósitos não realizados em virtude da prescrição trintenária. O próprio Tribunal Superior do Trabalho entende que o reiterado recolhimento irregular ou incorreto dos depósitos do FGTS constitui falta grave do empregador, suficiente a ensejar a rescisão indireta do contrato de trabalho (BRASIL, 2012).

Por fim, conforme já salientado, compete à auditoria-fiscal do trabalho a fiscalização da regularidade dos depósitos efetuados pelas empresas. Uma vez lançados esses valores, compete à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a inscrição em dívida ativa dos débitos relativos ao FGTS e a representação judicial e extrajudicial do Fundo, para fins de cobrança.

Na prática, o Relatório de Gestão do Fundo de Garantia do Tempo do ano de 2015 expõe uma série de dados significativos, que demonstram certas dificuldades na fiscalização dos valores não recolhidos junto ao FGTS.

A tabela a seguir apresenta as seguintes colunas: a massa salarial declarada na Relação Anual de Informações Sociais (RAIS); o valor que deveria ter sido recolhido no FGTS, tendo por base a massa salarial declarada (8% do valor da massa salarial); os valores efetivamente depositados pelos empregadores nas contas vinculadas dos empregados; os valores não recolhidos às contas; o valor auditado, lançado para cobrança ou recolhido e, por fim, a taxa de intervenção da fiscalização nos valores não recolhidos.

Tabela 1 – Tabela de intervenção direta da auditoria-fiscal do trabalho sobre o FGTS não recolhido

Ano	Massa Salarial RAIS (R\$ milhões)	Valor de FGTS Devido (R\$ milhões)	Valor de FGTS Depositado (R\$ milhões)	Total do Débito FGTS (R\$ milhões)	Resultado da Fiscalização (R\$ milhões)	Taxa Fiscal
2011	742.242,66	59.379,41	53.675,05	5.704,35	1.552,36	27,21%
2012	844.569,41	67.565,55	61.455,00	6.110,54	1.607,19	26,30%
2013	955.644,59	76.451,56	69.190,52	7.261,04	2.279,07	31,39%
2014	1.052.177,88	84.174,23	76.358,65	7.815,57	2.535,11	32,44%

Fonte: Relatório de Gestão do FGTS de 2015.¹³

O indicador “taxa fiscal” representa a taxa de intervenção direta da auditoria do trabalho no recolhimento dos valores em atraso junto ao FGTS. A informação é obtida através do confronto entre o valor do FGTS que não foi depositado e os valores recolhidos ou levantados durante as ações fiscais.

Através desses dados, percebe-se que a taxa de inadimplência em relação às empresas que informam a RAIS é da ordem de 9,6% (nove por cento e seis décimos), sendo que, desse montante, apenas cerca de 30% (trinta por cento) é

13 BRASIL. Caixa Econômica Federal (CEF). **Relatório de Gestão do FGTS 2015**. Disponível em: <caixa.gov.br/Downloads/fgts-relatorio-gestao/RELATORIO_GESTAO_FGTS_2015.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

atingido pela auditoria do trabalho. Dessa forma, aproximadamente 70% (setenta por cento) dos valores não depositados não chegam a ser cobrados pela auditoria. Em termos totais, esse valor representa cerca de 2,5% (dois por cento e cinco décimos) dos valores a serem recolhidos junto ao FGTS.

Ressalte-se que a grande massa de valores depositados junto ao FGTS, dentre as empresas regulares junto à RAIS, é composta pelas empresas que depositam os seus valores regularmente, independentemente de qualquer ação estatal de cobrança. Os valores recolhidos por essas representam mais de 90% (noventa por cento) dos valores depositados no FGTS. Em relação aos valores notificados pela auditoria o problema continua.

O relatório de gestão também apresenta dados relativos ao total de empresas auditadas, o total de empresas auditadas em relação à regularidade do FGTS e o número de empresas que tiveram o débito constatado, e que esse débito precisou ser notificado através de documento próprio, a Notificação de Débito do Fundo de Garantia e da Contribuição Social (NDFC).

Tabela 2 – Tabela de ações fiscais da auditoria do trabalho do atributo FGTS.

Ano	Total de empresas ativas	Empresas auditadas	Taxa auditadas	Empresas FGTS Auditado	Taxa FGTS auditado	NDFC lavradas	Taxa NDFC lavradas
2012	10.994.738	269.025	2,45%	150.109	1,37%	15.875	10,58%
2013	12.484.792	275.139	2,20%	137.642	1,10%	16.001	11,63%
2014	14.037.145	265.050	1,89%	114.426	0,82%	18.511	16,18%
2015	15.733.939	249.649	1,59%	79.797	0,51%	19.537	24,48%

Fonte: Relatório de Gestão do FGTS 2015, (BRASIL, 2015) Empresômetro.(2017)

Verifica-se, através dos números relativos ao ano de 2015, que menos de 2% das empresas brasileiras foram auditadas em relação às suas práticas trabalhistas. Isso significa dizer que seriam necessários aproximadamente 50 (cinquenta) anos para que todas as empresas ativas brasileiras fossem auditadas. Em relação ao FGTS, a situação é ainda pior: 0,51% das empresas são auditadas em relação aos seus prováveis débitos de FGTS, ou seja, seriam necessários, considerando o número total de empresas ativas em 2015, mais de 200 anos para que uma empresa fosse auditada, sem falar das empresas extintas e que deixaram para trás valores não recolhidos do FGTS.

A análise da tabela demonstra que o número de empresas auditadas em relação ao FGTS, desde o ano de 2012, está em queda. Esse decréscimo é decorrente, principalmente, da redução do quadro de auditores-fiscais do trabalho, que hoje já possui mais de 1000 (mil) cargos vagos. Apesar disso, o número de NDFC indica evolução pelo aumento da eficiência na escolha estratégica das empresas auditadas.

Não há muita esperança de que com o decrescente número de empresas atingidas pela auditoria seja possível forçar o recolhimento ou elaborar notificações de débitos a ponto de que não sejam provocadas grandes perdas sociais com essa mudança na prescrição. Além disso, através da Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional aumentou para R\$ 20 mil o limite mínimo para ajuizar execuções fiscais por débitos para com o Fisco. Revogou-se a Portaria MF 49, de 2004, que previa o valor de R\$ 10 mil reais (BRASIL, 2012).

A mudança aconteceu em virtude de estudos dirigidos pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), segundo os quais, em ações de execução de dívidas menores do que R\$ 21,7 mil, a União dificilmente consegue recuperar valor igual ou superior ao custo do processo judicial (BRASIL, 2012). Valores abaixo desse patamar não são cobrados judicialmente pela fazenda pública.¹⁴

Ao longo do tempo, pelo mesmo motivo que afastou a fazenda pública das pequenas execuções, as empresas com pequeno número de empregados poderão ser esquecidas pela auditoria em relação ao FGTS. Mesmo que os débitos sejam levantados, esses valores nunca serão cobrados judicialmente.

O número dessas empresas é considerável e, em conjunto, representam os maiores empregadores do país. Desta forma, a decisão do Supremo Tribunal Federal parece ser a mais condizente com a ordem constitucional pátria. Entretanto, mesmo que juridicamente correta, não considerou devidamente os seus impactos sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segurança jurídica e justiça encontram no instituto da prescrição o mais interessante campo de batalha. É através de suas regras que se decide quando, em nome da segurança jurídica, parcelas não exigidas ao longo de certo tempo deixam de ser exigíveis. Expirado o prazo prescricional, o valor “segurança” passa a prevalecer sobre o valor “justiça”.

O Direito do Trabalho, por meio de sua legislação, doutrina e jurisprudência historicamente sempre procurou elaborar regras especiais para o mundo do trabalho, diferenciando-o das regras gerais do direito privado. Algumas normas jurídicas, mesmo que cogentes, no momento de aplicação no Direito do Trabalho, não foram aplicadas por juízes e tribunais, criando-se um funcionamento próprio para alguns institutos nas relações laborais.

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, durante muitos anos, recebeu uma proteção especial por parte da legislação e da jurisprudência. A legislação sempre lhe conferiu tratamento especial, certamente por acreditar que o FGTS

14 Dessa forma, imaginando a remuneração de um empregado de R\$1.000,00 reais (maior que o salário mínimo atual que é de R\$ 937,00), deveriam ser depositados mensalmente R\$ 80,00 (oitenta reais) em sua conta (8% de sua remuneração). Se esse valor for projetado, incluindo os valores incidentes sobre férias e décimo terceiro, haveria uma dívida de cerca de R\$ 1.000,00 (mil reais) por ano, R\$ 5.000,00 (cinco mil) por quinquênio. Empresas com menos de 05 (cinco) empregados nunca teriam por se preocupar com as execuções fiscais.

constituía um fundo social de múltiplas funções. A prescrição trintenária dos depósitos fundiários foi por muito tempo respeitada, não só pela legislação, como também pela jurisprudência.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal mudou de maneira radical esse entendimento. A prescrição dos FGTS passou dos históricos 30 (trinta) anos, para 05 (cinco) anos. Entendendo, de maneira correta, que a mudança implicava grandes impactos sociais, o próprio STF decidiu por modular a aplicação do novo entendimento.

A modulação consiste em atribuir à decisão efeitos prospectivos. Dessa forma, para aqueles cujo termo inicial da prescrição viesse a ocorrer após a data do julgamento, aplicar-se-ia, desde logo, o prazo de cinco anos. Para os casos em que o prazo prescricional já estivesse em curso, aplicar-se-ia o que primeiro ocorresse: 30 anos, contados do termo inicial, ou 5 anos, a partir desta decisão.

Se a decisão está correta e de acordo com a ordem jurídica que se deseja estabelecer, os fundamentos da decisão em relação aos aspectos sociais estão dissociados da realidade. Trata-se de um verdadeiro alheamento. As condições motivadoras da modulação dos efeitos da decisão não foram e nem serão ultrapassadas dentro do prazo estabelecido para a nova prescrição.

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, ao contrário do que encontramos no texto da decisão, ainda serve como instrumento de garantia de emprego. O valor da multa por rescisão desmotivada representa um freio para demissões de empregados mais antigos. Por outro lado, o seguro desemprego não tem demonstrado qualquer utilidade nesse sentido. Pelo contrário, o seguro desemprego tem estimulado relações de emprego menos duradouras, daí por que é comum que passe por mudanças, criando-se regras cada vez mais rígidas para a sua concessão.

Acreditar que o empregado, por saber que seus valores não estão sendo depositados, tem totais condições de reclamar do seu empregador as parcelas não depositadas demonstra claro distanciamento do STF da realidade do trabalhador brasileiro. Os valores devidos ao FGTS somente são cobrados pelo empregado ao término da relação de emprego. Dessa forma, são atingidos pelos prazos prescricionais das demais verbas devidas durante a relação de emprego.

Ressalte-se, ainda, que o Estado, responsável pela auditoria nas empresas em débito com o FGTS, demonstra uma séria dificuldade em cumprir as suas obrigações. O pequeno número de auditores, a letargia dos processos administrativos e o custo dos processos de execução da fazenda pública têm dificultado a recuperação dos valores não depositados. A prescrição de 30 (trinta) anos permitia que os valores fossem recuperados dentro de um lapso temporal dilatado. O novo prazo forçará a que empregados, sindicatos e o próprio Estado sejam mais céleres e criem novos instrumentos de informação e cobrança. De outra forma, os prejuízos não serão poucos.

REFERÊNCIAS

BARRROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 1023.

BARROSO, Luis Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei nº 9.873/99. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 4, 2001, p. 03. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-LUIS-R-BARROSO.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2016.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer L-038, de 18 de novembro de 1974**. Pareceres H-313-66, H717-68 e H-782-69, da C.G.R. Inaplicabilidade de multas entre pessoas jurídicas de direito público. Confirmação de entendimento. Art. 295 do Decreto no 72.771-73. Legalidade. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/7532>. Acesso em: 13 fev. 2017.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Publicações Eletrônicas da Escola da AGU**: Coletânea de Manifestações da Consultoria-Geral da União - v. 1. Organização de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy; Otavio Luiz Rodrigues Junior - Brasília: 2012. Disponível em: <agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=171677&ordenacao=16&id_site=7530>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Caixa Econômica Federal (CEF). **Relatório de Gestão do FGTS 2015**. Disponível em: <caixa.gov.br/Downloads/fgts-relatorio-gestao/RELATORIO_GESTAO_FGTS_2015.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. Câmara dos deputados. **Projeto de Lei Complementar n.º 138, DE 2012**. Projeto de Guilherme Mussi. Estabelece valor teto para concessão de remissão ou anistia das contribuições sociais, como dispõe o § 11 do art. 195 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/969097.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federal do Brasil de 1988**. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 mar. 2017.

BRASIL. **Decreto 20.910, de 06 de janeiro de 1932**. Regulamenta a Prescrição Quinquenal. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20910.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. **Decreto 3.048, de 20 de dezembro de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. **Decreto 6.042, de 12 de fevereiro de 2007.** Altera o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, disciplina a aplicação, acompanhamento e avaliação do Fator Acidentário de Prevenção - FAP e do Nexo Técnico Epidemiológico, e dá outras providências. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6042.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. **Decreto 99.684, de 8 de novembro de 1990.** Consolida as normas regulamentares do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D99684.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. **Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960.** Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. **Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966.** Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5107.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. **Lei 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 em: 14 fev. 2017.

BRASIL. **Lei 8.844, de 20 de janeiro de 1994.** Dispõe sobre a fiscalização, apuração e cobrança judicial as contribuições e multas devidas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8844compilada.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. MT. **Nota Técnica 97/2015/SIT/MTE.** Prazo prescricional do FGTS. Disponível em: <https://enit.mte.gov.br/pluginfile.php/11135/mod_resource/content/1/Nota%20T%C>

3% A9cnica% 20097% 202015% 20Prazo% 20prescricional% 20do% 20FGTS.pdf.
Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. MT. **Nota Técnica no 181/2013/DMSC/SIT**. FGTS. Prescrição trintenária. Dupla proteção. Ausência de inconstitucionalidade e/ou legalidade na anção de fiscalização lastrada em prescrição trintenária. Disponível em: https://enit.mte.gov.br/pluginfile.php/8720/mod_resource/content/2/NT%20181%202013%20FGTS.%20Prescri%C3%A7%C3%A3o%20trinten%C3%A1ria.pdf. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. Procuradoria da Fazenda. **Portaria 75, de 22 de março de 2012**. Dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/arquivos-de-noticias/portaria-mf-no-75-2012-revoga-portaria-mf-49-2004.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. STF. **Recurso Extraordinário 134.328 Distrito Federal**. Relator: GALVÃO, Ilmar. 1ª Turma. Julgado em 02 de fevereiro de 1993. Publicação em 18 de fevereiro de 1993. Disponível em: <stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=134328&classe=RE>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. STF. **Recurso Extraordinário com Agravo 596.478 Distrito Federal**. Relatora: GRACIE, Ellen. Julgado em 13 de junho de 2013. Acórdão eletrônico repercussão geral – mérito DJe-040 divulgado em 28 de fevereiro de 2013. Publicação em 01 de março de 2013. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629995>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. STF. **Recurso Extraordinário com Agravo 709.212 Distrito Federal**. Relator: MENDES, Gilmar Ferreira. Julgado em 13 de novembro de 2014. Acórdão eletrônico repercussão geral – mérito DJe-032 divulgado em 18 de fevereiro de 2015. Publicação em 19 de fevereiro de 2014. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7780004>. Acesso em 10 fev 2017.

BRASIL. STJ. **AgRg no AREsp 461.907/ES**, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 02/04/2014). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400067149&dt_publicacao=02/04/2014>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. STJ. **REsp 1107970/PE**, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 10/12/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802631404&dt_publicacao=10/12/2009>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. STJ. **REsp 559.103/PE**, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2003, DJ 16/02/2004, p. 222. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1067011&num_registro=200300898042&data=20040216&tipo=5&formato=HTML>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. TRT3. **RO 00137-2013-045-03-00-1**, Relator: Juiz convocado Mauro César Silva, Data de Julgamento: 30/10/2013. Disponível em: http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=1511755. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. TST – **E.RR-2.396/68** – Ac Pleno 942/69 – Rel.: Mozart Victor Russomano. Revista LTr34/46. Trata-se de citada por Alice Monteiro de Barros em seu livro Curso de Direito do Trabalho, 4ª ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 1023.

BRASIL. TST. **E-RR - 82841-64.2004.5.10.0016**, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Julgado em 20.02.2014, DEJT 07.03.2014. Disponível: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=E-RR-82841-64.2004.5.10.0016&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAMHJAAP&dataPublicacao=07/03/2014&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. TST. **RR - 403-26.2011.5.04.0202**, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 13/11/2012, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/11/2012. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR-403-26.2011.5.04.0202&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKsdAAE&dataPublicacao=23/11/2012&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. TST. **RR - 501700-13.2006.5.09.0019**, Relator Ministro: Milton de Moura França, 4ª Turma. Julgado em 11.10.2011, DEJT 28.10.2011. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR-501700-13.2006.5.09.0019&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAESWAAQ&dataPublicacao=28/10/2011&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 10 fev. 2017.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. **Programa de Direito Civil – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

EMPRESÔMETRO. **Empresômetro** – Tudo sobre empresas. Disponível em: <http://www.empresometro.com.br/Site/Estatisticas>. Acesso em: 15 fev. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. 1. Parte Geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LEAL, Câmara. **Da prescrição e da decadência**. 4. ed. atual. por Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 1. Campinas: Bookseller, 1999.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Texeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SISTEMA DE INDÍCIOS DE DÉBITO – **IDEB**. Secretaria da Inspeção do Trabalho – SIT. Departamento de Fiscalização do Trabalho. Disponível em: <http://fgts/IDEB/ConsultarQuantidadePCD.asp>. Acesso em: 10 fev. 2017.

Recebido em 27.02.2017

Aceito em 28.10.2017