



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB|

**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – DCJ
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

PAULA ABÍLIO DE SOUSA

**A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A
PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DO FGTS.**

Santa Rita

2021

PAULA ABÍLIO DE SOUSA

**A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A
PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DO FGTS.**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do
Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba como
requisito para obtenção do Grau de
Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Professor Doutor Paulo Vieira de Moura.

Santa Rita

2021

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

S725j Sousa, Paula Abílio de.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a prescrição quinquenal do FGTS / Paula Abílio de Sousa.

- Santa Rita, 2021.

61 f.

Orientação: Paulo Vieira de Moura.

Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ/DCJ.

1. FGTS. 2. Prescrição trintenária. 3. Indenização. 4. Relação de trabalho. I. Moura, Paulo Vieira de. II. Título.

UFPB/CCJ-SANTARITA

CDU 34

**A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A
PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DO FGTS.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba
como requisito para a obtenção do Grau de
Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Doutor Paulo Vieira de Moura

Banca Examinadora Aprovada em_____.

Prof. Dr. Paulo Vieira de Moura
(Orientador)

Prof. Ms. Demétrius Almeida Leão
(Examinador)

Prof. Ms. Guthemberg Cardoso Agra de Castro
(Examinador)

Dedico este trabalho à mim e à minha Mãe exemplo de amor, de luta, de vida, e de coragem, luz que vive em mim.

AGRADECIMENTO

A Deus, por tudo e pelo sopro da inspiração, amor, cuidado e bênçãos derramadas sobre a minha vida, bem como por iluminar a minha mente nos momentos difíceis, dando-me força e coragem. E que momentos! Estes que estamos vivendo com esta pandemia.

A Minha Inesquecível e amada Mãe Maria Celi Diniz de Sousa e ao meu Pai Paulo Abílio de Sousa (*in memoriam*), que, com humildade, honestidade e amor, fizeram-me melhor e me ensinaram a amar, a dividir e a lutar. Vocês são a razão da minha vida e de todas minhas conquistas, todo o meu amor e a minha gratidão.

Aos meus irmãos, Paulo, Abílio e Jocélio. A vocês meu amor.

A minha querida Tia Maria de Lourdes Diniz Cabral (Tia Lurdinha). A você, todo o meu amor, minha admiração e a minha gratidão.

Ao meu orientador Professor Dr^o. Paulo Vieira de Moura. A você, que me auxiliou e esteve presente sempre que precisei, contribuindo com o desenvolvimento do trabalho e ajudando-me a acreditar na minha ideia.

A minha banca que aceitou o convite: Professor Ms. Demétrius Almeida Leão e Professor Ms. Guthemberg Cardoso Agra de Castro. A vocês toda inspiração e gratidão.

A minha amada sobrinha Maysa Lima. A você toda inspiração e amor.

A todos os professores e professoras do Curso de Direito UFPB, Departamento de Santa Rita-PB. A vocês, toda minha admiração e carinho.

Por fim, quero agradecer a todos meus colegas do curso, todos os meus amigos e familiares. A vocês com quem divido todas as minhas alegrias e angústias.

***“[...] Meu poder é seu,
Portanto, honre ou interprete a lei
Segundo a sua alma.”
(William Shakespeare)***

RESUMO

O presente trabalho aborda o instituto do Fundo de Garantia por tempo de Serviço – FGTS – instituído pela Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966. Também aborda especificamente a prescrição do FGTS e suas alterações até os dias atuais no seu modo de aplicabilidade. O FGTS é um direito com caráter indenizatório a fim de beneficiar os empregados após o contrato ser extinto pelo empregador sem justa causa, o saque dos valores devidos pode ser usado em várias situações como: aposentadoria, doenças específicas, moradia e em outras situações descritas na legislação. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e documental. A literatura jurídica que subsidiou este estudo foi constituída de autores nacionais no campo bibliográfico; por outro lado, no campo documental foram utilizados a normativa federal que disciplina a matéria nas Constituições brasileiras, na Lei do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço nº. 8.036/1990 e na Consolidação das Leis do Trabalho. O levantamento das obras, dos artigos científicos e dos textos normativos foi realizado predominantemente por meio de buscas na internet em face das dificuldades de acesso às bibliotecas neste período de pandemia. A redução do prazo prescricional pelo não recolhimento do FGTS, tal como julgado pelo Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário em razão de incoerência entre a Lei do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e a Carta Magna Brasileira de 1988 gerou polêmicas e conflitos no mundo jurídico e na sociedade brasileira, trazendo prejuízo para os empregados.

Palavras-chave: FGTS. Prescrição Trintenária. Indenização. Relação de Trabalho.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ADCT Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
- Are. Recurso Extraordinário com agravo
- Art. Artigo
- CEF Caixa Econômica Federal
- CLT Consolidação das Leis do Trabalho
- DF Distrito Federal
- EC Emenda Constitucional
- FGTS Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
- HIV Vírus da Imunodeficiência Humana
- IAPI Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Industriários
- IAPTEC Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Estivadores e Transportes de Cargas
- INSS Instituto Nacional do Seguro Social
- SEFIP Sistema Empresa de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social
- SIDA Síndrome da Imunodeficiência Humana Adquirida
- STF Supremo Tribunal Federal
- TST Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	AS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL	13
2.1	AS RELAÇÕES DE TRABALHO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	13
2.2	A RELAÇÃO DE EMPREGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	24
3	FGTS – FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO, ESTABILIDADE E PRESCRIÇÃO	29
3.1	FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO	29
3.2	ESTABILIDADE	38
3.3	PRESCRIÇÃO	47
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
	REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

Analisar o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) é importante para a compreensão da evolução histórica de parte dos direitos dos trabalhadores brasileiros e, em particular, entender as mudanças ocorridas na legislação trabalhista e o seu significado como avanços ou mesmos como retrocessos.

O FGTS é um direito que o empregado adquire a partir do vínculo trabalhista que estabelece com uma empresa em face da celebração do contrato de trabalho. O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço tem como objetivo a proteção do empregado quando a relação contratual empregatícia for rescindida sem justa causa, nessa situação o empregado terá o direito de sacar o valor acumulado dos depósitos constantes na conta vinculada do empregado, além do recebimento do valor da multa de 40% sobre o saldo da sua conta vinculada ao FGTS.

O FGTS foi regulamentado pelo Decreto nº. 59.820, de 20 de dezembro de 1966 e anunciado com destaque em termos de direito para o empregado, tendo sido recepcionado pela Constituição brasileira de 1988 e, ao longo dos anos, sofreu alterações de natureza legislativa e também interpretativa por parte de tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal.

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço tem caráter indenizatório e veio em substituição a estabilidade decenal. Até a promulgação da Constituição Federal de 1988 esse instituto era opcional para o trabalhador.

Destaca-se que este instituto do direito do trabalho tem o objetivo de garantir direitos a todos os empregados contra a despedida sem justa causa.

Este estudo aponta as alterações nos direitos dos trabalhadores que ocorreram ao longo dos anos, em particular a extinção da estabilidade decenal, a extinção da prescrição trintenária, a redução do prazo prescricional para a cobrança do FGTS.

A pesquisa teve como parâmetro de análise princípios que norteiam o Direito do Trabalho, com destaque para os princípios da proteção do trabalhador e seus subprincípios: o do *in dubio pro operário*, o da regra da norma mais favorável, o da regra da condição mais benéfica e o princípio da isonomia.

A pesquisa analisou a mudança na aplicação da prescrição trintenária, que teve o seu prazo reduzido e substituído pela prescrição quinquenal. Uma decisão proferida pelo STF, em 13 de novembro de 2014, no Agravo 709.212, modificou sua jurisprudência reduzindo o prazo prescricional relativo à cobrança de valores não depositados do FGTS de trinta anos para cinco anos.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e documental. Bibliográfica por que lançou mão de leituras de manuais e artigos científicos, leituras de opiniões doutrinárias, teses e buscas em sites na internet. Documental porque analisou a legislação que disciplina o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Trata-se, igualmente, de uma pesquisa teórica porque "dedicada a reconstruir teoria, conceitos, ideias, ideologias, polêmicas, tendo em vista, em termos imediatos, aprimorar fundamentos teóricos" (Demo, 2000, p. 20).

No segundo capítulo é abordado sobre a relação de trabalho no ordenamento jurídico brasileiro, desde os períodos colonial, imperial e atual, previsto nas constituições brasileiras outorgadas e promulgadas, e também a relação de empregado previsto na Consolidação da Leis do Trabalho.

No terceiro capítulo descreve-se o conceito do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço; conceitua a relação do empregado e empregador como parte fundamental do FGTS; aponta a legislação da estabilidade, da indenização com base em entendimentos de alguns autores; e apresenta a prescrição do regime FGTS, onde se detalha as alterações do entendimento jurisprudencial do STF sobre a redução do prazo prescricional e a distinção entre prescrição trintenária e prescrição quinquenal, novo posicionamento do STF, ao entender que é inconstitucional a prescrição trintenária.

E por último, apresenta-se as considerações finais, onde serão demonstrados os resultados do estudo da distinção entre prescrição trintenária e quinquenal, além da abordagem crítica acerca do novo posicionamento do STF, ao entender que é inconstitucional a prescrição trintenária, mesmo não sendo mais favorável aos empregados.

2 AS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL

2.1 AS RELAÇÕES DE TRABALHO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

As relações de trabalho no período da colônia de 1500 a 1822 as Capitanias Hereditárias tinham uma origem feudal de colonização e no Brasil assim como América Latina fornecia gêneros alimentícios e minérios, baseado na grande propriedade, empresa comercial e trabalho compulsório. De começo o Brasil só correspondia a 2% das receitas de Portugal contra 26% da Índia. Os indígenas não se submeteram ao trabalho intenso e os jesuítas os ensinavam a serem “bons cristãos”, mas os índios resistiram às várias formas de sujeição, pela guerra, pela fuga, pela recusa ao trabalho compulsório. Em termos comparativos, as populações indígenas tinham melhores condições de resistir do que os escravos africanos (FAUSTO, 1998, p. 19).

De acordo com Ciro Flamarion Cardoso (1990, p. 101), durante o período colonial brasileiro, existiram quatro fases relativas à história do trabalho.

O período entre 1500 e 1532 foi o que se pode chamar de “pré-colonial” ou “de colonização de feitorias”, caracterizado por uma economia extrativa baseada no escambo com os índios; de 1532 a 1600 foi a época de domínio da escravidão indígena; os anos 1600 a 1700 foram uma fase de instalação do escravismo colonial de plantation em sua forma clássica; de 1700 a 1822, houve uma diversificação das atividades em função da mineração, do surgimento de uma rede urbana, mais tarde de uma importância maior da manufatura, sempre sob a marca da escravidão predominante. Num primeiro momento, os portugueses tentaram escravizar os índios sul-americanos, chegando, em pequena escala, a obter certo êxito. O negro, mais valorizado.

Vale ressaltar que as ordens religiosas acabaram protegendo os indígenas da escravidão imposta pelos colonos (com sucesso variável conforme épocas e lugares), o que gerou diversos conflitos entre colonos e clérigos. Contudo, os eclesiásticos tinham pouco (ou nenhum) respeito pela cultura indígena, chegando às vezes a duvidarem que os índios fossem seres humanos, segundo Ciro Flamarion Cardoso (1990, p. 101).

O trabalho compulsório ao lado da empresa comercial e do regime de grande propriedade estava como um terceiro elemento. Dentre as modalidades de trabalho compulsório, a que prevaleceu no Brasil foi a escravidão. Isso ocorreu em plena Idade Moderna talvez porque não houvesse uma oferta muito grande de trabalhadores em condições de emigrar como (semi) dependentes ou assalariados, e talvez porque o trabalho assalariado não era conveniente para os objetivos da colonização. Além disso, a imensa extensão das sesmarias poderia tornar difícil a manutenção de trabalhadores assalariados. (MARCHINI NETO, 2013).

Após a Independência do Brasil, no Período Imperial, outras revoltas marcantes tiveram a participação ativa de escravos, como por exemplo: a Guerra dos Cabanos, acontecida em Pernambuco (1832-1835); a Cabanagem, no Pará (1835-1840), e a Sabinada, na Bahia (1837-1838); demonstrando claramente que até a abolição da escravatura (com a Lei Áurea – em 1888) a relação entre escravos negros e senhores não foi de passividade e submissão total dos primeiros para com os segundos, comprovando que assim como os índios, os negros também resistiram, na medida das suas possibilidades, às mazelas do trabalho compulsório e a um modo de vida que lhes foi imposto. (FAUSTO, 1998).

Ao longo da história, o Brasil teve sete Constituições. Algumas foram promulgadas e outras foram outorgadas. As Constituições promulgadas são consideradas mais democráticas porque têm a participação do povo, através dos seus representantes. Já as Constituições outorgadas são as que foram impostas pelo governo. (SILVA, 2005).

A Constituição ou Carta Magna, é um conjunto de regras de governo, muitas vezes codificada como um documento escrito, que enumera e limita os poderes e funções de uma entidade política. No caso dos países, o termo refere-se especificamente a uma Constituição que define a política fundamental, princípios políticos, e estabelece a estrutura, procedimentos, poderes e direitos, de um governo.

Segundo a ciência que estuda investiga a origem das palavras Carlos Henrique Bezerra Leite traz a definição de trabalho: a palavra “trabalho” é plurissignificativa e pode ser objeto de investigação por diversos campos do

conhecimento, como a História, a Sociologia, a Antropologia, a Filosofia, a Economia, a Ciência Política e o Direito.

A Constituição de 1824 no Brasil, conhecida como Constituição Política do Império, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 de março de 1824, ano seguinte a dissolução da Assembleia Constituinte.

A Constituição de 1824 foi a Constituição com maior período de vigência na história do país, vigorando de 1824 até 1889 (65 anos, no total).

O Conselho já se manifestava uma preocupação com a relação de trabalho e com as pessoas, que deveria haver mais liberdade para aprimorar as atividades trabalho e mostra os primeiros sinais de direito e de garantias, descrito na redação do Art. 179, incisos 24 e 25:

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos. (sic).

XXV. Ficam abolidas as Corporações de Officios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres. (sic).

Depois da Constituição, uma nova demonstração de preocupação com a relação de capital e trabalho foi instituída com a Lei Áurea em 1888, que abolia a escravidão, apesar de não reconhecer os escravos como cidadão, ao menos eles se tornaram “livres” para exercerem a sua vontade.

A Constituição de 1891, a primeira Constituição republicana do Brasil, foi promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Esse documento consolidou mudanças profundas no país e teve como inspiração a Constituição dos Estados Unidos. Ela foi a segunda Constituição da história brasileira e trouxe inúmeras mudanças.

Já em 1870, existiam no nosso país as Ligas Operárias que marcaram o início do sindicalismo brasileiro. O Decreto 1.313, de 1891, proibiu o trabalho noturno dos menores de 15 anos, limitando a jornada a 7 horas.

A Constituição de 1891 mostra os primeiros sinais de direito e de garantias e foram preservados na Constituição de 1981 com mais inovações, como está descrito na redação do Art. 72, incisos 24, 25 e 34:

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 24. É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial.

§ 25. Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilégio temporário ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável, quando haja conveniência de vulgarizar o invento.

§ 34. Nenhum emprego pode ser criado, nem vencimento algum, civil ou militar, pode ser estipulado ou alterado senão por lei ordinária especial. (*sic*)

Nessa Constituição ainda não existia reconhecimento sobre a relação de trabalho, o que existia era limitado só aos servidores públicos, e cargos públicos, mas foi incluso uma novidade, a expressão “aposentadoria”, que nos dias atuais este instituto faz parte do Direito Previdenciário.

Na vigência da Constituição de 1981 foi editado o Decreto 4.682/1923, conhecido como Lei Eloy Chaves, publicado em 24 de janeiro de 1923 e após um prolongável período concretizou a fundação do sistema previdenciário brasileiro com a criação das caixas de aposentadorias e pensões para os empregados das empresas ferroviárias e depois passou a beneficiar os servidores públicos das forças armadas e do exército.

A Lei Eloy Chaves foi, de fato, o dispositivo legal embrionário para o desenvolvimento da Previdência Social no Brasil. Ela criou a Caixa de Aposentadoria e Pensões para os empregados nas empresas de estrada de ferro.

A Constituição de 1934, a terceira Constituição brasileira e a segunda da República, promulgada em 18 de julho de 1934, pela Assembleia Nacional Constituinte, convocada pelo Governo Provisório da Revolução de 1930, com menor período em toda História do Brasil, apenas três anos.

A Constituição de 1934 inovou com o reconhecimento de vários amparos e melhorias de interesses dos trabalhadores, como proibição de distinção de salários, criação do salário mínimo, padronização da jornada de trabalho, repouso semanal, férias anuais remuneradas e indenização por demissão sem justa causa entre outros, conforme descritos na redação dos dispositivos mencionados abaixo:

No capítulo relativo aos direitos e garantia individuais, o artigo 113,12, da Constituição de 1934, prescreve textualmente:

Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á subsistencia, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

12) E' garantida a liberdade de associação para fins licitos. Nenhuma associação será compulsoriamente dissolvida senão por sentença judiciaria. (*sic*).

No texto constitucional há preocupação com a proteção dos trabalhadores como se depreende da leitura do art. 121 "A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País".

Ainda, segundo a constituição a legislação do trabalho a ser construída pelo poder legislativo deveria seguir as seguintes diretrizes:

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

- a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;
- b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador;
- c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei;
- d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres;
- e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos;
- f) férias anuais remuneradas;
- g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa;
- h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;
- i) regulamentação do exercício de todas as profissões;
- j) reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho.

O art. 121, em seu § 2º da Constituição de 1934 determinou não existir distinção as várias modalidades de trabalho, nem entre os seus profissionais.

Nestes dispositivos a Constituição se preocupou com algumas condições de trabalho quanto a proteção social do trabalhador:

§ 3º - Os serviços de amparo à maternidade e à infância, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como a fiscalização e a orientação respectivas, serão incumbidos de preferência a mulheres habilitadas.

§ 4º - O trabalho agrícola será objeto de regulamentação especial, em que se atenderá, quanto possível, ao disposto neste artigo. Procurar-se-á fixar o homem no campo, cuidar da sua educação rural, e assegurar ao trabalhador nacional a preferência na colonização e aproveitamento das terras públicas.

§ 5º - A União promoverá, em cooperação com os Estados, a organização de colônias agrícolas, para onde serão encaminhados os habitantes de zonas empobrecidas, que o desejarem, e os sem trabalho.

Neste dispositivo é assegurado a eleição dos membros da Justiça do Trabalho para resolver as questões de trabalho.

Art. 122 – “Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I”.

Parágrafo único - A constituição dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação obedecerá sempre ao princípio da eleição de membros, metade pelas associações representativas dos empregados, e metade pelas dos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação do Governo, escolhido entre pessoas de experiência e notória capacidade moral e intelectual.

Os profissionais liberais terão as mesmas garantias dos trabalhadores de acordo com o art. 123, “São equiparados aos trabalhadores, para todos os efeitos das garantias e dos benefícios da legislação social, os que exerçam profissões liberais”.

No Governo de Getúlio Vargas podemos perceber a conquista de direito aos trabalhadores, fazendo com que o seu mandato ficasse marcado por esta atuação, e dessa forma, aplaudido por grande parte da população assalariada e para Sérgio Pinto Martins (2010): “A Constituição de 1934 é a primeira

constituição brasileira a tratar especificamente do Direito do Trabalho. É a influência do constitucionalismo social, que em nosso país só veio ser sentida em 1934.” Ademais, a Constituição de 1934 premia a intervenção do Estado nas relações entre trabalhadores e empregadores.”

A Constituição Brasileira, outorgada pelo presidente Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, mesmo dia em que implanta o período do Estado Novo, é a quarta Constituição do Brasil e a terceira da república, de conteúdo supostamente democrático. Será, no entanto, uma carta política eminentemente outorgada.

Na Constituição de 1937, trouxe uma organização maior instituindo em categorias profissionais as Caixas de Aposentadoria, o surgimento dos Institutos de Aposentadorias e Pensões, destacando o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Industriários – IAPI, Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Estivadores e Transportes de Cargas – IAPTEC e outros. Também foi criado na era de Vargas o Ministério do Trabalho da Indústria e Comércio que seria um órgão de controle para supervisionar a previdência garantindo uma melhor qualidade do sistema.

A Constituição foi editada por Getúlio Vargas e Francisco Campos ao mesmo tempo da origem do Estado Novo trazendo novas informações em relação aos trabalhadores, porém, sem grandes inovações. O maior destaque foi a retirada do direito de greve dos trabalhadores. Estes dispositivos foram os que sofreram devidas alterações:

Art. 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos:

- a) os contratos coletivos de trabalho concluídos pelas associações, legalmente reconhecidas, de empregadores, trabalhadores, artistas e especialistas, serão aplicados a todos os empregados, trabalhadores, artistas e especialistas que elas representam;
- b) os contratos coletivos de trabalho deverão estipular obrigatoriamente a sua duração, a importância e as modalidades do salário, a disciplina interior e o horário do trabalho;
- c) a modalidade do salário será a mais apropriada às exigências do operário e da empresa;
- f) nas empresas de trabalho contínuo, a cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garanta a estabilidade no

emprego, cria-lhe o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço;

g) nas empresas de trabalho contínuo, a mudança de proprietário não rescinde o contrato de trabalho, conservando os empregados, para com o novo empregador, os direitos que tinham em relação ao antigo;

h) salário mínimo, capaz de satisfazer, de acordo com as condições de cada região, as necessidades normais do trabalho;

j) o trabalho à noite, a não ser nos casos em que é efetuado periodicamente por turnos, será retribuído com remuneração superior à do diurno;

k) proibição de trabalho a menores de catorze anos; de trabalho noturno a menores de dezesseis, e, em indústrias insalubres, a menores de dezoito anos e a mulheres;

l) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto;

m) a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho;

n) as associações de trabalhadores têm o dever de prestar aos seus associados auxílio ou assistência no referente, às práticas administrativas ou judiciais relativas aos seguros de acidentes do trabalho e aos seguros sociais.

A Constituição de 1937 reconheceu o sindicato como representante legal da categoria de produção, descrito no Art. 138 - A associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impondo-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público.

Um marco muito importante na Constituição de 1937 foi a criação da Justiça do Trabalho com o objetivo de resolver os conflitos trabalhistas. Especificado na redação do Art. 139 - Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum.

Segundo Sergio Pinto Martins (2010, p. 10) “A Carta Constitucional de 10-11-1937 marca uma fase intervencionista do Estado, decorrente do golpe de Getúlio Vargas. [...] A Constituição de 1937 instituiu o sindicato único, [...]”

exercendo funções delegadas de poder público, podendo haver intervenção estatal direta em suas atribuições.”

A Constituição de 1946 foi a quinta Constituição brasileira, promulgada em 18 de setembro de 1946. A mesa da Assembleia Constituinte promulgou a Constituição dos Estados Unidos do Brasil e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, consagrando as liberdades expressas na Constituição de 1934, que haviam sido retiradas em 1938. Sendo assim, se trata de, em suma, um resgate histórico da carta constitucional previamente citada, restaurando a democracia sufocada pelo Estado Novo (1937-1946), acrescentando direitos trabalhistas e a valorização do trabalho humano como está descrito na redação do artigo 145:

Art.145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.

A Constituição de 1946 deu origem à sistematização constitucional da previdência social e na sistematização da Seguridade Social onde a mesma foi restabelecida:

Art.157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerá nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:

IV - participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar.

A Constituição de 1946 se tornou mais democrática, até mesmo no contexto de direito da greve. Art.158 - É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, foi a sexta constituição do Brasil e quinta da república. Elaborada sob supervisão dos militares no poder. esta Carta legitimava o regime iniciado pelo Golpe de 1964.

A Constituição Federal de 1967 trouxe mais mudanças: aplicação da legislação trabalhista aos empregados temporários; a valorização do trabalho

como condição da dignidade humana; proibição da greve nos serviços públicos e atividades essenciais e direito à participação nos lucros das empresas.

Esta Constituição limitou a idade mínima para o trabalho do menor, em 12 anos, com proibição de trabalho noturno; incluiu em seu texto o direito ao seguro-desemprego (este, porém, só foi realmente criado em 1986) e a aposentadoria para a mulher após 30 anos de trabalho, com salário integral. Fez previsão do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), da contribuição sindical e do voto sindical obrigatório.

A Constituição de 1967 estabeleceu como órgãos da Justiça do Trabalho:

Art. 133 - Os órgãos da Justiça do Trabalho são os seguintes:

I - Tribunal Superior do Trabalho;

II - Tribunais Regionais do Trabalho;

III - Juntas de Conciliação e Julgamento.

No artigo seguinte, a Constituição de 1967 definiu a competência da Justiça do Trabalho nos seguintes termos:

Art. 134 - Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e as demais controvérsias oriundas de relações de trabalho regidas por lei especial.

A Constituição de 1967, em seu art. 158, XXI, combinado com o art. 157, § 7º, assegurou o direito de greve, restringindo-o, contudo, em relação aos serviços públicos e às atividades essenciais.

A estabilidade decenal foi recepcionada pela atual Constituição, uma vez que esta Carta de 1967, com redação dada pela EC 1/69 ao art. 165, XIII, que previa dois regimes (“estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente”). Instituiu um único regime jurídico inerente à relação empregatícia: o regime do FGTS.

A Constituição de 1967/69 praticamente nada inovou em relação ao regime anterior.

Ocorreu uma segunda alteração radical em 1967: o Decreto-Lei n. 229, de 28.2.67, conferindo nova redação ao artigo 443 da CLT, que instituiu, expressamente, a figura do contrato de experiência.

Com a promulgação da Constituição de 1988 evoluiu a sistematização do conceito moderno de Seguridade Social, constituindo uma rede de proteção social composta pela Saúde Pública, Assistência Social e Previdência Social.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é a lei fundamental e suprema do Brasil, servindo de parâmetro de validade a todas as demais espécies normativas. Foi aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte em 22 de setembro de 1988 e promulgada em 5 de outubro de 1988. Ficou conhecida como "Constituição Cidadã", por ter sido concebida no processo de redemocratização, iniciado com o encerramento da ditadura militar no Brasil (1964–1985).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe os direitos dos trabalhadores no capítulo II – Dos Direitos Sociais, como se vê no art. 6º, que se transcreve abaixo:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

Esses direitos sociais são os direitos fundamentais de segunda dimensão, abrangendo também os direitos econômicos e culturais como: a transformação da indústria e os graves problemas sociais e econômicos que a cuidam, as ideias socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia de sua efetiva satisfação, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.

No século XX, de modo transformador as Constituições do segundo pós-guerra, os novos direitos fundamentais, direito de liberdade e direito igualdade estão ligados ao princípio da isonomia, que acabaram sendo consolidados em

um amplo número relevante de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais.

Ainda no âmbito dos direitos de segunda dimensão, há que olhar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de carácter positivo, também denominadas liberdade sociais, como os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito de férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos.(LEITE, 2018, p. 131).

A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, bem mais do que os direitos de carácter prestacionais, de acordo com o que ainda defende parte da doutrina, apesar que o carácter positivo possa ser considerado como o marco distintivo deste novo ciclo na evolução dos direitos fundamentais.

A Emenda Constitucional 45/2004 tornou equivalentes os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos às normas constitucionais, desde que esses sejam aprovados por quórum qualificado, ou seja, por três quintos dos votos dos deputados federais e senadores, em dois turnos de votação. (BRASIL, 1988).

Assim, concluímos esse capítulo elencando os direitos trabalhistas como direitos sociais, aqueles que adquiriram significativo valor histórico a partir do momento em que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 passou a discipliná-los como direitos fundamentais de segunda dimensão.

Porém, os direitos fundamentais do trabalhador não estão somente associados ao ordenamento jurídico positivado, eles também podem ser identificados em princípios doutrinários, esses que, muitas vezes, se sobrepõem à norma positivada em benefício da classe mais frágil.

Diante disso, será esboçado no próximo capítulo o princípio da isonomia proteção de trabalhador, dividido em três subespécies: regra *in dubio* pro operário; regra da norma mais favorável; regra da condição mais benéfica.

2.2 A RELAÇÃO DE EMPREGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Relação de emprego começou existir no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Consolidação da Leis do Trabalho, esta unificou todos os direitos trabalhistas existentes no Brasil e foi um grande acontecimento, de certa forma, para os empregados brasileiros. Seu objetivo principal é regulamentar as relações individuais e coletivas do trabalho.

Empregado é toda pessoa física com vínculo trabalhista vinculado ao regime da CLT em uma empresa e exercer os cinco elementos fático-jurídicos da relação de emprego que são: prestar serviço a um empregador com pessoalidade, com onerosidade, não ter eventualidade e subordinação. Esse conceito se encontra na redação do art. no art. 3º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho: toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. O preceito celetista, entretanto, se comunica em conjunto com o *caput* do art. 2º da mesma Consolidação, que esclarece que a prestação pelo obreiro há de ser pessoal. Então a simples prestação de serviço, sem qualquer formalização, não é considerada um vínculo empregatício entre tomador e prestador de serviço por não ser caracterizado pelos cinco elementos fático-jurídicos da relação de emprego. É preciso a formalização desses cinco elementos fático-jurídicos para o reconhecimento do conceito de empregado e, portanto, da configuração da relação de emprego, comparado com outras mãos de obras que se assemelham aos empregados.

A junção destes dois preceitos celetistas (*caput* do art. 3º e *caput* do art. 2º, ambos da CLT), encontram-se reunidos os cinco elementos componentes que fazem parte da figura sociojurídica de empregado. Para ser um empregado não importa só a prestação de serviço realizada ou qualquer obrigação de fazer e sim obrigatoriedade desses cinco elementos jurídicos na relação de trabalho. Caso essa mão de obra seja contratada expressamente por um contrato de trabalho e não seja caracterizado estes cinco elementos fático-jurídicos não há de se falar em um empregado e nem uma relação de emprego.

Empregado é toda pessoa natural que contrate, tácita ou expressamente, a prestação de seus serviços a um tomador, a este efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação. A noção de contrato é importante, uma vez que acentua a dimensão

do *animus contrahendi* que subjaz à relação jurídica formada. Essa intenção de se vincular empregaticamente, como visto (*animus contrahendi*), é que confere (ou não), do ponto de vista subjetivo, onerosidade empregatícia ao vínculo instituído entre as partes. Por outro lado, à medida que esse contrato pode ser tácito (*caput* dos artigos 442 e 443 da CLT). (DELGADO, 2019, pág.419).

A Consolidação das Leis de Trabalho – CLT foi criada através do Decreto Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943 e sancionada pelo então presidente Getúlio Vargas durante o período do Estado Novo, para sistematizar as regras já existentes, ou seja, veio para unificar toda a legislação trabalhista que estava em vigor no Brasil. Nela pode-se ver quem é considerado empregador e empregado como se caracteriza o vínculo empregatício, a terceirização e cooperativas de trabalho e como disciplina a jornada de trabalho, o banco de horas e os acordos coletivos, as horas extras e o trabalho noturno, assim como o repouso semanal.

A Consolidação das Leis do Trabalho garante direitos aos trabalhadores tanto individualmente, como coletivamente.

Com a nova lei também foi dada estabilidade tanto para o setor privado como para o público. A Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, disciplinou a estabilidade nos Arts.492 a 500, sistematizando regras até então existentes. Todo empregado que completasse 10 anos na empresa não poderia ser dispensado, salvo motivo de falta grave, devidamente verificada em inquérito judicial para sua apuração, ou por força maior efetivamente comprovada (art. 492 da CLT). A lei 919 da CLT extinguiu para bancário aos dois anos de serviço e ficava apenas para quem já tinha adquirido o direito.

A reforma trabalhista alterou a Consolidação da Leis do Trabalho (CLT), a Lei nº 6.019/974, a Lei 8.212/1991, e, igualmente, a Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, que dispõe sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Com narrativa de adequar a legislação às novas relações de emprego, modificou as regras relativas à remuneração, plano de carreira e jornada de trabalho, FGTS entre outras. A norma aprovada flexibiliza direitos dos empregados e simplifica as relações entre empregados e empregadores favorecendo o mercado.

A Lei nº. 8.036/90 ao longo de seu período de vigência tem sofrido inúmeras modificações, quanto ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e a Extinção do Contrato do Trabalho.

Trata-se, pois, de: “despedida sem justa causa, inclusive a indireta, de culpa recíproca e de força maior” (inciso I, art. 20, Lei n. 8.036/90); extinção do contrato de trabalho por acordo entre empregado e empregador, nos termos do novo art. 484-A da CLT (novo inciso I-A, art. 20, Lei n. 8.036/90, conforme Lei n. 13.467/2017); extinção total da empresa, fechamento de quaisquer de seus estabelecimentos, filiais ou agências, supressão de parte de suas atividades, declaração de nulidade do contrato de trabalho nas condições do art. 19-A, ou ainda falecimento do empregador individual sempre que qualquer dessas ocorrências implique rescisão de contrato de trabalho comprovada por declaração escrita da empresa, suprida, quando for o caso, por decisão judicial transitada em julgado” (inciso II, art. 20, Lei n. 8.036/90. (DELGADO, 2019, p.1519).

As alterações dos dispositivos na reforma trabalhista à luz do novel art. 484-A da CLT inserido pela Lei 13.467/2017, *in verbis*:

Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas:

I – por metade:

a) o aviso prévio, se indenizado; e

b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990;

II – na integralidade, as demais verbas trabalhistas.

§ 1º A extinção do contrato prevista no caput deste artigo permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990, limitada até 80% (oitenta por cento) do valor dos depósitos.

§ 2º A extinção do contrato por acordo prevista no caput deste artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego.

As alterações das alíneas “a” e “b” do inciso I do art. 484-A da Consolidação das Leis do Trabalho, parecem meio duvidosas podendo gerarem inconstitucionalidade pois reduzem valores de dois direitos fundamentais dos trabalhadores (aviso prévio e FGTS), contrariando o disposto no caput do art. 7º e os incisos III e IV do art. 1º da CF.

Por outro lado, esta nova modalidade legal de extinção do contrato de trabalho por acordo entre as partes estimule as fraudes ou os vícios de

consentimento do trabalhador, especialmente em casos que o empregado seja recontratado pelo mesmo empregador e como o empregado é o hipossuficiente da relação de emprego seja pressionado aceitar.

Entretanto, aquilo que surge, sem dúvida, condicionado ao tipo de terminação do contrato de trabalho é o acréscimo rescisório sobre o Fundo de Garantia, tradicionalmente previsto pelas regras regentes do instituto. Se a dispensa for sem justa causa, ou se tratando de tipos de ruptura a esta equiparadas (como a extinção do estabelecimento, por exemplo), ou ainda, no caso de rescisão indireta, caberá o acréscimo de 40%. Em se tratando de ruptura contratual por culpa recíproca — se reconhecida pela Justiça do Trabalho —, o acréscimo rescisório será reduzido à metade: 20% (art. 18, § 2º, Lei n. 8.036/90). A Lei da Reforma Trabalhista introduziu nova hipótese rescisória — ruptura por acordo entre as partes (novo art. 484-A da CLT) — que também implica a redução pela metade (de 40% para 20%) do acréscimo rescisório sobre o Fundo. (DELGADO, 2019, p.1518).

O Enunciado 59 aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (Brasília, 2017) adota a tese de que a “extinção do contrato de trabalho por mútuo consentimento prevista no artigo 484-A da CLT se encontra submetida ao escrutínio quanto à validade formal e substancial do termo de rescisão, à luz dos artigos 138 a 188 do Código Civil c/c o artigo 8º, § 1º, da CLT e do artigo 9º da CLT”.

Nessa modalidade de extinção do contrato de trabalho, o empregador deverá comunicar a dispensa aos órgãos competentes, nos termos do art. 477, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho. O aviso prévio proporcional permanece intacto e não é alcançado pelo disposto no novel art. 484-A da CLT, não houve alteração.

3 FGTS – FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO, ESTABILIDADE E PRESCRIÇÃO.

3.1 FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, conhecido como FGTS é um direito de todos empregados contratados no regime Consolidação das Leis do Trabalho, este fundo é formado por um depósito bancário através de um valor de uma alíquota mensal do salário bruto depositado pelo empregador que diverge a alíquota a depender do empregado, por exemplo: empregados urbanos e rurais alíquota de 8%, o jovem aprendiz, de 2% e os empregados domésticos a alíquota é de 8% mais 3,2% multa compensatória, observando o recolhimento rescisório que é antecipado. Esse fundo poderá ser sacado de acordo a legislação prevista.

No início de sua implantação, o FGTS era facultativo, pois se permitia um regime de opção entre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e a estabilidade em casos de trabalhadores com mais de dez anos de serviço. E para os novos contratados, as empresas só admitiam funcionários optantes pelo FGTS, já definindo que ele não adquiria estabilidade, e caso o empregado não fizesse esta opção não seria admitido.

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço era para ser um regime opcional, mas isso era só na prática, na realidade era uma regra imposta pelo empregador e não uma escolha de empregado com a promulgação da Carta Magna de 1988 esse regime foi legalizado e passou a ser obrigatório. “Regime opcional para os trabalhadores (na prática “opção” era condição imposta pelo empregador para admitir o empregado), passou a ser, por força do art. 7º, III, da Constituição Federal, regime obrigatório para todos os empregados urbanos e rurais, bem como para os trabalhadores avulsos”. (LEITE, 2018, p. 579).

Maurício Godinho Delgado define o FGTS:

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço consiste em recolhimentos pecuniários mensais, em conta bancária vinculada em nome do trabalhador, conforme parâmetro de cálculo estipulado legalmente, podendo ser sacado pelo obreiro em situações tipificadas pela ordem jurídica, sem prejuízo de acréscimo percentual condicionado ao

tipo de rescisão de seu contrato laborativo, formando, porém, o conjunto global e indiferenciado de depósitos um fundo social de destinação legalmente especificada (DELGADO, 2019, p.1514).

Além disso, o FGTS é um instituto complexo e de caráter multidisciplinar, sendo que, sua principal dimensão é a trabalhista, reconhecida pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 7º, inciso III (DELGADO, 2019, p. 1515).

Delgado (2019, p.1515), acrescenta ainda “que o FGTS tornou no país um dos mais importantes fundos sociais de destinação variada, com notável impacto público”.

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço trouxe mudanças no regime jurídico que surgiu para universalizar e revogar o Sistema Celetista.

A primeira significativa mudança constitucional reside na unificação da anterior dualidade de regimes jurídicos de garantia do tempo de serviço.

A Constituição de 1988 universalizou o sistema do FGTS: a um só tempo, eliminou a exigência de opção escrita pelo Fundo (excetuada a opção retroativa, evidentemente) e fez do FGTS um direito inerente a todo contrato empregatício, inclusive o do rurícola (art. 7º, III, CF/88). Apenas o empregado doméstico é que não foi ainda incorporado ao sistema fundiário no ano de 1988 (parágrafo único do mesmo art. 7º), ficando a categoria, neste aspecto, na dependência de lei favorável futura.

A segunda importante mudança constitucional, nesta seara, reside na eliminação do antigo sistema indenizatório e estável celetista (excetuadas, evidentemente, as situações jurídicas já constituídas antes de 5.10.1988). De fato, mediante a conjugação dos incisos I e III do art. 7º examinado (além do art. 10, caput e inciso I do ADCT), concluiu-se, pacificamente, na doutrina e na jurisprudência que a nova Constituição pôs fim (fenômeno da não recepção) à antiga sistemática de proteção ao tempo de serviço e ao contrato, e correlatas estabilidade e indenização rescisória, contidas na CLT (no *caput* de seu art. 477 e art. 492 e seguintes). (DELGADO, 2019, p. 1332).

A mudança foi regulamentada pela Constituição de 1988, que estabeleceu o FGTS como um direito fundamental do empregado, previsto no inciso III do art. 7º. Extinguiu-se o regime alternativo da estabilidade, respeitando-se apenas os

direitos adquiridos no caso, a estabilidade adquirida anterior a Constituição, em 5 de outubro de 1988.

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço foi criado pela Lei nº 5.107/1966, como um direito alternativo ao sistema celetista até então vigente, que previa a estabilidade no emprego após o período de dez anos laborado para uma mesma empresa. Atualmente o FGTS é regido pela Lei nº. 8.036, de 11.05.1990, regulamentado pelo decreto 99.684, de 08.11.1990 uma das reformas sociais mais importantes daquele século, aproximando o sistema justralhista em relação ao término do contrato de trabalho, a um mercado com mais liberdade, em relação ao antigo sistema. Ou seja, o benefício foi de encontro às demissões que estavam se concretizando às vésperas da aquisição da estabilidade no emprego (estabilidade decenal), desestimulando, assim, o desemprego e diminuindo a insegurança gerada nos trabalhadores.

“O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) foi criado pelo Governo Federal, com o objetivo de proteger o trabalhador demitido sem justa causa, mediante a abertura de uma conta vinculada ao contrato de trabalho.” (CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, 2013).

Carlos Henrique Leite Bezerra (2019, p. 580). “O principal objetivo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço foi acabar com o regime de estabilidade e indenização prevista no art. 477 da CLT”. Na verdade, o objetivo principal do FGTS foi o de favorecer a dispensa por parte do empregador, inclusive do empregado público, tendo o empregador a responsabilidade de pagar apenas uma indenização sobre os depósitos, liberando-os para o saque. Assim, a empresa não tinha mais de arcar com a estabilidade do empregado, que, para ser despedido, após 10 anos ininterruptos provocava um encargo muito maior.

Com a implantação do regime do FGTS, expandiram-se economicamente as oportunidades de trabalho no país, aproximando o sistema justralhista em relação ao término do contrato, a um mercado com mais liberdade, em relação ao antigo sistema (DELGADO, 2019, p.1523).

O Instituto do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço trouxe uma liberdade para o mercado de trabalho flexibilizando a estabilidade da mão de

obra do empregado no momento da rescisão do contrato de trabalho que se contrapõem com o sistema anterior que tinha estabilidade garantida após dez anos de trabalho na mesma empresa. Ao mesmo tempo em que o FGTS acumulou poupança e rendimentos para os empregados, viabilizou o desenvolvimento econômico do mercado e foi o responsável por grande parte do saneamento básico brasileiro. Deu forte passo, em suma, à maior mercantilização da força de trabalho no cenário econômico, proporcionou reserva de valor ao empregado quando fosse dispensado da empresa, podendo inclusive sacar o FGTS em outras hipóteses previstas na legislação. Ao mesmo tempo, pretendia-se, com os recursos arrecadados, financiar a aquisição de imóveis pelo sistema de financiamento da habitação e até mesmo incrementar a indústria e a construção civil.

Em 1988 com a nova Constituição fica estabelecido o direito do empregado ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, excluindo o sistema alternativo de estabilidade. Fica com o sistema de estabilidade e indenizações somente os que foram adquiridos antes da Constituição de 1988.

A regularização do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço não apenas retirou limites jurídicos às dispensas desmotivadas no sistema do Fundo, repita-se, não seria mais possível, juridicamente, o alcance da velha estabilidade celetista), como também reduziu, de modo significativo, o obstáculo econômico-financeiro às rupturas de contratos inferiores a nove e dez anos, substituindo-o pela sistemática pré-constituída dos depósitos mensais do FGTS. (DELGADO, 2019, p.1520).

A existência do Instituto do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço na relação de emprego é fundamental para proteger o empregado despedido sem justa causa quando seu contrato for rescindido e também para que ele possa movimentar os valores depositados em conta vinculada em seu nome em algumas situações previstas na legislação.

O FGTS não é mais uma opção, e sim um direito do trabalhador, determinado pelo inciso III, do art. 7º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. No instituto do FGTS o empregado é o beneficiário e o empregador tem a obrigação de contribuir com 8% da remuneração recebida pelo empregado.

O beneficiário do FGTS é necessariamente o empregado que tem carteira assinada e que presta serviço a um empregador, quer seja essa pessoa física ou jurídica. Essa relação de trabalho precisa ser regida pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Com o advento da Constituição em 5 de outubro de 1988, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, antes uma opção do trabalhador, passou a ser obrigatório. Convém, também, frisar que tem direito ao FGTS os trabalhadores avulsos, os rurais, o trabalhador temporário, todavia estão excluídos os autônomos, eventuais e servidores públicos civis e militares (MARTINS, 2014).

Uma das principais conquistas neste campo do FGTS foi a inclusão da categoria profissional dos empregados domésticos, o que ocorreu a partir de 1º de junho de 2015, com a aprovação da Lei Complementar nº 150, consoante se observa do artigo 21 que transcreve logo abaixo.

Art. 21. É devida a inclusão do empregado doméstico no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), na forma do regulamento a ser editado pelo Conselho Curador e pelo agente operador do FGTS, no âmbito de suas competências, conforme disposto nos arts.5º e 7º da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990, inclusive no que tange aos aspectos técnicos de depósitos, saques, devolução de valores e emissão de extratos, entre outros determinados na forma da lei (BRASIL, 2016).

Frisa-se que a alteração normativa acima descrita foi possível com a aprovação da Emenda Constitucional nº 72, de 2 de abril de 2013, que alterou a “redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais”. (BRASIL, 2013).

Assim, são beneficiários do Fundo de garantia por Tempo de serviço os funcionários públicos celetas, que pertencem a uma legislação especial. E além dessa categoria o trabalhador temporário é incluso também como beneficiário do sistema FGTS. (MARTINS, 2014).

Os trabalhadores deverão ser mensalmente comunicados sobre os extratos dos depósitos vinculados a conta do FGTS, os quais serão remetidos pela Caixa Econômica Federal.

A comunicação dos extratos dos depósitos mensais vinculados à conta do FGTS dos empregados, são informações de caráter obrigatório pelos empregadores, os quais serão remetidos pela Caixa Econômica Federal que tem o papel de Agente operador do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

O empregador é obrigado a comunicar mensalmente ao trabalhador os valores depositados na sua conta vinculada, fornecendo-lhe todas as informações pertinentes (Lei 8.036/90, art. 17).

Nos termos do art. 911-A, *caput*, da CLT, acrescentado pela MP 808/2017: “O empregador efetuará o recolhimento das contribuições previdenciárias próprias e do trabalhador e o depósito do FGTS com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações”. (LEITE, 2018, p. 585).

Os empregados podem sacar o FGTS nas hipóteses previstas no artigo 20 da Lei 8.036/90, abaixo segue algumas das situações:

Os empregados que possuem vínculos empregatício com carteira assinada e submetidos ao regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço podem movimentar o saldo monetário que foi depositado em conta vinculada em seu nome, nas hipóteses previstas no artigo 20 da Lei 8.036/90, abaixo segue algumas das situações:

1. Demissão sem justa causa;
2. Término do contrato por prazo determinado;
3. Rescisão do contrato por extinção da empresa, supressão de parte de suas atividades, fechamento de estabelecimentos, falecimento do empregador individual ou decretação de nulidade do contrato de trabalho;
4. Rescisão do contrato por culpa recíproca ou força maior;
5. Aposentadoria;
6. Necessidade pessoal, urgente e grave, decorrente de desastre natural causado por chuvas ou inundações que tenham atingido a área de residência do trabalhador, quando a situação de emergência ou o estado de calamidade pública for assim reconhecido, por meio de portaria do Governo Federal;
7. Suspensão do Trabalho Avulso;
8. Falecimento do trabalhador;
9. Idade igual ou superior a 70 anos;
10. Portador de HIV - SIDA/AIDS (trabalhador ou dependente);
11. Neoplasia maligna (trabalhador ou dependente);

12. Estágio terminal em decorrência de doença grave (trabalhador ou dependente);
13. Permanência do trabalhador titular da conta vinculada por três anos ininterruptos fora do regime do FGTS, com afastamento a partir de 14/07/1990;
14. Permanência da conta vinculada por três anos ininterruptos sem crédito de depósitos, cujo afastamento do trabalhador tenha ocorrido até 13/07/1990;
15. Aquisição de casa própria, liquidação ou amortização de dívida ou pagamento de parte das prestações de financiamento habitacional (BRASIL, 2016).

O portador do vírus HIV poderá independentemente de rescisão do contrato de trabalho, sacar o FGTS, ou perante qualquer outro tipo de reserva que o paciente tenha direito, conforme a Lei nº 7.670, de 8 de setembro de 1988. Quando há prazo estabelecido para o término do contrato, o saque do FGTS não é permitido, exceto, se o acordo seja feito em juízo (MARTINS, 2014).

O contribuinte do FGTS o empregador, é a pessoa que terá que recolher e depositar a contribuição através de uma conta em nome do empregado, essa pessoa pode ser física ou jurídica, de direito privado ou de direito público, da administração direta, indireta ou funcional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores regidos pela CLT.

São contribuintes do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço o empregador. Segundo o doutrinador Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2013, p. 813), entende-se por empregador:

A pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontra-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão de obra, independente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se.

Ficando o empregador com a responsabilidade de também recolher quantia de 10% referente ao montante de todos os depósitos devidos ao FGTS, durante o período do contrato de trabalho, com acréscimo de remunerações

aplicadas às contas vinculadas. Exceto: empregadores domésticos (MARTINS, 2014).

Segundo o artigo 16 da Lei 8.036/90, as empresas poderão equiparar seus diretores não-empregados aos demais trabalhadores sujeitos ao regime do FGTS. Considera-se diretor aquele que exerça cargo de administração previsto em lei, estatuto ou contrato social, independente da denominação do cargo.

O empregador típico e o por equiparação, podem ser contribuintes do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, reconhecidos pela Consolidação da Leis Trabalho descrito na redação do dispositivo abaixo:

A CLT reconhece, literalmente, dois tipos de empregadores: o empregador típico e o empregador por equiparação. É o que se extrai do seu art. 2º, caput, e seu § 1º, que dispõem, in verbis:

Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º Equipara-se a empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados. (LEITE, 2019, p.220).

No entendimento de Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p. 221), o conceito de empregador também pode se equiparar a personalidade jurídica das instituições de beneficência.

O conceito de empregador não é essencial a ideia de assunção de riscos, já que as instituições de beneficência não visam lucro e são empregadoras típicas. Realça, outrossim, que empregador propriamente dito é a pessoa física ou jurídica que se utiliza da prestação subordinada de serviços. A empresa, o grupo de empresas, o consórcio, o condomínio e outros entes não dotados de personalidade jurídica são empregadores por equiparação.

Há, contudo, discórdia doutrinária a respeito da definição do conceito empregador como 'empresa' e quanto à equiparação do empregador à as pessoas e entidades indicadas no §1º do art. 2º da CLT, sancionadas pelo legislador.

Alguns autores, como Russomano, Orlando Gomes e Elson Goschalk, Délio Maranhão e José Augusto Rodrigues Pinto, sustentam ser a técnica a definição legal contida na Consolidação, porquanto empregador é a pessoa física ou jurídica, e não a empresa, pois esta é sempre objeto e nunca sujeito de direito. Este último autor critica, com veemência, a definição legal, aduzindo que o legislador cometeu dois deslizes. O primeiro, é que se esqueceu do fator permanência, pois quem utiliza eventualmente energia de outrem não poderá ser empregador. O segundo deslize está em considerar empregador a empresa: Tivesse a assimilação decorrido de uma posição sistemática de anticontratualismo que nossa legislação assumisse, transparente, aliás, no uso da expressão admite, em lugar de ajusta, aceitando empregador e empregado como peças de uma engrenagem institucional, e diríamos não haver erro na definição, mas opção por uma postura inaceitável dentro de um sistema legal apoiado no contrato, como é o da CLT. Basta ver-se, a propósito, o enunciado de seu Título IV, “Do contrato individual de trabalho”, e o princípio do art. 448, segundo o qual “a mudança de propriedade da empresa não afetará os contratos individuais de seus empregados”. (LEITE, 2018, p. 220).

Carlos Henrique Bezerra Leite e Maurice Hariou (2018, p. 221), conceituam empregador como sendo “toda entidade a utilizar-se de trabalhadores subordinados. Fala-se em entidade para se estabelecer que empregador não é apenas a pessoa física ou jurídica senão também outros entes não dotados de personalidade jurídica”.

E por fim Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p. 221) entende que:

Empregador é todo ente, dotado ou não de personalidade jurídica, com ou sem fim lucrativo, que tiver empregado (...). Não cabe aqui dar o conceito de empresa. Pertence ao direito comercial e não há uniformidade de conclusões. Para o direito do trabalho é irrelevante, uma vez que o conceito de empregador é reflexo. Será empregador o ente que tiver empregado. Chega-se à identificação do empregador através da presença de empregados.

Sensato é o entendimento dos autor Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p. 222):

Dentro da melhor técnica jurídica, somente uma pessoa natural ou jurídica pode revestir-se da qualidade de empregador, sujeito de direitos e obrigações. Pode ser um simples indivíduo, uma firma individual, uma firma

societária ou coletiva, uma instituição ou fundação de qualquer espécie, com ou sem finalidade econômica. Quisemos com isso acabar com a ambiguidade e as confusões do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que coloca a empresa como empregador, atribuindo-lhe qualidades subjetivas de titularidade de direitos e obrigações, quando a empresa é objeto de direito, e não sujeito de direito. Ela é da propriedade ou titularidade de uma pessoa natural ou jurídica, nada mais. Esta é que é, a rigor, sujeito de direito (...).

A palavra empresa é usada como pessoa física ou jurídica que contrata, dirige e assalaria o trabalho subordinado e realiza atividades econômicas com finalidades comerciais, por meio da produção e venda de bens ou serviços.

3.2 ESTABILIDADE

Estabilidade é a certeza da permanência, da segurança, da garantia que após um certo tempo o empregado adquirir, e que estar regulamentado em um regimento, ou em uma legislação, tornando um direito do empregado. Caso aconteça de rescindir o contrato ou a quebra desse contrato fora dos parâmetros dessas normas, o empregador é obrigado a pagar uma indenização ou multa ao empregado, salvo se houver motivação.

A CLT garante a estabilidade ao empregado que laborasse por 10 anos ou mais em uma mesma empresa, exceto nos casos de demissão por força maior, esta estabilidade era conceituada como estabilidade decenal, ou seja um direito garantido ao empregado que fosse contratado até a promulgação da Constituição Federal.

Pode-se dizer que estabilidade, para os fins justralhistas, consiste no direito que o empregado tem de permanecer no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, salvo quando existir grave motivo que justifique a sua dispensa que torne incompatível a sua permanência na empresa ou no caso de força maior devidamente comprovada. (LEITE, 2018, P.553).

Existe uma diferenciação entre a garantia no emprego e o instituto da estabilidade. Garantia no emprego é um direito fundamental dado ao empregado para proteger a relação de emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa

causa apurada em processo administrativo ou em defesa do empregador em ação proposta pelo empregado. (LEITE, 2018, p.552).

Já no instituto da estabilidade que tem como objetivo a manutenção da relação empregatícia Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p. 552) define também como a proteção do empregado contra a vontade do empregador.

Estabilidade no emprego também visa à manutenção da relação empregatícia, protegendo-a contra a vontade do empregador, salvo nos casos de falta grave cometida pelo empregado e apurada em inquérito judicial ajuizado pelo empregador ou, ainda, na hipótese de força maior devidamente comprovada.

A Estabilidade Decenal estar definida na redação do Art. 492 da Consolidação da Leis do Trabalho como se observa na transcrição abaixo:

Art. 492 - O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

Parágrafo único - Considera-se como de serviço todo o tempo em que o empregado esteja à disposição do empregador.

Alguns doutrinadores classificam a estabilidade definitiva como absoluta ou decenal, que é a estabilidade adquirida pelo empregado que não fez a opção pelo regime do FGTS, preferindo a estabilidade dos dez anos laborados ou mais em uma mesma empresa, o que era possível nas relações de emprego antes da vigência da atual constituição.

Estabilidade Decenal era a garantia que o empregado tinha quando laborava em uma mesma empresa por 10 ou mais anos de serviço. Nessa situação o empregado adquiria a estabilidade, e não poderá ser despedido, senão por motivo de falta grave ou força maior, devidamente comprovadas em inquérito judicial.

Segundo o conceito legal, à luz do art. 492 da CLT, são requisitos da estabilidade decenal: o decurso do tempo superior a dez anos; o trabalho prestado numa mesma empresa; o inquérito judicial para apurar a falta grave ou motivo de força maior apresenta-se como elemento extrínseco de garantia.

A estabilidade decenal ocorria quando o empregado se tornava estável na empresa, ou seja, depois de laborado 10 anos para uma mesma empresa. Ainda assim, seu contrato de trabalho só poderia ser reinicido por acometimento de justa causa, depois de apuração de falta grave do obreiro por meio de inquérito judicial (DELGADO, 2014).

Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p. 553) define a estabilidade decenal:

O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

Na verdade, o empregado que completasse 10 anos de serviço prestado ao mesmo empregador e que não tivesse feito opção pelo regime do FGTS, nem fosse exercente de cargo de diretoria, gerência ou de outros de confiança imediata do empregador (CLT, art. 499), adquiriria o direito à estabilidade. Eis a chamada estabilidade absoluta, decenal ou definitiva.

A estabilidade decenal não foi recepcionada pela atual Constituição de 1988, uma vez que esta, ao contrário da Carta de 1967, com redação dada pela EC 1/69 ao art. 165, XIII, que previa dois regimes (“estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente”), instituiu um único regime jurídico inerente à relação empregatícia: o regime do FGTS.

A estabilidade decenal garantida pelos artigos 492 a 500 da Consolidação das Leis trabalhistas confere a todos empregados após 10 anos de trabalho na mesma empresa que fossem dispensados sem justa causa, após esse período os empregados se tornavam estáveis. Esta estabilidade de emprego visava garantir os empregados que não optavam pelo FGTS e sim pelo regime celetista. Salvo quando fossem dispensados por força maior mediante inquérito judicial. O empregado que fosse contratado após a Constituição de 1988, o recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço tornou-se obrigatório.

Restou preservado, no entanto, o direito adquirido daqueles trabalhadores não optantes que já contavam, em 05.10.1988, com dez anos de serviço efetivo na empresa, como se infere do art. 14 da Lei 8.036/90.

O empregado detentor do direito à estabilidade decenal somente pode ser despedido mediante inquérito judicial em que seja apurado o cometimento de falta grave (que é mais ampla do que a simples justa causa, a teor do art. 493 da CLT) ou circunstância de força maior, devidamente comprovada, como, por exemplo, extinção da empresa ou do estabelecimento, nos termos dos arts. 497 e 498 da CLT, caso em que terá o trabalhador direito à indenização em dobro. (LEITE, 2018, p. 554).

O FGTS teve como objetivo extinguir o antigo sistema que obrigava o empregador a arcar com a estabilidade do empregado que tivesse mais de dez anos de serviço na empresa ou pagar uma indenização proporcional aos anos trabalhados para aqueles que tinham mais de um ano de serviço. Geralmente as empresas dispensavam os trabalhadores antes de completarem dez anos de serviço, pois caso este período fosse ultrapassado a indenização dobrava, a fim de garantir a estabilidade do trabalhador, e já que os empregadores não se preparavam para este acontecimento, despediam antes, ou então se concretizava a estabilidade prevista em lei.

No início de sua implantação, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço era facultativo, pois se permitia um regime de opção entre o FGTS e a estabilidade em casos de trabalhadores com mais de dez anos de serviço. E para os novos contratados, as empresas só admitiam funcionários optantes pelo FGTS, já definindo que ele não adquiria estabilidade, e caso o empregado não fizesse esta opção não seria admitido.

Em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), por meio do artigo 477, *caput*, assegurou ao empregado, não detentor de estabilidade decenal, uma indenização por tempo de serviço por cada ano laborado, quando despedido sem justa causa, consoante se observa da transcrição do aludido artigo transcrito logo abaixo.

Art. 477. É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para a cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base de maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa.

E, no artigo seguinte, estabeleceu como a verba rescisória seria calculada confira: “Art. 478. A indenização devida pela rescisão de contrato por prazo indeterminado será de 1 (um) mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a 6 (seis) meses”.

A estabilidade decenal é aquela descrita no artigo 492 da CLT. De acordo com esse dispositivo legal, o empregado que contasse com mais de 10 anos na mesma empresa não poderia ser dispensado, a não ser por motivo de falta grave ou por força maior. Considera-se como de serviço todo o tempo em que o empregado esteja à disposição do empregador. A indenização para os empregados que estavam sobre estabilidade decenal era apontada como uma responsabilidade que onerava as empresas, e considerada pelos empregados um obstáculo à melhoria de suas condições sociais e à geração de empregos fixos. O caminho encontrado foi a criação do FGTS, um fundo que os empregadores mantinham durante o contrato e pelo qual os empregados poderiam optar. Somente a partir de 1988, com a extinção da estabilidade decenal, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço para empregados que fossem contratados a partir daquela data tornou-se obrigatório.

A estabilidade decenal está prevista na Consolidação das Leis Trabalhistas, por meio do artigo 492, que tem esta redação: “O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas (BRASIL, 2016)”.

Em sentido contrário defende Maurício Delgado (2019, p. 1481):

Enquanto a indenização celetista criava óbice econômico significativo e crescente às dispensas sem justa causa, a estabilidade adquirida aos dez anos aprofundava esse obstáculo, transmutando-o de seu estrito caráter econômico para outro, essencialmente jurídico. A partir desse instante, a dispensa do empregado seria possível apenas por meio de inquérito judicial apuratório de falta grave do obreiro.

Além do mais, o sistema não contemplava, sequer, como fatores justificadores de dispensas seletivas, especificadas econômicas, financeiras e tecnológicas que comprovadamente abalasses a estrutura e a dinâmica das empresas.

Diante do forte desânimo da classe empresarial quanto à ruptura desmotivada do contrato de emprego, Delgado destaca a junção de duas sistemáticas:

Em primeiro lugar, a presença de indenizações crescentes em virtude do tempo de serviço, em situações de dispensas desmotivadas anteriores a dez anos (antigos artigos 477 e 478, caput, CLT, hoje tacitamente revogados); em segundo lugar, a presença da estabilidade no emprego, após dez anos de serviço junto ao mesmo empregador (DELGADO, 2019, p. 1481).

Ocorre, entretanto, que a aquisição de estabilidade começou a gerar desconforto aos empresários, uma vez que acreditavam que os trabalhadores passaram a se tornar menos produtivos (DELGADO, 2019).

O autor ainda apresenta:

Uma pesquisa dirigida pela Universidade de *Harvard*, apontada por *Luiz Werneck Vianna*, no início dos anos 60, com o propósito de conhecer as opiniões dos empresários brasileiros face ao Estado, verificou que a maioria dos entrevistados se mostravam insatisfeitos com esse instituto. Perguntados sobre se existia em sua empresa diretriz de pessoal destinada a limitar o número de casos de empregados estáveis – prática proibida pela lei – 49% respondeu negativamente, enquanto 46% de modo afirmativo. Alegando que a estabilidade conspirava contra a produtividade, 64% dos empresários pronunciaram-se contra sua incidência na vida das empresas. (DELGADO, 2019, p. 1482).

Com o passar dos anos o governo tomou conta de que o regime estabilitário, não estava favorecendo os empregados, uma vez que as empresas estavam demitindo os funcionários antes de completar dez anos de labor. (DELGADO, 2019).

A partir deste momento surgiu então como um sistema opcional, podendo o empregado regido pela CLT optar pelo regime do FGTS, substituindo assim à indenização por tempo de serviço, previstas nos artigos 477 e 478 daquele diploma legal. Ou seja, os empregados poderiam optar pelo novo regime - FGTS, ou permanecer no regime anterior, estabilidade decenal. Essa opção, porém, só era aplicada aos empregados urbanos, excluindo assim os trabalhadores rurais (GARCIA, 2013).

Por fim, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço foi instituído pela lei 5.107, de 13 de setembro de 1966, como uma opção ao trabalhador.

A indenização por despedida arbitrária ou sem justa causa passou após a promulgação da constituição de 1988, de 10% para 40% e de 5% para 20% - casos de culpa recíproca ou de força maior. Também é garantido ao trabalhador a indenização de 40% sobre o montante de todos os depósitos feitos na conta vinculada durante o período do contrato de trabalho, com a correção de juros e atualização monetariamente. A indenização correspondente será depositada na conta do empregado (MARTINS, 2014).

E também o empregador fica responsável pela quantia de 10% referente ao montante de todos os depósitos devidos ao FGTS, durante o período do contrato de trabalho, com acréscimo de remunerações aplicadas às contas vinculadas. Exceto: empregadores domésticos (MARTINS, 2014).

Neste mesmo sentido, Maurício Godinho Delgado expressa:

Por meio da opção escrita, no FGTS. O empregado estaria excluído, automaticamente, do sistema de indenizações crescentes por tempo de serviço previsto na CLT, não podendo também mais alcançar, em consequência, a clássica estabilidade no emprego, após nove ou dez anos de tempo de serviço na empresa. Contudo, teria direito ao saque do Fundo de Garantia, no caso de sua dispensa desmotivada (denúncia vazia do contrato); a este saque, agregaria um acréscimo percentual rescisório no importe de 10% sobre o montante total do FGTS depositado e monetariamente corrigido (acréscimo que passou a 40%, desde a Constituição de 1988). (2019, p. 1330).

Quando o empregado for demitido por justa causa, não terá direito a indenização, somente terá direito a indenização quando a rescisão do contrato ocorrer por parte do empregador. A indenização também será indevida nos casos: rescisão de contrato a termo, incluindo os trabalhadores temporários, pois ambas as partes estavam cientes da data que ocorreria o término do contrato.

Na antiga estabilidade decenal estas três situações o empregado se prejudicava: quando o empregado pedia demissão ou requeria a aposentadoria, a escolha ocorreria por parte do empregado e não do empregador; quando ocorreria o falecimento do empregado, a dispensa não ocorreu por culpa da

empresa, apenas cessou o contrato de trabalho, pelo desaparecimento de um dos seus funcionários (MARTINS, 2014).

O empregado que optasse pelo sistema do FGTS com os respectivos depósitos, como uma indenização do tempo de serviço, perdia o direito à estabilidade ou a indenização do período estabilitário (GARCIA, 2013).

No lugar da indenização por tempo de serviço, assim como a estabilidade decenal, seria depositado mensalmente em sua conta vinculada 8% sobre seu complexo salarial, incluindo a média de gorjetas. Contudo, teria direito ao saque do FGTS, no caso de demissão sem causa justa com um acréscimo de 10% sobre o montante total do FGTS depositado e monetariamente corrigido, acréscimo que passou a 40%, a partir da Constituição de 1988 (DELGADO, 2019).

O próprio empregado pedindo demissão, o seu direito aos depósitos do FGTS permanece, apenas não pode ser sacado pelo obreiro naquele momento de desligamento. É também assegurado o direito do saque do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço no momento “da aposentadoria do empregado, ou quando de seu falecimento (neste caso, a liberação do Fundo é feita em favor dos herdeiros/dependentes do empregado, é claro”. (DELGADO, 2019, p. 1332).

Estas três situações de manutenção do direito ao FGTS não estavam contempladas pelo antigo sistema indenizatório da CLT; ou seja, se o empregado, mesmo estável, pedisse demissão, ou se aposentasse, afastando-se do emprego, ou ainda falecesse, nada receberia a título de seu tempo de serviço ou de indenização rescisória (DELGADO, 2019, p.1332).

Anos depois fica esclarecido que a jurisprudência trabalhista tratou da igualdade dos sistemas citados nos dispositivos da Constituição de 1988, removendo qualquer conteúdo substantivo mais específico a essa relação de paridade, “ao fixar ser meramente jurídica a equivalência entre a sistemática celetista e a do FGTS. Com isso, considerou impertinentes indenizações compensatórias por eventuais diferenças de valores entre os dois sistemas” (Súmula 98, TST, de 1980). (DELGADO, 2019).

A retirada da estabilidade decenal foi um retrocesso para o empregado, que com muito trabalho este direito foi conquistado. A força de trabalho é a parte principal da relação de emprego, sem empregado não há empregador, mais

parece que os legisladores não entendem desta forma, precarizando cada dia os direitos do empregado. Empregado sem garantia, sem motivação não gera riqueza, executa simplesmente suas obrigações por ser subordinado e também não tem crescimento. Para não dar entender que a retirada da estabilidade decenal foi um retrocesso, alegaram que o empregado há época não tinha estímulo de trabalho após os dez anos laborados na mesma empresa quando adquiria o direito da estabilidade decenal. Os empregadores ou tomadores de serviço demitiam os empregados antes de completar os dez anos, para que os mesmos não se tornassem estáveis, após esse período só poderia rescindir o contrato por meio do inquérito judicial alegando motivo de força maior, isso dificultava a demissão do empregado, e para os empregadores era prejuízo, pois gerava encargos para a empresa. Por este motivo foi criado o FGTS, ainda assim o empregado tinha a opção de escolher o regime, e por ter a opção de escolha o empregado tinha dificuldade de conseguir um emprego, por esse motivo o índice de desemprego aumentou na época. Após a promulgação da Constituição de 1988 se tornou um regime único para o empregado que fosse contratado a partir daquela data e o recolhimento do FGTS tornou-se obrigatório pelo empregador. Era direito garantido do empregado que não optasse pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e só permaneceria estável aquele que possuía vínculo empregatício anterior a Constituição Federal.

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço tem o objetivo de proteger o empregado com carteira assinada quando perder sua renda ou ter o contrato rescindido após um ano laborado e sem justa causa, o empregado utilizará deste recurso que é um depósito de 8% do salário na conta vinculada em seu nome mais a multa de 40%, ou usará o saldo para compra da casa própria, em caso de doença grave, ou se aposentar, dentre outras situações.

A estabilidade decenal foi extinta porque os empregadores estavam insatisfeitos com o instituto por não mais atender aos seus interesses e quando isso acontece é mais fácil precarizar o direito fazendo com que ele não funcione, e seja visto como um problema para a sociedade, e depois propõem que seja alterado por outras medidas paliativas, sempre essas alterações prejudicam os direitos garantidos dos empregados para satisfazer os empregadores.

3.3 PRESCRIÇÃO

A prescrição é a extinção da pretensão do titular de um direito violado que se opera pelo abandono de seu titular que foi inerte durante o lapso de tempo estipulado pela lei, nessa mesma lógica o conteúdo do art. 189 do Código Civil Brasileiro, “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos que aludem os art. 205 e 206”.

Prenome Delgado caracteriza a prescrição como extintiva ou aquisitiva e conceitua a prescrição aquisitiva como um elemento de aquisição de propriedade de bens móveis ou imóveis em decurso do uso prolongado uso pacífico. Conforme o aludido autor “Essa prescrição (também chamada usucapião) poderia se conceituar como a perda do direito de propriedade em função de seu não uso por certo lapso de tempo, permitindo que o possuidor e adquirente pacificamente o incorporasse”. (DELGADO, 2019, p. 292).

E prescrição extintiva é, porém, a de maior importância e recorrência no contexto das relações justas trabalhistas.

A prescrição extintiva constrói-se sob a perspectiva do titular do direito atingido. Conceitua-se, na linha teórica expressa no art. 189 do Código Civil de 2002, como a extinção da pretensão correspondente a certo direito violado em decorrência de o titular não a ter exercitado no prazo legalmente estabelecido. Também se conceitua como a perda da ação (no sentido material) de um direito em virtude do esgotamento do prazo para seu exercício. Ou: a perda da exigibilidade judicial de um direito em consequência de não ter sido exigido pelo credor ao devedor durante certo lapso de tempo. A caducidade aproxima-se, como visto, da figura da prescrição extintiva. Tecnicamente, porém, nesta o sujeito prejudicado pela prescrição é efetivo titular do direito objetivado, permitindo, pela prescrição, que seu direito se torne impotente para impor sujeição judicial ao devedor. (DELGADO, 2019, p. 292).

O artigo 11 da CLT que trata de prazo prescricional trabalhista sofreu alteração ao longo dos anos, sendo a última com o advento da Lei n. 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista).

A pretensão quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve em cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

O velho artigo 11 da CLT, vigente desde a década de 1940, tratando do prazo prescricional geral trabalhista, com extensão bienal: ele foi revogado (não recepcionado), por incompatibilidade, pelo art. 7º, XXIX, “a”, da Constituição de 1988 (que fixou novo prazo prescricional para o empregado urbano); mereceu nova redação pela Lei n. 9.658, de 5.6.1998, e, recentemente, sofreu outra redação, provinda da Lei n. 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista).

A prescrição geral trabalhista do trabalhador rural depois desta alteração na reforma trabalhista igualizou com a do empregado urbano, a alteração inclui também a prescrição trintenária dos depósitos do FGTS. Por este motivo a alteração do prazo ficou uniformizada para os dois tipos de trabalhadores gerando tratamento igualitário.

Cite-se, ainda, o antigo critério prescricional diferenciado do rurícola, que se inaugurou com o velho Estatuto do Trabalhador Rural (Lei n. 4.214, vigente em 2.6.1963), foi mantido pela Lei n. 5.889, de 1973, sendo preservado, originalmente, pelo art. 7º, XXIX, “b”, da Constituição de 1988; este critério diferenciado somente veio a desaparecer com a Emenda Constitucional 28, de 25.5.2000, que igualizou os prazos prescricionais de trabalhadores rurais e urbanos (a Emenda foi publicada no Diário Oficial em 26.5.2000 com retificação em 29.5.2000). Lembre-se, por fim, da prescrição especial trintenária dos depósitos principais do FGTS (art. 23, § 5º, Lei n. 8.036/90). (DELGADO, 2019, p. 293).

Tratando-se de empregado não optante do antigo sistema e anterior a Constituição de 1988, a prescrição é decadencial para proceder à opção retroativa dos depósitos de FGTS, “O prazo para exercício do direito potestativo de opção retroativa cessa com a extinção do vínculo empregatício. A partir daí é necessária a concordância do empregador, já que desaparecido o direito potestativo”. (DELGADO, 2019, p. 297).

Prescrição trintenária é o prazo limite de trinta anos que o empregado tinha para cobrar o não depósito do FGTS na conta vinculada em seu nome, pelo empregador ou tomador de serviço da relação de emprego, conforme estabelecida no artigo 23, parágrafo 5º, da Lei 8.036/1990, *in verbis*: “§ 5º O processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas rege-se pelo

disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária”

A origem do prazo trintenário em relação aos depósitos do FGTS, prevista no artigo 23, § 5º da Lei nº 8.036/90, e no artigo 55 do regulamento do FGTS, aprovado pelo decreto 99.684/90 é antiga, e foi estabelecida antes mesmo da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A jurisprudência anterior à Constituição de 1988 já havia pacificado que a prescrição trintenária enfocada (vinda de regra dos anos de 1960) abrangeria apenas os depósitos principais, isto é, a regularidade dos depósitos incontroversos ao longo do contrato de trabalho (antigo Enunciado 95, TST).

O advento da Constituição de 1988 trouxe algumas divergências na interpretação da prescrição geral trabalhista para ajuizar à ação dois anos e do ajuizamento da ação cinco anos da ordem jurídica.

Em primeiro lugar, deve-se atualizar a letra do Enunciado 206: obviamente que a expressão dois anos, referida por esse enunciado (que se reportava ao velho art. 11, CLT), deve ser alterada, interpretativamente, para “cinco anos” — como resultado de mera adequação normativa em face do novo prazo do Texto Máximo de 1988. Essa atualização foi feita pela Res. n. 121, de 19.11.2003, conferindo nova redação à Súmula 206: “A prescrição da pretensão relativa às parcelas remuneratórias alcança o respectivo recolhimento da contribuição para o FGTS”.

Em segundo lugar, como a nova Constituição fixou um prazo geral insuplantável de dois anos após a ruptura do contrato (tanto para o trabalhador urbano como para o rural), deve-se compreender que até mesmo o prazo trintenário do FGTS (repetido pelo art. 23, § 5º, Lei n. 8.036/90) não pode ultrapassar mais esses dois anos. Assim, proposta uma ação trabalhista, ilustrativamente, em março/2008, para reivindicar depósitos principais de FGTS oriundos de contrato extinto em março/2005, incide, irremediavelmente, contrato de trabalho doméstico, consultar a seguinte obra dual: DELGADO, 2019, p.313).

A prescrição bienal da Constituição de 1988. Nesta linha, a Súmula 362 do TST, ilustrativamente, em sua redação aprovada em 1999.

Contudo, sendo a ação proposta menos de dois anos do final do contrato, prevaleceria a prescrição trintenária da Lei n. 8.036/90. Seguramente, sim, podendo-se discutir a regularidade de depósitos dos diversos anos do contrato,

até um máximo de trinta (Lei n. 8.036/90). É que, respeitado o biênio constitucional intransponível, a natureza complexa do Fundo (que não é instituto meramente trabalhista, repita-se) e o princípio da norma mais favorável (art. 7º, caput, CF/88), que responde pelo critério de hierarquia normativa no Direito do Trabalho, inclusive no âmbito da Constituição (art. 7º, caput), tudo conjuga-se para harmonizar o preceito do art. 23, § 5º, Lei n. 8.036/90, ao comando constitucional unificador do art. 7º, XXIX, da Constituição de 1988.(DELGADO, 2019, p. 314).

Observa-se que a jurisprudência do STJ ia ainda mais longe, preservando o prazo trintenário para a pretensão arrecadadora do órgão gestor do FGTS (CEF), independentemente do fluxo do prazo bienal extintivo dirigido à pretensão do empregado (Súmula 210, STJ).

Essa compreensão acerca da matéria manteve-se pacificada também em julgados do STF, prolatados ao longo de duas décadas e meia, desde a Constituição de 1988.

Entretanto, em novembro de 2014 o plenário do STF discutiu novamente a questão do prazo prescricional do FGTS não depositado pelos empregadores e tomadores de serviço, através do Recurso Extraordinário com Agravo - o ARE nº. 709.212-DF, o Plenário da Corte Máxima decidiu alterar toda essa sedimentada leitura jurisprudencial, declarando inconstitucional o prazo trintenário estabelecido pelo art. 23, § 5º, da Lei n. 8.036/90, assim como o art. 55 do Decreto n. 99.684/90 (Regulamento do FGTS), por afronta ao prazo quinquenal fixado no art. 7º, XXIX, da Constituição. Nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/99, decidiu a Corte Suprema modular, de maneira *ex nunc*, os efeitos da decisão, considerada a data do julgamento (13.11.2014).

Em decorrência da decisão do STF, sobre o prazo prescricional da cobrança do depósito da contribuição atrasada do FGTS, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a mudança jurisprudencial quanto à prescrição trintenária (trinta anos) para prescrição quinquenal (cinco anos) não poderia atingir os créditos anteriores à 13 de novembro de 2014, (data do julgamento), o Tribunal Superior do Trabalho modificou:

pela Res. n. 198/2015, o texto de sua Súmula 362, no seguinte sentido: "I — Para os casos em que a ciência da

lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato; II — Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso. A modulação de efeitos *ex nunc* (“efeitos meramente prospectivos”) fez-se com os seguintes fundamentos: “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”. (STF, Pleno, ARE n. 709.212-DF. Rel.: Min. Gilmar Mendes, p. 23. Julgamento: 13.11.2014).

À medida que a propositura da ação interrompe a prescrição, no processo do trabalho – não havendo também prescrição intercorrente no âmbito processual trabalhista (Súmula 114, TST) —, os efeitos meramente prospectivos da decisão do STF não atingem os processos em curso na Justiça do Trabalho antes de 13.11.2014, porém apenas os protocolados subsequentemente a essa data. 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709212/DF)”.

É preciso reiterar, contudo, que não corre prescrição durante o processo trabalhista, ao menos na fase de conhecimento (Súmula n. 114, TST); em consequência, relativamente aos processos em curso, na Justiça do Trabalho, antes de 13.11.2014, com pleito de incidência da prescrição trintenária, esta deverá ser respeitada. (DELGADO, 2019, p. 315).

Em 13 de novembro de 2014, foi alterado a prescrição trintenária para cobrança das parcelas atrasadas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.

O Art. 23, § 5º, Lei n. 8.036/90) que dispõe sobre órgãos competentes de fiscalizar, autuar, impor multas da apuração de infrações praticadas pelo empregador em relação ao FGTS.

Art. 23, Competirá à Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia a verificação do cumprimento do disposto nesta Lei,

especialmente quanto à apuração dos débitos e das infrações praticadas pelos empregadores ou tomadores de serviço, que os notificará para efetuarem e comprovarem os depósitos correspondentes e cumprirem as demais determinações legais. (Redação dada pela Lei nº 13.932, de 2019), § 5º O processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas reger-se-á pelo disposto no Título VII da CLT. (Redação dada pela Lei nº 13.932, de 2019).

O prazo prescricional trintenário relativamente aos depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, com promulgação da Constituição de 1988, continuou com eficácia por mais duas décadas e meia de 1988 até 2014. Após esse período o STF decidiu reduzir o prazo para cinco anos, a prescrição quinquenal.

O Tribunal Superior do Trabalho, nessa linha, realizou o ajuste interpretativo necessário, admitindo a compatibilização constitucional do prazo de 30 anos, desde que o trabalhador protocolasse sua ação até dois anos após a terminação do vínculo empregatício (Súmulas 95, 206 e 262, TST). O princípio da norma mais favorável, claramente incorporado pela Constituição da República (caput do art. 7º do Texto Magno), ao lado da dimensão social notável do Fundo de Garantia, tudo pacificava, até então, a jurisprudência nessa diretriz. O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária ocorrida em 13 de novembro de 2014, alterou sua anterior jurisprudência, declarou inconstitucionais tanto o § 5º art. 23 da Lei n. 8.036/90 como o art. 55 do Decreto n. 99.684/90 (Regulamento do FGTS), ao fundamento de a regra prescricional trintenária agredir o art. 7º, XXIX, da Constituição, que trata da prescrição quinquenal. Modulou a Corte sua decisão com efeitos *ex nunc*, de maneira a atingir somente ações protocoladas a partir da data do julgamento (13.11.2014).

O Tribunal Superior do Trabalho adequou o texto de sua Súmula 362 em decorrência dessa mudança drástica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto:

(Res. n. 198/2015), nos seguintes termos: “I — Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato; II — Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplicasse o prazo

prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709212/DF). (DELGADO, 2019, p.1524).

Nesse mesmo sentido Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p. 587), traz:

A decisão do STF provocou a alteração da Súmula 362 do TST, que passou a ter a seguinte redação: FGTS. PRESCRIÇÃO. I – Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato; II – Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014. (STF-RE 709212/DF).

Observa-se que Súmula nº.206 do TST alcança todos os recolhimentos que incidem no FGTS que são considerados verbas remuneratórias, também deverá ser alterada a prescrição trintenária para prescrição quinquenal.

É de se registrar, por outro lado, que a “prescrição da pretensão relativa às parcelas remuneratórias alcança o respectivo recolhimento da contribuição para o FGTS” (TST, Súmula 206). Noutros termos, prescrita a pretensão relativa à parcela principal (férias, horas extras etc.), prescrita também estará a pretensão concernente ao recolhimento da contribuição para o FGTS, que, *in casu*, tem natureza de obrigação acessória.

No que tange à ação para cobrança do FGTS pela União ou Caixa Econômica Federal, a Súmula 210 do S TJ, que prevê o prazo prescricional de trinta anos, também deverá ser alterada em função da referida decisão do Pleno do STF.

O empregado só poderá reclamar contra o não recolhimento de contribuição para o FGTS no prazo de cinco anos, após cinco anos o empregado perde o direito de ajuizar ação. Quando atingidas pela prescrição quinquenal, o que equivale a dizer que podem ser reclamadas em ação judicial no prazo de 5 anos, a contar do dia em que o pagamento deveria ter sido efetuado (MASCARO, 2014, p. 641).

Assim, importante se faz a análise da decisão proferida pelo STF, do Recurso Extraordinário com agravo nº. 709.212, em razão do questionamento da grande divergência acerca da natureza jurídica do FGTS, bem como das alterações na legislação brasileira ao longo dos anos, o prazo prescricional para cobrança de valores relativos aos depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço de 30 (trinta) para 05 (cinco) anos. Com essa alteração a prescrição trintenária passou a ser a prescrição quinquenal.

O Princípio da proteção do trabalhador, um dos princípios do Direito do Trabalho, que garante proteção à parte hipossuficiente da relação de emprego, ou seja, o empregado. Esse princípio subdivide em três subprincípios: o da norma mais favorável, o da condição mais benéfica e o do *in dubio pro misero*. Esses princípios e subprincípios decorrem do fato de o direito individual do trabalho ser eminentemente protetivo, seus métodos, princípios e regras buscam reequilibrar juridicamente a desigualdade na da relação de emprego. (DELGADO, 2019, p. 232).

O princípio da norma favorável ao trabalhador está no rol dos argumentos em questionamentos promovidos pela teoria da flexibilização do direito do trabalho.

O princípio da norma mais favorável ao trabalhador aplica-se quando houver conflito de normas, sendo aplicável a que for mais benéfica ao trabalhador, independentemente do seu grau de hierarquia normativa, e prevalecerá sobre as demais. (DELGADO, 2019).

Diante dos princípios do não retrocesso social e da norma mais favorável ao trabalhador, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, por ter natureza jurídica, social e trabalhista, não poderia ter seu prazo prescricional reduzido.

Ao discorrer sobre essa matéria, Maurício Godinho Delgado afirma:

De fato, em razão da natureza complexa do FGTS (é direito trabalhista, mas, enquanto conjunto de depósitos, constitui-se também, ao mesmo tempo, em fundo social de aplicação variada), a ordem jurídica sempre demarcou critério prescricional algo distinto para esse instituto. Nessa esteira, a Lei n. 8.036/90 estabelece prazo prescricional trintenário com relação aos depósitos do Fundo de Garantia (art. 23, § 5º, Lei n. 8.36/90) (2019, p. 312).

Está claro que a decisão jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade do art. 23, § 5º da Lei 8.036/90 (Lei que dispõe sobre o FGTS) e do art. 55º do Regulamento do FGTS, aprovado pelo Decreto 99.684/90, viola completamente o princípio da proteção ao trabalhador. Princípio este, que traduz a ideia de que a norma a ser aplicada, independentemente de sua posição hierárquica, será sempre aquela que for mais benéfica ao trabalhador, em termos práticos, vale dizer que prevalecerá sempre, seja ela decorrente da constituição federal ou de lei.

Não foi observado um dos principais princípios da justiça do trabalho, “o princípio da proteção do trabalhador hipossuficiente, porquanto a modificação afetaria diretamente o empregado”.

O princípio da proteção no direito do trabalho visa reestabelecer o equilíbrio na relação entre empregador e empregado, uma vez que, nas relações fáticas de labor humano, o trabalhador tende a arcar com mais prejuízos que seu empregador e visa equiparar a relação jurídica entre empregados e empregadores dando aos primeiros certos benefícios, em detrimento da vantagem econômica dos segundos.

Nesse sentido a lição de Amauri Mascaro Nascimento (2014, p. 199):

Fica clara, portanto a ideia de que é necessária a proteção do trabalhador, na feliz observação de Cesarino Júnior, a proteção do hipossuficiente, assim considerado o economicamente frágil e que, por sua condição, deve ser amparado pelo Estado por meio das suas normas, de que resultam proposições jurídicas destinadas a esse objetivo maior.

Natália Xavier Cunha também tem o mesmo entendimento, vejamos:

Certo é, que a Lei do FGTS, bem como seu regulamento trazem um prazo prescricional específico para parcela, que existe desde a sua criação, no ano de 1966 e foi ratificado pela legislação vigente. Dessa forma, acreditasse que a redução do prazo implica um retrocesso nos direitos sociais, ao passo que reduz a possibilidade da discussão dos valores eventualmente não depositados, em patente prejuízo aos empregados, além de propiciar atos ilegais por parte das empresas (2015, p.10).

O princípio da isonomia material também não foi apreciado, em outras palavras este princípio assegura às pessoas oportunidades iguais, considerando suas condições diferentes. Então as normas trabalhistas visam garantir aos empregados, que são a parte hipossuficiente, uma relação de igualdade entre empregador e empregado, mas infelizmente isso não ocorreu nesta decisão, ficou ainda mais distante o direito de igualdade. Pois imaginar que o empregado obterá esta igualdade nesta decisão é desconhecer demais a realidade social, que só se transforma em injustiça social e precarização do direito do empregado.

Nas palavras de Natália Xavier Cunha:

Nesse ponto me posiciono no sentido que há, de fato, uma restrição de direitos. Isso porque, inobstante o fato comumente alegado de o trabalhador poder verificar mensalmente se os valores a título de FGTS foram depositados em sua conta vinculada, podem assim acionar o judiciário, de pronto, para ver seus direitos preservados não há que se olvidar que o ajuizamento de ação ao longo do contrato é um tanto quando polêmica e frágil, por causar um constrangimento entre empregado e empregador. Ora, seria muita hipocrisia discursar em sentido contrário! Nenhum empregador fica satisfeito ao receber uma notificação relativa a uma ação trabalhista ajuizada por um funcionário em gozo de suas funções. Nesse cenário, restam apenas duas alternativas ao empregado cujo direito foi violado: aceitar a situação calado, correndo o risco da prescrição da pretensão, ou enfrentar o empregador por meio de uma ação judicial, colocando assim seu emprego em risco (2015, p.10).

Francisco Antônio de Oliveira (2008, p. 649) também afirma, “num país de desempregados, nenhum trabalhador ousará arrostar o patrão durante a vigência do emprego”, uma vez que, ainda que entrasse com a ação antes de decorridos dois anos da rescisão, poderia discutir apenas os cinco anos anteriores.

Nessa direção é o destaque de Henrique Correia:

O ingresso de reclamação trabalhista durante o contrato de trabalho é muito raro. Verifica-se que, diante da atual situação econômica, com crescente desemprego, sustentar que o trabalhador poderia reivindicar seus direitos ainda na vigência do contrato de trabalho é uma mera ilusão. É notório que o ingresso da reclamação

trabalhista representa um pedido de dispensa automático e/ou perseguições no trabalho (2015, p. 505).

Ou seja, a redução do novo prazo prescricional acabará por beneficiar a classe mais favorecida no contrato de trabalho, qual seja o empregador, tendo em vista que este deveria ter depositado os valores relativos ao FGTS na conta vinculada do trabalhador na época própria. Consistindo assim, em verdadeira absolvição do empregador, que não observou os ônus trabalhistas que lhe incumbem (Correia, 2015).

O FGTS por ser uma garantia proporcional ao seu tempo de serviço e por indenizar o trabalhador em várias situações, deveria haver mais fiscalizações dos órgãos de controle.

Dessa forma, é de suma importância que os depósitos sejam regularmente efetuados ao longo de todo o contrato de trabalho a fim de cumprir sua função precípua, e que, em casos de irregularidades, o empregado possa reivindicar os valores relativos a todo o contrato de trabalho, que muitas vezes ultrapassa o lapso temporal de 5 anos (Cunha, 2015, p. 11).

Em outras palavras, há empregadores que não pagam os direitos trabalhistas corretamente. Assim, os empregados que não tiveram o FGTS recolhido e depositado serão prejudicados, caso o empregado labore mais de cinco anos na mesma empresa, só terão direito a receber apenas cinco anos.

O atraso destes depósitos do FGTS também prejudica o interesse público, sendo que, grande parte das contribuições são destinadas a programas sociais, tais como habitação e saneamento básico (Correia, 2015).

Dessa forma, o entendimento do STF é um retrocesso, a alteração do prazo prescricional dos depósitos do FGTS de 30 anos para 5 anos prejudicou demais o empregado, uma vez que ele perderá o direito de reclamar o não recolhimento dos depósitos do FGTS vencidos há mais de 5 anos, que é um direito do empregado ao rescindir o contrato. Visto que o empregado que não estiver com recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço de forma correta ou em dia, não terá mais o direito ao recolhimento, e também não poderá ingressar com uma reclamação trabalhista, pois o prazo prescreveu no decorrer do período do vínculo trabalhista, fica difícil reclamar e com certeza será

demitido, empregador nenhum gosta de ser pressionado mesmo sabendo que não está cumprindo com suas obrigações.

Outro retrocesso é o empregado além de ser o hipossuficiente da relação de emprego, ainda é o responsável para cobrar o seu direito, o recolhimento dos valores pecuniários do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço que é uma obrigação do empregador, estar regulamentado na legislação e faz parte das atribuições da empresa no regime FGTS. Esse entendimento só configura desigualdade, disparidade de armas entre as partes e agora fica regulamentado que o empregador pode atrasar o recolhimento e não terá nenhuma discordância se a norma estar a seu favor. Como o empregado é o hipossuficiente da relação de emprego o prejuízo fica sempre para a parte mais frágil que é o empregado, dessa maneira o empregado não tem o direito de igualdade que faz parte do princípio da isonomia.

Os valores devidos do recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é um direito do empregado, está descrito na Lei do FGTS nº. 8.036/90, art. 15. Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada empregado, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os artigos 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965. Se no dispositivo “diz que todos os empregadores ficam obrigados a depositar” como pode prescrever pela falta do não recolhimento do depósito? É uma inconstitucionalidade prescrever o prazo de recolhimento dos valores devidos do FGTS do empregado com vínculo trabalhista ativo. O STF declarou a inconstitucionalidade com a prescrição geral descrita na Constituição Federal de 1988, só que a prescrição trintenária é um direito que o empregado adquire por estar com o vínculo ativo no regime celetista quando o seu direito do recolhimento dos valores do Fundo Garantia por Tempo de Serviço for violado pelo empregador e estar regulamentado na legislação, esse prazo prescricional só poderia começar a ser contado após o encerramento do contrato e não em curso.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho mostra a evolução histórica das relações de trabalho, a construção de estruturas que beneficia o empregado, houve um grande avanço na relação de emprego, isso é inegável mais nos dias atuais é comprovável o regresso dessa evolução. Aprovou várias reformas mais ainda sem muito favorecimento para o empregado. Este trabalho teve a preocupação com a interpretação da aplicabilidade da alteração da Jurisprudência sob a prescrição do FGTS em face dos princípios de proteção do trabalhador e do princípio da isonomia que trouxe uma série de interpretações e suas consequências.

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço trata-se de um direito constitucional, vinculado com o direito do trabalho e a relação de emprego, mas com natureza diferente dos demais direitos trabalhistas. O governo brasileiro criou o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço pela Lei nº. 8.036 em 11 de maio de 1990 para amparar o empregado demitido sem justa causa quando chegar a dissolução do contrato.

O FGTS não é descontado da remuneração, é uma obrigação do empregador e se é uma obrigação do empregador não poderá ser reduzido o prazo para efetuar os depósitos e sim aplicar a lei do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço para cobrar a execução dos depósitos. Por esse motivo o entendimento jurisprudencial não está coerente com a prescrição quinquenal. O empregador é quem está dando causa e o empregado não pode sofrer as consequências, gera desigualdades, afeta o princípio da paridade de armas. Esse estudo mostra a oportunidade de analisar de forma detalhada que a prescrição quinquenal beneficia os empregadores e os tomadores de serviço e distância dos empregados.

Com aplicação do fundo, o empregado pode utilizar os recursos do FGTS para aquisição da casa própria, sacar em momentos especiais ou da aposentadoria, em situações de dificuldades e outras situações descritas na legislação.

A finalidade principal do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é permitir uma indenização ao empregado através do depósito efetivado em uma conta vinculada, aberta em nome de cada empregado e o empregador é obrigado a efetuar o depósito mensalmente, acrescidos de atualização

monetária e juros, essa finalidade do FGTS extinguiu a antiga estabilidade decenal aplicada anteriormente. O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço não resolveu os problemas de segurança do empregado na relação de emprego, enquanto antes era adquirida a estabilidade. O que não é o ideal nem para o empregador que terá que qualificar sempre novas pessoas e nem para o empregado que ficará desempregado sem condições de sobreviver com a sua família.

Pode-se observar diversas incoerências que surgem, quando da aplicação do prazo prescricional quinquenal referente ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, entre as quais a impossibilidade de fiscalização do regular depósito por parte do empregador, prejudicando o empregado quando ele não foi o responsável pela violação desse direito.

Não é possível perceber ao longo do presente trabalho, com base na legislação e nos princípios norteadores do Direito, a inconstitucionalidade por violação do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal de 1988, conforme se observa a decisão proferida pelo STF no Agravo 709.212, em 13 de novembro de 2014, que entende existir privilégio do trabalhador quando se reconhece a prescrição trintenária com efeito *ex nunc*. Acentua-se que esta decisão modificou sua jurisprudência reduzindo o prazo prescricional relativo à cobrança de valores não depositados do FGTS de trinta anos para cinco anos.

O instituto do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é considerado uma garantia e proteção que o empregado usufrui contra a despedida arbitrária.

O Judiciário brasileiro deve rever seu entendimento sobre a prescrição quinquenal e realizar a distinção entre os institutos da prescrição bienal contida na Constituição Federal de 1988 e a prescrição trintenária relativa aos depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, assegurando aos empregados os seus benefícios e fará justiça aos empregados se adotar a prescrição trintenária como regra.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição política do império do Brasil**. Brasília-DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 4 fev. 2021.

BRASIL. **Constituição da república dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Brasília-DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 4 fev. 2021.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Brasília-DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 4 fev. 2021.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Brasília-DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 4 fev. 2021.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1967**. Brasília-DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 4 fev. 2021.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Brasília-DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto, nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923**. Crea, em cada uma das estradas de ferro existentes no país, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados. Brasília-DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/dpl4682-1923.htm. Acesso em: 4 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília-DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 4 fev. 2021.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília: Planalto, Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 4 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 5.107, de 13 setembro de 1966**. Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providencias. Brasília: Planalto, Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5107.htm. Acesso em: 4 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.036, de 11 maio de 1990**. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providencias. Brasília: Planalto, Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm. Acesso em: 4 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília: Planalto, Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 4 fev. 2021.

CARDOSO, Ciro Flamarion Santana. **História geral do Brasil**. 9. ed. rev. e atual. 20. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 1990.

CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. **Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

CUNHA, Natália Xavier. **Redução do Prazo Prescricional para Cobrança do FGTS: Uma análise do julgamento do Agravo 709212 pelo STF**. Caxias do Sul: Juris Plenum, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. Obra Revista e atualizada conforme Lei da Reforma Trabalhista e Inovações Normativas e Jurisprudenciais posteriores. 18ª ed. São Paulo: LTR Editora Ltda, 2019.

DEMO, Pedro. **Pesquisa e construção do conhecimento: Metodologia científica no caminho de Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 6. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1998.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARCHINI NETO, Dirceu. O trabalho compulsório no Brasil colônia. **Revista Científica FacMais**, Volume. III, Número 1. Ano 2013/1º Semestre. ISSN 2238-8427. Disponível em: <https://revistacientifica.facmais.com.br/wp-content/uploads/2013/05/1.-O-TRABALHO-COMPULS%C3%93RIO-NO-BRASIL-COL%C3%94NIA-Dirceu-Marchini-Neto.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2021.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Curso de Direito do Trabalho: História e Teoria Geral do Direito do Trabalho: Relações Individuais e Coletivas do Trabalho / Amauri Mascaro Nascimento. – 29. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. Curso de Direito do Trabalho. 6. ed. São Paulo, São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA. Francisco Antônio. Comentários às Súmulas do TST. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2005.