

13/11/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL

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

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

A C Ó R D Ã O

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

Brasília, 13 de novembro de 2014.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente.

13/11/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL

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

RELATÓRIO

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

efetivamente percebido pela Reclamante no exterior.

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

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

(FGTS) é trintenário.

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

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

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

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

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

de qualquer distinção não prevista pela Carta Magna.

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

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

É o relatório.

13/11/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):

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

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

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

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

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

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

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

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

celeuma doutrinária acerca de sua natureza jurídica.

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

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

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

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

Eis o teor do referido dispositivo constitucional:

“Art. 7º (...)

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

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

Nesse sentido o magistério de Sérgio Pinto Martins:

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

ARE 709212 / DF

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

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

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

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

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

Martins:

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

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

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

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

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

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

Constituição de 1988.

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

2. A Necessidade De Modulação Dos Efeitos Da Decisão

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

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

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

Nesse sentido, vale registrar a douda observação de Larenz:

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

Daí afirmar Larenz:

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

ARE 709212 / DF

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

Por isso, ensina, Larenz, de forma lapidar:

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

Daí afirmar Häberle:

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

Häberle indaga:

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

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

ARE 709212 / DF

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

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

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

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

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

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

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

E mais adiante ressaltou:

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

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

ARE 709212 / DF

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

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

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

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

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

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

Dizia eu então naquela ocasião:

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

ARE 709212 / DF

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

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

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

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

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

DISPOSITIVO

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

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

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

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

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

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

13/11/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL

EXPLICAÇÃO

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

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

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

Ministro Barroso?

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

13/11/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL

VOTO

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

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

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

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

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

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

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Atuariam como substitutos.

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

ARE 709212 / DF

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

"Art. 7º

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

É um prazo específico para ações promovidas por trabalhadores.

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

relações jurídicas distintas.

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

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

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

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

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

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

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

evidentemente não corre prescrição para esse levantamento no momento propício.

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

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

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

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

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

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

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Pois é.

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

ARE 709212 / DF

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

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

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

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Perdão.

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

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

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

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

É o voto.

13/11/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL

VOTO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

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

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

3. Passo à fundamentação do voto.

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

10. É como voto.

13/11/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL

ADITAMENTO AO VOTO

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

É como voto, Presidente.

13/11/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

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

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

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

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

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

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

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Sim, Isso.

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

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

Parágrafo único. Constituem recursos incorporados ao

ARE 709212 / DF

FGTS:

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

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

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

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

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

13/11/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL

VOTO

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

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

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

(...)

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

(...)

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

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

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

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

(...)

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

ARE 709212 / DF

(...)

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

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

ARE 709212 / DF

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

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

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

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

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

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

ARE 709212 / DF

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

Por isso, o descumprimento da obrigação de recolher os depósitos para o FGTS não pode ser encarado apenas como uma transgressão a direito individual do trabalhador- por si só, suficientemente grave. Essa conduta sonegadora também frustra, abstratamente, a expectativa de todo aquele que busca uma ocupação” (Instituições de direito do trabalho, volume I / Arnaldo Süssekind ... [et al].- 21. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho.- São Paulo: LTr, 2003, p. 654).

Esta Corte, antes mesmo da Lei 8.036/90, já reconhecia a natureza social do FGTS, a afastar a prescrição quinquenal, consoante assentado no julgamento do RE 100.249-2, de relatoria do Ministro Oscar Corrêa e que teve como redator o Ministro Néri da Silveira. Eis a ementa de aludido julgado:

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

ARE 709212 / DF

Dá-lhe o Estado garantia desse pagamento. A contribuição pelo empregador, no caso, deflui do fato de ser ele o sujeito passivo da obrigação, de natureza trabalhista e social, que encontra, na regra constitucional aludida, sua fonte. A atuação do Estado, ou de órgão da Administração Pública, em prol do recolhimento da contribuição do FGTS, não implica torná-lo titular de direito à contribuição, mas, apenas, decorre do cumprimento, pelo Poder Público, de obrigação de fiscalizar e tutelar a garantia assegurada ao empregado optante pelo FGTS. Não exige o Estado, quando aciona o empregador, valores a serem recolhidos ao Erário, como receita pública. Não há, aí, contribuição de natureza fiscal ou parafiscal. Os depósitos de FGTS pressupõem vínculo jurídico, com disciplina de Direito do Trabalho. Não se aplica às contribuições do FGTS o disposto nos arts. 173 e 174, do CTN. Recurso extraordinário conhecido, por ofensa ao art. 165, XIII, da Constituição, e provido, para afastar a prescrição quinquenal da ação” (DJ 01.7.1988).

Na mesma assentada, este Supremo Tribunal sedimentou entendimento acerca do prazo prescricional trintenário para a pretensão de cobrança de tais depósitos, “tendo por aplicável à espécie o prazo trintenário resultante da conjugação do art. 20 da Lei nº 5.107/66 com o art. 144 da LOPS”, considerados os fundamentos que extraio do voto do eminente Ministro Néri da Silveira:

“Assegura-se ao trabalhador estabilidade , ou fundo de garantia equivalente. Dessa garantia promana, assim, a exigibilidade pelo trabalhador do pagamento do FGTS, quando despedido. Cuida-se de um direito do trabalhador. Dá-lhe o Estado garantia desse pagamento. (...) É garantia de índole social do trabalhador, assim inscrita no art. 165, XIII, da Lei Maior. Ao Estado cumpre fazê-la respeitada e cumprida por quem obrigado a satisfazê-lo; no caso, o empregador.

(...)

O Estado intervém para assegurar o cumprimento da obrigação por parte da empresa em proteção ao direito do

ARE 709212 / DF

trabalhador. Não se cuida aí de crédito tributário, nem previdenciário, este a semelhança das contribuições para atender aos encargos previstos no art. 165, XVI, da Constituição. No caso, se se quisesse encurtar o prazo para exigir o recolhimento das contribuições para o FGT, o que, em realidade, se estaria atingindo era o direito do trabalhador, cujo depósito de que titular, assim, resultaria desfalcado”.

Após o advento da Constituição de 1988, essa compreensão continuou sendo reiterada nesta Casa:

“FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO. PRESCRIÇÃO. PRAZO TRINTENÁRIO. LEI ORGÂNICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, ART. 144.

A natureza da contribuição devida ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço foi definida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 100249 - RTJ 136/681. Nesse julgamento foi ressaltado seu fim estritamente social de proteção ao trabalhador, aplicando-se-lhe, quanto à prescrição, o prazo trintenário resultante do art. 144 da Lei Orgânica da Previdência Social.

Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE 134.328, rel. min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 19.02.1993).

“Contribuições para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Prescrição. - Esta Corte, ao julgar, por seu Plenário, o RE 100.249, firmou o entendimento, em face da Emenda Constitucional n. 1/69, de que as contribuições para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço não se caracterizam como créditos tributários ou contribuições equiparáveis a tributos, razão por que não se lhes aplica a prescrição quinquenal prevista no Código Tributário Nacional.

Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE 116.761-1, Rel. Min. Moreira Alves, Segunda Turma, DJU 02.4.93).

“CONSTITUCIONAL E TRABALHISTA. EMBARGOS DE

ARE 709212 / DF

DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. FGTS. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA. PRECEDENTES. Esta Corte firmou orientação no sentido de ser trintenário o prazo prescricional do FGTS. Precedentes. Embargos de declaração acolhidos tão-somente para prestar esclarecimentos, sem, contudo, alterar o julgado” (AI 782236 AgR-ED/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, Dje 08.02.2011).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. FGTS. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA. É assente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a prescrição para a propositura de ação relativa a FGTS é de trinta anos (art. 7º, XXIX, a, da Constituição, na redação anterior à Emenda Constitucional 28/2000). Precedentes. Agravo a que se nega provimento (AI 357580 ED/GO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 03.02.2006).

No mesmo sentido, as decisões monocráticas exaradas no AI 581006 – de relatoria do eminente Ministro Cezar Peluzo – e no RE 571994 – de relatoria do Ministro Ayres Britto.

Esse também é o posicionamento firme da Justiça do Trabalho, sedimentado na Súmula 362 do TST, *verbis*:

“FGTS. PRESCRIÇÃO (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

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

Nesse contexto, entendo que o tema deve ser pautado também pelo princípio da proibição do retrocesso – princípio minuciosamente retratado em precedente da Segunda Turma desta Casa, em feito de relatoria do eminente Ministro Celso de Mello:

ARE 709212 / DF

“A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados” (ARE 639337/SP, Dje 15.9.2011).

Ora, o prazo prescricional de trinta anos tem assegurado maior respeito e efetividade ao FGTS.

Em relação aos demais direitos constitucionalmente previstos, a prescrição – instituto idealizado para proteger o bom pagador, para apaziguar as relações jurídicas- surge para legitimar o inadimplemento por parte do empregador. À exceção dos empregados públicos, são raros (ou inexistentes) os trabalhadores que buscam o Judiciário no curso do contrato de trabalho para a reivindicação de seus direitos.

Costumamos dizer que a Justiça do Trabalho é a Justiça dos desempregados, pois, apenas após a extinção do vínculo, o trabalhador se sente desimpedido para reivindicar seus direitos.

Lamentavelmente, com o término do vínculo laboral, o empregado somente poderá lutar pelas parcelas do último quinquênio – contado da

ARE 709212 / DF

propositura da demanda. Assim, se, após a extinção contratual, o ajuizamento da demanda demorar a) um ano, em tese, no máximo, apenas os direitos dos últimos quatro anos de emprego lhe serão alcançados, b) mais de dois anos, nada mais conseguirá obter em relação ao contrato extinto.

Saliento que o prazo prescricional bienal – após a ruptura do vínculo – tem sido aplicado, na Justiça do Trabalho, também para os depósitos do FGTS, consoante diretriz sedimentada na já referida Súmula 362/TST. Registro, aqui, os protestos por parte de abalizada doutrina trabalhista – que sustenta apenas a aplicação do prazo trintenário, considerado, inclusive, o posicionamento insculpido na Súmula 210 do STJ - “A ação de cobrança das contribuições para o FGTS prescreve em trinta (30) anos” :

“Notório que o governo federal não tem possibilidade de exercer a fiscalização que a L. 8.036/90 lhe impôs no art. 23 e ao levantamento de débitos inadimplidos. Disso resulta que existem milhares de empresas (particulares e públicas) que não depositam a contribuição, à espera, justamente, da prescrição. E muitas delas com sucesso” (OLIVEIRA. Francisco Antônio de. “Prescrição – FGTS – O Enunciado nº 362/TST e a Súmula nº 210/STJ – Conflito”. *In* Síntese Trabalhista. Porto Alegre/RS: Síntese, Ano X, nº 126, dez/1999, p. 125-7).

O FGTS é direito importante para o trabalhador simples, que, após anos de labor árduo, sonha com o dia feliz de resgatá-lo para dar de entrada da casa própria. O FGTS é direito essencial para o trabalhador pobre, que, na tristeza de determinadas enfermidades, encontra no saque do fundo algum amparo para a dor daqueles que “não têm de onde tirar” O FGTS é direito sagrado para a maior parte da população deste País, que não recebeu e não recebe do Estado qualquer privilégio.

O prazo prescricional trintenário da pretensão atinente aos depósitos do FGTS é direito que já era visualizado por esta Corte em momento anterior a ser tecido no âmbito infraconstitucional, que se harmoniza com a Carta Política de 1988, a qual expressamente prevê a integração do

ARE 709212 / DF

patrimônio jurídico da classe trabalhadora com direitos, individuais ou sociais, que melhorem a sua condição de vida – comando que estampa a adoção do princípio da norma mais favorável.

Nesse contexto, não vejo como conferir ao art. 7º, *caput*, III e XXIX, da Constituição da República interpretação restritiva.

Acresço, à demasia, que, na espécie, a autora postula diferenças de FGTS decorrentes do recolhimento a menor por parte do Banco do Brasil, que desconsiderou o salário efetivamente percebido pela reclamante, em período no qual estava a serviço no exterior. Não se trata de FGTS oriundo de parcelas pleiteadas em demanda trabalhista.

Voto pela **manutenção da jurisprudência** da Corte, no sentido da constitucionalidade do prazo prescricional trintenário, previsto no § 5º do art. 23 da Lei 8.036/90, e **nego provimento** ao recurso do Banco do Brasil.

É como voto.

13/11/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, eu anotei aqui algumas observações e observei atentamente a explanação da Ministra Rosa Weber, que tem a sua origem no Direito do Trabalho, e aqui expôs, de maneira brilhante, toda a gênese do Fundo de Garantia. Mas, **altro tempo altro diritto**, nós estamos num novo tempo, tem que haver um novo Direito.

Eu considero que efetivamente é insustentável hoje se afirmar que possa haver um prazo, quer em favor do Poder Público, quer em favor do órgão gestor, quer em favor do empregado, de trinta anos para cobrar uma importância que não foi paga a ele no tempo devido.

À semelhança do que ontem nós estabelecemos, aqui a repercussão geral é saber se prevalece o prazo trintenário de prescrição para a cobrança de valores não recolhidos em reclamação trabalhista. Essa reclamação trabalhista, a petição inicial da reclamação trabalhista traz como verba acessória - então, veja logo a **contraditio** que encerraria isso, os salários prescrevem em cinco anos, agora aqui a verba acessória de Fundo de Garantia vai prescrever em trinta. Então, só isso já não se torna harmônico com a lógica jurídica. Então, na petição inicial, pede-se o Fundo de Garantia, a diferença do Fundo de Garantia. Entendo como base de cálculo as remunerações que aqui também são reclamadas. Então, é uma verba acessória da contraprestação do trabalhador. Então, em primeiro lugar.

Em segundo lugar, Senhor Presidente, todos os direitos arrolados no artigo 7º são direitos importantíssimos e não deixam de ser prescritíveis. No meu modo de ver, não há direito mais importante do trabalhador, até para não gerar o enriquecimento sem causa do empregador, de receber os seus salários. Esse direito, quase que um direito natural, porque a Constituição veda o trabalho escravo e o trabalho gratuito. E esse direito é prescritível. E por que o direito de cobrar o Fundo de Garantia seria

ARE 709212 / DF

quase que imprescritível, submetido a um prazo de trinta anos? Tributos não sofrem a incidência desse prazo. O próprio direito de receber o salário é de cinco anos. E nada justificaria que essa verba acessória prescrevesse muito depois da própria verba principal, porque o acessório é que segue o principal, e não o principal que fica dependendo do acessório.

Por outro lado, Senhor Presidente, ontem aqui nessa discussão da imprescritibilidade, deixou-se de trazer a lume, ou se trouxe a lume, alguns dos Colegas suscitou um novo posicionamento do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, onde ele, num entendimento interdisciplinar, numa posição interdisciplinar, assenta que esses prazos muito longos não se coadunam com a natureza humana, que não vai guardar documento durante trinta anos para cobrar. Isso é o primeiro aspecto.

O segundo aspecto: para que serve o Fundo de Garantia? O Fundo de Garantia serve para fazer face à antiga estabilidade que impedia a despedida do empregado depois de um certo prazo. Então, o Fundo de Garantia, ele fazia esse contraponto. Então, o empregado é despedido e levanta o Fundo de Garantia, e que sai essa verba de 40% - que eu imaginei que fosse 10%.

Senhor Presidente, o Direito vive para o homem, não o homem para o Direito. Será que a gente pode imaginar que uma pessoa vai viver de Fundo de Garantia trinta anos? Não vai viver de Fundo de Garantia trinta anos. Vai mandado embora, levanta o Fundo e vai arranjar outro emprego. Mas suponhamos uma tragédia maior: não arranja um outro emprego. Aí, sim, poder-se-ia, **ad argumentandum**, falar em princípio da vedação ao retrocesso. Bom, o sujeito foi embora; o Fundo de Garantia, ele pode cobrar durante trinta anos. Ele vai se aguentando até que, no último ano desses trinta anos, ele quer levantar o Fundo. Mas não é isso que acontece. Só há vedação ao retrocesso quando não existem mecanismos de compensação. E hoje, Senhor Presidente, tem todos os mecanismos de compensação: tem seguro desemprego, tem bolsa família, tem minha casa e minha vida, tem tudo o que uma pessoa desempregada não faz força para ter e tem.

ARE 709212 / DF

De sorte que não é retrocesso nenhum nós entendermos que o Fundo de Garantia e a ação que o veicula é uma ação decorrente de acidente de trabalho. E o constituinte sabia disso e dispôs taxativamente, como o Ministro Gilmar Mendes destacou como núcleo central do seu voto, o art. 7º, inciso XXIX, que assegura a prescrição quinquenal nas ações decorrentes das relações de trabalho.

Por outro lado, Senhor Presidente, a solução proposta pelo Ministro Gilmar Mendes acompanha uma última decisão do Supremo, que está na vanguarda da técnica processual que é dar a modulação, a modificação da jurisprudência, que é o *prospective overruling*, porque a jurisprudência, como aqui se disse, e é verdade, transmite uma segurança jurídica, transmite previsibilidade, e ninguém vive sem a previsibilidade. Então, está todo mundo até hoje entendendo que este prazo, muito embora desconfortável admitir isso, para a cobrança do FGTS era de trinta anos. Único prazo anômalo existente no sistema jurídico, fora a imprescritibilidade das ações de dano ao erário, que não foi discutida ontem. Pois bem. Essa técnica, que recentemente foi chancelada pela Suprema Corte, é uma técnica que preserva a segurança jurídica. Se a jurisprudência era assim até agora e vai mudar a partir de agora, ela tem eficácia **ex nunc**. Isso é o que há de mais moderno.

Então, o voto do eminente Relator, no meu modo de ver, é um voto que perpassa pelo teste da razoabilidade legal e judicial, sem prejuízo de ser extremamente justo e conferidor de segurança jurídica com essa modulação que foi engendrada por Sua Excelência.

Então, por todos esses fundamentos, Senhor Presidente, eu, pedindo vênua à divergência, acompanho o Relator.

13/11/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL

ADITAMENTO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, permita-me uma pequena observação. Talvez eu não tenha deixado claro quando votei. Os depósitos do FGTS correspondem a direito acessório quando se está a postular em juízo verbas remuneratórias não pagas.

Ministro Fux, talvez eu tenha compreendido mal, mas, ao fazer a leitura da inicial, de quais depósitos se trata neste caso? De depósitos incidentes sobre verbas que foram pagas quando a trabalhadora estava a prestar serviço no exterior. Ela recebeu determinadas verbas de caráter remuneratório e, com relação a essas utilidades, não houve o recolhimento do Fundo de Garantia. Por isso, nesse caso, seria aplicável a Súmula nº 362 do TST, e não a prescrição quinquenal. O prazo de cinco anos aplicar-se-ia no caso de depósitos atinentes a verbas não pagas.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, eu já manifestei respeito pela posição de Vossa Excelência.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Obrigada.

13/11/2014**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, entendo perfeitamente as razões que conduzem à negativa de provimento com a manutenção da jurisprudência do Ministro Teori Zavascki e da Ministra Rosa Weber, cujos fundamentos acho que todos nós partilhamos no sentido da preocupação com a proteção exatamente aos direitos sociais previstos na Constituição e na legislação e em respeito à jurisprudência do Supremo, que tem sido reiterada realmente neste sentido.

Entretanto, Presidente, vou pedir vênia ao Ministro Teori Zavascki e à Ministra Rosa Weber e negar provimento com a modulação de efeitos proposta pelo Ministro Gilmar Mendes, por me parecer que efetivamente, como posto de maneira muito bem fundamentada, sendo de natureza trabalhista e sendo norma que na interpretação, digamos, atualizada na dinâmica do Direito com a atual interpretação dada até mesmo por este Supremo Tribunal Federal à matéria, mas se coaduna com as regras que estão a prevalecer com o sistema. Essa é a razão pela qual peço vênia, entendendo perfeitamente e partilhando das preocupações, especialmente da Ministra Rosa Weber, que, ao trazer os motivos que levaram à sedimentação da jurisprudência no Tribunal Superior do Trabalho ou na Justiça do Trabalho em geral, homenageou a jurisprudência do Supremo.

Entretanto, o Direito é dinâmico, e essa proposta garante não apenas a razoabilidade, mas especialmente o princípio da segurança jurídica, que aqui não teria sido quebrado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A modulação, o Presidente submeterá à apreciação após o julgamento da matéria de fundo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não, ele está

ARE 709212 / DF

tomando já nos votos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A modulação ficou para a segunda parte.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - O Ministro-relator já iniciou o voto dele e já se pronunciou sobre a modulação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Então, por isso, já estamos nos manifestando.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Está bem.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Então, para ganharmos tempo, já estou colhendo os votos sobre a modulação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Portanto, Presidente, exatamente no sentido do voto do Ministro...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não. Todos que se manifestaram de forma coincidente com o relator já acompanharam também na modulação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Manifesto-me também no sentido de negar provimento, mas com a modulação dos efeitos na forma proposta, Presidente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não.

13/11/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, começo pela charada na qual fui envolvido pelo ministro Teori Zavascki: no caso de rompimento do vínculo empregatício por justa causa, não há a perda do saldo da conta do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Ocorre o afastamento daquele acréscimo de 40% que haveria nessa mesma conta, já que os 10%, criados posteriormente, foram para resolver problema de caixa, não beneficiando o prestador dos serviços. Isso decorre, Presidente, da lei que substituiu a de nº 5.107/66, que veio à balha, considerada a genialidade do Doutor Roberto Campos. E tem-se, para revelar o que estou a dizer, o disposto no artigo 18 da Lei nº 8.036/90, que – repito – suplantou a disciplina decorrente da Lei nº 5.107/66.

Na cabeça do artigo 18, está consignado que:

"Art. 18. Ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador, ficará este obrigado a depositar na conta vinculada do trabalhador no FGTS os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e ao imediatamente anterior, que ainda não houver sido recolhido, sem prejuízo das cominações legais".

Evidentemente, a interpretação sistemática desse preceito é conducente a concluir-se que essa obrigação está restrita ao caso de livre iniciativa do empregador, sem que o empregado tenha dado margem à rescisão do contrato, a rescisão por justa causa.

Segue o artigo 18, prevendo que:

"§ 1º Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa" – com justa causa não; *a contrário sensu* não –, "depositará este, na conta vinculada do trabalhador" – conta vinculada de quem? Do fundo? Não. Da Caixa Econômica? Não. Do trabalhador; é o titular do direito substancial, considerada a

ARE 709212 / DF

conta, considerado o saldo desta mesma conta – "importância igual a quarenta por cento (...)".

Essa percentagem é diminuída à metade em se tratando de culpa recíproca. Logicamente, se não houver a culpa recíproca, e sim a culpa apenas do prestador dos serviços, não haverá o acréscimo.

Presidente, o direito envolvido – ressaltou muito bem o relator –, diz respeito a depósitos que o Banco do Brasil – não foi um empregador comum – teria deixado de fazer. Esse conflito, pela norma constitucional do inciso III do artigo 7º – também foi ressaltado pelo relator e pelo ministro Luís Roberto Barroso –, é trabalhista, já que o Fundo é direito dos trabalhadores urbanos e rurais – inciso III. Por isso mesmo, por se tratar de um conflito trabalhista, foi solucionado pelo seguimento da jurisdição especializada, ou seja, a Justiça do Trabalho. O acórdão impugnado, mediante este extraordinário, é do Tribunal Superior do Trabalho.

Continuo acreditando, Presidente, que a norma das normas é a Constituição Federal. É a lei das leis. É o documento que está no ápice da pirâmide das normas jurídicas, a que todos, indistintamente, se submetem. É preciso elucidar, ante o princípio do terceiro excluído, a natureza dos prazos previstos no inciso XXIX do artigo 7º da Carta Federal. Ou uma coisa é ou não é. Não há dois prazos de prescrição: o de dois e o de cinco anos. A interpretação teleológica desse dispositivo do Diploma Maior conduz à convicção de que o primeiro prazo é decadencial e não prescricional, ou seja, o prazo de dois anos. Rompido o vínculo, o empregado tem dois anos para buscar o reconhecimento do direito substancial em si, e evidentemente, se for o caso – de negativa – recorrer ao Judiciário. Observado o biênio, pode e deve pleitear, na inicial da reclamação trabalhista, as parcelas dos últimos cinco anos, já que, quanto à pretensão, o prazo é de cinco anos, ou seja, quanto à prescrição para o ajuizamento da ação.

Presidente, não cabe confundir os prazos, decadencial e prescricional, com o termo inicial deles próprios. E, evidentemente, não preciso recuperar a lição de Câmara Leal: sem o nascimento da ação – e a

ARE 709212 / DF

ação nasce a partir do momento em que se tem conhecimento de que um direito foi espezinhado –, não se pode cogitar do curso de qualquer desses prazos.

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

O ministro Luís Roberto Barroso fez uma garimpagem e trouxe diversos prazos prescricionais quanto a direitos diversos. Mencionou Sua Excelência o prazo maior – não havendo previsão legal –, versado no Código Civil de 2002, de dez anos. Tivemos, em prol da segurança jurídica que está proclamada nos artigos 5º e 6º da Constituição Federal, com o Código de 2002, a redução dos prazos. Verificamos que, até mesmo no tocante à ação para se buscar a condenação de obrigação de dar, presente prestação alimentícia, o prazo é de dois anos, no que previsto no § 2º do artigo 206 do Código Civil.

Presidente, não tenho como placitar, em detrimento da Carta Federal, as leis citadas pelo Relator, ou seja, a Lei nº 8.036/90 – § 5º do artigo 23 – e o Decreto que a regulamentou, nº 99.684/90. Diria que legislador, quanto a esses dois diplomas posteriores – e, ao que tudo indica, não se tem, nas Casas Legislativas, Comissão de Constituição e Justiça –, foi honesto, porque retratou que o prazo de trinta anos estaria a revelar um privilégio, e todo privilégio é odioso.

É preciso interpretar o contexto normativo, principalmente a partir da norma primária, que é a revelada no artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, considerado o sistema, considerado o todo.

Não tenho a menor dúvida de que prevalece o prazo decadencial de dois anos e, uma vez observado, ajuizando-se a ação nos dois anos seguintes à ruptura do vínculo, pode recuperar o autor as prestações dos últimos cinco anos. Aplico-os, também no tocante ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, que é um acessório, considerado o principal – e o acessório segue a sorte do principal, não podendo dizer que, para as

ARE 709212 / DF

parcelas trabalhistas em geral, o trabalhador esteja sujeito a esses dois prazos de dois e cinco anos, e, no tocante ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, o prazo seja de trinta anos. Observo os prazos. A prescrição trabalhista, até 1988, esteve regida na Consolidação das Leis do Trabalho, no artigo 11. Mas, no intuito de constitucionalizar-se o tema, vivenciando-se ares apontados como democráticos, inseriu-se na Carta muita coisa que passou a ter envergadura constitucional apenas sob o ângulo formal, não material, como a prescrição trabalhista.

Surge o problema da modulação. Na ação trabalhista, o Banco sempre resistiu. Tanto resistiu e vem resistindo que interpôs, por último, o recurso extraordinário que está em mesa para julgamento.

Digo que o trabalhador não tem fôlego para deixar transcorrer período maior visando ajuizar ação trabalhista. Ajuíza de imediato, e ressaltou o ministro Gilmar Mendes que nós – recebo até hoje – recebemos, como titulares de conta do Fundo de Garantia, extrato da Caixa Econômica sobre os depósitos efetuados. Então, ou bem constata que não houve o depósito, principalmente cessado o vínculo empregatício e ajuíza a ação, ou não a ajuíza, tendo os depósitos como feitos.

Entender-se caber a modulação, a essa altura, implicará celeuma incrível. Implicará ensejar que aqueles que, até hoje, não entraram com a ação trabalhista possam entrar com essa mesma ação, em que pese o decurso dos dois anos a partir da cessação do contrato de trabalho, e também o decurso dos cinco anos. Em vez de estar-se solucionando uma problemática social, estar-se-á criando, sobrecarregando ainda mais a máquina judiciária, problema de estatura maior.

Por isso, Presidente, não chego à modulação e não chego, até mesmo, porque tenho uma profissão de fé: ou bem a lei editada pelo legislador se mostra afinada com a Constituição Federal, ou não se mostra. Não posso, simplesmente, concluir que a eficácia da Carta Federal esteve até aqui latente, passados cerca de vinte e cinco anos da promulgação.

Por isso, sou contra a modulação, mesmo porque, toda vez que o Supremo modula uma decisão, estimula a edição de leis à margem da Lei

ARE 709212 / DF

Maior, que é a Constituição Federal: surge o famoso jeitinho – perdoem-me, não estou atribuindo a Vossas Excelências esse ato, porque sei que estão preocupados com a questão social. Salva-se, em detrimento do preceito constitucional, a Lei que com ele se mostrou conflitante. Sigo a linha de Rui Barbosa: a lei editada à margem da Constituição Federal é natimorta, é írrita, não produzindo efeitos.

Provejo o recurso do Banco do Brasil, assentando – e o provimento seria parcial também, Ministro, porque há parcelas não prescritas – a prescrição quanto às parcelas anteriores ao quinquênio que antecedeu ao ajuizamento da ação, se é que esse ajuizamento ocorreu dentro dos dois anos, considerado o prazo decadencial, da cessação do vínculo empregatício.

É como voto.

13/11/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço **vênia** para acompanhar o voto do eminente Ministro Relator, que, **ao propor a superação** da diretriz jurisprudencial anterior **concernente** à *prescrição trintenária*, **firma a tese de que é quinquenal** o lapso prescricional **referente** à pretensão de cobrança das contribuições (*não recolhidas ou insuficientemente depositadas*) **devidas** ao FGTS.

Ao assim decidir, também procedo à declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90 e do art. 55 do Regulamento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (Decreto nº 99.684/90), que conferem suporte normativo à prescrição trintenária e que se acham em conflito direto com o que dispõe o art. 7º, inciso XXIX, da Constituição da República.

Desse modo, tenho para mim que não mais deve subsistir o entendimento consagrado no Enunciado nº 362 do E. Tribunal Superior do Trabalho.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E do 210 do Superior Tribunal de Justiça.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Também não mais deve subsistir a Súmula 210/STJ, cujo enunciado **dispõe** que “A ação de cobrança das contribuições para o FGTS prescreve em 30 anos”.

Por igual razão, a jurisprudência firmada por esta Corte Suprema na matéria também não mais deve prevalecer, desde que se observe, no entanto, por ocorrer drástica ruptura de paradigma motivada, no caso, por revisão

ARE 709212 / DF

jurisprudencial, a **proposta de modulação temporal formulada** pelo eminente Relator.

Cabe lembrar, por oportuno, que esta Suprema Corte, **tendo em vista** as múltiplas funções inerentes à jurisprudência – **tais como a de conferir previsibilidade** às futuras decisões judiciais nas matérias por elas abrangidas, **a de atribuir estabilidade** às relações jurídicas constituídas sob a sua égide, **a de gerar certeza** quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados **de acordo** com esses mesmos precedentes **e a de preservar**, assim, **em respeito** à ética do Direito, **a confiança** dos cidadãos nas ações do Estado –, **tem reconhecido** a possibilidade, **mesmo** em temas de índole constitucional (RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), **de determinar**, nas hipóteses de revisão **substancial** da jurisprudência **derivada da ruptura de paradigma**, **a não incidência**, **sobre situações previamente consolidadas**, **dos novos** critérios **que venham a ser consagrados** pelo Supremo Tribunal Federal.

Esse entendimento **não é estranho** à experiência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, **que já fez incidir** o postulado da segurança jurídica em questões várias, **inclusive** naquelas **envolvendo** relações de direito público (MS 24.268/MG, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES – MS 24.927/RO, Rel. Min. CEZAR PELUSO, v.g.) **e**, também, de caráter político (RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), **cabendo mencionar** decisão do Plenário **que se acha consubstanciada**, no ponto, em acórdão assim ementado:

“REVISÃO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: A INDICAÇÃO DE MARCO TEMPORAL DEFINIDOR DO MOMENTO INICIAL DE EFICÁCIA DA NOVA ORIENTAÇÃO PRETORIANA.

– **Os precedentes** firmados pelo Supremo Tribunal Federal **desempenham** múltiplas **e relevantes** funções no sistema jurídico, **pois lhes cabe conferir previsibilidade** às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, **atribuir estabilidade** às relações

ARE 709212 / DF

*jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, **gerar certeza** quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados **de acordo** com esses mesmos precedentes e **preservar**, assim, **em respeito** à ética do Direito, **a confiança** dos cidadãos nas ações do Estado.*

– **Os postulados** da segurança jurídica e da proteção da confiança, **enquanto** expressões do Estado Democrático de Direito, **mostram-se impregnados** de elevado conteúdo ético, social e jurídico, **projetando-se** sobre as relações jurídicas, **inclusive** as de direito público, **sempre** que se registre alteração **substancial** de diretrizes hermenêuticas, **impondo-se** à observância **de qualquer** dos Poderes do Estado e, desse modo, **permitindo** preservar situações **já consolidadas** no passado e **anteriores** aos marcos temporais **definidos** pelo próprio Tribunal. **Doutrina. Precedentes.**

– **A ruptura** de paradigma **resultante** de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, **com o reconhecimento do caráter partidário** do mandato eletivo proporcional, **impõe, em respeito à exigência** de segurança jurídica e **ao princípio** da proteção da confiança dos cidadãos, **que se defina** o momento **a partir** do qual terá aplicabilidade **a nova** diretriz hermenêutica.

– **Marco temporal** que o Supremo Tribunal Federal **definiu** na matéria ora em julgamento: **data** em que o Tribunal Superior Eleitoral **apreciou** a Consulta nº 1.398/DF (27/03/2007) e, nela, **respondeu, em tese, à indagação** que lhe foi submetida.”

(MS 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Vale mencionar, por oportuno, a título de mera ilustração, **que também a prática jurisprudencial** da Suprema Corte dos EUA **tem observado** esse critério, **fazendo-o incidir** naquelas hipóteses **em que sobrevém alteração substancial** de diretrizes que, **até então**, vinham sendo observadas na formação das relações jurídicas, **inclusive** em matéria penal.

Refiro-me não só ao conhecido caso “Linkletter” – **Linkletter v. Walker**, 381 U.S. 618, 629, 1965 –, **como, ainda, a muitas outras** decisões daquele Alto Tribunal, **nas quais** se proclamou, **a partir** de certos marcos

ARE 709212 / DF

temporais, **considerando-se** determinadas premissas **e com apoio** na técnica do “*prospective overruling*”, **a inaplicabilidade do novo** precedente a situações **já consolidadas** no passado, *cabendo lembrar*, dentre vários julgados, os seguintes: **Chevron Oil Co. v. Huson**, 404 U.S. 97, 1971; **Hanover Shoe v. United Shoe Mach. Corp.**, 392 U.S. 481, 1968; **Simpson v. Union Oil Co.**, 377 U.S. 13, 1964; **England v. State Bd. of Medical Examiners**, 375 U.S. 411, 1964; **City of Phoenix v. Kolodziejski**, 399 U.S. 204, 1970; **Cipriano v. City of Houma**, 395 U.S. 701, 1969; **Allen v. State Bd. of Educ.**, 393 U.S. 544, 1969, *v.g.*.

Em uma palavra: os postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, **mostram-se impregnados** de elevado conteúdo ético, social e jurídico, **projetando-se** sobre as relações jurídicas, **mesmo** as de direito público (**RTJ 191/922**), **em ordem a viabilizar** a incidência desses **mesmos** princípios sobre comportamentos **de qualquer** dos Poderes **ou** órgãos do Estado, **para que se preservem**, *desse modo*, situações **já consolidadas** no passado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite, ministro Celso de Mello, sem interromper o raciocínio brilhantemente desenvolvido por Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Com prazer...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A primeira decisão sobre a matéria prescricional, quando assentado o prazo de trinta anos, o relator ficou vencido, ministro Oscar Corrêa, é do Plenário, anterior à Carta de 1988. Seguiu-se outra da Turma, mencionada pelo ministro Gilmar Mendes, da lavra do ministro Sydney Sanches, e mais uma, já sob a égide da Constituição Federal atual, da Primeira Turma. A partir desse momento, passou-se simplesmente a julgar agravos regimentais. Por último, a ministra Ellen Gracie, na Segunda Turma, também em agravo

ARE 709212 / DF

regimental, assentou que incidiria o inciso XXIX do artigo 7º do Diploma Maior, e que o prazo, portanto, não seria trintenário. O ministro Gilmar Mendes veio a julgar de idêntica forma na Segunda Turma, considerado o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 788.059.

Então, tem-se uma premissa: o Pleno, propriamente dito, não chegou a enfrentar a matéria, sob o ângulo da Constituição Federal de 1988. Houve o início do julgamento do Recurso Extraordinário nº 522.897, sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes, mas ocorreu um pedido de vista, que lamentavelmente se tornou um perdido de vista, e não o concluímos.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: As decisões existentes sobre a matéria **promanaram** das Turmas do Supremo Tribunal Federal, **sendo certo, ainda**, que esse tema **constituiu** objeto do RE 522.897/RN, com julgamento plenário suspenso, *no entanto*, em razão de pedido de vista.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E o colega que pediu vista, não vou nominar, já se aposentou.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O que se mostra **importante** é que o Plenário do Supremo Tribunal Federal **está a reexaminar** essa *mesma* controvérsia constitucional.

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. **E, ao fazê-lo, consideradas** as razões que venho de expor, **peço vênias** para acompanhar, *em sua integralidade*, o excelente voto proferido pelo eminente Ministro GILMAR MENDES.

É o meu voto.

13/11/2014**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu queria dizer que, inicialmente, vi-me tomado por uma certa perplexidade com relação à natureza jurídica do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, notadamente após a intervenção do Ministro Teori Zavascki, depois secundada pelas brilhantes observações da Ministra Rosa Weber.

E, realmente, observando o que diz a Lei de regência, a Lei 8.036, verifica-se que o fundo é constituído não apenas daquelas parcelas que são devidas pelo empregador e pelo empregado, mas o artigo 2º, como bem ressaltou a Ministra Rosa Weber, mostra que existem várias outras verbas que compõem o Fundo de Garantia, como, por exemplo, dotações orçamentárias, resultado das aplicações dos recursos do Fundo, multas, correção monetária, juros moratórios e demais receitas patrimoniais e financeiras.

Outro aspecto que me impressionou muito - enfim é uma reflexão íntima que fiz - é que esse Fundo de natureza eminentemente social, hoje todos nós sabemos, destina-se fundamentalmente a financiar o Sistema Financeiro de Habitação. Portanto, na verdade, é um fundo que transcende um simples direito do trabalhador. Isto impressiona, a meu ver.

Mas também, de outro lado, sensibilizado pelas palavras do Ministro Luiz Fux, eu penso que a Suprema Corte não pode se debater em dúvidas e perplexidades, e nós temos que tomar uma diretriz com relação a esse prazo prescricional.

E analisando, enfim, essas questões todas e a controvérsia que existe na doutrina e na jurisprudência sobre a natureza jurídica do Fundo, lendo o artigo 7º, III, da Constituição, eu entendo que predomina a natureza trabalhista do Fundo de Garantia. Em sendo assim, aplica-se, como

ARE 709212 / DF

assentou o eminente Relator, Ministro Gilmar Mendes, o prazo prescricional do inciso XXIX do mesmo artigo 7º.

De outra parte também, evoco agora uma ponderação do Ministro Barroso no sentido de que é absolutamente irrazoável o prazo de trinta anos, comparando-se com outros prazos prescricionais.

E ainda ontem, quando nós discutíamos a questão da prescrição num caso determinado, nós chegamos à conclusão de que hoje a Fazenda Pública está devidamente aparelhada em todo o território nacional para agir rapidamente, cobrar os seus direitos, e, portanto, esse prazo de cinco anos, o prazo quinquenal, que corresponde à prescrição administrativa e à prescrição tributária, é mais do que suficiente para que eventuais recursos do Fundo sejam recuperados. Não há razão para estender esse prazo de recuperação de verbas, mesmo em se tratando dessas verbas de que trata o artigo 2º da Lei 8.036.

De outra parte também, como temos feito quando se trata de alterações jurisprudenciais de longa data consolidadas, eu acho, com a devida vênua do Ministro Marco Aurélio, que é o caso de se modular realmente os efeitos da decisão.

Em conclusão, eu acompanho o Ministro Gilmar Mendes, Relator, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 23, § 5º, da Lei 8.036/90 e 55 do Decreto 99.684, com efeitos *ex nunc*, na forma então preconizada pelo Relator.

13/11/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212 DISTRITO FEDERAL

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, não me manifestei sobre a modulação. Vencido na tese, eu adiro à modulação, salientando a importância capital dessa modulação. Tendo sido declarada a inconstitucionalidade do artigo 23, § 5º, da Lei do Fundo de Garantia, o privilégio de trinta anos passa a ser inconstitucional, inclusive para ações promovidas pelo próprio Fundo. Mesmo as ações promovidas pelo próprio Fundo de Garantia, através de seus representantes, estarão subordinadas ao prazo prescricional de cinco anos.

Outro detalhe importante deve ficar claro na decisão: salvo melhor juízo, quem votou pela inconstitucionalidade o fez com base no inciso XXIX do artigo 7º, salvo o Ministro Barroso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu também acompanhei em parte o raciocínio do Ministro Roberto Barroso.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Isso traz uma consequência prática importante. O argumento da razoabilidade não tinha sido levantado, aliás, é um argumento plausível. Mas isso não significaria, só pelo argumento da irrazoabilidade de trinta anos, que esse prazo devesse ser de dois anos depois de encerrado o vínculo trabalhista. O Ministro Barroso colocou isso. Acho que isso é importante deixar claro se também as ações promovidas pelo próprio Fundo estão sujeitas ao prazo de dois anos, após o encerramento do contrato de trabalho.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - De novo é uma questão semelhante àquela que ontem foi colocada.

ARE 709212 / DF

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não está na discussão, não é?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Mas, era inseparável.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu imagino que seja assim.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Era inseparável, tanto é que era uma pergunta que eu tinha que me fazer, e a pergunta que eu me fiz ...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Sim, porque esse prazo está previsto no próprio artigo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Exatamente, e eu respondi afirmativamente, entendendo que ...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Então o que fica, o que fica ...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Agora claro que se amanhã houver uma conformação legislativa, como admitiu o Ministro Barroso, essa é uma questão que será analisada.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Esse detalhe é importante, porque se o prazo do inciso XXIX se aplica também às ações de cobrança promovidas pelo próprio Fundo, a margem de conformação legislativa fica ...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Não, mas, em princípio, nós precisamos dar essa indicação, até porque eles

ARE 709212 / DF

atuam como substitutos – isso foi até foi lembrado pelo Ministro Marco Aurélio – do próprio trabalhador ...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Sim, mas nesse caso, não é possível ampliar esse prazo, então, não há possibilidade de conformação legislativa.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Não, aqui há uma peculiaridade, por exemplo, na Lei – que Vossa Excelência até lembrava –, por exemplo, ela não vem sendo cumprida, porque a Procuradoria da Fazenda não exerce esse papel, ela delega para a Caixa Econômica, entende que não é uma tarefa... Mas ela tem uma previsão de fazer a inscrição em dívida ativa.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Exatamente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - O que é uma singularidade, tendo em vista esse caráter multifacetário.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu penso, Ministro Teori, que, embora talvez não seja ideal essa solução, o Supremo tem que dar uma diretriz bem clara, inequívoca.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu concordo, essa foi a orientação majoritária, apenas tem que ficar ...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Porque se nós dissermos que, para as demais verbas que compõem o Fundo, e que são cobradas pelo próprio Fundo, por meio de seus prepostos, seus gerentes, seus gestores é outro prazo, aí nós deixamos uma perplexidade.

ARE 709212 / DF

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É a mesma situação de ontem: não foi debatido e nem refletido. Então...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - É a modulação. Apenas para afastar uma dúvida: a modulação alcança ações não ajuizadas. Não, só as ajuizadas?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Também as não ajuizadas.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Ocorre que aqui está-se declarando a inconstitucionalidade do art. 23, § 5º, da Lei do FGTS, que trata das ações promovidas pelo próprio Fundo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Do trintenário.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vossa Excelência, então acompanha...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Para ações movidas para o próprio Fundo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É inconstitucional para um, inconstitucional para todo mundo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, não as movidas pelo próprio Fundo, nós não estamos falando; nós estamos falando ...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Mas é o que diz a lei, cuja inconstitucionalidade está sendo declarada.

ARE 709212 / DF

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Esse é o problema...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Essa questão que o Ministro Teori levantou agora, de saber se aquele prazo de dois anos se aplicaria ou não fora das situações trabalhistas, eu preciso confessar que eu não pensei sobre isso.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - É por isso que eu estou levantando a questão, para que se pense a respeito.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Para cobrar, por exemplo, multas, correção monetária e juros moratórios devidos, ou dotações orçamentárias.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Tem que saber o que está se modulando.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – O inciso XXIII, que foi declarado inconstitucional, é das ações...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, aqui é questão trabalhista, eu não tenho a menor dúvida. Mas, **mutatis mutandis**, se os tributos se submetem ao prazo quinquenal, se os particulares promoveram ação contra a Fazenda Pública e submetem ao prazo quinquenal, qual o temor de estabelecer que o fundo tem cinco anos para cobrar isso? É até uma questão isonômica. O Fundo não é ...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Na Previdência Social, nós afirmamos aqui também o prazo de cinco anos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - A bem da uniformidade, porque nós temos realmente

ARE 709212 / DF

decidido que, toda vez que o Estado é instado a cobrar uma determinada verba que lhe é devida, o prazo é quinquenal. Nós temos reduzido sistematicamente os prazos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A Lei nº 9.494 ela veio estabelecer, esclarecer essa dúvida: ela estabelece hoje o prazo de cinco anos para a Fazenda promover a ação de reparação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Bem, Ministro Teori... quer esclarecer, não é?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu não estou aqui querendo contestar o que a maioria decidiu.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Isso.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - É que nós estamos modulando. Então, é preciso ficar bem claro o que nós estamos modulando. Nós declaramos a inconstitucionalidade do prazo de trinta anos, seja por incompatibilidade com o inciso XXIX, seja pela irrazoabilidade do prazo. Isso se aplica a todas as ações, inclusive àquelas movidas pelo próprio Fundo. Essa é a consequência.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 709.212

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) : BANCO DO BRASIL S/A

ADV.(A/S) : JAIRO WAISROS E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : ANA MARIA MOVILLA DE PIRES E MARCONDES

ADV.(A/S) : JOSÉ EYMARD LOGUERCIO E OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal, decidindo o tema 608 da Repercussão Geral, por maioria, negou provimento ao recurso, vencido o Ministro Marco Aurélio que o provia parcialmente. Também por maioria declarou a inconstitucionalidade do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/1990, e do art. 55 do Decreto nº 99.684/1990, na parte em que ressalvam o "privilégio do FGTS à prescrição trintenária", haja vista violarem o disposto no art. 7º, XXIX, da Carta de 1988, vencidos os Ministros Teori Zavascki e Rosa Weber, que mantinham a jurisprudência da Corte. Quanto à modulação, o Tribunal, por maioria, atribuiu à decisão efeitos *ex nunc*, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não modulava os efeitos. Tudo nos termos do voto do Relator. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 13.11.2014.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

p/ Maria Sílvia Marques dos Santos
Assessora-Chefe Substituta do Plenário