

Fundo de Garantia do Tempo de Serviço: alguns temas abordados no âmbito do Processo judicial contencioso brasileiro

[Jamenson Ferreira Espindula](#)

Monografia apresentada à Faculdade dos Guararapes como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Introdução

Modernamente a humanidade tem passado por significativas mudanças nas suas relações em sociedade com a conseqüente complexificação dessas relações em todas as dimensões da vida social, geralmente atribuídas à economia mundial globalizada e sempre em transformação.

Uma das relações sociais que mais tem experimentado mudanças de paradigmas é a relação de trabalho frente aos novos desafios dos tempos modernos e das oscilações de mercado, o que obriga os gestores a buscarem alternativas de otimização da produção ao mesmo tempo combinada com uma redução nos custos.

Observa-se, no cenário mundial, uma tendência crescente para a flexibilização das relações trabalhistas, o que, certamente, expõe o Trabalhador, economicamente a parte hipossuficiente na relação, a incertezas quanto ao seu futuro e o de sua família.

Instrumentos vários têm sido planejados e implementados como forma de tentar trazer para o Trabalhador um pouco mais de tranquilidade quanto ao seu futuro profissional, quanto a sua possibilidade de prover o sustento da sua família ou, pelo menos, de manter-se empregado para auferir renda e manter a sua dignidade.

Um desses instrumentos que, de uma certa forma, presta uma espécie de assistência ao Trabalhador é o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), o qual tem por objetivo formar um patrimônio ou, mais especificamente, um pecúlio, que possa trazer para o Trabalhador uma fonte de renda quando lhe faltarem forças para trabalhar, consequência natural do processo de envelhecimento do corpo humano.

Nessa ordem de idéias, com alguma clareza, é possível perceber que o FGTS exige uma boa administração, um bom gerenciamento financeiro, de modo que, ao longo do tempo, o Trabalhador não assista à virtual corrosão do seu patrimônio, fruto do trabalho de toda uma vida.

Tais considerações nos levam ao seguinte questionamento: qual é o papel do Estado brasileiro, por intermédio das autoridades públicas constituídas, de alcançar esse bom gerenciamento, trazendo tranquilidade para o Trabalhador e pacificação social?

Assim sendo, ao buscar, identificar e analisar a legislação que regula a matéria, as decisões nos Processos contenciosos judiciais em que se discutiu eventuais perdas decorrentes das altas taxas de inflação no Brasil, ou seja, de como andou a intervenção dos Agentes estatais responsáveis pela administração e aplicação da justiça, acredita-se que tal atuação promoveu um prejuízo ao patrimônio do Trabalhador brasileiro, qual seja, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Na locução “Agentes estatais” devem estar compreendidos todos os atores responsáveis pela decisão; pela aplicação; e pela administração da justiça, com *efetivo poder de decisão*, vale dizer, Magistrados, Desembargadores, Ministros, excetuando-se os Advogados, pois estes militam, em tese, a favor do Trabalhador não tendo poder de decisão acerca dos eventuais conflitos de interesses.

Também nesta locução devem ser incluídos aqueles representantes da Função Executiva do Estado brasileiro responsáveis pela elaboração e pela apresentação de projetos de normas jurídicas que tenham por fim regular a

matéria FGTS, notadamente o Senhor Presidente da República, o qual tantas Medidas Provisórias enviou ao Congresso Nacional com tal escopo.

De igual sorte devem estar incluídos na locução “Agentes estatais” os Deputados Federais e Senadores, representando a Função Legislativa estatal, pois analisam, propõem e aprovam projetos de futuras normas jurídicas capazes de influenciar nos destinos do FGTS.

Como é possível perceber, com certa clareza, cada uma das três Funções do Estado brasileiro é apontada como tendo uma parcela de culpa neste suposto prejuízo, deduzido pela análise de vários documentos, julgados, juízos de valor, dentre outros, o que se tentará demonstrar ao longo do estudo.

Diante dessa constatação, acredita-se que é, socialmente, relevante alertar todos os envolvidos com a administração da justiça no Brasil, notadamente os membros das Instituições de Ensino Superior e estudiosos do fenômeno jurídico enquanto processo de adaptação social.

Com tal objetivo em mente buscou-se a obtenção, a leitura e, finalmente, a análise crítica de documentos ligados ao tema central do estudo, notadamente julgados proferidos pelas três instâncias da Função Judiciária brasileira, ou seja, a primeira e a segunda instâncias e o grau especial da jurisdição, por se entender que, após surgido o conflito de interesses, é a ela que cabe pacificá-los.

O colacionamento de documentos estendeu-se ao longo de aproximadamente dois anos, entre abril de 2007 e abril de 2009, fato que trouxe um certo conhecimento dos aspectos e das implicações do estudo, porém este não foi pensado com a intenção de esgotar o tema, o qual é por demais amplo e complexo.

Quanto ao fator relevância do presente estudo para a comunidade acadêmica, tem-se por plenamente atendido visto que o FGTS é um fundo com patrimônio líquido que toca valores do montante de R\$ 27.900 bilhões em

valores do mês de dezembro de 2008¹ e, também, por se identificar um fenômeno no mínimo curioso: a intervenção dos Agentes estatais no FGTS atraiu para ele um prejuízo, o qual deverá ser suportado por todos os trabalhadores brasileiros, fato que revela um certo contra-senso, vale dizer, o patrimônio do trabalhador deveria ser protegido, mas, como se tentará demonstrar, não o foi, sendo certo que é curial buscar-se formas de melhor gerir tal patrimônio.

¹ Demonstrações Contábeis do FGTS. Relatório de Administração – Exercício 2008. Disponível em:

<http://downloads.caixa.gov.br/_arquivos/fgts/demonstracao_financeira_fgts/DEMONSTRACA_O_FINANCEIRA_FGTS_2008.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2009.

Capítulo 01 – Breve análise histórica

Até o dia 04/10/1988 vigorou no Brasil um sistema de estabilidade vitalícia no emprego para o empregado que alcançasse a marca dos dez anos trabalhando na mesma empresa e com o seu contrato de trabalho devidamente formalizado na carteira de trabalho. A teor do art. 492, do Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943, que “aprova a consolidação das leis do trabalho” (BRASIL, 1943)

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.

A partir do dia 05/10/1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o regime jurídico da estabilidade vitalícia no emprego acabou, persistindo apenas para aqueles que adquiriram o direito até o dia 04/10/1988, em respeito ao direito adquirido, princípio geral do ordenamento jurídico brasileiro vigente atualmente.

Ocorre que esta aparente vantagem para o empregado, na prática, se transformou em uma arma dos empregadores contra si, visto que esses mesmos empregadores preferiam demitir o empregado antes que completasse os dez anos na empresa e adquirisse a estabilidade empregatícia vitalícia. De acordo com estudos do governo, divulgados pela Caixa Econômica Federal (2007), cerca de apenas 15% (quinze por cento) dos empregados conseguiam atingir a marca dos dez anos trabalhando na mesma empresa, número esse que se reduzia drasticamente entre as empresas ditas de pequeno e médio portes. Estava na hora de haver uma intervenção estatal na economia para criar um mecanismo que pudesse equilibrar esses números e trazer tranquilidade ao trabalhador. Nesse contexto, nasce o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) com a proposta de ser uma alternativa ao regime jurídico da estabilidade vitalícia no emprego e de formar um patrimônio para

que o trabalhador dele pudesse gozar quando da sua aposentadoria, visto que, até então, o trabalhador que atingisse os dez anos trabalhando na mesma empresa adquiria estabilidade vitalícia até a sua aposentadoria, contudo não formava um patrimônio, o que se explica pelo fato de, geralmente, o salário mau ser suficiente para o seu próprio sustento e o da sua família não sobrando capital que pudesse ser investido e, por outro lado, a aposentadoria ser insuficiente para fazer face à todas as despesas quando o empregado deixava o labor.

Inicialmente a proposta de formar um pecúlio em prol do trabalhador era opcional ao regime da estabilidade, ou seja, ou o empregado optava pelo novo regime para formar um Fundo de Garantia do Tempo de Serviço equivalente a um salário por cada ano trabalhado; ou optava por tentar alcançar a marca dos dez anos trabalhando na mesma empresa. Por outras palavras, foi ofertada ao trabalhador uma possibilidade de opção entre um e outro regime, alternativamente, significando que, caso optasse pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, automaticamente renunciava à estabilidade no emprego e vice versa.

Outra proposta do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço era que os depósitos efetivados nas contas vinculadas de titularidade do Trabalhador seriam protegidos contra a corrosão imposta pelas altas taxas de inflação registradas na época segundo um mecanismo que foi criado pouco tempo antes. Tal mecanismo consistia de dois momentos distintos, a saber: recuperar o poder aquisitivo da moeda, ou seja, a “Correção Monetária”; e aplicar os “Juros Remuneratórios”. Quanto à “Correção Monetária” basicamente a proposta era a de repor o poder aquisitivo da moeda nacional corroído pelas altas taxas de inflação registradas na época. Após se repor as perdas experimentadas com a inflação, então se aplicaria os “Juros Remuneratórios”, assim considerados “Juros reais”, ou seja, juros obtidos acima da inflação, e segundo taxas que aumentariam a medida que o Trabalhador permanecesse trabalhando na mesma empresa, num mecanismo que ficou conhecido como os “Juros Progressivos” e que consistia numa taxa

de 4% (quatro) por cento para quem trabalhou até 06 (anos); 5% (cinco) por cento, se trabalhou entre 07 e 08 anos; e 6% (seis) por cento, se trabalhou acima de 08 anos na mesma empresa.

A proposta do FGTS, desde o início, era a de servir de opção ao regime jurídico da estabilidade no emprego, visto que ao empregado que alcançasse dez anos trabalhando na mesma empresa com carteira assinada adquiria estabilidade, não podendo ser demitido exceto por via de um processo administrativo para apuração de falta grave (algumas vezes mencionado como Processo Administrativo Disciplinar (PAD)). Esse regime jurídico de estabilidade ao mesmo tempo em que tinha a proposta de trazer maior segurança para o empregado em saber que não seria despedido arbitrariamente, também trazia alguns problemas para o empregador, visto que, em alguns casos, o regime era utilizado como um verdadeiro “escudo” por parte de maus empregados para cometer alguns desvios de conduta.

Também é importante registrar que o regime da estabilidade era sistematicamente burlado pela maioria dos empregadores, pois demitiam os empregados que estivessem prestes a completar os dez anos de trabalho na empresa. Segundo estudos efetuados pelo Governo Federal e divulgados pela Caixa Econômica Federal (2007), cerca de apenas 15% (quinze por cento) dos empregados conseguiam atingir a marca dos dez anos trabalhando na mesma empresa, número esse que se reduzia drasticamente entre as empresas ditas de pequeno e médio portes. Considerando que o regime jurídico da estabilidade no emprego é tido por alguns como o símbolo da chamada “Era Vargas”; e considerando que o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço veio a ser uma alternativa a este regime de estabilidade; seria natural, ao menos, um estudo, ainda que superficial, da “Era Vargas” e do contexto que levou à criação do regime jurídico da estabilidade no emprego. Entretanto, conforme Castro (2008),

o direito à proteção social do trabalhador pelo Estado tem a sua gênese umbilicalmente relacionada ao desenvolvimento da sua estrutura e da discussão histórica sobre quais deveriam ser as suas funções. (CASTRO, 2008).

De fato, e concordando com a assertiva do eminente previdencialista, é notória a ampla discussão acerca do papel do Estado na garantia do bem estar social dos seus cidadãos, caminhando, aparente e paulatinamente, para uma maior intervenção na vida econômica para a consecução de tal objetivo. Tanto é assim que, modernamente, a maioria das nações ditas “mais avançadas” tem buscado o Estado de bem-estar social (*Welfare State*). Pela amplitude do tema, discussão que foge totalmente ao escopo deste trabalho, se vê, com alguma clareza, que não se tratam de ações apenas oriundas de um governo (a chamada “Era Vargas”) como se poderia erroneamente depreender da leitura do livro “FGTS 40 anos: um fundo para toda vida” publicado pela Caixa Econômica Federal (2007). Em verdade, o que se tem é uma política de Estado (o Estado brasileiro) que, seguindo uma tendência mundial, tratou de conferir algum tipo de proteção ao empregado na sua relação com o empregador, ressaltando que o contexto da época mostrava a eclosão de vários movimentos operários nessa direção, ou seja, várias greves eclodiram e vários confrontos entre trabalhadores e o chamado “Poder constituído”.

Capítulo 02 – Da obrigação de trato sucessivo

No âmbito do Direito das Obrigações existe um instituto jurídico de ampla aplicabilidade às obrigações renováveis a certo período de tempo, que pode ser, por exemplo, mês a mês; este é o Trato Sucessivo de Obrigações e cuja temática passa-se a abordar a partir de agora.

A problemática neste ponto é saber se é possível ou não é possível aplicar o instituto do Trato Sucessivo de Obrigações às contas vinculadas do FGTS, dúvida que já foi suscitada, nos Tribunais, em razão da natureza jurídica institucional do Fundo.

A relevância em tal estudo está no fato de que parece ser da natureza do direito, cuja possibilidade de exercício se adquire de tempos em tempos, a característica de ser de Trato Sucessivo, fato este que teria impactos marcantes, por exemplo, no prazo para exercício desse direito, o famoso instituto da Prescrição.

Com efeito, se tentará demonstrar que o creditamento da Correção Monetária (=Seguro Inflação) mais os Juros Remuneratórios do FGTS são considerados **Obrigação de Trato Sucessivo**.

Tal assunto tem fundamental relevância para as conclusões a que este estudo se propõe, pois já houve casos em que foi proclamada a prescrição da pretensão autoral de reaver prejuízos que entendia devidos, fazendo com que, obviamente, o Trabalhador suportasse o peso de tal prejuízo.

Devemos ter em mente que o inadimplemento de uma Obrigação de Trato Sucessivo, especialmente financeira, como é o caso da obrigação de creditar Correção Monetária mais Juros Remuneratórios, faz com que surja uma dívida a qual crescerá exponencialmente, semelhante ao que ocorre com uma bola de neve descendo a ladeira e aumentando de tamanho.

Tal raciocínio é perfeitamente aplicável ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, afirmação que tem embasamento em entendimento assentado em diversos julgados exarados pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, como por exemplo, o Recurso Especial nº 790.179-PE, cuja ementa abaixo se transcreve:

FGTS. TAXA PROGRESSIVA DE JUROS. SÚMULA 154/STJ.

PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA. ACÓRDÃO REFORMADO. [...] - Prescritas apenas as parcelas recolhidas anteriormente aos 30 anos do ajuizamento da ação, por se tratar de obrigações de trato sucessivo. [...]. (BRASIL, 2006).

Nesse mesmo sentido veja-se os seguintes julgados: Recurso Extraordinário nº 110.419-SP; Recurso Especial nº 739.174-PE; Recurso Especial nº 793.706-PE; Recurso Especial nº 793.925-PE; Recurso Especial nº 796.112-PE; Recurso Especial nº 795.691-PE.

A propósito do tema, nos parece relevante transcrever parte do voto do Eminentíssimo Relator Ministro Francisco Peçanha Martins:

[...] Quanto à ocorrência da prescrição para pleitear o pagamento da taxa progressiva de juros na correção monetária dos depósitos do FGTS, merece reforma o acórdão regional que considerou prescrito o direito à referida taxa, devendo prevalecer o entendimento de que a prescrição será tão-somente das parcelas vencidas anteriormente aos trinta anos da data da propositura da ação, por se tratar de relação jurídica de trato sucessivo. [...]. (BRASIL, 2006).

Ora, com essa linha de raciocínio, entende-se que, por conta da natureza de obrigação de trato sucessivo, a lesão, ou eventual lesão, ao direito se renova mês a mês, fato que torna a parcela exigível no tempo, tão logo se tenha adquirido o direito de exigi-la; é o famoso instituto jurídico do direito adquirido que a norma jurídica jamais poderá violar.

Apenas a título de argumentação, vejamos um exemplo de aplicabilidade prática do instituto jurídico da Obrigação de Trato Sucessivo e a lesão decorrente do inadimplemento do seu objeto.

Digamos, por hipótese, que fosse efetuado apenas um e único depósito, pelo Empregador, na conta vinculada do FGTS de titularidade de um Trabalhador, depósito esse no montante de R\$ 100,00 (cem reais), efetuado no dia: 22 de julho de 1979. Eis a hipótese:

Data do depósito:	Valor do depósito:
22/07/1979	R\$ 100,00

De acordo com a linha de raciocínio explanada até o momento, houve a realização da hipótese de incidência prevista pela norma jurídica regulamentadora do FGTS e se iniciou, para o titular da conta vinculada, o período de aquisição do direito ao crédito da Correção Monetária (=Seguro Inflação) e dos Juros Remuneratórios (estipulados por lei, atualmente, em 3% ao ano).

Ao final do período aquisitivo do direito, atualmente 30 (trinta) dias², nasceria para a Instituição gestora do Fundo a obrigação de creditar, ou seja, no dia: 06 de agosto de 1979. Descumprindo a Caixa Econômica Federal (CEF) a obrigação, nasce para o titular da conta vinculada o direito subjetivo de ação. Reafirmando: houve apenas um e único depósito na conta vinculada, portanto a obrigação do Empregador foi adimplida perfeitamente, extinguindo o vínculo jurídico entre o Empregador e o Empregado naquilo que tange ao FGTS.

² Conforme DIEESE (2006, p. 6)

as formas de correção dos depósitos vinculados ao FGTS sofreram várias mudanças ao longo dos anos. Essa correção foi trimestral até 1969, semestral de 1969 a 1972, anual de 1972 a 1975, trimestral de 1975 a 1989 e, finalmente, mensal a partir de 1989 (DIEESE, 2006, p. 6).

No período de gozo do direito que foi adquirido se caracteriza o vínculo jurídico entre o Empregado e a CEF, quanto ao FGTS, e a indagação: ¿a obrigação da CEF de creditar a Correção Monetária e os Juros Remuneratórios é uma obrigação que se renova a cada período (=de trato sucessivo) ou é uma obrigação que não se renova a cada período? Por outras palavras, ¿existe uma e única lesão ou ocorrem várias lesões a cada descumprimento da obrigação?

Para responder a tal indagação, seria necessário analisar uma obrigação de onde decorra uma e única lesão ao direito, caso descumprida, e uma outra obrigação na qual ocorressem várias lesões sucessivas a cada descumprimento perpetrado num lapso de tempo fixado.

Ora, considerando que existe um período aquisitivo do direito ao crédito da Correção Monetária e dos Juros Remuneratórios, período esse que, atualmente, é de 30 dias, entende-se que, pela sua própria natureza, não é possível se falar em uma e única lesão em caso de descumprimento da obrigação de remuneração da conta vinculada do FGTS.

E entende-se que tal afirmação é plausível pois existe a capitalização mensal, que é um **efeito acumulativo de dinheiro**, com o objetivo de formação de um capital (=um montante, ou um pecúlio) para o Trabalhador gozar ao final da sua vida laboral. Montante, segundo Ferreira (2004) é “capital acrescido de juros, ao fim de um período de capitalização”.

Portanto, seguindo esse raciocínio, o montante, a título de Juros Remuneratórios, é calculado sobre o capital resultado do Saldo Anterior (que é a Base de Cálculo) acrescido da Correção Monetária. No mês seguinte, o Saldo Anterior já não é mais o mesmo, ou seja, é maior, visto que a Correção Monetária e os Juros Remuneratórios se incorporam ao saldo anterior e se transformam, assim, na nova base de cálculo. O quadro abaixo mostra uma capitalização como exemplo ilustrativo:

Data do depósito:	Valor do depósito:	Saldo:	Correção Monetária (10%):	Saldo corrigido:
22/07/1979	R\$ 100,00	R\$ 100,00	R\$ 0,00	R\$ 100,00

22/08/1979	R\$ 0,00	R\$ 100,00	R\$ 10,00	R\$ 110,00
22/09/1979	R\$ 0,00	R\$ 110,00	R\$ 11,10	R\$ 121,10
22/10/1979	R\$ 0,00	R\$ 121,10	R\$ 12,11	R\$ 133,21
22/11/1979	R\$ 0,00	R\$ 133,21	R\$ 13,32	R\$ 146,53
22/12/1979	R\$ 0,00	R\$ 146,53	R\$ 14,65	R\$ 161,18
22/01/1980	R\$ 0,00	R\$ 161,18	R\$ 16,11	R\$ 177,19
22/02/1980	R\$ 0,00	R\$ 177,19	R\$ 17,73	R\$ 194,92
22/03/1980	R\$ 0,00	R\$ 194,92	R\$ 19,49	R\$ 214,41
22/04/1980	R\$ 0,00	R\$ 214,41	R\$ 21,44	R\$ 235,85

Como se pode notar, mantendo-se a Taxa de Correção Monetária constante (nesse exemplo em 10%), o valor dessa Correção Monetária, não obstante, vai aumentando. Esse é o tão conhecido **efeito acumulativo da capitalização**.

Por conseguinte, e é esse o ponto que se tentou demonstrar, uma obrigação que, quando cumprida, gera tais efeitos, se afigura como uma **obrigação renovável a cada período**, precisamente pelo fato de ser devido o valor da Correção Monetária do mês atual e mais a Correção Monetária do valor que deveria ter sido creditado a mesmo título no mês anterior (Correção Monetária da Base de Cálculo).

Ou, por outras palavras, o rendimento que se deixou de auferir com o perpetramento da lesão (=rendimentos cessantes) que este pequeno exemplo ilustrativo demonstra, salvo melhor entendimento, põe a relevo o prejuízo decorrente de uma possível conduta omissiva da gestora do Fundo quando deveria corrigir o saldo das contas vinculadas do FGTS conforme os índices assentados nos julgados exarados pela Função Judiciária do Estado brasileiro quando instada a interpretar o ordenamento jurídico em virtude do conflito de interesses instalado.

Vale dizer, uma possível conduta omissiva da gestora do Fundo em aplicar os corretos índices de reposição inflacionária nos saldos das contas vinculadas do

FGTS faz com que o Empregado deixe de receber a Correção Monetária devida, assim entendida aquela cujo índice esteja determinada ou por força de norma jurídica, ou por entendimento consignado nos julgados dos tribunais brasileiros, e deixa de receber a Correção Monetária desse valor que não foi capitalizado (=transformado em capital) no tempo devido, pois a gestora do FGTS deixou de atender ao preceito consignado nos julgados proferidos pelos tribunais brasileiros em sua missão de interpretar a legislação pertinente.

Capítulo 03 – Da prescrição de fundo de direito e da prescrição de trato sucessivo

Passamos a uma breve análise de outro instituto jurídico chamado de “Prescrição de Fundo do Direito” o qual, idem, tem muitíssima relevância para as conclusões do presente estudo.

Nesse ponto, a problemática é a discussão em torno do chamado “**fundo do direito**”, ou seja, se existe, ou se não existe, a relação jurídica de direito material que, no caso, seria o vínculo, por força de lei, entre a gestora do Fundo e o Empregado, cujo objeto é, precisamente, o creditamento da Correção Monetária e dos Juros Remuneratórios em sua conta vinculada ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

De início, com efeito, geralmente, se considera o FGTS como sendo uma Contribuição Social, de natureza não tributária, de recolhimento obrigatório tão logo esteja configurada a sua hipótese de incidência prevista na norma jurídica instituidora, vale dizer, a execução do Contrato de Trabalho com o seu conseqüente auferimento de rendimentos tão logo haja se passado o período aquisitivo do direito a recebê-los.

É nesse termo final do período aquisitivo do direito de receber os rendimentos provenientes da execução do Contrato de Trabalho que nasce a relação jurídico-trabalhista entre o Empregador e o FGTS, este administrado pela Caixa Econômica Federal, sendo que, a violação a tal regramento jurídico sujeita o Empregador às penalidades previstas na legislação.

Ora, por presunção, relativa por certo, parte-se do pressuposto de que houve a execução do Contrato de Trabalho por parte do Trabalhador, fazendo nascer para este o direito público subjetivo ao recebimento dos depósitos para o FGTS segundo os ditames da legislação, vale dizer, assentado o entendimento de que o “fundo do direito” existe é imperioso se inferir que a Correção Monetária (=Seguro Inflação) e os Juros Remuneratórios devem incidir sobre todos os

saldos da conta vinculada de titularidade do Trabalhador ou, do contrário, se consuma a negativa de vigência da legislação regente do FGTS.

Ademais, ainda com base no “fundo do direito” é curial aplicar-se o correto índice aos saldos da conta vinculada do Trabalhador, **mesmo àquelas parcelas que não possam mais ser recebidas (=levantadas)**, caso se entenda que, por causa da Prescrição que obsta a eficácia da sua Pretensão, não tenha mais o Trabalhador, provocando a Função Judiciária do Estado, como compelir o Empregador a efetivar os corretos recolhimentos.

Não é demais repetir que é perfeitamente cabível se clamar para que seja aplicado o correto índice ao saldo da sua conta vinculada de FGTS, **ainda que sobre as parcelas que não mais são passíveis de recebimento (=levantamento)**, pois essa operação matemática acarretará a atualização de todos os saldos, desde a data da opção, até a presente data, **gerando, para o titular da conta vinculada, um importante saldo** a título de diferenças de perdas suportadas.

Por conseguinte, o entendimento que se tentou demonstrar foi o de que é perfeitamente possível se clamar pela atualização, ou seja, pela aplicação da Correção Monetária (=Seguro Inflação) mais os Juros Remuneratórios sobre as parcelas de depósitos efetuadas em períodos alcançados pelo instituto da prescrição, pois, com base no “fundo do direito”, o trabalhador tem direito público subjetivo de clamar pela aplicação dos índices corretos de eventuais expurgos inflacionários sobre os saldos da sua conta vinculada, mês a mês, até a presente data, e **após a atualização mencionada, que se exclua**, obviamente, as parcelas que não mais são recebíveis em decorrência da incidência do Instituto da Prescrição, o qual obsta a eficácia da sua Pretensão em relação às parcelas anteriores aos 30 (trinta) anos, que é o prazo aplicável à espécie, a teor do disposto em legislação pertinente.

Capítulo 04 – Principal, acessório e prescrição

Algumas vezes já se esteve diante da leitura de julgados que consignavam que a Correção Monetária e os Juros Remuneratórios teriam um prazo de prescrição diferente em virtude de serem meras obrigações acessórias em relação ao depósito do valor decorrente da aplicação do percentual de 8% (oito inteiros por cento) sobre os rendimentos auferidos pelo Trabalhador em decorrência da execução do Contrato de Trabalho, valor este que se configuraria na obrigação principal.

A problemática, neste caso, seria se a atualização dos saldos, assim entendida a aplicação dos índices de Correção Monetária e de Juros Remuneratórios, seriam apenas obrigações acessórias em relação ao depósito do FGTS (que seria o principal, obviamente), ou do contrário, também a atualização seria obrigação principal?

Com efeito, se tentará demonstrar que a aplicação da Correção Monetária e dos Juros Remuneratórios, em relação ao Depósito do FGTS, há de ter o mesmo prazo prescricional precisamente por se classificar como obrigação acessória.

Não é outra a lição inferida do julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do Recurso Especial nº 49.959-PE. Nesse julgado o eminente Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator), em seu voto condutor, assim se pronunciou acerca da natureza jurídica da Correção Monetária e dos Juros Remuneratórios:

[...] efetivamente, em se tratando de capitalização de juros, tal como se verifica na taxa progressiva de juros da contribuição para o FGTS, disciplinada pela Lei 5.107/66, não se aplica a prescrição quinquenal, mas antes a regra do art. 59 do Código Civil, que estatui que o acessório segue o principal. Assim, se os depósitos do FGTS podem ser reivindicados por trinta anos, da mesma forma, os juros, como acessórios, desfrutam de igual lapso prescricional. [...]. (BRASIL, 1995).

Apenas para reforço da argumentação no presente estudo, eis o inteiro teor da ementa de outro julgado acerca desse ponto, vale dizer, do Recurso Especial nº 135.824-CE:

FGTS - PRESCRIÇÃO. NÃO ASSISTE RAZÃO A RECORRENTE. A PRESCRIÇÃO É TRINTENARIA TANTO PARA O PRINCIPAL COMO PARA OS JUROS DE MORA, COMO ACESSÓRIO. RECURSO IMPROVIDO. [...]. (BRASIL, 1997b).

Nessa mesmíssima linha de raciocínio, é possível colacionar uma miríade de julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, como por exemplo o Recurso Especial nº 18.036-DF, cuja uma parte da ementa abaixo se transcreve:

[...] É trintenária a prescrição para a ação de cobrança das contribuições para o FGTS, estendendo-se aos juros sobre ele incidentes o mesmo entendimento, já que o acessório segue o principal. [...]. (BRASIL, 1999).

Destarte, demonstrado está que é razoável o entendimento explanado acima, ou seja, que a Correção Monetária e os Juros Remuneratórios devem ter o mesmo prazo prescricional para que se reivindique a sua correta aplicação seguindo a mesma sorte da obrigação principal, no caso, o depósito a título de FGTS.

Capítulo 05 – Dos juros de mora

Talvez um dos assuntos mais controvertidos atualmente nos Processos em que o FGTS é o Demandado seja a questão dos Juros pelo atraso no adimplemento da obrigação, vale dizer pela Mora em adimplir a obrigação a que está vinculado por eficácia de norma jurídica.

A problemática está em se saber se é aplicável uma taxa chamada de Taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia ou “Taxa SELIC”, como é amplamente conhecida, ou se, por outra sorte, tal taxa é inaplicável à obrigação decorrente do FGTS, mais especificamente, inadimplemento do Fundo em cumprir a sua parte na obrigação para com o Trabalhador.

Em recente julgamento, o Superior Tribunal de Justiça, na apreciação do Recurso Especial nº 1.102.552-CE, sedimentou o entendimento de que os Juros de Mora devidos pelo descumprimento da obrigação de creditar o valor correto a título de Correção Monetária e de Juros Remuneratórios é a “Taxa SELIC”, do que, para registrar, transcreve-se abaixo um trecho da ementa do julgado:

FGTS. CONTAS VINCULADAS. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIFERENÇAS. JUROS MORATÓRIOS. TAXA DE JUROS. ART. 406 DO CC/2002. SELIC. [...] 3. Conforme decidiu a Corte Especial, “atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo [art. 406 do CC/2002] é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95, 84 da Lei 8.981/95, 39, § 4º, da Lei 9.250/95, 61, § 3º, da Lei 9.430/96 e 30 da Lei 10.522/02)” (EREsp 727842, DJ de 20/11/08). [...]. (BRASIL, 2009a).

Da parte da Caixa Econômica Federal, houve e há bastante resistência à aplicação de tal método de punibilidade pelo atraso no adimplemento da sua

obrigação, isso porque a Taxa SELIC é bastante mais alta, se comparada com a tradicional aplicada no âmbito do Judiciário brasileiro, ou seja, 0,5% (cinco décimos por cento) ao mês.

Porém do ponto de vista do titular da conta vinculada (=Trabalhador) a taxa mais favorável é muito bem vinda **quando do cálculo dos Juros de Mora**, com exclusão de qualquer outra, isso para tentar minorar, ainda que pouco, o prejuízo amargado por este ao longo de tantos anos de administração estatal do seu patrimônio.

Por outro lado, devemos registrar que o FGTS não é propriamente um Tributo, na acepção técnica do vocábulo, pois o produto da arrecadação de seus recursos não integra a receita de nenhum ente federativo, vale dizer, não é fonte de nenhuma receita para os entes federativos.

Em assim sendo, afigura-se muito estranho a aplicação de uma taxa propriamente para atualizar Tributos à uma obrigação baseada em relação jurídica de natureza privada, vale dizer, aquela relação jurídica onde as partes se encontram em pé de igualdade, ou seja, não havendo nenhuma sujeição de nenhuma das partes à outra.

Capítulo 06 – Dos extratos da conta vinculada do FGTS como documentos indispensáveis para a propositura da demanda

Como regra, em um Processo contencioso judicial, quem alega deve suportar o ônus de provar as suas alegações, sendo este um verdadeiro princípio a permear todos os ramos da Ciência do Direito e um ponto que a Caixa Econômica Federal costuma alegar em sua defesa, vale dizer, alega que, quando o Trabalhador vier a juízo pleitear eventuais diferenças não creditadas nas contas vinculadas de sua titularidade, é estritamente necessária a apresentação, em Juízo, dos Extratos da Conta Vinculada do FGTS, os quais seriam documentos indispensáveis para a propositura da Demanda a Juízo.

A problemática, nesta hipótese, é a quem cabe o ônus da prova quando o conflito de interesses é o FGTS? Cabe a quem alega, ou seja, ao Trabalhador que busca os seus direitos em Juízo? Ou cabe à Caixa Econômica Federal que, sendo considerada hiperssuficiente na relação jurídica, seria obrigada a fornecê-los pela aplicação da “Teoria da Inversão do Ônus da Prova”?

Tal assunto, de longe, é o mais controvertido no âmbito de discussão, pois a Caixa Econômica Federal alega que as contas vinculadas estavam espalhadas em vários bancos particulares (mais de 70), não dispendo dos dados em arquivos magnéticos que permitam a elaboração e fornecimento dos extratos analíticos das contas.

Alega, também, que, na década de 90 e anteriores, a Tecnologia da Informação ainda não estava tão difundida quanto hoje presenciamos, razão pela qual o arquivamento e a recuperação de informações em arquivos eletrônicos era totalmente precária, necessitando, como efetivamente aconteceu, de aperfeiçoamentos.

Contudo, consoante se tentará demonstrar, após a pesquisa e leitura de vários julgados, o que nos foi possível perceber é que tal irresignação já não mais encontra amparo no âmbito do grau especial da jurisdição brasileira, vale

dizer, que o Superior Tribunal de Justiça tem decidido reiteradas vezes que os Extratos não são indispensáveis para a propositura da Demanda, ou seja, nesse caso, cabe à Instituição Demandada desconstituir o direito do Autor.

Tal argumentação tem amparo desde o julgamento do Recurso Especial nº 121.290-RS ocorrido no dia: 05/06/1997, e cuja ementa abaixo se transcreve:

PROCESSO CIVIL. ÔNUS DA PROVA. Nas ações que reclamam diferenças de correção monetária, não creditadas em contas vinculadas do F.G.T.S., os extratos dessas contas devem, excepcionalmente, ser juntados aos autos pelo réu; inversão da regra do artigo 333, I, do Código de Processo Civil porque, nesse caso, a prova do fato constitutivo do direito do autor está em poder do réu. Ressalva de ponto de vista pessoal. Recurso especial não conhecido. (BRASIL, 1997a).

Como foi afirmado, existem diversos julgados no mesmo sentido, como por exemplo os Recursos Especiais nº 118.170; nº 179.913; e nº 199.355.

O tema da inversão do ônus da prova, no Processo Civil, é assunto que descontenta a muita gente, ressentida que ficam de serem prejudicadas por tal aplicação de preceito.

Contudo, devemos nos lembrar que casos há em que o Trabalhador mal sabe ler e escrever, quanto mais acondicionar de forma correta os seus extratos demonstrativos.

Em sendo assim, a resistência à pretensão do Trabalhador por parte da Caixa Econômica Federal em sentido contrário à farta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tem lhe rendido muitos prejuízos, atrasando a tramitação de Processos judiciais contenciosos, embaraçando a correta aplicação dos índices para repor eventuais perdas experimentadas, dentre outros inconvenientes, pelo que, em homenagem à celeridade processual, deveria se abster de invocá-la.

Capítulo 07 – Dos honorários advocatícios de sucumbência

A Caixa Econômica Federal, recorrentemente, tem contestado a sua condenação em honorários sucumbenciais ao argumento de que o art. 29-C da Lei Ordinária Federal (LOF) nº 8.036 (Brasil, 1990), expressamente afasta tal condenação. O detalhe curioso com este artigo 29-C é que foi incluído na LOF nº 8.036 pela Medida Provisória nº 2.164-40, inicialmente publicada em 27 de julho de 2001.

Até meados do ano de 2005 o Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da sua egrégia **Segunda Turma da Primeira Seção**, reiteradas vezes, se pronunciou no sentido de que tal afastamento seria inaplicável ao Processo Civil, sendo certo que apenas para as causas trabalhistas seria viável a aplicação de semelhante disposição, a teor da ementa do Acórdão no Recurso Especial nº 453.901-RS:

[...] As causas onde se discute a inclusão dos expurgos inflacionários na correção dos depósitos do FGTS não podem ser consideradas como dissídios trabalhistas. O art. 62, § 1º, inc. I, alínea "b", da CF veda, expressamente, a edição de medidas provisórias sobre matéria processual civil, como é o caso da condenação dos honorários advocatícios prevista no art. 20 do CPC. Recurso especial improvido. [...]. (BRASIL, 2002).

No mesmo sentido, existe volumosa jurisprudência, como por exemplo, o Recurso Especial nº 492.595-RS; o nº 491.073-PR; o nº 491.065-RS; além de muitos outros julgados.

Por sua vez, a **Primeira Turma da Primeira Seção** tinha um entendimento diametralmente contrário, razão pela qual foi suscitada a divergência em Embargos de Divergência no Recurso Especial nº: 583.125-RS, com o objetivo de uniformizar o entendimento a ser adotado oficialmente pelo órgão.

Nesse julgado, em 14/02/2005, restou consignado que o afastamento dos honorários sucumbenciais seria estendido a todas as causas, trabalhistas ou cíveis, como é o caso do pleito por eventuais perdas experimentadas pelas contas vinculadas do FGTS e decorrentes dos altos índices registrados de inflação.

Abaixo está reproduzido um trecho do voto condutor no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 583.125-RS:

[...] Destina-se o referido dispositivo, conforme seus próprios termos, às “ações entre o FGTS e os titulares das contas vinculadas”. Ora, é indubitável que os direitos discutidos nessas ações intentadas contra a CEF pelos titulares das contas vinculadas ao FGTS não se destinam a incidir em dissídios de natureza trabalhista, aqueles estabelecidos entre trabalhadores e empregadores e de competência da Justiça do Trabalho, pois não decorrem direta e imediatamente de uma relação de trabalho, e sim da condição da Caixa Econômica Federal de gestora do FGTS e da condição dos trabalhadores de titulares das contas vinculadas. Aliás, se **se destinasse a incidir sobre causas trabalhistas, o dispositivo seria absolutamente inútil, pois, em dissídios trabalhistas já existe, como regra, a dispensa de pagamento de honorários pela parte sucumbente.** [...]. (grifos nossos). (BRASIL, 2005).

Com todo o respeito ao argumento do eminente Ministro Teori Albino Zavascki, autor do voto condutor, o argumento é considerável, mas inaplicável no âmbito do Processo Civil pelas razões que se demonstrará.

Pode-se afirmar que o “espírito” do Processo Trabalhista é, de regra, a capacidade postulatória das partes, como se depreende da ementa do seguinte julgado do Tribunal Superior do Trabalho:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA. 1. A JURISPRUDÊNCIA SUMULADA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO REJEITA PLEITO DE HONORÁRIOS

ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA, UMA VEZ **QUE SUBSISTE A CAPACIDADE POSTULATÓRIA DAS PARTES NO ÂMBITO DO PROCESSO TRABALHISTA**, COMO REGRA. HÁ QUE SOBREPAIRAR TAL DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL UNIFORME DA CORTE, À VISTA DA FINALIDADE INSTITUCIONAL DO ÓRGÃO. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS 219 E 329 DO TST. 2. RECURSO DE REVISTA DE QUE SE CONHECE E A QUE SE DÁ PROVIMENTO. (grifos nossos). (BRASIL, 2006).

Nesse mesmo sentido existe copiosa jurisprudência daquele egrégio Tribunal, como por exemplo os Acórdãos nos Processos nº 744008-2001-0-0-0; nº 745226-2001-0-0-0; e vários outros julgados.

Portanto, como se pode depreender, a exclusão da condenação em honorários advocatícios de sucumbência, no Processo Trabalhista, **tem um fundamento jurídico**, qual seja, a **capacidade postulatória das Partes** a qual tem cabimento no âmbito daquela Justiça Especializada, até mesmo porque é da sua finalidade institucional a proteção à relação decorrente da conclusão e execução de Contrato de Trabalho.

Diante do exposto, no mínimo, é razoável a inferência de que é bastante prematuro e frágil o argumento segundo o qual a norma do art. 29-C se aplicaria ao Processo Civil, pois não se destina ao Processo do Trabalho, especificamente, uma vez que, neste, já existe a exclusão da condenação em honorários de sucumbência.

Vale dizer, **considerando que, no Processo Civil, as Partes não tem capacidade postulatória**, a norma do art. 29-C afastando a condenação em honorários advocatícios de sucumbência não teria um fundamento jurídico e, até, afrontaria, diretamente, a Constituição em seu art. 133, vez que afasta do Advogado uma parte do seu meio de subsistência.

Portanto, com tais considerações, **afastado fica o argumento** de que a norma do art. 29-C se aplica a causas cíveis e, também, a trabalhistas, como argumentou o eminente Ministro Teori Albino Zavascki, pois, do contrário, seria

uma norma inútil, uma vez que no âmbito da Justiça do Trabalho já existe a exclusão da condenação em honorários advocatícios de sucumbência.

Ainda, é oportuno registrar que o Supremo Tribunal Federal analisa o pleito no Recurso Extraordinário nº 384.866, no qual se questiona a constitucionalidade do art. 29-C, até mesmo porque se trata de norma processual (prevista no art. 20 do Código de Processo Civil) a qual é afastada por uma Medida Provisória, em frontal confronto com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 62, § 1º, inciso I, alínea b.

Sendo assim, em relação aos honorários de sucumbência, recomenda-se como prudente que os Excelentíssimos Senhores Julgadores aguardem o julgamento do Recurso Extraordinário nº 384.866 pelo Supremo Tribunal Federal, sobrestando, ou seja, paralisando a tramitação dos feitos quanto a este ponto específico.

Capítulo 08 – Do instrumento do termo de adesão

Um outro assunto que é fonte de muita controvérsia no âmbito do Processo contencioso judicial brasileiro versando sobre o FGTS é a questão do Instrumento do Termo de Adesão a que alude a Lei Complementar nº 110 (Brasil, 2001b), causando para o Trabalhador um extremo atraso no trâmite processual.

Neste assunto, o pleito do Trabalhador é pela apresentação, em juízo, do Instrumento do Termo de Adesão, o qual **deve estar, necessariamente, assinado por si**, caso seja da pretensão da Caixa Econômica Federal se utilizar dele como meio de prova para obstar a pretensão do obreiro.

Ora, analisando a mencionada Lei Complementar nº 110, observa-se a disposição, expressa, que determina que a Adesão deve se dar por **expressa concordância do titular da conta vinculada**, a teor do inciso I do art. 6º.

E, tal cautela, por óbvio, tem duplo objetivo: a proteção do patrimônio do trabalhador; e homenageia o princípio da segurança jurídica e do ato jurídico perfeito, claramente de interesse das Partes, o que leva o Trabalhador, por conseguinte, a pleitear que a Caixa Econômica Federal traga aos Autos do Processo, como **meio único de prova**, apenas o Instrumento do Termo de Adesão, documento hábil a elidir a pretensão do obreiro.

Ocorre que, pela via do chamado Decreto-regulamentador, houve um verdadeiro afastamento do princípio segundo o qual a renúncia a direitos deve ser manifestada de maneira expressa, por Instrumento próprio, com caracteres ostensivos e, imediatamente, de fácil entendimento acerca do direito que se trata, tendo em vista que o Decreto nº 3.913 (Brasil, 2001a) em seu art. 3º, § 1º, consigna que as adesões “poderão ser manifestadas por meios magnéticos ou eletrônicos”.

Surge, assim, de logo, a questão do poder regulamentar que teria um Decreto, este como instrumento viabilizador da aplicação da norma jurídica de

hierarquia superior, visto que, aparentemente, o Decreto nº 3.913 foi editado com exorbitância do seu poder regulamentar.

Por outro lado, claro está que aqui não se descuida do grande benefício que os sistemas de informação computadorizados trouxeram para a vida moderna, em termos de rapidez no acesso à informação, democratização, transparência, segurança, menor custo. Entretanto, o meio magnético ou eletrônico deve estar **cercado de todas as garantias de segurança** para ser meio hábil de manifestação da vontade (nesse caso, vontade negocial). Não é outra a lição que se colhe da leitura de um trecho da ementa do Acórdão da Apelação Cível nº: 354.824-PE, a qual, abaixo se transcreve:

[...] Não pode o titular da conta vinculada ao FGTS ser penalizado pela vulnerabilidade de um serviço que, por sua natureza, está sujeito aos preceitos contidos na Lei nº 8.078/90 (CDC), devendo, por conseguinte, estar revestido de toda segurança, de modo a impedir possíveis fraudes. [...]. (Brasil, 2008a).

Por oportuno, essa questão acerca da forma de que se revestiria a manifestação da vontade do Trabalhador em aderir aos termos da Lei Complementar nº 110, surgiu por causa de um aspecto da utilização do meio magnético ou eletrônico e que é muitíssimo relevante para toda a sociedade.

Em seu voto condutor, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Lázaro Guimarães, relator para a Apelação Cível nº: 354.824-PE, esclareceu que:

[...] diante de tal permissivo legal, a CEF, através da Circular "Caixa 223/2001", ao disciplinar o Termo de Adesão via *Internet*, exigiu, para sua efetivação, que o trabalhador possuísse uma **assinatura eletrônica**, a ser fornecida pela própria Caixa. Disciplinou, ainda, dita Circular, que a assinatura eletrônica poderia ser obtida pelo trabalhador através da própria "Web", mediante cadastramento de "Senha Internet", por sua vez obtida mediante informação da senha do Cartão do

Cidadão, a ser conseguido em qualquer Agência da Caixa. (itens 3.6.1 e 3.6.1.1). Não obstante a previsão deste procedimento seguro, estabeleceu a citada Circular uma outra modalidade de cadastramento do trabalhador para obtenção da exigida “assinatura eletrônica”, ou seja, através de uma **senha provisória**, desde que fossem fornecidos, via *Internet*, o número do PIS/PASEP, o nº do CNPJ/CEI do empregador e as datas de nascimento e admissão do empregado. (item 3.6.1.2) [...]. (grifos nossos). (Brasil, 2008a).

Diante de tal procedimento interno, na verdade, **se coloca em dúvida** o próprio acesso ao sistema informatizado da Caixa Econômica Federal de Adesão aos termos da Lei Complementar nº 110.

Como bem esclarece o eminente Desembargador Federal Lázaro Guimarães:

[...] é que a forma de obtenção de **assinatura eletrônica** através de uma **senha provisória** na *Internet*, prevista na Circular Caixa 223/2001, afigura-se de extrema precariedade e de total insegurança jurídica, na medida em que o acesso aos dados (o número do PIS/PASEP, o nº do CNPJ/CEI do empregador e as datas de nascimento e admissão do empregado), exigidos para a obtenção da referida **senha provisória** não é de exclusividade do titular da conta, podendo os referidos dados serem facilmente obtidos por terceiros, circunstância esta que reveste de razoabilidade o argumento apresentado pelo recorrente de que não é de sua autoria a questionada adesão. [...]. (grifos nossos). (Brasil, 2008a).

Portanto, diante de tal situação, é razoável o entendimento de que a Caixa Econômica Federal deveria se utilizar de outros meios de prova para elidir a pretensão do Trabalhador a ver repostos eventuais prejuízos decorrentes da perda de poder aquisitivo da moeda corrente nacional. Tal pretensão, ou seja, a de provar que houve a adesão aos termos da Lei Complementar nº 110 por outros meios, de forma alguma, é estranha no âmbito do Colendo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, sem, contudo, se descurar da divergência de

entendimento entre os órgãos da judicatura, evidenciando a controvérsia do assunto, como se pode depreender da leitura de um trecho do voto condutor do eminente Desembargador Federal Francisco Wildo, o qual abaixo se transcreve um trecho:

[...] no que se refere à plausibilidade das alegações, penso que é despicienda a juntada do Termo de Adesão mencionado na decisão recorrida, na medida em que outros registros existem nos autos que noticiam a efetiva adesão do recorrido ao acordo a que se refere o art. 4º, I, da LC nº 110/2001. Com efeito, observo que conquanto o julgador monocrático tenha considerado necessária a apresentação do referido termo, os **extratos de conta vinculada** que dormitam às fls. 13/16 demonstram, *prima facie*, ter havido o **efetivo levantamento pelo agravado de valores depositados em sua conta fundiária em razão do ajuste em debate**. (grifos nossos). (Brasil, 2008b).

Por outro lado, o Código Civil (Brasil, 2002), em seu art. 843, consigna que “a *transação interpreta-se restritivamente...*”, sendo certo que o Trabalhador deve pugnar para que o Termo de Adesão em meio magnético, costumeiramente, apresentado pela Caixa Econômica Federal como meio de prova para extinguir o seu direito, **seja acompanhado de outros meios**, especificamente, dos Extratos da Conta Vinculada ao FGTS, hábeis a demonstrarem que os valores foram, efetivamente, depositados e levantados por si.

O assunto é importantíssimo em face do prejuízo para o princípio da segurança jurídica. Nesse sentido, a eminente Ministra Eliana Calmon assim se pronunciou:

RECURSO ESPECIAL - ART. 543-C DO CPC E RES/STJ N. 08/2008 - FGTS - TERMO DE ADESÃO NÃO ASSINADO - COMPROVAÇÃO DA ADESÃO POR OUTROS MEIOS - COISA JULGADA - VALIDADE FORMAL DE TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. [...] Discute-se nos autos se é imprescindível

para a configuração da anuência ao acordo previsto no art. 4º, I, da Lei Complementar 110, de 2001 a assinatura de Termo de Adesão para por fim aos litígios envolvendo o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS. [...] Da leitura do texto legal depreende-se ser necessária a assinatura de Termo de Adesão para que se termine litígio envolvendo a correção monetária das contas vinculadas, na medida em que **há redução de valores** a serem percebidos pelo titular da conta. E não poderia ser diferente, já que a renúncia a direitos deve ser expressa, além de ser interpretada restritivamente (cf. 108 do CC e 269, V, do CPC). Neste diapasão, não se pode presumir como fez o acórdão recorrido que os saques efetuados na conta vinculada pelo seu titular configuram anuência à forma e modo de pagamento do direito à correção monetária previstos no art. 6º retrotranscrito. É dever da Caixa demonstrar que para viabilizar o saque o fundista assinou o termo de adesão. [...]. (grifos nossos). (Brasil, 2009b).

Ou seja, diante do exposto e demonstrado o Trabalhador deve requerer que a Caixa Econômica Federal, efetivamente, demonstre o depósito e o levantamento dos valores a que alude a Lei Complementar nº 110 por meio de Extratos das Contas Vinculadas ao FGTS e do Instrumento do Termo de Adesão ao acordo, sob pena de consolidar, como efetivamente já se consolidou, uma violação ao ordenamento jurídico brasileiro vigente, este interpretado sistematicamente.

Conclusões

Apesar da natureza institucional e não contratual do FGTS, a correção, ou atualização dos saldos das contas vinculadas pode, verdadeiramente, ser considerado como um direito público subjetivo do Trabalhador, direito cujo sujeito passivo da obrigação é a instituição gestora do Fundo, sendo que o instituto da obrigação de trato sucessivo, de modo algum, é incompatível com a natureza ou com os objetivos do Fundo, não se podendo, validamente, aplicar o instituto da prescrição a todas as parcelas as quais não se tenha repassado, de maneira integral, toda uma eventual Correção Monetária, como se uma única dívida fosse. É se de afirmar, uma vez mais, o instituto da prescrição deve atingir apenas as parcelas que não mais sejam passíveis de recebimento (=levantamento), não alcançando as demais e, até, produzindo uma diferença de saldo a receber, pois a experiência mostrou que alguns, senão diversos Trabalhadores, deixaram de receber eventuais diferenças de saldo simplesmente porque os Julgadores pronunciaram a prescrição a todas as parcelas e não apenas àquelas que não mais eram passíveis de recebimento, bem na linha de idéias exposta até o momento.

Mais especificamente com relação ao FGTS o instituto chamado de Prescrição do Fundo de Direito faria com que não fosse mais possível exigir do Empregador o depósito a que alude a legislação ou da Instituição gestora do Fundo a correta aplicação de índices.

Com referência à problemática do Principal e do Acessório e a sua relação com o prazo de Prescrição, entende-se que o prazo prescricional aplicável à obrigação decorrente do FGTS é o prazo de 30 (trinta) anos, mesmo prazo aplicável a ambos, Principal e Acessórios, estes entendidos como sendo a Correção Monetária e os Juros Remuneratórios, ao argumento de que o acessório segue o principal. Porém tal entendimento nem sempre foi seguido pelos Julgadores brasileiros, sendo que alguns entenderam que a Correção Monetária e os Juros Remuneratórios teriam um prazo de 05 (cinco)

anos para serem reclamados na justiça, fato que, por certo, trouxe prejuízos a muitos Trabalhadores que acreditaram não ter mais direito de reclamar por tais títulos.

Relativamente aos Juros de Mora, entende-se que, tecnicamente, se afigura inaplicável a “Taxa SELIC”, visto que esta é utilizada para a atualização de obrigações baseadas na relação jurídico-tributária, ou seja, aqueles recursos que os entes federativos captam como fonte das suas receitas, o que não é o caso do FGTS cujos recursos não integram a receita de nenhum dos entes federativos, direta ou mesmo indiretamente. Nesse caso, o Trabalhador não amargou, propriamente, um prejuízo em suas contas vinculadas, mas, pelo contrário, os poucos que obtiveram decisões nesse sentido acabariam por lucrar. Repita-se acabariam! No geral, as decisões neste sentido não foram aplicadas, vale dizer, o Trabalhador ganhou, mas não levou.

Com relação aos Extratos da conta vinculada do FGTS, temos que admitir que a situação é muito delicada, pois de um lado para o Trabalhador é muito complicado guardar os seus extratos por 30 (trinta) anos, ao passo que para a Caixa Econômica Federal é difícilimo trazer os extratos de 30 (trinta) anos passados, até porque, em determinada época, as contas estavam espalhadas por mais de 70 (setenta) instituições bancárias distintas, o que torna inviável armazenar e recuperar os dados, até mesmo porque à época da transferência das contas das instituições para a Caixa houve muitos problemas de incompatibilidade entre os sistemas de informação e controle dessas instituições. Esse assunto, ou seja, a falta de uma tecnologia adequada de armazenagem e de recuperação dos dados da movimentação das contas vinculadas, à época dos anos 80 e anteriores, certamente, causa muito transtorno para o Trabalhador que precisa buscar os seus direitos hoje na justiça brasileira.

Já com relação aos honorários advocatícios de sucumbência, salvo engano, o entendimento que deveria prevalecer é o de que o afastamento da Caixa Econômica Federal da condenação nesse título apenas deveria ocorrer em Processos que versassem acerca de causas trabalhistas, visto que, na

Justiça do Trabalho, justiça especializada que é, existe um fundamento jurídico para o afastamento da condenação nesses honorários, vale dizer, persiste o princípio da capacidade postulatória das partes no Processo do Trabalho, o que é fato histórico ligado àquela justiça, ainda que tal princípio paulatinamente esteja sendo mitigado em face das disposições constantes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 de que o Advogado é indispensável para a administração da justiça. Trazer tal entendimento para o âmbito do Processo Civil, certamente, desestimula os Advogados de trabalharem nessas causas, deixando os Trabalhadores apenas com a opção de buscar os serviços da advocacia sindical da sua categoria, o que nem sempre é viável devido à falta de estrutura dessas.

De fato, tem-se de considerar que o número de demandas envolvendo o FGTS é por demais alto nos tribunais brasileiros, elevando a bilhões de reais o valor a ser reembolsado aos Trabalhadores, fato que, aparentemente, motivou o executivo a "manejar" o instrumental jurídico no sentido de buscar refrear tal animosidade das pessoas.

Com relação ao Instrumento do Termo de Adesão ao acordo trazido pela Lei Complementar Federal nº 110, após todos esses anos passados da época em que a proposta foi veiculada (2001), muitos Trabalhadores já não se lembram se aderiram ou não aos termos do acordo. Como a legislação autorizou a manifestação por meios eletrônicos, não se tem conseguido esclarecer tal impasse, ou seja, o Trabalhador aderiu ou não aos termos do acordo?