

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

DANTE RIBEIRO DE OLIVEIRA

**O ENTENDIMENTO DO STF SOBRE A PRESCRIÇÃO DO FGTS:
Análise de Precedentes Judiciais Conflitantes entre si no Âmbito do TRT da 6ª Região**

RECIFE
2016

DANTE RIBEIRO DE OLIVEIRA

**O ENTENDIMENTO DO STF SOBRE A PRESCRIÇÃO DO FGTS:
Análise de Precedentes Judiciais Conflitantes entre si no Âmbito do TRT da 6ª Região**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Ms. Fábio Menezes de Sá Filho

RECIFE
2016

Oliveira, Dante Ribeiro de

O entendimento do STF sobre a prescrição do FGTS: análise de Precedentes Judiciais Conflitantes entre si no âmbito do TRT da 6ª Região. / Dante Ribeiro de Oliveira. – Recife: O Autor, 2016.

41 f.

Orientador(a): Prof. Ms. Fábio Menezes de Sá Filho.

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã.

Trabalho de conclusão de curso, 2016.

Inclui bibliografia.

1. Direito do trabalho. 2. FGTS. 3. STF. 4. Precedentes Judiciais. I. Título.

**34 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)**

**Faculdade Damas
TCC 2017-523**

Dedico este trabalho, primeiramente, a minha mãe, quem eu gostaria de compartilhar este momento de conclusão do curso, ao meu pai, pelo amor, carinho e dedicação ao me acompanhar nessa jornada, a minha tia querida Leda Riedo, e aos meus irmãos, amigos e demais familiares pelo apoio prestado ao longo dos anos.

Agradecimento

Principalmente ao meu orientador, Msc. Fábio Menezes de Sá Filho, pela grande ajuda, pela atenção, por responder os meus questionamentos de pronto, pela disponibilização de material didático e por sempre arrumar um tempo, em sua agenda apertada, para me encontrar e orientar o presente estudo.

Aos meus queridos colegas de turma, que sempre ajudaram e tiraram dúvidas no decorrer da confecção do presente estudo.

Resumo

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal de modificar o entendimento sobre a natureza jurídica do Fundo de Garantia de Tempo e Serviço e consequente modificação da aplicação do prazo prescricional, houve discordâncias quanto a sua nova aplicabilidade e a respeito do período de transição de 13.11.2014 a 13.11.2019, devido aos efeitos e moldes estabelecidos no voto do Ministro Gilmar Mendes. Para compreender a aplicação da prescrição do instituto faz-se necessário contextualizar a criação e desenvolvimento do fundo desde antes do seu surgimento ao recente julgado, apresentando as controvérsias envolta da sua natureza jurídica, bem como compreender o controle de constitucionalidade e seus efeitos. Analisar as decisões proferidas por juízes trabalhistas no estado de Pernambuco e os acórdãos do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, no interesse de verificar como deve ser aplicada a prescrição aos processos ajuizados antes da decisão do STF proferida em 13.11.2014.

Palavras-chaves: Decisão – FGTS – Prescrição – STF.

Abstract

After the decision of the Federal Supreme Court to change the understanding of the legal nature of the Guarantee Fund for Time and Service and consequent modification of the application of the statute of limitations, there was disagreement as to its new applicability and regarding the transition period of 13.11.2014 To 13.11.2019, due to the effects and molds established in the vote of Minister Gilmar Mendes. To understand the application of the prescription of the institute, it is necessary to contextualize the creation and development of the fund from before its appearance to the recent court, presenting the controversies involved in its legal nature, as well as understanding the control of constitutionality and its effects. To analyze the decisions rendered by labor judges in the state of Pernambuco and the judgments of the Regional Labor Court of the 6th Region, in the interest of verifying how to apply the statute of limitations to the lawsuits filed before the decision of the STF issued on 13.11.2014.

Keywords: Decision – FGTS – Prescription – STF.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ARE – Recurso Extraordinário com Agravo

Art. – Artigo

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

Col – Colegiada

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CTN – Código Tributário Nacional

CTPS – Carteira de Trabalho e Previdência Social

FADIC – Faculdade Damas da Instrução Cristã

FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

LDTA – Limitada

RR – Recurso de Revista

S.A – Sociedade Anônima

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
2. CONTEXTUALIZAÇÃO DO INSTITUTO DO FGTS E SUA NATUREZA JURÍDICA.....	12
2.1. Breve Contextualização do Instituto do FGTS.....	12
2.2. Do Regime de Estabilidade Decenal	13
2.3. Da Criação do FGTS	14
2.4. O FGTS como Regime Único após a Constituição de 1988	15
2.5. As Teorias da Natureza Jurídica do FGTS	17
3. DO ENTENDIMENTO DO STF SOBRE A PRESCRIÇÃO DO FGTS: Análise dos Efeitos e das Modulações Estabelecidos na Decisão.....	32
3.1. Breve Conceito dos Efeitos <i>Ex Nunc</i> e <i>Ex Tunc</i>	32
3.2. A Necessária Compreensão do Controle de Constitucionalidade	23
3.3. Controle de Constitucionalidade pelo Poder Judiciário	24
3.4. Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes.....	25
3.5. Da Decisão do STF sobre a Prescrição do FGTS	27
4. ANÁLISE DE PRECEDENTES JUDICIAIS DO TRT DA 6ª REGIÃO SOBRE A PRESCRIÇÃO DO FGTS NAS AÇÕES TRABALHISTAS AJUIZADAS ANTES DE 13.11.2014	28
4.1. Processo nº 0000842-92.2014.5.06.0261	28
4.2. Processo nº 0000683-87.2013.5.06.0002	30
4.3. Processo nº 0000204-52.2013.5.06.0016	32
4.4. Considerações Finais quanto às Decisões Analisadas	34
5. CONCLUSÃO.....	36
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39

INTRODUÇÃO

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) foi instituído em 1966, objetivando a criação de uma “poupança” forçada, constituindo um pecúlio para o trabalhador quando de sua aposentadoria, ou ainda, por ocasião da rescisão de seu contrato de trabalho.

Trata-se de um pecúlio cuja sua natureza jurídica, até recentemente, era rodeada de discussões e bastante conturbada, tendo em vista as várias teorias e jurisprudências que ao longo dos anos se modificaram desde sua origem.

Inegável, entretanto, que se constitui um direito benéfico ao trabalhador, em substituição ao antigo regime de estabilidade decenal, mesmo diante da controvérsia existente a respeito desta mudança.

Sua importância como um direito adquirido dos trabalhadores se demonstra nos próprios moldes de seu conceito, visto tratar-se de uma reserva em favor do empregado, para que este efetue o saque da quantia adquirida ao longo dos anos de serviços, nos momentos previstos em lei, como, por exemplo, em caso de dispensa imotivada.

Recentemente, o Supremo Tribunal de Federal (STF), ao julgar o Recurso Extraordinário com Agravo nº 709.212, analisou a natureza jurídica do instituto alterando o entendimento doutrinário, e estabelecendo juridicamente a sua natureza de direito trabalhista. Com isso, conseqüentemente a decisão mudou a prescrição para cobrar o FGTS em atraso ou não depositado, antes trintenária para quinquenal.

Porém, na decisão, o Ministro Relator Gilmar Mendes, estabeleceu no seu voto uma cláusula de modulação *ex nunc*. Assim, a decisão gera efeitos a partir do arbitramento da nova regra de aplicação, não retroagindo aos processos já ajuizados.

Segundo o Ministro relator, isso é necessário porque a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), já estavam consolidadas em afirmar que a prescrição do FGTS era de 30 (trinta) anos. Logo, para estabelecer uma segurança jurídica foi necessário regrar o período de transição.

Por outro lado, alguns juízes trabalhistas de primeiro grau, no Estado de Pernambuco, após a decisão do STF em 13.11.2014, passaram a proferir sentenças com prescrição quinquenal, independente da data do evento danoso ou da propositura da ação, considerando, portanto, a modulação *ex tunc*.

Como no recente caso ocorrido em Pernambuco, onde a reclamante tinha a Carteira de Trabalho e Prestação de Serviços (CTPS) assinada em 24.04.06 e nunca havia sido

pago o FGTS até o ajuizamento da ação em 25.08.2014, e que em sentença o juiz declarou a prescrição do direito de agir no tocante aos direitos anteriores ao período de 25.08.2009.

Diante do considerável número de sentenças proferidas em que houve reforma pelo Tribunal Regional do Trabalho (TRT) de Pernambuco, surgiu a necessidade de analisar a aplicação do prazo prescricional entre o período de transição da trintenária para a quinquenal entre as datas de 13.11.2014 a 13.11.2019, após a decisão do STF estabelecida pelo voto vencedor do Ministro Relator Gilmar Mendes.

Essas sentenças proferidas por juízes de 1º grau não observaram o efeito *ex nunc* estabelecido no voto vencedor do ARE nº 709.212. Dessa forma, surgiu o problema: Diante da decisão do STF de 13.11.2014, para as ações já ajuizadas antes desta data, qual seria a prescrição aplicável à espécie?

A possível prescrição a ser aplicada à espécie é de trinta anos, visto que deve ser observado o efeito *ex nunc*, estabelecido no voto vencedor da decisão do Recurso Extraordinário com Agravo nº 709.212, pelo então Relator Ministro Gilmar Mendes, bem como a teórica ausência de efeito vinculante *ergas omnes* no controle difuso de constitucionalidade.

Diante da decisão do STF de alterar a prescrição para reclamar do atraso ou ausência de pagamento do FGTS em 13.11.2014, muitas decisões de 1º grau não observaram o efeito *ex nunc* estabelecido na decisão. O presente estudo tem como objetivo geral discutir as regras de aplicação da prescrição do FGTS no período de 13.11.2014 a 13.11.2019, nos casos em que houve o ajuizamento da ação antes da decisão. Para isso, tem-se como objetivos específicos: contextualizar o instituto do FGTS desde seu surgimento até sua atual conjuntura; analisar a natureza jurídica do FGTS; demonstrar a aplicação da nova prescrição do FGTS após a decisão de 13.11.2014, no âmbito da jurisdição trabalhista em Pernambuco; verificar a aplicação do controle de constitucionalidade difuso entendendo seu efeito vinculante e a aplicação da modulação *ex nunc*.

Para alcançar os objetivos propostos, foi utilizado o método de pesquisa explicativo dedutivo, qualitativa, por método analítico, por meio de revisão bibliográfica e jurisprudencial. É explicativo dedutivo porque busca explicar a hipótese por intermédio de decisões anteriores, nas quais fora estabelecida a modulação *ex nunc*, relacionando com a decisão em estudo. Qualitativa, uma vez que interpreta a decisão proferida pelo STF, e na qual as hipóteses são construídas após a observação. É analítico por somente analisar os fenômenos constatados, já existentes sem intervenção. Infere-se uma verdade geral não contida nas partes isoladamente examinadas. Serão utilizadas pesquisas bibliográficas em

livros, artigos jurídicos e não jurídicos, legislação nacional e jurisprudência complementar sobre a temática.

Apresenta-se na primeira parte uma contextualização do FGTS, demonstrando sua natureza jurídica desde do surgimento até a nova interpretação do STF, e com isso buscar entender por que houve a decisão e a consequente mudança da prescrição.

Na segunda parte, analisa-se o voto, alvo deste estudo, do Relator Ministro Gilmar Mendes buscando e com isso o efeito vinculante do controle de constitucionalidade difuso, entendendo a modulação *ex nunc*.

Por fim, busca-se analisar as sentenças reformadas pelo TRT de Pernambuco, e as consequências da decisão do STF, demonstrando porque houve a retificação e qual a prescrição deve ser aplicada nos casos em que a ação foi ingressada antes de 13.11.2014.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO DO INSTITUTO DO FGTS E SUA NATUREZA JURÍDICA

Esta parte tem como principal objetivo contextualizar o FGTS, apresentando o instituto desde antes do seu surgimento à atual conjuntura, analisando a natureza jurídica da espécie.

Indica como funcionavam as garantias dos trabalhadores, em caso de dispensa imotivada, bem como os direitos indenizatórios antes da criação do FGTS, como o regime decenal de estabilidade.

Analisa-se a criação do FGTS como regime alternativo ao regime de estabilidade decenal, as consequências e críticas que surgiram, passando pela promulgação da Constituição de 1988, quando passou a ser o único regime protecionista dos trabalhadores.

Por fim, apresenta-se a controvérsia sobre sua natureza jurídica que ocasionou diferentes teorias sem que houvesse uma uniformização no entendimento, e a consequente relevância que levou a matéria ao STF.

2.1. Breve Contextualização do Instituto do FGTS

Antes da criação do FGTS, o trabalhador era regido pela CLT, que lhe garantia o regime da estabilidade decenal no emprego, assegurado pela Constituição Federal de 1946 e regulado pela CLT, bem como era garantida ao obreiro uma indenização pecuniária em caso de dispensa imotivada nos moldes estabelecidos nesta legislação consolidada.

O regime decenal foi o único instituto protetivo ao obreiro até 1966, com a criação da lei que instituiu o regime alternativo do fundo, conforme se depreende dos ensinamentos de Saraiva (2012, p. 296): “Essa realidade perdurou até 1966, quando surgiu o denominado FGTS, com a Lei nº 5.107, criado como alternativa ao antigo regime da CLT, passando a vigorar dois sistemas jurídicos paralelos”.

O FGTS foi criado como um regime alternativo ao da estabilidade decenal existente à época, visto que era comum os empregadores rescindirem os contratos, antes de completarem 10 (dez) anos de serviços na mesma empresa, para evitar a estabilidade dos funcionários.

Sobre o assunto, assim leciona Alexandrino (2006, p. 250): “à época, o empregado tinha o direito de optar pelo regime do FGTS ou pela estabilidade decenal, que lhe garantia uma indenização em dobro na hipótese de dispensa sem justa causa”.

Esta dualidade de regimes perdurou até a promulgação da Constituição de 1988, conforme explicado por Saraiva (2012, p.297):

Com a CF/88, o regime do FGTS passou a ser obrigatório, desaparecendo a indenização fixada nos arts. 477 e 478 da CLT, bem como estabilidade decenal, sendo assegurada, entretanto, o direito adquirido à estabilidade aos que, na data da promulgação da Carta Magna (5.10.1988), já haviam completado 10 anos de serviço.

Mesmo com a criação do referido Fundo, as críticas e fraudes não cessaram, pois os empregadores não admitiam os funcionários que optassem pelo regime do FGTS, o que gerou vários litígios jurídicos com fundamentos no vício de vontade.

Os empregados buscavam o Judiciário para garantir o FGTS. Apesar do vício de vontade ser evidente, era exigida prova da vontade do empregado à época de sua contratação, o que gerou discussões acerca das provas, até que o assunto foi resolvido pelo TST por meio de súmula.

Desse modo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o FGTS passou a ser o único regime de garantia do trabalhador, sendo obrigatório para todos os obreiros, extinguindo o regime de estabilidade decenal, permanecendo estável apenas aqueles com direito adquirido.

Sua atual conjuntura foi estabelecida com a Lei nº 7.839/1989. Desde sua promulgação, a prescrição para reclamar o FGTS atrasado vem sendo debatida pelos doutrinadores do Direito. Surgiram diversas teorias para explicar sua natureza jurídica. Recentemente o STF, ao julgar o Recurso Extraordinário com Agravo nº 709.212, estabeleceu sua natureza jurídica, alterando a prescrição para reclamar o FGTS atrasado.

2.2. Do Regime de Estabilidade Decenal

Antes da criação do FGTS, o trabalhador era regido pela CLT, que estabelecia o direito à indenização em casos de dispensa imotivada, nos moldes dos artigos 477 e 478 da CLT, o que correspondia a um salário por ano trabalhado, ou fração igual ou superior a 6 (seis) meses, conforme se observa na leitura dos artigos correspondentes:

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 cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa.

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.

Também era garantida a estabilidade no emprego ao obreiro que completasse 10 (dez) anos de serviços ininterruptos na mesma empresa, impossibilitando ao empregador dispensá-lo imotivadamente, em face da aplicação do princípio da continuidade da relação de emprego.

Assim, somente poderia ser dispensado em caso de falta grave, devidamente apurada, por meio de reclamação trabalhista, promovida pelo empregador, perante a Justiça do Trabalho, o qual se denominava “inquérito para apuração de falta grave”, conforme previsto nos artigos 492, 494 e 853 da CLT:

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.

Art. 494 - O empregado acusado de falta grave poderá ser suspenso de suas funções, mas a sua despedida só se tornará efetiva após o inquérito e que se verifique a procedência da acusação.

Art. 853 - Para a instauração do inquérito para apuração de falta grave contra empregado garantido com estabilidade, o empregador apresentará reclamação por escrito à Junta ou Juízo de Direito, dentro de 30 (trinta) dias, contados da data da suspensão do empregado.

Por outro lado, como dito, era comum a frustração deste desse direito pelo empregador, que para evitar a estabilidade de seus funcionários, dispensava-os pouco antes de completarem 10 (dez) anos de serviço e readmitindo-os logo após.

2.3. Da Criação do FGTS

O FGTS foi criado em 13.09.1966 por meio da Lei nº 5.107/1966, objetivando regularizar a relação entre empregado e empregador, tendo em vista os conflitos de interesse existentes à época, surgindo como uma alternativa ao regime de estabilidade, bem assim para constituir um pecúlio em favor do trabalhador quando de sua aposentadoria, ou ainda, por ocasião da rescisão de seu contrato de trabalho, conforme entende Alexandrino (2006, p. 250), ao dispor que:

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) é uma conta bancária formada por depósitos efetuados pelo empregador, que o trabalhador pode utilizar nas ocasiões previstas em lei. Trata-se de uma reserva de numerário em favor do empregado, para que este efetue o saque no momento de sua dispensa na empresa, ou diante de situações excepcionais previstas em lei.

Para o empregado, o FGTS surgiu, visando a representar um mecanismo de proteção social, garantindo uma indenização por ocasião das dispensas imotivadas ou um recurso extra no momento de sua aposentadoria. Também era possível utilizar os recursos adquiridos em substituição a financiamentos imobiliários. Indiretamente, tinha como objetivo, diante da administração do Estado, a aplicação de investimentos governamentais em saneamento básico e infraestrutura urbana.

Tal Lei nº 5.107/1966, que instituiu alternativa ao sistema da CLT, o qual poderia ser escolhido pelo empregado, estabeleceu que o fundo de recursos seria abastecido pelos empregadores, mediante o depósito obrigatório de 8% (oito por cento) da remuneração do empregado, sendo efetuado em uma conta específica, em nome de cada trabalhador.

O FGTS não foi exigido logo após a sua publicação, tendo em vista que houve um momento de transição do antigo regime, quando foi dado ao empregado o direito de escolha entre os regimes. Sua escolha deveria constar na Carteira de Trabalho e Emprego, no momento de sua contratação. Aos empregados já contratados, foi estabelecido o prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias a contar da vigência da lei.

Mesmo sendo uma escolha do empregado, tratava-se na verdade de uma falsa opção, uma vez que, se o trabalhador preferisse a estabilidade a esse novo regime, possivelmente não conseguiria o emprego, fato este, evidenciado por Alexandrino (2006, p. 250) ao lecionar que: “na prática, após a sua instituição, nenhuma empresa admitia mais um empregado se ele não optasse pelo FGTS”.

Evita-se, portanto, na hipótese de uma rescisão contratual imotivada, o pagamento de uma indenização superior aos valores depositados por força do FGTS, além de impedir que seus empregados garantissem a estabilidade após 10 (dez) anos de serviços em suas empresas.

2.4. O FGTS como Regime Único após a Constituição de 1988

Com a promulgação da Constituição Federal em 05.10.1988, o FGTS passou a ser o único regime de tutela do tempo de serviço do trabalhador, sendo obrigatório para todos os obreiros, extinguindo o regime de estabilidade decenal.

Em 1989, a Lei nº 5.107/1966 foi revogada com o advento da Lei nº 7.839/1989, a qual estabeleceu, inclusive, regras para a aplicação do regime aos que na época da nova constituição não eram optantes do FGTS. A partir da publicação desta lei, o FGTS teve um aumento em sua arrecadação, passando a ser possível a elaboração de um balanço financeiro do fundo. A Lei nº 7.839/1989 foi revogada poucos meses depois de sua publicação.

A Lei nº 8.036/1990, que revogou a, então recente Lei nº 7.839/1989, passou a instituir as atuais regras vigentes de aplicação do FGTS, que na sua atual conjuntura se constitui em obrigatoriedade de pagamento pelo empregador de 8% (oito por cento) da remuneração percebida pelo obreiro, devendo esta quantia ser depositada até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada ao empregado. Em caso de dispensa imotivada do trabalhador, fica o empregador obrigado a depositar a indenização de 40% (quarenta por cento) sobre o montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato.

Mesmo com a revogação do regime de estabilidade, permaneceram estáveis aqueles que já possuíam 10 (dez) anos de trabalho na mesma empresa, conforme explica Alexandrino (2006, p. 251): “Evidentemente, as pessoas que tinham direito adquirido à estabilidade, por ter completado 10 anos de serviço antes da promulgação da Constituição de 1988 (até 04/10/88), não foram prejudicadas com o novo sistema único do FGTS”.

Aos trabalhadores, não optantes do fundo, até a promulgação da Constituição de 1988, lhe foi garantido direito híbrido, em caso de dispensa imotivada, e nas palavras de Saraiva (2012, p. 299): “o tempo de serviço do obreiro não optante do FGTS, anterior à promulgação da CF/88, em caso de dispensa imotivada pelo empregador, é regido pelo antigo regime consolidado (CLT, art. 477, 478 e 497), sendo regido pelo FGTS o período posterior à CF/88”.

Dessa forma, aqueles que já haviam preenchido os requisitos da estabilidade decenal antes da Constituição de 1988, por direito adquirido, passaram a fazer parte também do sistema do FGTS, reconhecendo-se o caráter misto ao sistema jurídico de tutela do tempo de serviço de tais trabalhadores.

A lei permitia aos trabalhadores transacionar, com seus empregadores, o período anterior à Constituição, desde que respeitado o limite mínimo estabelecido de 60% (sessenta por cento) da indenização prevista ao período, revogando seu direito à estabilidade. Aos que fizeram esta opção, em caso de dispensa imotivada, teriam direito apenas aos 40% (quarenta por cento) dos depósitos do FGTS a partir da Constituição de 1988.

Nos moldes do artigo 14, em seu §3º, era permitido ao empregador desobrigar-se da responsabilidade da indenização relativa ao tempo de serviço anterior à opção, desde que depositasse em conta vinculada do obreiro o valor correspondente à indenização, até o último dia útil do mês previsto em lei para o pagamento de salário.

Os trabalhadores a qualquer tempo, poderiam optar pelo regime do FGTS, retroagindo ao início da vigência do fundo em 01.01.1967 ou, se posterior, à data de sua admissão, sendo esta escolha vedada aos trabalhadores domésticos e rurais, visto que estes não possuíam direito ao FGTS até a promulgação da Constituição de 1988.

Entretanto, à época, esta escolha somente retroagia em caso de concordância pelo empregador, visto que o TST, em julgamento sobre a matéria, firmou o entendimento de que a conta do empregado não optante era de propriedade do empregador. Somente após a Constituição de 1988, todas as contas passaram a ser vinculadas ao obreiro.

2.5. As Teorias da Natureza Jurídica do FGTS

O entendimento quanto à natureza jurídica do FGTS não era consolidado e já existiram vários pontos de vista, o que tornava difícil chegar a uma só conclusão. A doutrina e os próprios juristas tinham dificuldade e não conseguiam chegar a um entendimento comum.

Houve por alguns anos a consolidação da natureza jurídica do FGTS como uma contribuição social, devido à jurisprudência do TST, inclusive este entendimento, da Súmula nº 362, até a decisão do STF de 13.11.2014, rezava que “É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho”. Tal súmula foi utilizada pelos demais tribunais trabalhistas, mas a matéria continuava conturbada e debatida pela doutrina.

Devido ao seu caráter de poupança obrigatória, sua natureza jurídica foi muito debatida ao longo de sua história e, segundo Saraiva (2012, p.300), “Diversas teorias surgiram para explicar a natureza jurídica do FGTS, dentre elas: a) contribuição fiscal; b) contribuição parafiscal; c) natureza previdenciária; d) salário deferido”. Como leciona, diversas teorias surgiram para explicar a natureza jurídica do FGTS, por meio de doutrinas e jurisprudências que tentavam justificar a aplicação do prazo prescricional de 30 (trinta) anos, para reclamar o FGTS atrasado.

A controvérsia quanto à natureza jurídica do FGTS é bastante evidenciada na doutrina, não sendo incomum encontrar nas obras os autores mencionando tal fato, como se vê em Leite (2016, p. 547): “Não há, em doutrina, uniformidade quanto à natureza jurídica do

Fundo de Garantia do Tempo de Serviço” e em Moura (2016, p. 422): “Existem várias teses para explicar a natureza jurídica do FGTS”.

Em suas obras, ambos entram no debate doutrinário, não só elencando teorias, das quais discordam, como expondo suas opiniões. Para Moura (2016, p. 422): “sua natureza é aquela que o define como salário deferido. De fato, a intenção do FGTS é proporcionar ao empregado alguma forma de subsistência diante da perda do emprego. Daí ser correta a referência a salário, e diferido, porque o sentido de diferir é adiar, postergar”.

Alguns doutrinadores defendem a natureza indenizatória e parafiscal, dentre eles, Leite. O autor em sua obra embasa sua opinião no caráter indenizatório do instituto, uma vez que, como visto nesta obra, o FGTS surgiu em substituição a uma indenização existente na época, e em sua característica parafiscal, por ter seus recursos arrecadados usados em favor do Estado para uso em prol da sociedade.

Conforme mencionado por Saraiva houve quem considerasse o fundo com natureza de tributo ou contribuição parafiscal, tendo em vista a sua obrigatoriedade pelo ordenamento jurídico e o recolhido em favor do Estado com o intuito de arrecadar fundos para subsidiar o sistema financeiro de habitação em prol da sociedade, fazendo com que o seu recolhimento beneficiasse de outras formas o empregado. Porém, desde antes da Constituição Federal de 1988, o STF já havia pacificado o tema, em sentido contrário a tais teses no julgamento do Recurso Extraordinário nº 100249, *ibis litren*:

Fundo de garantia por tempo de serviço. Sua natureza jurídica. Constituição, art. 165, XIII. Lei n. 5.107, de 13.9.1966. As contribuições para o FGTS não se caracterizam como crédito tributário ou contribuições a tributo equiparáveis. Sua sede está no art. 165, XIII, da constituição. Assegura-se ao trabalhador estabilidade, ou fundo de garantia equivalente. Dessa garantia, de índole social, promana, assim, a exigibilidade pelo trabalhador do pagamento do FGTS, quando despedido, na forma prevista em lei. Cuida-se de um direito do trabalhador. Dá-lhe o estado garantia desse pagamento. A contribuição pelo empregador, no caso, deflui do fato de ser ele o sujeito passivo da obrigação, de natureza trabalhista e social, que encontra, na regra constitucional aludida, sua fonte. A atuação do estado, ou de órgão da administração pública, em prol do recolhimento da contribuição do FGTS, não implica torná-lo titular do direito a contribuição, mas, apenas, decorre do cumprimento, pelo poder público, de obrigação de fiscalizar e tutelar a garantia assegurada ao empregado optante pelo FGTS. Não exige o estado, quando aciona o empregador, valores a serem recolhidos ao erário, como receita pública. Não há, daí, contribuição de natureza fiscal ou parafiscal. Os depósitos do FGTS pressupõem vínculo jurídico, com disciplina no direito do trabalho. Não se aplica as contribuições do FGTS o disposto nos arts. 173 e 174, do CTN. recurso extraordinário conhecido, por ofensa ao art. 165, XIII, da constituição, e provido, para afastar a prescrição quinquenal da ação. (BRASIL, 1987)

Desse modo, o STF concluiu que a natureza jurídica do FGTS seria de contribuição trabalhista social, em virtude de ser uma parcela paga pelo empregador.

Apesar de toda controvérsia, o próprio TST tentou pacificar o entendimento da natureza jurídica do FGTS como uma indenização ao trabalhador dispensado, uma vez que o regime substituiu a antiga indenização fixada nos artigos 477 e 478. Para tentar implementar este entendimento o TST chegou a editar a Súmula nº 98, cuja redação atual dispõe que:

I - A equivalência entre os regimes do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e da estabilidade prevista na CLT é meramente jurídica e não econômica, sendo indevidos valores a título de reposição de diferenças. (ex-Súmula nº 98 - RA 57/1980, DJ 06.06.1980)

II - A estabilidade contratual ou a derivada de regulamento de empresa são compatíveis com o regime do FGTS. Diversamente ocorre com a estabilidade legal (decenal, art. 492 da CLT), que é renunciada com a opção pelo FGTS. (ex-OJ nº 299 da SBDI-1 - DJ 11.08.2003). (BRASIL, 2015)

Por outro lado, também existem precedentes do STJ que defendiam o entendimento sobre a natureza jurídica do FGTS como contribuição social, a qual foi utilizada como justificativa para a aplicação do prazo prescricional de 30 (trinta) anos, conforme julgado do Agravo de Instrumento nº 445.189:

Definida a natureza jurídica do FGTS pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 100.249, em sessão de 02/12/87, pacificado está o entendimento de que não se aplica às suas contribuições a prescrição quinquenal, mesmo para o período compreendido anteriormente à EC 8/77 (BRASIL, 2002)

Segundo Loibman (2010, p. 66), em seu estudo para conclusão de curso, o qual aprofundou a respeito da natureza jurídica do FGTS, achou mais adequada a interpretação que considerou o instituto como crédito inerente ao contrato de trabalho.

Diante dos posicionamentos mencionados, pode-se observar a dificuldade que era em se chegar a uma conclusão quanto à natureza jurídica do FGTS, visto que havia muitas divergências, teorias, e até entendimentos por tribunais superiores divergentes. Porém, em sua maioria, utilizavam a aplicação do prazo prescricional de 30 (trinta) anos para reclamar o FGTS não recolhido, mesmo com as divergências quanto à natureza.

As teorias mais aceitas eram aquelas que defendiam a natureza jurídica híbrida, as quais afirmavam que deveria ser observado tanto o ângulo do empregado quanto do empregador.

Diante de tantas teorias e discussões sobre o tema era evidente a necessidade de se chegar a um consenso sobre o entendimento da natureza jurídica do FGTS, visto que alguns acreditavam que, mesmo com todas as teses jurídicas, não diferia de um direito puramente trabalhista, afastando assim as demais teses sobre sua natureza jurídica.

Na lide entre a bancária Ana Maria Movilla de Pires e Marcondes e o Banco do Brasil S/A, surgiu, a partir de um recurso extraordinário com agravo, a oportunidade ao STF de julgar o tema e consolidar o entendimento no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, o STF ao julgar o Recurso Extraordinário com Agravo nº 709.212, chegou à conclusão, por meio do voto vencedor preferido pelo Ministro Gilmar Mendes em 13.11.2014, que o entendimento sobre esse tema estava equivocado e seria necessário alterá-lo.

De acordo com tal Ministro, o prazo prescricional trintenário da Lei nº 8.036/1990 está em desacordo com o texto da Constituição de 1988, visto que o FGTS seria um direito trabalhista e, portanto, deveria ser aplicada a prescrição quinquenal. Desse modo, pôs-se fim à discussão quanto a sua natureza jurídica, porém ocasionando uma considerável perda da possibilidade de reclamar retroativamente o direito ao pagamento do FGTS por um período maior, aos que possuíam de 5 (cinco) a 24 (vinte e quatro) anos de tempo de serviço na empresa, sendo inegável que tal decisão não foi benéfica aos trabalhadores em geral.

3. DO ENTENDIMENTO DO STF SOBRE A PRESCRIÇÃO DO FGTS: Análise dos Efeitos e das Modulações Estabelecido na Decisão

Neste estudo buscar-se-á uma rápida compreensão dos conceitos quanto aos efeitos *ex nunc* e *ex tunc*, apresentando a origem das expressões, suas consequências e suas diferenças, no intuito de melhor compreender a leitura e os fatos apresentados.

Analisar-se-á também o controle de constitucionalidade, de forma a diferenciar o controle difuso e concentrado, com o objetivo de entender o efeito vinculante e a modulação *ex nunc* e *ex tunc* nos julgados de controle de constitucionalidade pelo STF.

Para compreender a aplicação vinculante dos julgados da Suprema Corte brasileira, deve ser entendida a aplicabilidade da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, a qual tenta justificar o efeito vinculante das decisões tomadas pelo STF em sede de controle de constitucionalidade difuso.

Por fim, será destrinchado o voto vencedor do Ministro Gilmar Mendes, o qual em sede de controle de constitucionalidade na forma difusa, aplicou efeito *ex nunc* e vinculante ao ordenamento jurídico, alterando o entendimento quanto à natureza jurídica do FGTS e sua consequente mudança no prazo prescricional.

Com isso, buscar-se-á entender como deve ser aplicada a prescrição após a decisão proferida pelo STF, bem assim a possibilidade jurídica de serem aplicados os efeitos vinculantes e *ex nunc* aos julgados do STF em sede de controle de constitucionalidade difuso.

3.1. Breve Conceito dos Efeitos *Ex Nunc* e *Ex Tunc*

Efeito *ex nunc* é uma expressão de origem latina que significa “desde agora”. No meio jurídico isso significa que os efeitos que estão sendo implementados não retroagem, passando a valer somente após a data, posterior à mudança ou de sua validação.

Este efeito é utilizado pelo STF para modular as consequências de suas decisões, de forma a evitar grandes prejuízos à sociedade com mudanças repentinas, em casos excepcionais em razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social. Para a sua aplicabilidade, é necessário utilizar o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, aplicado por analogia. Nesse sentido, no entendimento de Moraes:

A Constituição Federal, porém, previu um mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (CF, art. 52, X). Assim, ocorrendo essa declaração, conforme já visto, o Senado Federal

poderá editar uma resolução suspendendo a execução, no todo ou em parte, da lei ou ato normativo declarando inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, que terá efeitos ergas omnes, porém, *ex nunc*, ou seja, a partir da citada resolução senatorial. (MORAES, 2007, p. 691)

Em análise à Constituição Federal de 1988, em seu artigo 102, afirma-se a competência do STF de processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, garantindo o exercício do controle na forma concentrada.

Porém, conforme leitura do artigo 52 da Constituição Federal de 1988, verifica-se que é competência exclusiva do Senado Federal de “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (artigo 52, inciso X, CF/88). Dessa forma, alguns doutrinadores afirmam que não se pode aplicar efeito vinculante aos julgados do STF em sede de controle de constitucionalidade difuso, por ser competência exclusiva do Senado.

O efeito *ex tunc*, por outro lado, é o oposto do efeito anterior, tratando-se, portanto, do efeito que retroage à época dos fatos a ele relacionado, no caso do controle de constitucionalidade à data em que a referida norma ou lei passou a ser vigente. Em tese, é o efeito comum nos julgados de controle de constitucionalidade difuso, conforme evidenciado por Dantas:

Dessa forma, em apertada síntese, a decisão que declara a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo (essa sentença tem, como regra geral, *natureza declaratória*), preferida em um caso de controle difuso de constitucionalidade, produz eficácia apenas entre as partes litigantes (*inter partes*), com efeitos *ex tunc*, ou sejam retroativos à data da edição do diploma normativo. (2015, p. 174)

A origem da expressão também é latina, porém com sentido de “desde então”, “desde a época”. No meio jurídico, significa que os efeitos de uma decisão são retroativos à época da origem dos fatos a ele relacionados. Em regra, este efeito é aplicado às decisões definitivas no controle concentrado.

3.2. A Necessária Compreensão do Controle de Constitucionalidade

A Constituição Federal de 1988 está inserida no ápice da pirâmide estatal, e, nas palavras de Dantas (2015), é a lei das leis, sendo indispensável a existência de um mecanismo para garantir sua supremacia diante das normas infraconstitucionais, devendo o STF fiscalizar a compatibilidade das leis e demais atos normativos produzidos pelo poder público, perante as

regras e os princípios fixados na Constituição brasileira. E, conforme Moraes (2007, p. 674): “A idéia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais”.

Desse modo, o controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro é bastante complexo, existindo várias maneiras para sua aplicação, podendo ocorrer de forma preventiva, a qual tenta evitar que alguma lei ou norma seja instituída em desconformidade com a constituição, bem como de forma repressiva, buscando retirar do ordenamento jurídico as leis e normas inconstitucionais. O controle preventivo é exercido, em regra, pelos Poderes Executivo e Legislativo, enquanto o Poder Judiciário exerce o controle repressivo.

Portanto, o controle de constitucionalidade é exercido pelos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, dentro dos limites estabelecidos na Constituição, consoante lição de Dantas:

O Brasil adota um sistema de controle de constitucionalidade do tipo híbrido ou misto, prevendo, ao mesmo tempo, tanto o controle político, como o controle judicial (ou jurisdicional). Adota, igualmente, a um só tempo, os controles de constitucionalidade do tipo preventivo e repressivo, tanto pelo Poder Judiciário, como pelos demais Poderes do Estado. Buscou o constituinte pátrio, com tal medida, valer-se de todos os meios possíveis para garantir plena e eficaz da supremacia da Constituição Federal sobre o ordenamento infraconstitucional (DANTAS, 2015, p. 168).

Como visto nesta obra, o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário é misto, já que aceita tanto a forma concentrada como a forma difusa, ambos estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

Por um lado, a forma concentrada garante ao STF a competência para julgar e processar a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, conforme esclarecido no artigo 102 da Constituição.

Ladro outro, cabe ressaltar que a forma difusa se encontra estabelecida no artigo 97, o qual estende a possibilidade de exercer controle difuso pelo Poder Judiciário, por qualquer juiz ou tribunal.

Por fim, cabe salientar que o STF, ao julgar o recurso extraordinário com agravo que alterou o entendimento quanto ao prazo prescricional de reclamar o FGTS, utilizou o controle de constitucionalidade difuso, o qual, em regra, não tem efeito vinculativo, aplicando-se a modulação *ex tunc*, conforme já explicado.

3.3. Controle de Constitucionalidade pelo Poder Judiciário

O controle de constitucionalidade é o mecanismo de fiscalização e controle dos atos normativos produzidos pelo poder público e das leis, destinado a garantir que tais atos e leis estejam em conformidade com a Carta Magna. Nesse mesmo viés, Dantas defende que: “Caso da nossa Constituição Federal de 1988 – é considerada a lei das leis, inserida no ápice da pirâmide normativa estatal, compelindo todas as demais normas produzidas pelo Poder Público a observar os princípios e regras nela albergados”. (DANTAS, 2015, p. 148)

No ordenamento brasileiro, o sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Poder Judiciário é denominado de misto, diante da possibilidade de o controle ocorrer de forma concentrada ou difusa.

A forma concentrada é derivada da Constituição austríaca de 1920, e é conhecida também como o controle por ação direta. Genericamente, trata-se do controle exercido pela Suprema Corte de um país, com o objetivo de declarar diretamente a inconstitucionalidade, ou constitucionalidade, do ato ou norma que se pretende discutir, sendo que, no Brasil, está prevista no artigo 102, inciso III, alínea b, o qual dispõe que:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (BRASIL, 1988)

Dessa forma, é um processo em que, teoricamente, não há interesse processual de particulares na demanda, visto se tratar de um processo de natureza objetiva. A norma é que está sendo julgada pela Suprema Corte, e sua decisão irá produzir efeitos vinculantes a todos, decidindo se a norma está em conformidade com a constituição ou não, afirmando, assim, se deve ela permanecer válida dentro do ordenamento jurídico.

Já o controle difuso de constitucionalidade existe no Brasil, desde a primeira constituição republicana, atualmente estabelecido no artigo 97, da Constituição Federal de 1988. Caracteriza-se por não ser o objeto principal da ação, sendo apreciado de forma incidental pelo Poder Judiciário, o que o torna conhecido, também, como modelo incidental.

Dessa forma, deriva-se do modelo norte-americano, enquanto o modelo aberto, “surgiu em um país cuja constituição sequer o previa expressamente: os Estados Unidos da América” (DANTAS, 2015, p.173), no julgamento do caso Marbury e Madison, onde a

suprema corte do país concluiu que as normas infralegais deveriam respeitar os ditames constitucionais, sob pena de serem consideradas nulas pelo controle exercido no Poder Judiciário.

Pode ser utilizado por todas as instâncias do Poder Judiciário, porém, sem gerar efeito vinculante. Seu efeito é produzido apenas entre as partes litigantes da ação, não retirando a norma do ordenamento jurídico, permanecendo, assim, válida sua aplicação em relação aos demais casos.

O controle de constitucionalidade difuso, em regra geral, se modula no efeito *ex tunc*, retroagindo até o momento de eficácia da regra que se discute e não possui efeito vinculante, se aplicando apenas às partes existentes da ação, preservando a eficácia da norma, de forma a evitar que uma norma constitucional seja retirada sem a devida análise e sem a competência para tal.

3.4. Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes

Sobre a teoria da transcendência dos motivos determinantes, é possível que seja modulado outro efeito à decisão, caso haja a necessidade de garantir a proteção jurídica no caso concreto, ou mesmo que haja relevância social que leve a modular de forma diferente a eficácia da decisão, conforme ressalta a doutrina, ao dispor que:

Contudo, que, em caráter excepcional, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar um recurso extraordinário, poderá conferir eficácia *ex nunc* ou mesmo *pro futuro* à decisão preferida no controle difuso de constitucionalidade, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, utilizando-se, para tanto, o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, aplicado por analogia (DANTAS, 2015, p.175).

Recentemente a doutrina passou a defender a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, que aduz a possibilidade de que julgados do STF, por meio de controle difuso de constitucionalidade, possam produzir efeitos vinculantes para além das partes litigantes da ação.

No Brasil, essa teoria é também aceita pelo próprio STF e já possui, inclusive, precedente, com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 197.917-SP, no qual se declarou a inconstitucionalidade do artigo 6º da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela, que resultou na redução de número de vereadores do município, gerando efeito *pro futuro*, visto

que tal entendimento passou a valer também após a eleição seguinte à decisão e não somente na eleição em que foi objeto da discussão.

Por outro lado, parte da doutrina pátria aduz que esta teoria não poderia ser aqui aplicada, devido à incompatibilidade com a Constituição vigente, que em seus artigos 102 e 52, define as competências dos controles de constitucionalidade, e conforme se depreende da leitura do artigo 102, §2º, compete ao STF julgar o controle na forma concentrada, consoante a seguinte disposição:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (BRASIL, 1988)

Considerando a leitura estrita do referido §2º, do artigo em destaque, é perceptível a previsão constitucional da produção de efeito vinculante nas decisões definitivas, proferidas pelo STF, nas ações declaratórias de constitucionalidade, ou seja, no controle constitucional na forma derivada, mas sem fazer menção à forma difusa.

Como visto anteriormente, é inegável a previsão da competência exclusiva do Senado Federal de “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (artigo 52, inciso X, CF/88), o que corrobora com a ênfase dada ao poder do Supremo em se ater ao controle de constitucionalidade concentrado.

Portanto, a teoria da transcendência dos motivos determinantes implica uma nova interpretação da Constituição, visto que é necessário interpretar os mencionados artigos, de forma que permita, por analogia, o STF aplicar a teoria por meio do controle de constitucionalidade difuso, conforme explicado a seguir:

Como é fácil perceber, a teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão, proferida no controle difuso de constitucionalidade, implica verdadeira alteração na interpretação do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, de maneira que a suspensão da norma deixe de ser uma faculdade do Senado, passando referida Casa Legislativa a ficar vinculada à decisão do Supremo Tribunal Federal, devendo apenas dar publicidade, àquela decisão (DANTAS, 2015, p.181).

Assim, a recente interpretação do STF considera que compete ao Senado Federal, apenas dar publicidade à decisão que exerça o controle de constitucionalidade difuso. Dessa forma, torna possível a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, no ordenamento jurídico brasileiro, permitindo a vinculação das decisões, semelhante ao que se dá no controle concentrado de constitucionalidade.

3.5. Da Decisão do STF Sobre a Prescrição do FGTS

Por fim, analisar-se-á a decisão que alterou o entendimento quanto à natureza jurídica do FGTS, o que incorreu na conseqüente mudança na aplicação do prazo prescricional para reclamar os depósitos fundiários inadimplidos.

A presente decisão se deu em sede de Recurso Extraordinário com Agravo nº 709.212, em 13.10.2014, sob a presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, para decidir o tema com repercussão geral, o qual, por maioria, negou provimento ao recurso, para declarar a inconstitucionalidade, também por voto da maioria, do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/1990, e do art. 55 do Decreto nº 99.684/1990, na parte em que ressalvam o “privilégio do FGTS à prescrição trintenária”, haja vista que entenderam que tais previsões violavam o disposto no art. 7º, XXIX, da Carta de 1988, em conformidade com o voto vencedor do relator Ministro Gilmar Mendes.

Tal decisão foi importante para uniformizar o entendimento quanto à conturbada natureza jurídica do FGTS, que ao longo dos anos diversas teorias e jurisprudências tentaram. Porém, apesar de sua importância, não beneficiou de um modo geral o trabalhador, pois, ao contrário, acabou por trazer prejuízo àqueles quando seus empregadores não realizaram o adimplemento dos depósitos do FGTS como deveriam, visto que alterou a prescrição para reclamar do não recolhimento de 30 (trinta) para 5 (cinco) anos.

Cabe ressaltar, aqui, que tal decisão é por muitos doutrinadores considerada inconstitucional, por violar a própria Constituição Federal de 1988, que tem como princípio estabelecido, de forma implícita, em seu artigo 7º, no sentido de que se deve realizar a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, não havendo limite para o incremento da proteção e da melhoria da sua vida social, podendo, portanto, a proteção vir de qualquer fonte jurídica, conforme também evidenciado por Martinez (2015, p. 749).

Por fim, para efeito desta breve introdução do assunto é certo afirmar que o STF proferiu uma decisão que é bastante questionável do ponto de vista da aplicação do princípio do não retrocesso social.

4. ANÁLISE DE PRECEDENTES JUDICIAIS DO TRT DA 6ª REGIÃO SOBRE A PRESCRIÇÃO DO FGTS NAS AÇÕES TRABALHISTAS AJUIZADAS ANTES DE 13.11.2014

Buscar-se-á, nessa parte, analisar decisões proferidas pelo TRT de Pernambuco, trazendo as sentenças e acórdãos dos processos em análise, a fim de verificar se houve, de fato, reforma nos julgados.

Dessa forma, demonstrar-se-á qual prescrição está sendo aplicada pelos juízes trabalhistas de primeira instância, e qual o entendimento do TRT da 6ª região quanto a decisão de 13.11.2014.

4.1. Processo nº 0000842-92.2014.5.06.0261

O processo nº 0000842-92.2014.5.06.0261 é uma ação trabalhista de rito ordinário, a qual tramitou na 1ª Vara do Trabalho de Ribeirão, ingressada pelo reclamante José Nilson Da Silva contra a reclamada Zihuatanejo do Brasil Açúcar e Álcool S/A, sendo distribuída em 25.05.2014.

O reclamante desta ação, aduziu em síntese que laborou com carteira assinada desde 24.04.2006, tendo exercido a função de rurícola, e entre seus pedidos, requereu que a reclamada fosse condenada ao pagamento do FGTS não depositado durante o período em que laborou.

Em audiência de instrução e julgamento realizada no dia 13.03.2015, a Juíza Titular, Renata Lapenda Rodrigues de Melo, que presidiu e julgou a demanda, decidiu declarando a prescrição dos direitos anteriores a 25.08.2009, com a seguinte fundamentação:

Incumbe a este Juízo, mediante atuação *ex officio* imposta pelo art. 219, parágrafo 5º do CPC, declarar prescrito o direito de agir do reclamante no tocante aos direitos prescritíveis e exigíveis por via acionária no período anterior a 25/08/2009, uma vez que esta reclamatória foi ajuizada em 25/05/2014, extinguindo, com julgamento de mérito, a parte postulação atingida pelo instituto prescricional declarado, inclusive quanto ao pedido de FGTS, tendo em vista a recente mudança de entendimento do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 709212, com repercussão geral reconhecida, no sentido de modificar o prazo de prescrição aplicável à cobrança de valores não depositados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, de 30 (trinta) anos para 5 (cinco) anos. (BRASIL, 2015)

Ao pronunciar *ex officio* a prescrição, a juíza incluiu também o FGTS, aplicando o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, declarando extinto o direito de agir no tocante aos direitos anteriores a 25.09.2009.

Para tal decisão, fundamentou-se que o STF havia modificado o entendimento, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 709.212, do prazo prescricional, modificando a prescrição aplicável à espécie, reduzindo de 30 (trinta) para 5 (cinco) anos.

Em sua decisão, a Juíza não mencionou a respeito da possibilidade jurídica da aplicação do efeito vinculante nas decisões do STF, o qual aplicando o controle constitucional difuso, julgou o referido recurso nº 709.212, tendo em vista que, tal entendimento quanto sua aplicabilidade encontra-se plenamente aceito pelos juristas, apesar da controvérsia existente, em face da sua possibilidade constitucional.

Ademais, não se fez menção quanto ao efeito modular temporal, porém, está implícito que a Juíza considerou a aplicação existente de modo a retroagir, retroagindo os efeitos da decisão, pois conforme se observa, em sua própria fundamentação, a reclamação foi ajuizada em maio de 2014, sendo que a decisão do STF ocorreu 6 (seis) meses depois de ajuizada a ação.

Houve recurso ordinário questionando a aplicação da prescrição quinquenal, invocando em sua fundamentação o princípio da irretroatividade da lei para afirmar que a nova prescrição não alcançaria a presente demanda, devido ao ajuizamento da ação ser anterior à decisão do STF.

O recurso tramitou na 1ª Turma do TRT de Pernambuco, sendo que o Juiz Convocado Hélio Luiz Fernandes Galvão foi o relator do acórdão. Ao proferir seu voto, o então relator, fundamentou citando o voto do Ministro Gilmar Mendes, afirmando que, não obstante o STF ter declarado a inconstitucionalidade das normas que previam a prescrição trintenária, com fulcro na segurança jurídica, foi atribuído o efeito *ex nunc*, assim julgando a lide dessa forma:

Na hipótese, portanto, tem-se que a prescrição aplicável é trintenária. Seja porque a parte ajuizou a ação em 25.08.2014 - quando ainda se entendia aplicável o prazo de trinta anos -, o que acarretou a interrupção do prazo prescricional, com lastro na norma do art. 219 do Código de Processo Civil, seja porque, mesmo de acordo com a regra transitória adotada pelo Excelso STF e consolidada na Súmula 362, do TST, o autor teria até a data de 13.11.2019 para buscar em juízo o adimplemento dos depósitos do FGTS, considerando que sua admissão ocorreu em 24.04.2006. (BRASIL, 2015)

Seguindo o voto do relator, os demais Desembargadores acordaram, por unanimidade, pela reforma da sentença afastando a prescrição quinquenal e reconhecendo a aplicação da prescrição trintenária no presente caso, visto que o processo foi ajuizado antes da decisão do STF.

4.2. Processo nº 0000683-87.2013.5.06.0002

A presente reclamação trabalhista tramitou no rito ordinário, na 2ª Vara do Trabalho do Recife, ajuizada pelas reclamantes Micheline Angelica Almeida Alves, Nathalia Soares Rocha de Santana, Fabiana Soares de Vasconcelos Ferreira e Paulina Maria da Silva, em favor da reclamada Centro Especializado em Reabilitação (CER).

Na reclamação trabalhista, aduziu-se que as partes reclamantes haviam laborado clandestinamente para a parte reclamada, a qual não fazia o pagamento do FGTS, não recolhia contribuições previdenciárias, não arcava com o pagamento de 13º (décimo terceiro) salário, tendo rescidido o contrato sem o pagamento das verbas rescisórias, além de reclamarem o não pagamento de salário nos meses de novembro e dezembro de 2012 e janeiro de 2013.

Em audiência de julgamento, ocorrido no dia 04.09.2014 e presidida pela Juíza Titular Renata Conceição Nóbrega Santos, foi reconhecida pela reclamada a prestação de serviços aduzidas pelas reclamantes. Cabe ressaltar que apenas Micheline Angelica Almeida Alves, laborou por período superior a 5 (cinco) anos.

Não havendo acordo em audiência, a Juíza proferiu sentença julgando parcialmente os pedidos, considerando prescritos os pedidos com mais de 5 (cinco) anos, inclusive considerando o FGTS como direito trabalhista, declarando sua prescrição, nos seguintes termos:

Ajuizada a presente reclamação aos 13/05/2013, tendo a primeira reclamante alegado contrato de trabalho com a reclamada desde fevereiro de 2000, resta apanhada pelo cutelo prescricional a pretensão daquela anterior ao quinquênio de ajuizamento desta reclamação (13/05/2008).

A Constituição Federal, em seu art. 7º, inciso XXIX, garante aos trabalhadores “ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”.

Destarte, acolho a prescrição suscitada e declaro prescrita a pretensão da primeira reclamante quanto ao período anterior a 13/05/2008 e extingo-a com resolução de mérito (art. 269, IV, CPC). (BRASIL, 2015)

A Juíza em sua decisão, ao decidir a respeito do não pagamento dos direitos trabalhistas e das verbas rescisórias entendeu, da seguinte forma com relação à primeira demandante:

Considerando que a ré alega não pagamento dos direitos trabalhistas e das verbas rescisórias sob o argumento – já afastado – de que o vínculo era autônomo e não empregatício, julgo procedente em parte os seguintes pedidos:

1ª reclamante: aviso prévio indenizado, 13º salários integrais de 2008 a 2012, 01/12 de 13º salário proporcional de 2013 (integração do aviso prévio), férias em dobro + 1/3 dos períodos concessivos 2008/2009, 2009/2010, 2010/2011, férias simples + 1/3 do período concessivo 2011/2012, salários de novembro e dezembro de 2012 (não há comprovação do pagamento destes nos autos) e FGTS indenizado de todo o período imprescrito (prescrição quinquenal, nos moldes do recente julgamento do Col. STF) + multa de 40%;

Sendo assim, foi aplicado o prazo de 5 (cinco) anos para postular depósito não havidos de FGTS com fulcro na decisão do STF, declarando prescritos o direito de agir no tocante aos direitos anteriores. Em sua decisão, a Juíza não mencionou a respeito dos efeitos da decisão do STF nem da aplicação do controle de constitucionalidade.

Dessa forma, prejudicada, a primeira reclamante interpôs recurso ordinário questionando a aplicação da prescrição quinquenal, aduzindo que a reclamação havia sido distribuída em 13.05.2013, antes da decisão do STF.

O recurso tramitou na 4ª Turma do TRT de Pernambuco, sendo que o Desembargador Paulo Alcântara foi o relator do acórdão, mas que, ao proferir seu voto, deixou sua opinião quanto a preferência da aplicação da prescrição trintenária, fazendo uma crítica à mudança.

Em sua fundamentação, o relator considerou a modulação *ex nunc* estabelecida no julgado do STF, reformando a decisão de 1ª instância e reconhecendo a aplicação da prescrição trintenária no caso concreto, nos moldes que seguem:

Todavia, ainda que se considere a modulação dos efeitos daquele julgamento, com a aplicação da regra do que ocorrer primeiro; o prazo prescricional de 05 (cinco) ou de 30 (trinta) anos a partir do já mencionado julgamento (13.11.2014) entendo que somente as ações ajuizadas a partir daquela data, marco inicial da disciplina, poderá haver a modulação aqui tratada, não se aplicando, pois, às ações ajuizadas antes da vigência das novas regras. É o caso dos autos, posto que ajuizada a reclamação em 13.05.2013. (BRASIL, 2015)

Os demais Desembargadores acordaram, por maioria, dar provimento ao recurso da primeira requerente para afastar a aplicação da prescrição quinquenal em relação ao depósito do FGTS, estendendo a condenação por todo o período laboral.

4.3. Processo nº 0000204-52.2013.5.06.0016

A reclamação trabalhista de nº 0000204-52.2013.5.06.0016 tramitou na 16ª Vara do Trabalho do Recife, e foi ajuizada pelo reclamante Getúlio Gutemberg Souza de Azevedo, em face da reclamada Radier Centro Educacional LTDA, proposta em 20.02.2013.

Em síntese, o reclamante aduziu que laborou de 01.03.1992 a 20.02.2013, porém teve sua CTPS assinada apenas no ano de 1994, e que recebia adicional salarial por fora. Dentre os pedidos, requereu o pagamento do FGTS não depositado do período em que laborou clandestinamente e o proporcional ao salário pago por fora.

Em audiência ocorrida em 02.06.2014, foram ouvidas as partes litigantes e 2 (duas) testemunhas trazidas pela reclamante. A reclamada negou que houve a prestação de serviço no período de 1992 a 1994 e ainda aduziu que a escola encerrou suas atividades em 2012. As testemunhas corroboraram com a reclamação quanto ao pagamento de salário por fora da CTPS.

A Juíza do trabalho Ana Catarina Magalhães de Andrade Sá Leitão, em sua decisão, aplicou a prescrição quinquenal aos direitos anteriores a 20/02/2008, inclusive do FGTS, com fundamento na decisão do STF, nos seguintes termos:

Em relação aos depósitos do FGTS, em decorrência da decisão proferida pelo Excelso STF na ARE 709212 com repercussão geral, na qual foi reconhecida a inconstitucionalidade do art. 23, §1º da lei 8.036/90, declaro que incide a prescrição quinquenal estabelecida no art. 7º, inciso XXIX, da CRFB/88. (BRASIL, 2015)

Em sua decisão, a referida juíza não acatou o pedido quanto ao período de labor clandestino, posto que não lograram comprovadas tais alegações, considerando válida a dispensa diante do encerramento das atividades, extinguindo dessa forma a estabilidade sindical.

Julgou parcialmente procedentes os pedidos, para conceder os reflexos do salário por fora no FGTS, dentro do prazo prescricional adotado, salário por fora retido de dezembro de 2012 e 13º (décimo terceiro) salário de 2012 relativo à parte por fora.

Diante da decisão, sentindo-se lesada, o reclamante interpôs recurso, postulado nas razões recursais a reforma da sentença no que tange a data da admissão e seus reflexos nos demais direitos, requerendo, ainda, o pagamento das verbas referentes à dispensa com estabilidade, aduzindo que não houve encerramento das atividades, mas, sim, sucessão empresarial. Por fim, questiona a prescrição aplicada ao instituto do FGTS, argumentando que a reclamação teria sido distribuída antes da decisão do STF.

O recurso foi distribuído na 1ª Turma do TRT de Pernambuco, designado o Desembargador Sergio Torres Teixeira para função de relator do presente recurso. Em sua decisão, manteve a sentença quase em sua integralidade, reconhecendo apenas os pedidos quanto à prescrição, assim fundamentado no acórdão:

Desse modo, uma vez que ainda não decorridos cinco anos do julgamento do ARE 709.212 DF - o qual ocorreu em 13/11/2014 - e considerando que o prazo prescricional já se encontrava em curso quando proferido o referido julgamento, aplicável a prescrição trintenária ao caso trazido aos autos. Em resumo, como são postulados o adimplemento dos depósitos do FGTS a partir do ano de 1994, e não tendo expirado os 30 anos do termo inicial, nem tampouco os 5 anos do julgamento do STF, não há como se reconhecer a prescrição das parcelas pleiteadas na presente reclamação. (BRASIL, 2015)

Dessa forma, decidiram, os demais Desembargadores por maioria, dar provimento parcial ao recurso do requerente, para declarar a aplicabilidade da prescrição trintenária ao presente caso, visto que, como fundamentado, o prazo prescricional já estava em curso e a ação foi ajuizada antes da decisão do STF.

4.4. Considerações Finais quanto às Decisões Analisadas

Cabe ressaltar que as 3 (três) sentenças, objeto deste estudo, foram proferidas por diferentes juízes trabalhistas de 1ª instância, de comarcas diferentes, o que demonstra que não foram casos isolados no âmbito de Pernambuco.

Os casos apresentados demonstraram que os magistrados não tiveram grande aprofundamento quanto à prescrição do FGTS, não sendo levados em consideração, no momento da confecção das decisões, os efeitos do controle de constitucionalidade difuso, usado pelo STF ao preferir a que decisão. Na fundamentação daquelas sentenças, apenas foi

citado que o entendimento quanto à prescrição a ser aplicada à espécie havia sido alterada pelo STF no julgamento do ARE 709212 com repercussão geral.

Como demonstrado em cada estudo de caso, o TRT de Pernambuco, nas referidas decisões julgou procedentes os pedidos dos recursos quanto à aplicabilidade da prescrição trintenária nos processos em que a contagem da prescrição já estava em curso, sendo, portanto, o entendimento deste Tribunal que somente as ações ajuizadas a partir de 13.11.2014 será aplicada a modulação aqui tratada, em face de ser trintenária a prescrição em relação às ações ajuizadas antes da vigência das novas regras.

Tais entendimentos do TRT de Pernambuco, inclusive estão de acordo com decisões do próprio TST, as quais restaram assim ementados, *in verbis*:

EMENTA. RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO - PRETENSÃO DE DEPÓSITOS DO FGTS DECORRENTE DO PLEITO DE RECONHECIMENTO DA NATUREZA SALARIAL DO AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO PAGO DURANTE O CONTRATO DE TRABALHO - APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 23, § 5º, DA LEI Nº 8.036/90 PELO STF - MODULAÇÃO DOS EFEITOS - NÃO APLICAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO. O caso concreto trata de hipótese de reclamação dos depósitos do FGTS decorrentes do reconhecimento da natureza salarial das referidas verbas. Nessas circunstâncias, tem-se que a pretensão não se dirige a depósitos de FGTS sobre parcelas nunca recolhidas, mas sim a vantagem quitada na constância do pacto laboral, cujo reconhecimento de natureza salarial foi suscitado judicialmente, o que afasta a aplicação, ao caso, da Súmula nº 206 desta Egrégia Corte Superior. Destarte, eventuais diferenças referentes aos valores que deveriam ter sido recolhidos à conta vinculada autoriza o detentor do pretense direito reclamá-las no prazo de trinta anos, observado o prazo de dois anos após o término do contrato de trabalho, consoante estabelece a Súmula nº 362/TST (segundo a qual "É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho"). Precedentes da SBDI-1 e de todas as Turmas desta Corte. Ademais, cabe deixar expresso que o Supremo Tribunal Federal, em 13.11.2014, declarou a inconstitucionalidade da regra especial da prescrição trintenária prevista nos arts. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90 e 55 do Decreto nº 99.684/90. Assim, no ARE 709.212, com repercussão geral reconhecida, o STF decidiu aplicar a modulação de efeitos, com eficácia *ex nunc*, de modo que a prescrição quinquenal não incide nas ações que estejam em curso, sendo esta a hipótese dos autos. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL, 2015)

EMENTA. FGTS. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA. SÚMULA Nº 362 DO TST. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DO STF NO JULGAMENTO DO ARE Nº 709.212. A decisão do STF nos autos do ARE nº 709.212, julgado em 13/11/2014, no sentido de invalidar a regra da prescrição trintenária, em razão da interpretação dada ao artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, foi modulada pela Corte Suprema, de maneira a não atingir os processos em curso, em que a prescrição já está interrompida, atribuindo, assim, efeitos *ex nunc* à decisão. Cumpre destacar que, na hipótese dos autos, não se trata de pleito da verba fundiária como parcela acessória, mas principal, visto que não houve o seu recolhimento durante a contratualidade. Assim, ao pedido de recolhimento de FGTS, no caso destes autos, incide a prescrição trintenária, nos termos da Súmula nº 362 desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido. (...) Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL, 2015)

Tais acórdãos foram proferidos pela 2ª Turma do TST, respectivamente em 31.03.2015, cuja relatoria do voto vencedor foi do Ministro Renato de Lacerda Paiva (RR 1274007820075040013), e em 22.05.2015, do Ministro José Roberto Freire Pimenta (RR 3260220105020301), ficando, assim, evidente a tendência do órgão jurisdicional superior em matéria trabalhista, no sentido de ser congruente com a conclusão deste estudo, o qual defende o entendimento de ser aplicável a prescrição trintenária para postular o FGTS não depositado nas reclamações ajuizadas antes da decisão do STF, isto é, anterior a 13.11.2014.

5. CONCLUSÃO

O estudo proposto teve como objetivo geral discutir as regras de aplicação da prescrição do FGTS após a decisão do STF que modificou de 30 (trinta) para 5 (cinco) anos o tempo para reclamar o não pagamento dos depósitos fundiários, com ênfase na aplicabilidade do instituto nas reclamações trabalhistas ajuizadas antes de 13.11.2014, posto que houve reformas de decisões judiciais, no âmbito do TRT da 6ª região, a respeito da prescrição a ser aplicada em alguns casos.

Para a viabilidade desta pesquisa, foi necessário primeiramente apresentar uma contextualização do instituto do FGTS, com a finalidade de observar a sua criação e consequente evolução enquanto direito fundamental do trabalhador, demonstrando como e porque se deu a substituição do antigo regime de estabilidade decenal para o, então, novo regime fundiário, analisando algumas teorias que surgiram para explicar a sua natureza jurídica no decorrer dos anos, desde seu surgimento, enfatizando a controvérsia que levou à discussão ao STF.

Enfrentou-se o tema do controle de constitucionalidade, sob a ótica exercida no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 709.212, buscando entender os efeitos e as modulações que podem ser aplicados e qual seria a regra geral a ser utilizada, deparando-se com a diferença dos efeitos *ex nunc* e *ex tunc*, bem assim como a teoria dos motivos determinantes é enfrentada para explicar a possibilidade da aplicação *ergas omnes* pelo STF nas decisões em sede de controle de constitucionalidade difuso, visto que estas modulações e efeitos foram aplicados na decisão.

Por fim, foram analisadas 3 (três) decisões proferidas no âmbito do Estado de Pernambuco, que tomaram por base a destacada decisão do STF, trazendo trechos das sentenças e dos acórdãos dos respectivos processos, verificando qual seria o entendimento dos juízes trabalhistas de 1ª instância e dos Desembargadores do TRT da 6ª região, demonstrando os fundamentos das reformas das sentenças.

Ademais, cabe ressaltar que esta pesquisa teve como hipótese que a prescrição a ser aplicada deveria respeitar a modulação dos efeitos *ex nunc*, estabelecida na decisão do STF, sendo utilizado, portanto, o prazo prescricional de 30 (trinta) anos aos processos já ajuizados anteriormente a 13.11.2014.

No decorrer do estudo, deparou-se com outra problemática para futura pesquisa, pois, diante do crescente empoderamento do STF, vê-se que tem sido aplicada a teoria dos motivos determinantes nos seus julgados, dando poder a esta Corte Suprema brasileira de

frequentemente exercer o controle de constitucionalidade difuso das normas, atribuindo efeitos erga omnes aos seus julgados, o que levanta o questionamento de que se, de fato, este controle deveria ser exercido de forma desconcentrada, e se foi essa a vontade do legislador ao criar as normas pertinentes ao assunto na Constituição Federal de 1988?

Desse modo, essa pesquisa é importante para os acadêmicos da FADIC e aos demais estudiosos que pretendem ter acesso à obra, para uma melhor compreensão sobre a mudança da prescrição do FGTS e os efeitos estabelecidos na decisão.

Assim, foi com este cenário de incertezas que se fez necessário pesquisar algumas decisões, a fim de compreender como deveria ser aplicada a prescrição do FGTS aos processos ajuizados antes de 13.11.2014.

Com o estudo aprofundado a respeito do problema apresentado, confirmou-se o previsto na hipótese, no sentido de defender que a prescrição do FGTS a ser aplicada deveria observar as modulações estabelecidas no voto do Relator Ministro Gilmar Mendes, o que exclui os casos decorrentes de ações trabalhistas ajuizadas antes de 13.11.2014. Verificou-se, portanto, que este é o entendimento sendo aplicado pelo TRT de Pernambuco.

Dessa forma, é possível defender, em face do período de transição criado pela referida decisão do STF, que a natureza jurídica do FGTS atualmente é híbrida, a depender da situação enfrentada no caso concreto.

Se a ação foi ajuizada antes de 13.11.2014 ou se, nesta data, o trabalhador já possuir 25 (vinte e cinco) ou mais anos de tempo de serviço na empresa, a prescrição é trintenária, o que motiva reconhecer que a natureza jurídica do instituto em análise é *sui generis*, isto é, de natureza fundiária por não poder ser comparado a qualquer outro instituto jurídico brasileiro.

Lado outro, se o descumprimento da obrigação de pagamento do FGTS ocorreu antes de 13.11.2014, mas não houve ajuizamento de ação e o trabalhador possuir menos de 25 (vinte e cinco) anos de tempo de serviço ou se a lesão quanto à ausência de depósitos fundiários ocorrer após aquela data, a natureza jurídica deste instituto será de crédito trabalhista, porquanto a prescrição será quinquenal, enquadrando-se na regra geral dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988.

Em tom mais crítico, embora não tenha sido o enfoque original, finaliza-se discordando da decisão proferida pelo STF, quanto à redução da prescrição de 30 (trinta) para 5 (cinco) anos, diante da violação do princípio do não retrocesso social e da própria Constituição Federal de 1988, que tem como princípio implícito a aplicação das normas mais

favoráveis ao trabalhador, bem assim da interpretação mais benéfica, caso exista conflito hermenêutico em face de uma mesma norma jurídica.

Desse modo, é certo afirmar que o STF não cumpriu o seu dever de guardião da Constituição, pois se quisesse alterar a natureza jurídica do instituto em estudo, o fizesse, estabelecendo um regime especial, mas respeitando a prescrição do FGTS com fulcro no artigo 7^a da Constituição Federal de 1988.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente; BARRETO. **Direito do Trabalho**. 8. ed. Niterói: Impetus, 2006. 534 p.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília - DF, 1 mai. 1943. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 26 nov. 2016.
BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula no 98. 26 abr. 2005. **TST**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-98>. Acesso em: 27 nov. 2016.

BRASIL. Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966. Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília - DF, 13 set. 1966. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5107.htm>. Acesso em: 26 nov. 2016.

BRASIL. Lei nº 7.839, de 12 de outubro de 1989. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília - DF, 13 out. 1989. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/109007/lei-7839-89>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília - DF, 14 mai. 1990. Ratificado em 15 mai. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8036consol.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília - DF, 10 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 26 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo no 709.212. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrida: Ana Maria Movilla de Pires e Marcondes. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 13 de novembro de 2014. **Lex**: Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7780004>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário no 100.249-SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 2 de dezembro de 1987. **Lex**: Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/723530/recurso-extraordinario-re-100249-sp>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Agravo de Instrumento no 445.289. Agravante: Fazenda Nacional. Agravado: Cooperativa Agrícola de Jundiá. Relator: Ministro

José Delgado. Brasília, 15 de ago. de 2002. **Lex:** Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/723530/recurso-extraordinario-re-100249-sp>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário no 197.917-SP. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorridos: Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 24 de março de 2004. **Lex:** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 6ª Região. 1ª Vara do Trabalho de Ribeirão. Processo no 0000842-92.2014.5.06.0261. Autor: Jose Nilson da silva. Réu : Zihuatanejo do Brasil Açúcar e Álcool S.A. Juíza: Renata Lapenda Rodrigues de Melo. Ribeirão, 30 de março de 2015. **Lex:** Disponível em: <https://pje.trt6.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=1&p_id=NZy%2Br0DysHI%3D&p_idpje=gvSYkIixYKY%3D&p_num=gvSYkIixYKY%3D&p_npag=x>. Acesso em: 27 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 6ª Região. 2ª Vara do Trabalho do Recife. Processo no 0000683-87.2013.5.06.0002. Autor: Micheline Angelica Almeida Alves. Réu: CER Centro Especializado em Reabilitação. Juíza: Renata Conceição Nóbrega Santos. Recife, 15 de setembro de 2014. **Lex:** Disponível em: <<http://www.trt6.jus.br/portal/servicos/consulta-processual>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 6ª Região. 16ª Vara do Trabalho do Recife. Processo no 0000204-52.2013.5.06.0016. Autor: Getúlio Gutemberg Souza de Azevedo. Réu: Radier Centro Educacional LTDA. Juíza: Ana Catarina Magalhães de Andrade Sá Leitão. Recife, 9 de fevereiro de 2015. **Lex:** Disponível em: <<http://www.trt6.jus.br/portal/servicos/consulta-processual>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 6ª Região. 1ª Turma. Recurso Ordinário no 0000842-92.2014.5.06.0261. Recorrente: Jose Nilson da Silva. Recorrido: Zihuatanejo do Brasil Açúcar e Álcool S.A. Relator: Juiz Convocado Hélio Luiz Fernandes Galvão. Recife, 20 de agosto de 2015. **Lex:** Disponível em: <https://pje.trt6.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=gAFQXvu9UXI%3D&p_idpje=uNDxz2ereI4%3D&p_num=uNDxz2ereI4%3D&p_npag=x>. Acesso em: 27 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 6ª Região. 1ª Turma. Recurso Ordinário no 0000204-52.2013.5.06.0016. Recorrente: Getúlio Gutemberg Souza de Azevedo. Recorrido: Radier Centro Educacional LTD. Relator: Desembargador Sergio Torres Teixeira. Recife, 9 de setembro de 2015. **Lex:** Disponível em: <[file:///C:/Users/Paulo/Downloads/arq%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Paulo/Downloads/arq%20(1).pdf)>. Acesso em: 27 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 6ª Região. 4ª Turma. Recurso Ordinário no 0000683-87.2013.5.06.0002. Recorrente: Micheline Angelica Almeida Alves. Recorrido: CER Centro Especializado em Reabilitação. Relator: Desembargador Paulo Alcântara. Recife, 3 de fevereiro de 2015. **Lex:** Disponível em: <<http://www.trt6.jus.br/portal/servicos/consulta-processual>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 1274007820075040013. Recorrente: Ronaldo Lemos Nunes. Recorrido: Caixa Econômica Federal - CEF. Relator: Desembargador Renato de Lacerda Paiva. Brasília, 18 de mar. de 2015. **Lex:** Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178796006/recurso-de-revista-rr-1274007820075040013/inteiro-teor-178796026#>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 3260220105020301. Recorrente: Joselito Domingos Soares. Recorrido: Transporte e Comercio Fassina LTDA e Segames Segurança Patrimonial LTDA. Relator: Desembargador José Roberto Freire Pimenta. Brasília, 13 de mai. de 2015. **Lex:** Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/190566101/recurso-de-revista-rr-3260220105020301/inteiro-teor-190566122>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 932 p.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 776 p.

LOIBMAN, Esther. **Natureza jurídica do fundo de garantia do tempo de serviço**. 2010. 74 fl. Direito do Trabalho - Universidade Católica de Pernambuco, Recife. 2010.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 944 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 994 p.

MOURA, Marcelo. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 832 p.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Método, 2012. 534 p.