

PRESCRIÇÃO DO FGTS É ÚNICA: TRINTENÁRIA

JOSÉ ROBERTO DANTAS OLIVA^(*)

Não parece lógico (e nem jurídico), decorridos dois anos da extinção do contrato de trabalho, fechar as portas do Judiciário ao trabalhador, legítimo titular do direito ao FGTS, quando, à Caixa Econômica Federal, simples Agente Operador e mera detentora dos depósitos, é assegurado o direito de cobrar valores devidos nos últimos trinta anos.

1. INTRODUÇÃO

Por contrariar tendência jurisprudencial majoritária (que na esfera trabalhista se inclina, lamentavelmente, à pacificação, mormente após a edição do Enunciado 362⁽¹⁾ do C. Tribunal Superior do Trabalho), não é possível reputar despreziosa a conclusão deste trabalho. Nada obstante, traz — e talvez seja este o seu único mérito, dada a singeleza da análise realizada — convite à reflexão por parte de todos aqueles que se dedicam ao estudo científico de questões relacionadas ao Direito do Trabalho. A proposta é demonstrar que a prescrição do direito de ação do empregado, na Justiça do Trabalho, para compelir o empregador a satisfazer créditos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) decorrentes de parcelas reconhecidamente quitadas durante a relação de trabalho (excepcionadas, pois, as hipóteses contempladas pelo Enunciado 206), é única: trintenária.

A idéia sintetizada nessas primeiras linhas poderá deixar tentados alguns a abandonar a leitura. Há uma propensão natural — edificante, diga-

(*) Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Presidente Prudente-SP (Associação Educacional Toledo), Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil, Representante da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região na Circunscrição de Presidente Prudente-SP e membro do Conselho Técnico (Subcomissão do Estudo Multidisciplinar Temático) da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região. E-mail: jrdoлива@pontalnet.com.br

(1) Enunciado 362 do C. TST: "Extinto o contrato de trabalho, é de dois anos o prazo prescricional para reclamar em juízo o não recolhimento da contribuição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço" (Resolução TST n. 90, de 26 de agosto de 1999 — DJ 3, 6 e 8 9 99).

se, na medida em que combate a instabilidade jurídica — da parte dos aplicadores do Direito, pela observância de orientações definitivas dadas pelos órgãos judiciais superiores quanto à determinada matéria. Apesar de — pelo menos até agora — as súmulas não vincularem os julgadores de instâncias inferiores, até por humildade e bom-senso, os juízes, em especial os de primeiro grau, ainda que ressalvem entendimento pessoal divergente, costumam, também para não criar expectativa inútil no jurisdicionado, decidir de forma cônsona com a jurisprudência das cortes superiores. Esta, aliás, a orientação do Exmo. Sr. Ministro do C. Tribunal Superior do Trabalho, Milton de Moura França, espelhada com brilhantismo em diversos acórdãos de sua lavra, quando Juiz do E. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Ressalte-se, além disto, o gravame processual que se impõe à parte contrária para levar seu inconformismo a reexame pelo juízo *ad quem*, de matérias pacificadas. A observância de uma disciplina judiciária, em relação à jurisprudência reiterada e pacífica do órgão judiciário superior — observava com propriedade o eminente Juiz, hoje Ministro — com ressalva de entendimento pessoal do juiz *a quo*, quando divergente, revela-se salutar para os jurisdicionados, na medida em que lhes assegura confiança na Justiça, porque “não concebem os leigos que o certo na decisão de hoje se repete errado na sentença de amanhã”. Sem considerar o abarrotamento dos Tribunais com recursos desnecessários.

É preciso alertar, porém, desde já, que desta linha de pensar e agir não nos afastamos, ao contrário do que, a princípio, possa parecer. É que a opção pela prescrição trintenária, também se sustenta, como se verá, em interpretações dadas por instâncias superiores, com as quais conflita o Enunciado 362 do C. TST. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, por diversas vezes, já definiu que as contribuições para o FGTS têm natureza social, e não meramente trabalhista, previdenciária ou tributária. Logo, não estariam sujeitas aos critérios de prescrição destas parcelas.

Despiciendo lembrar que o entendimento da Suprema Corte, em última análise, prevalece sobre o do Tribunal Superior do Trabalho. No mesmo plano do TST, o Superior Tribunal de Justiça, após reiteradas decisões em sentido idêntico (não prolatadas, evidentemente, em conflitos entre empregados e empregadores), editou a Súmula n. 210, estabelecendo que a ação de cobrança das contribuições para o FGTS prescreve em 30 (trinta) anos. Ora, por razões que passaremos a expor, inclinamo-nos a considerar que o melhor entendimento — até pelo fato de que a hierarquia clássica das fontes, em Direito do Trabalho, nem sempre tem aplicabilidade, em face do Princípio da Proteção — é o que consagra a prescrição trintenária para créditos do FGTS.

Não há inovação na problematização do tema. Longe de caracterizar rebeldia doutrinária, o silogismo, extraído de premissas cientificamente razoáveis, prega a harmonização jurisprudencial. Por sinal, nem mesmo a conclusão é marcada pelo ineditismo, pois não estamos sós. De qualquer modo, como já salientado em linhas pretéritas, a jurisprudência trabalhista

tende a admitir a prescrição total do direito de ação em relação ao FGTS, quando decorridos mais de dois anos da extinção do contrato de trabalho. Mesmo que a tendência não seja, de imediato, revertida, se este estudo contribuir, pelo menos, para incutir uma interrogação no espírito e na alma de julgadores, para lançar uma semente de dúvida na mente daqueles que já tinham como pacífica a aplicabilidade da prescrição bienal em créditos do FGTS, terá atingido seu objetivo.

2. FGTS — NATUREZA JURÍDICA. DIVERGÊNCIAS

Muito se discutiu, desde a sua criação pela Lei n. 5.107/66, acerca da natureza jurídica do FGTS. Tormentoso mas palpitante, o tema até hoje não encontrou pacificação na doutrina e na jurisprudência. *Sérgio Pinto Martins*⁽²⁾, entendendo que a natureza jurídica do FGTS é híbrida, propugna pela separação do estudo sob dois prismas: do empregador e do empregado. Em relação ao último, aponta várias teorias como as do salário diferido, do salário social, do salário atual, do Direito semipúblico, do crédito-compensação, do fundo contábil. Já quanto ao primeiro, identifica as teorias parafiscal, previdenciária e tributária.

Conclui o insigne juiz e professor que, para o empregado, a par de ser instituto de natureza trabalhista (um direito previsto inclusive no artigo 7º, III, da Constituição Federal), o FGTS é também uma espécie de poupança forçada feita em proveito do trabalhador, para compensar o tempo de serviço, ao passo que, no que respeita ao empregador, vem a ser uma contribuição social, espécie do gênero tributo.

Amauri Mascaro Nascimento também é da opinião que o FGTS “tem natureza jurídica múltipla diante dos diferentes ângulos da sua estrutura”. Citando diversas teorias, a maior parte já mencionada acima, explica:

“As dificuldades quanto à definição da natureza do Fundo de Garantia prendem-se à sua característica múltipla, uma vez que foi criado para substituir a indenização de dispensa, sendo porém amplo, já que forma um pecúlio para o trabalhador e é recolhido de forma compulsória pelo Estado. Essas teorias vêem o Fundo de Garantia por um dos seus ângulos. *Visto de modo global e pelos seus aspectos preponderantes, o Fundo de Garantia é um instituto de natureza trabalhista com tendência a expandir-se para o âmbito maior.* Compreendido como de natureza trabalhista, para alguns é uma figura análoga à do salário diferido — salário cujo direito é adquirido no presente, mas a utilização é projetada para o futuro. (destaque intencional)

Os valores do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço que favorecem o empregado despedido atuam mesmo no sentido da indenização de dispensa. Porém, o empregado pode obter esses mesmos

(2) MARTINS, *Sérgio Pinto*. “Manual do FGTS” (Coleção “Temas de Direito e Processo do Trabalho”, n. 7). São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997.

recursos de modo desvinculado à dispensa, caso em que estará usando um pecúlio, como na construção de moradia. Os recolhimentos do empregador mensalmente para a conta bancária do empregado são compulsórios e se caracterizam como uma obrigação muito próxima à parafiscal."⁽³⁾

Tentando conceituar e estabelecer a natureza jurídica do Fundo, o Professor *José Augusto Rodrigues Pinto* sustenta que o FGTS, "em si mesmo, é apenas uma massa de recursos, sem personalidade própria"⁽⁴⁾. Para o mesmo estudioso, "bem diversa da simplicidade do conceito para a compreensão desse instituto, é a explicação de sua natureza jurídica, determinante de uma pluralidade de teorias". Após ressaltar que muitas dessas teorias não passam de tentativas de explicação que "não alcançam nem se ajustam, de modo completo, à essência jurídica precisa do FGTS", evitando a classificação indefinida de *natureza sui generis*, *Pinto* prefere considerá-la "*complexa ou prismática*, caracterizando-se de acordo com o campo do direito para o qual se volta cada uma de suas múltiplas faces: trabalhista, civil, fiscal, tributária, etc."⁽⁵⁾

Gomes e Gottschalk, de seu turno, enxergaram, no FGTS, a natureza de "um direito *semipúblico*, que se desloca, gradualmente, do campo do Direito Privado para o do Direito Público, não sendo, ainda, totalmente uma *indenização de tipo previdenciário* (§ 197 deste 'Curso'), mas já deixou de ser uma *indenização de tipo civil*, nas suas causas e seus efeitos". Para esses autores, a natureza jurídica do FGTS "repousa no princípio da exclusiva *responsabilidade objetiva* do tipo *risco social*, dando, assim, cobertura adequada a todas as contingências e vicissitudes por que pode passar o contrato de trabalho no momento de sua *dissolução*, tendendo, pois, a dar relativa segurança ao *desempregado*."⁽⁶⁾

Denotando espírito crítico aguçado, *Victor Russomano Júnior* assegura que "o sistema do FGTS não é, portanto, simples sistema de indenizações trabalhistas, de supressão da estabilidade e de diminuição dos custos de produção e de captação de investimentos estrangeiros. Constitui, concomitantemente, um mecanismo com efeitos vários, de dominação político-social, afetando e reduzindo de inúmeras formas, a mobilização dos trabalhadores, a sindicalização e a participação dos assalariados na empresa. O trabalhador brasileiro, através do FGTS, tem acentuada sua condição de simples peça descartável na engrenagem complexa da empresa, estando diante da superioridade absoluta do empregador, plenamente restaurada e fortalecida em uma relação de poder e dominação."⁽⁷⁾

(3) *NASCIMENTO, Amauri Mascaro*. "Iniciação ao Direito do Trabalho". 26ª ed., São Paulo, LTr, 2000, págs. 360-361.

(4) *PINTO, José Augusto Rodrigues*. "Curso de Direito Individual do Trabalho", 3ª ed., São Paulo, LTr, 1997, pág. 488.

(5) *Ob. cit.*, pág. 489.

(6) *GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson*. "Curso de Direito do Trabalho", 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, págs. 415-416.

(7) *RUSSOMANO JÚNIOR, Victor*. "Política Trabalhista Brasileira (Análise Crítica)", Rio de Janeiro, Forense, 1998.

Poderíamos citar aqui uma infinidade de outros autores, mas, ressaltados alguns pontos convergentes, as opiniões continuariam — e continuam, até hoje — destoando. A única coisa que não se coloca em dúvida é que o FGTS foi criado para substituir — primeiro, de forma alternativa (apesar de, na prática, a “opção”, então existente, ser mera ficção jurídica) e, a partir da Constituição Federal de 1988, definitivamente — a antiga estabilidade decenal e a indenização devida pela rescisão do contrato de trabalho. Malgrado sejamos obrigados a concordar com a natureza multifária do FGTS, parece-nos, entretanto, que, na medida em que o Supremo Tribunal Federal, de forma reiterada, definiu que ela é eminentemente social, perde relevância a discussão. Não nos ocuparemos mais detidamente, pois, do tema. As opiniões citadas já bastam para caracterização exemplificativa da divergência reinante.

Tomaremos a definição do Supremo Tribunal Federal para, a partir dela, chegar ao ponto central do estudo proposto.

3. FGTS. GARANTIA DE ÍNDOLE TRABALHISTA/SOCIAL. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA

Na vigência da Carta anterior, após a Emenda Constitucional n. 8/77, o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, por maioria de votos, entendeu que a prescrição do FGTS é trintenária. Na definição da sua natureza jurídica, o STF afastou, de vez, o entendimento de que o FGTS se caracterizaria como crédito tributário ou contribuições a tributo equiparáveis:

“Fundo de Garantia por (*sic!*) Tempo do Serviço. Sua natureza jurídica.

Constituição, art. 165, XIII. Lei n. 5.107, de 13.9.66. 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 à contribuição, mas, apenas, decorre do cumprimento, pelo Poder Público, de obrigação de fiscalizar e tutelar a garantia assegurada ao empregado optante pelo FGTS. Não exige o Estado, quando aciona o empregador, valores a serem recolhidos ao Erário, como receita pública. Não há aí, a contribuição de natureza fiscal ou parafiscal. Os depósitos do FGTS pressupõem vínculo jurídico, com disciplina no Direito do Tra-

balho. Não se aplica às contribuições do FGTS o disposto nos arts. 173 e 174, do CTN. Recurso extraordinário conhecido, por ofensa ao art. 165, XIII, da Constituição, e provido, para afastar a prescrição quinquenal da ação" (STF, TP, RE 100.249-2-SP, j. 2.12.87, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU 1.7.88, pág. 16.903, in LTr 55-05/577).⁽⁸⁾

Com o advento da nova Constituição Federal, em 1988, foi erigido o FGTS à condição definitiva de Direito Social, pois está previsto no artigo 7º, III, entre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, dispositivo que encontra-se elencado no Capítulo II (Dos Direitos Sociais) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da *Lex Fundamentalis*. A Lei n. 8.036/90, posterior à nova Carta, no § 5º do artigo 23, manteve o privilégio da prescrição trintenária para o FGTS. O Decreto n. 99.684, de 8.11.90 (Regulamento), consagrou, no artigo 55, o mesmo privilégio.

Mesmo em face da definição *supra*, em relação à prescrição, sustenta Sérgio Pinto Martins que, com o advento da Constituição Federal de 1988, o prazo de prescrição para cobrança do FGTS deve observar os prazos normais do inciso XXIX, do artigo 7º, que regula exaustivamente a matéria, razão pela qual "não poderia a lei ordinária tratar o tema de forma diferente". Vai mais além, afirmando que o prazo prescricional não poderia ser ampliado pela lei ordinária, considerando inconstitucional o § 5º do artigo 23 da Lei n. 8.036/90 (que instituiu, por lei, a prescrição trintenária)⁽⁹⁾.

Apesar da lógica jurídica expressa no entendimento, com todo o respeito de que é digno o autor, dele discordamos. Aliás, ousamos dizer que não só não é inconstitucional o § 5º do artigo 23 da Lei n. 8.036/90, como pode a prescrição de créditos trabalhistas (entre eles os relacionados ao FGTS), ser ampliada até por instrumento normativo (Convenção e Acordo Coletivo) ou por negociação individual entre empregado e empregador. É certo que prescrição, na sua essência, excetuada a aquisitiva, não pode ser encarada como direito (a não ser, talvez, para o devedor). Não obstante, o legislador constituinte, no inciso XXIX do artigo 7º, cuidou do *direito de ação* dos trabalhadores urbanos e rurais (*vide caput* do artigo 7º), estabelecendo prazos prescricionais para o exercício desse direito.

Ora, como já salientamos anteriormente, existe, assim como sói acontecer entre as fontes do direito em geral, uma hierarquia entre as fontes do Direito do Trabalho. Louvando-se em *Durand e Jaussand, Délio Maranhão* já advertia, no entanto, que

"nesse particular, o que importa deixar claro é que a regulamentação estatal das relações de trabalho exprime *um mínimo* de garantias reconhecidas ao trabalhador. Praticamente, todas as normas legais em matéria de trabalho são cogentes, imperativas. Mas sua inderrogabilidade pela vontade das partes, ou por outra fonte do direito, há de

(8) BRASIL, Supremo Tribunal Federal *apud* MARTINS, Sérgio Pinto. Ob. cit., pág. 217.

(9) MARTINS, Sérgio Pinto. Ob. cit., págs. 223-224.

ser entendida sem perder de vista que elas — como ficou dito — traduzem um mínimo de garantias, que não pode ser negado, mas que pode, sem dúvida, ser ultrapassado: a derrogação de tais normas é admitida num sentido favorável aos trabalhadores".⁽¹⁰⁾

Ou seja, a hierarquia das fontes, no Direito do Trabalho, em face do princípio da proteção (em especial da regra da aplicação da norma mais favorável)⁽¹¹⁾ que o inspira, deve ser interpretada com reservas. A norma que contém cláusula mais favorável, de ordinário, prevalece. Como a prescrição de direitos trabalhistas, na Carta de 1988, é disposta em posição topográfica de Direito (de ação, na hipótese), não se nos afigura absurda — e nem impossível — sua ampliação por convenção entre partes (empregado e empregador), por meio de instrumentos normativos, leis ou quaisquer outras modalidades jurídicas válidas.

Por que vedar, por exemplo, que como conquista social decorrente de negociação coletiva, o prazo prescricional (de direito patrimonial) seja ampliado de cinco para dez anos? Ressalvadas hipóteses de fraude contra terceiros, o aumento do prazo prescricional, pelas razões expostas, seria legítimo. Afinal, sendo direito patrimonial, pode haver, até mesmo, renúncia da prescrição. Basta não alegá-la e o juiz não poderá declará-la de ofício (artigo 219, § 5º, do CPC). Logo, não pode ser tido por inconstitucional o § 5º do artigo 23 de Lei n. 8.036/90. É como pensa também *Maurício Godinho Delgado*, para quem a inferência da inconstitucionalidade do dispositivo, "conduziria à conclusão da inviabilidade de qualquer diploma legal trabalhista criar preceito mais favorável ao obreiro se já tratada a matéria no texto constitucional vigente".⁽¹²⁾

Referido autor, entretanto, tem opinião (hoje consagrada pelo Enunciado 362 do TST) que "até mesmo o prazo trintenário do FGTS (repetido pelo art. 23, § 5º, Lei n. 8.036/90) não pode ultrapassar mais esses dois anos. Assim, proposta uma ação trabalhista, ilustrativamente, em março de 1998, para reivindicar depósitos principais de FGTS oriundos de contrato extinto em março de 1995, incide, irremediavelmente, a prescrição bial da Carta de 1988" (mesma obra e página citadas abaixo).

Assim, também, *José Luiz Ferreira Prunes*, que estabelece divisor em relação aos períodos anterior e posterior à nova Constituição, sustentando que, após a edição da nova Carta, "quaisquer salários pagos ao longo da contralateralidade ... permitem a reivindicação de depósitos pelo período de 30 anos..." (ressalvando a imprescritibilidade em relação aos trabalhadores rurais), sendo que "em qualquer hipótese as reivindicações ficam limitadas à propositura da ação até dois (2) anos após a ruptura do contrato".⁽¹³⁾

(10) SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; e TEIXEIRA, Lima. "Instituições de Direito do Trabalho", 15ª ed., São Paulo, LTr, 1995, vol. 1, pág. 171.

(11) RODRIGUEZ, Américo Piá. "Princípios de Direito do Trabalho", Tradução de Wagner D. Gilio, 5ª ed., São Paulo, LTr, 1997.

(12) DELGADO, Maurício Godinho. "Introdução ao Direito do Trabalho", 2ª ed., São Paulo, LTr, 1999, págs. 218-219 (nota de rodapé).

(13) PRUNES, José Luiz Ferreira. "Tratado sobre a Prescrição e a Decadência no Direito do Trabalho", São Paulo, LTr, 1998, págs. 644-645.

Sem enfrentar com maior profundidade o tema, *João de Lima Teixeira Filho* limita-se a afastar a incidência do artigo 174 do Código Tributário Nacional, que fixa a prescrição quinquenal para o recolhimento das contribuições de natureza fiscal, e a atestar o acerto da Súmula 95 do TST, ao fixar como trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento do FGTS.⁽¹⁴⁾ *Isis de Almeida*, considerando que “para o trabalhador, a natureza jurídica dos depósitos do FGTS é indenizatória do tempo de serviço”, conclui que “a prescrição para reclamar os depósitos do FGTS, é a da ação trabalhista *lato sensu*: dois anos a partir da rescisão do contrato, referindo-se a toda e qualquer parcela de natureza remuneratória do contrato de trabalho, ainda que prescrita individualmente”.⁽¹⁵⁾

Na penúltima atualização de sua obra, o já saudoso *Valentin Carrion*, mesmo reafirmando que a prescrição “não tinha porque ser trintenária mas bienal (que era o prazo genérico de preclusão trabalhista), e a partir da rescisão ou extinção do contrato de trabalho, pelo caráter prevalentemente substitutivo da indenização por tempo de serviço” e lembrando que as “contribuições sociais (CF, art. 149) foram incluídas no capítulo do Sistema Tributário Nacional, e assim a prescrição seria quinquenal como todos os tributos na forma da lei complementar, que não poderia ser alterada por lei ordinária como faz a Lei n. 8.036/90, art. 23, § 5º”, reconhece que o STF e o STJ mantêm o entendimento trintenário, trazendo ementa de julgado na qual curva-se a esse entendimento:

Prescrição. FGTS. O instituto pertence à categoria das contribuições sociais. O prazo prescricional, pela regra do Sistema Tributário Nacional, deveria ser quinquenal (CF, art. 149). A natureza do crédito, sendo trabalhista, também o tipificaria como quinquenal (CF, art. 7º, XXIX, a). Todavia, é de se aceitar o entendimento do STF, como trintenária (Proc. TRT/SP 18.998/96, *Valentin Carrion*, Ac. 9ª T. 34.696/97).⁽¹⁶⁾

Como se vê, vacilam bastante a doutrina e a jurisprudência sobre o tema. Alguns entendem que haveria apenas a prescrição bienal e, dada a equivalência do FGTS com a antiga indenização por tempo de serviço, exercitado o direito de ação dentro do biênio posterior à extinção do contrato de trabalho, não haveria prescrição durante a vigência do pacto laboral. Outros, asseveram a aplicabilidade integral do disposto no artigo 7º, XXIX, da CF/88: prescrição de cinco anos para o trabalhador urbano e imprescritibilidade para o trabalhador rural (antes do advento da Emenda Constitucional n. 28/2000), até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho. E, uma terceira corrente, referendada agora pelo Tribunal Superior do Trabalho, aplica a prescrição bienal, mas, ajuizada a ação dentro deste lapso, assegura ao trabalhador o pleito de direitos dos últimos trinta anos.

(14) SÜSSEKIND, *Arnaldo et al* Ob. cit., pág. 624.

(15) ALMEIDA, *Isis*. “Manual da Prescrição Trabalhista”, 2ª ed., São Paulo, LTr, 1994, pág. 182.

(16) CARRION, *Valentin*. “Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho”, 24ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, págs. 78-79 (in nota 7 ao artigo 11).

Com todo respeito que merecem seus adeptos, afigura-se-nos, a última, a mais inadequada e incoerente. Ou bem se entende que o FGTS tem natureza nitidamente trabalhista, e se aplica integralmente o disposto no artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal (prescrição bienal e quinquenal, agora tanto para trabalhadores urbanos como rurais), ou aplica-se apenas a trintenária, disposta na Lei n. 8.036/90. Não nos parece possível a coexistência dos Enunciados 95 e 362 do TST, por conflitarem entre si. Aquele, não se ignora, teve origem na concepção de que o FGTS tinha natureza previdenciária. Continua em plena vigência, o que só se justifica em face da interpretação teleológica de sua instituição e à vista do disposto no artigo 23, § 5º, da Lei n. 8.036/90, pois, salvo exceções raras, não se sustenta mais a natureza previdenciária do FGTS.

Aplicar, porém, a prescrição bienal e quinquenal, poderia conduzir ao inusitado de encontrar-se caso de trabalhador que, não tendo optado pelo FGTS antes de 1988, receba indenização equivalente ao período em que não foi optante, FGTS do período imprescrito e, em relação ao lapso de tempo intermediário, fique sem qualquer compensação. Exemplificando: Admitido em 1970, o trabalhador não optou pelo FGTS. Despedido, sem justa causa, em 2000, ajuíza ação pleiteando indenização do período em que não foi optante e, a partir de 1988, os créditos relativos ao FGTS (não depositados regularmente). O ex-empregador levanta prejudicial de prescrição. Adotada a tese mencionada, o trabalhador receberia indenização do período compreendido entre 1970 e 1988 e o FGTS de 1995 (período imprescrito) a 2000. E o período entre 1988 e 1995? Nada receberia.

Não parece lógica, pois, a adoção irrestrita da prescrição prevista no inciso XXIX do artigo 7º da *Lex Fundamentalis*. Daí arvorarem-se os defensores da aplicação concomitante da prescrição bienal e trintenária, justamente em função da equivalência (jurídica e não econômica, conforme já assentado pelo TST no Enunciado n. 98) entre o regime do FGTS e o da antiga estabilidade decenal (que previa indenização em casos de dispensa sem justa causa). Aplicado no exemplo citado, o argumento seria perfeitamente válido. Mas imaginemos que, em vez de admitido em 1970, o trabalhador tivesse sido contratado em 1966, ano em que foi instituído o FGTS, e, já naquela ocasião, tenha optado pelo regime. Por que razão, caso o empregador não recolhesse as contribuições à sua conta vinculada, teria prescritos direitos anteriores a 1970, se o FGTS equivale à indenização?

3.1. FGTS. Prescrição Trintenária. Lógica jurídica e econômica

Poder-se-ia argumentar que a definição da natureza jurídica dada pelo Supremo Tribunal Federal não subsistiria, por anterior à Constituição Federal de 1988. Ledo engano. Pelo menos outros três acórdãos do STF, prolatados já na vigência da Carta atual, reforçam o conceito dado anteriormente:

*Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Ação de cobrança (execução). Prescrição da pretensão. Contribuição estritamente social, sem caráter tributário. Inaplicabilidade à espécie do

art. 174 do CTN, que fixa em cinco anos o prazo para cobrança de crédito tributário. Recurso extraordinário conhecido e provido para se afastar a declaração de prescrição" (STF, RE 114.434-1-SP, Sydney Sanches).⁽¹⁷⁾

"Esta Corte, ao julgar, por seu Plenário, o RE 100.249, firmou o entendimento, em face da Emenda Constitucional n. 1/69, de que as contribuições para o Fundo de Garantia por (*sic!*) Tempo de Serviço não se caracterizam como créditos tributários ou contribuições equiparáveis a tributos, razão por que não se lhes aplica a prescrição quinquenal prevista no Código Tributário Nacional. Recurso extraordinário conhecido e provido" (STF, RE 116.761-1, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 2.4.93, pág. 5.622).⁽¹⁸⁾

"A natureza da contribuição devida ao FGTS foi definida pelo STF no RE 100.249 — RTJ 136/681. Nesse julgamento foi ressaltado seu fim estritamente social de proteção ao trabalhador, aplicando-se-lhe, quanto à prescrição, o prazo trintenário resultante do artigo 144 da LOPS" (STF, RE 117.986-4-SP, Ilmar Galvão, Ac. 1ª T.).⁽¹⁹⁾

No mesmo sentido, aliás, a Súmula 210 do Superior Tribunal de Justiça: "A ação de cobrança das contribuições para o FGTS prescreve em 30 anos" (DJ 5.6.98). Assim, não parece razoável entender-se que, passados dois anos da extinção do contrato de trabalho (ou cinco do não recolhimento, caso se entendesse que o crédito teria natureza tributária), estaria prescrito o direito do trabalhador postular o FGTS. Isto equivaleria a subtrair deste, legítimo titular do direito material, oportunidade que é assegurada à Caixa Econômica Federal, simples Agente Operador do Fundo (pois esta não ficaria adstrita à prescrição de natureza trabalhista, em razão do entendimento pacificado no STJ).

Poderia se chegar ao absurdo de, sendo-lhe fechadas as portas da Justiça do Trabalho, buscar o trabalhador a satisfação de eventual direito por via reflexa. E de maneira até, aparentemente, simples. Reconhecida a prescrição total do FGTS, bastaria que formalizasse reclamação administrativa no Ministério do Trabalho e do Emprego, para deflagração de processo de fiscalização do ex-empregador. Comprovada a irregularidade, por meio de execução fiscal posterior, poderia ver satisfeito um direito — em virtude de iniciativa de terceiro, pois, afinal, a Caixa seria mera detentora, e não titular do crédito — que não conseguiu ver reconhecido justamente pelo órgão que deveria assegurar-lhe o que é seu: o Judiciário Trabalhista. Não há lógica alguma no procedimento.

Lembra *Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena*, com propriedade, que "o trabalhador linha e tem a posse indireta do 'seu' dinheiro, mas a posse direta, a sua administração, são da exclusiva alçada, portanto, do arbítrio do Go-

(17) BRASIL, Supremo Tribunal Federal *apud* CARRION, *Valentin*. Ob. e pág. cit.

(18) BRASIL, Supremo Tribunal Federal *apud* MARTINS, *Sérgio Pinto*. Ob. cit., págs. 217-218.

(19) BRASIL, Supremo Tribunal Federal *apud* CARRION, *Valentin*. Ob. e pág. cit.

verno, como se fosse o seu proprietário e não mero detentor⁽²⁰⁾. Mas será que é justo que tal situação perdure mesmo depois de extinto o contrato de trabalho? Será que é justo que não consiga fazer valer o trabalhador, por si próprio, seu direito, e que a terceiro seja assegurado o direito de ação? O Estado (aqui considerado na mais ampla acepção), que tinha a obrigação de fiscalizar o cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de trabalho (entre as quais a do FGTS), não tendo cumprido a contento seu dever, ainda subtrai do titular do crédito o direito de ação? Não, não parece justo que isto ocorra.

Já dissemos, anteriormente, que não estamos sós no entendimento de que a prescrição do FGTS é, tão-só, a trintenária. Dentre outras, levanta-se a abalizada voz de *Francisco Antonio de Oliveira*⁽²¹⁾, Juiz Presidente da 5ª Turma (e presidente eleito) do E. TRT da 2ª Região e autor de diversas obras jurídicas, insurgindo-se contra o entendimento expresso no Enunciado 362 do C. TST. Sustentando que “a lei há de ser interpretada em função da realidade que a cerca (teoria da tridimensionalidade: fato, valor e norma)”, diz o consagrado jurista que o enunciado afronta o direcionamento dado pelo STJ — a quem, no seu entender, cabe dizer sobre o real alcance de lei federal (art. 105, III, letras a, b e c, da CF/88) — através da Súmula n. 210. E conclui: “Embora, em se cuidando de tribunais superiores da mesma horizontalidade, neste caso o Tribunal Superior do Trabalho deverá curvar-se ao direcionamento do Superior Tribunal de Justiça”.

No mesmo trabalho citado, *Francisco Antonio de Oliveira*, com conhecimento de causa, afirma ser “notório que o governo federal não tem possibilidade de exercer a fiscalização que a Lei n. 8.036/90 lhe impôs no art. 23 e ao levantamento de débitos inadimplidos. Disso resulta que existem milhares de empresas (particulares e públicas) que não depositam a contribuição, à espera, justamente, da prescrição. E muitas delas com sucesso”. Fazendo nova referência ao Enunciado 362, acrescenta que este, “de alguma forma, vem premiar o inadimplente e, mesmo sem ser essa a intenção, incentivará a inadimplência, pela total ausência de fiscalização a esta parte”.

A respeito dos que esperam pela prescrição do FGTS, aliás, diríamos, sem medo de errar, que entre eles, uma grande massa (se não a maciça maioria) constitui-se de entes públicos. Não raras vezes, o poder público, que deveria dar exemplo, não se comporta como bom empregador. No interior de São Paulo, um dos Estados mais evoluídos do País, há uma infinidade de ações movidas por servidores públicos contra municípios que não recolheram o FGTS. Pelo Brasil afora, os casos se multiplicam. Na grande maioria das vezes, a única alegação para obstar o direito do trabalhador, mesmo em situações de mera alteração de regime jurídico, intacta a relação de emprego, é a prescrição.

(20) *VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. “O novo FGTS”, in “Curso de Direito do Trabalho. Estudos em Memória de Célio Goyatá”, coordenação de Alice Monteiro de Barros, 3ª ed., São Paulo, LTR, 1997, vol. II, pág. 552.*

(21) *OLIVEIRA, Francisco Antonio de. “Prescrição — FGTS — O Enunciado n. 362/TST e a Súmula n. 210/STJ — Conflito”, Síntese Trabalhista, Porto Alegre-RS, Editora Síntese Ltda., dezembro de 1999, Ano X, n. 126, págs. 125-127.*

E as decisões divergem. Quando afastada a prescrição, além da remessa de ofício pelo juízo, apresenta recurso o Município. Esgota todos os meios possíveis (e, aí, não vai nenhuma crítica aos procuradores municipais, vez que, se a legislação permite, até como forma de resguardar o erário público, mormente vislumbrando possibilidade de sucesso, devem mesmo fazê-lo) para reverter a sentença (ou acórdão) que lhe foi desfavorável, conseguindo, na maioria das vezes, reexame da matéria pelo Tribunal Superior do Trabalho, através de Revista. Deprime constatar que, em relação ao trabalhador, mesmo em casos em que, paralelamente, já estão em curso execuções fiscais, nem sempre a perseverança é a mesma, havendo conformismo na quase totalidade das vezes com a decisão de segundo grau.

Quando, de outra parte, o Município não interpõe ou não consegue fazer subir o Recurso de Revista, é comum ver situações díspares para empregados de um único empregador. Servidores que obtêm reconhecimento do direito ao FGTS e outros que vêem declarada a prescrição do direito de ação. Trabalharam (ou trabalham) para o mesmo patrão, no mesmo lugar. Uns recebem. Outros, talvez, um dia, caso os parcelamentos, que normalmente são pactuados com a Caixa Econômica Federal, sejam cumpridos, e na hipótese de sobreviverem ao prazo estipulado. Mas, ainda assim, por via reflexa, e não porque lhes foi conferido diretamente o direito. O que pensam tais pessoas? De tão esdrúxula, a situação, por certo, contribui para o descrédito na Justiça.

Voltando para a generalidade, não se olvide ainda que podem ocorrer situações em que o obreiro sequer tenha conhecimento, no lapso temporal de dois anos, de que teve seus direitos lesados. Imaginemos, por exemplo, caso de empregado que pede demissão ou é despedido por justa causa e, após três anos de inatividade (a partir de quando poderia movimentar o FGTS eventualmente existente, conforme autoriza o inciso VIII do artigo 20 da Lei n. 8.036/90), constate, ao dirigir-se ao Agente Operador, que o ex-empregador nada depositou em sua conta vinculada. Estaria prescrito o direito? — Não parece revestir-se de um mínimo de razoabilidade resposta em sentido positivo.

É certo que a Resolução CC/FGTS n. 78, de 9 de julho de 1992, determinou, de imediato, os procedimentos necessários para implantação gradativa do serviço de remessa de extrato das contas vinculadas do FGTS, ao endereço indicado pelo trabalhador. A nova sistemática deveria estar concluída integralmente até abril de 1993. Hoje, é verdade, há até mesmo o cartão do trabalhador. Entretanto, o sistema ainda registra imperfeições. No caso de trabalhadores rurais, por exemplo, dificilmente a entrega de extratos é feita ao empregado na zona rural, e sim diretamente ao empregador.

Não se ignora a existência de previsão de multa para o empregador que não repassar aos empregados os extratos das contas vinculadas já centralizadas na CEF (Resolução CC/FGTS n. 64, de 17.12.91). É óbvio, porém, que, aquele que não estiver cumprindo a obrigação principal, não

estará preocupado com eventual autuação decorrente do descumprimento. E extrato de que, caso nada tenha sido depositado? Ignora a realidade aquele que afirma que o trabalhador tem amplo acesso à conta do FGTS. O Jornal O ESTADO DE SÃO PAULO publicou pesquisa recente, realizada com 2.914 trabalhadores pela Superútil Editora e Consultoria de Sistemas, mostrando que a maioria não conhece o valor da sua conta (58,49%) nem sabe como sacar o dinheiro (42,30%).

Em ampla matéria, que ocupou página inteira⁽²²⁾, o repórter Paulo Pinheiro alerta o trabalhador, em manchete, para conferir problemas do FGTS e vigiar sua conta. A reportagem revela dados preocupantes. O primeiro deles é que a pesquisa da Superútil Editora e Consultoria de Sistemas, do Rio de Janeiro, foi realizada via Internet, ou seja, não abrangeu o trabalhador mais humilde, que não têm acesso à rede. Pior: segundo o jornal, de acordo com o coordenador da pesquisa, Mário Alberto Avelino, "a maioria dos que participaram do levantamento possui nível superior (52%) e boa parte tem renda entre R\$ 1 mil e R\$ 3 mil (45,74%). Entre os pesquisados — acrescenta a matéria — "79% possuíam um conhecimento ruim ou regular sobre a conta do FGTS."

Pelos dados divulgados, ainda, 53,96% não sabem que têm direito ao extrato bimestral e 38,53% não possuem o Cartão do Trabalhador, que permite levantar o saldo em terminais instalados nas agências da Caixa Econômica Federal. Conforme o coordenador da pesquisa, "essa falta de conhecimento, embora favoreça o governo, porque evita saques, ao mesmo tempo estimula as fraudes nas contas". De acordo com o jornal, cerca de 75 milhões de contas com mais de cinco anos sem depósito foram incorporadas ao patrimônio do FGTS, no total de R\$ 5,6 bilhões, porque os titulares ou dependentes não fizeram o saque, "mas hoje há quadrilhas especializadas em sacar os saldos fraudulentamente".

Veja, no quadro abaixo, os resultados da pesquisa, conforme dados publicados pelo jornal:

NEM SALDO NEM SAQUES	
Pesquisa realizada com 2.914 trabalhadores mostra que maioria não conhece o valor da sua conta nem sabe como sacar o dinheiro	
Respostas	Porcentual do número de optantes consultados
• Não conhecem o saldo da conta	58,49%
• Não sabem como usar o saldo	42,30%
• Tiveram dificuldades para sacar o FGTS	37,23%

(22) PINHEIRO, Paulo "Confira problemas do FGTS e vigie a conta". O Estado de São Paulo, São Paulo, 20 dez 1999. Caderno S, Suas Contas, pág. 1.

Respostas	Porcentual do número de optantes consultados
• Conta não foi localizada	11,67%
• Tiveram dificuldades para levantar o saldo	14,41%
• Não possuem o cartão do trabalhador	38,53%
• Não sabem o que é o cartão do trabalhador	21,76%
• Não sabem que têm direito ao extrato bimestral	53,96%
• Não sabem que podem pedir o extrato na Caixa	69,96%
• Não sabem como o saldo é corrigido	72,30%
• Acreditam que perderam dinheiro no FGTS	23,43%
• Acreditam que perdas foram provocadas por planos econômicos	42,31%
• Não sabem que têm 30 anos para entrar com ação	84,04%

Fonte: Superútil Editora e Consultoria de Sistemas

Com radiografia tão triste, aplicar ao FGTS a prescrição após dois anos da extinção do contrato de trabalho, é negar o próprio direito ao trabalhador e estimular empregadores inescrupulosos a não efetuar regularmente os depósitos. De qualquer modo, o cerne da questão não reside neste ponto. A discussão não é meramente econômica, mas jurídica. Se o FGTS fosse parcela de natureza estritamente salarial (e não social, como definido pelo STF), pelo só fato de estar elencado no rol dos direitos dos trabalhadores previstos na Constituição Federal (artigo 7º, III), ter-se-ia que aplicar, por questão de lógica jurídica, como já salientado alhures, além da prescrição total (bienal) para urbanos e rurais (a partir do advento da EC n. 28/2000 para ambos), também a quinquenal para os trabalhadores urbanos (artigo 7º, inciso XXIX, letras a e b, na sua redação original).

Não se justificaria, em hipótese alguma, a aplicação parcial da regra. Qual a razão, então, do legislador, mesmo após o advento da Constituição, ter reafirmado ser trintenária a prescrição do FGTS (Lei n. 8.036/90)? Parece claro que foi dar proteção mais abrangente que a conferida ao crédito trabalhista e também ao tributário (que seria quinquenal). Confira-se, a propósito, as seguintes ementas, ambas do TST:

7703 — FGTS — PRESCRIÇÃO. Apenas um requisito é exigido pelo Enunciado n. 95 do TST, ou seja, que o interessado reclame os valores relativos ao FGTS não recolhidos no prazo de 30 anos. Inexiste a exigência no sentido da observância do prazo de até dois anos contados da rescisão contratual. Isto não faz sentido, por ser pouco provável que um empregado tenha trabalhado por quase 30 anos para um só empregador, ou então o prazo de trinta anos assegurado é

uma falácia, por impossibilidade prática de ser utilizado quando o seu beneficiário quiser reclamar os depósitos, já que nem sempre o trabalhador permanece por muito tempo no mesmo emprego, pois, trintenária a prescrição para reclamar os depósitos do FGTS, relativos às parcelas salariais quitadas na época própria. É a orientação do Enunciado n. 95. (TST — RR 66.718/92.9 — Ac. 3ª T. 2.351/95 — Rel. Min. Roberto Della Manna — DJU 30.6.95).⁽²³⁾

11057 — FGTS — PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA — A prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS é trintenária, conforme dispõe o Enunciado n. 95/TST. Recurso de Revista provido para restabelecer a sentença de 1º grau (TST — RR 232.030/95.1 — Ac. 3ª T. 3.819/97 — Rel. Min. José Zito Calasãs — DJU 15.8.97).⁽²⁴⁾

Poder-se-ia mesmo dizer, como sugere o insigne jurista *Dirceu Galdino*⁽²⁵⁾, que a Lei n. 8.036/90, sendo norma especial, estabelece prescrição que vige ao lado da geral (CF/88), sem por esta ser derogada. A Constituição Federal normatiza a prescrição geral (créditos trabalhistas) e a Lei n. 8.036/90, a prescrição do FGTS. Esta é especial — tanto que o § 5º do artigo 23 diz *respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária* — e aquela geral, ou, utilizando outra terminologia, ordinária. Lembra *Galdino*, convencendo-se também de que a prescrição do FGTS só pode ser a trintenária, que o Fundo tem tratamento jurídico diferenciado pelas suas próprias peculiaridades.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo quanto exposto, é de se concluir que, no que respeita ao FGTS, a prescrição é trintenária. Tal privilégio lhe é conferido pelo § 5º do artigo 23 da Lei n. 8.036/90, que não padece — ao contrário do que sustentam alguns — do vício da inconstitucionalidade, em face da regra da aplicação da norma mais favorável, insita ao Princípio da Proteção, consagrado no Direito do Trabalho, ou, também, porque constitui-se norma especial, compatível com a regra geral estabelecida na Magna Carta. Assim, com todo o respeito que merece o C. Tribunal Superior do Trabalho, não pode prevalecer o entendimento expresso no Enunciado 362: “Extinto o contrato de trabalho, é de dois anos o prazo prescricional para reclamar em juízo o não-recolhimento da contribuição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço” (Resolução TST n. 90, de 26 de agosto de 1999 — DJ 3, 6 e 8.9.99).

(23) BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. In “Síntese Trabalhista”, Porto Alegre-RS, Editora Síntese Ltda., set. de 1995, Ano VI, n. 75.

(24) In “Síntese Trabalhista”, Porto Alegre-RS, Editora Síntese Ltda., dez. de 1997, Ano VIII, n. 102.

(25) GALDINO, *Dirceu*. Co-autor de “Manual do Direito do Trabalho Rural”, São Paulo, Editora LTR e autor de “Repensando o Direito do Trabalho Rural”, Maringá-PR, Editora Albatroz, 1996.

Tal orientação é conflitante com a definição da natureza jurídica do FGTS, dada pelo Supremo Tribunal Federal, assim como com o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, na Súmula n. 210. Não se conforma, na verdade, com aquela expressa no próprio Enunciado 95 da mesma Corte. Se observada, sufragaria distorções como a de permitir que o crédito seja cobrado por execução fiscal, com prazo prescricional de 30 anos, mas não pelo trabalhador, seu legítimo titular. E, ainda, se constituiria em armadilha para aqueles que sequer tiveram conhecimento, a tempo, da frustração de seus direitos.

Observa-se que a mais alta Corte Trabalhista do País, apesar de editar o Enunciado n. 362, reputou subsistente orientação anterior, consagrada no Enunciado n. 95, quanto ao lapso temporal de 30 anos para reclamar os depósitos não efetuados. Apesar do Enunciado n. 95 (que foi editado em 1980), como já destacado, ter se inspirado na convicção de que o FGTS tinha natureza previdenciária, por razões de ordem teleológica, é de se concluir que o mesmo continua em plena vigência. Entretanto, há incompatibilidade gritante entre os dois enunciados. Não se encontram razões lógicas — nos campos jurídico e econômico — para a subsistência de ambos. Admitida a incidência da prescrição prevista na Constituição Federal, teria ela de ser aplicada integralmente: quinquenal e total.

Mas o FGTS, repise-se, como já definiu o Supremo Tribunal Federal (no que é acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça), tem natureza social/trabalhista, não se constituindo crédito puramente trabalhista ou tributário, pelo que não se aplica a ele a prescrição prevista no artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, e nem a prescrição definida no artigo 174 do Código Tributário Nacional. É o nosso entendimento.