

O FGTS E A PRESCRIÇÃO

JOSÉ FERNANDO EHLERS DE MOURA
Juiz do TRT da 4ª Região

Após a vigência da Constituição Federal de 1988, cujo art. 7º, inciso XXIX, assegura "ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de: a) cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; b) até dois anos após a extinção do contrato, para o trabalhador rural", prazos prescricionais esses estabelecidos sem qualquer exceção, não parece acertado persistir se afirmado que a prescrição da ação destinada a pleitear os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, movida pelo trabalhador, seja trintenária.

Os prazos de cinco e dois anos são os únicos previstos no dispositivo constitucional para a prescrição de todo e qualquer crédito resultante das relações de trabalho. Embora a Carta Magna não exclua a criação ou a ampliação de outros direitos do trabalhador pela lei ordinária, não seria judicioso admitirem-se outros prazos além dos ali previstos, dada a natureza taxativa do preceito, que ainda utiliza os termos "até" e "limite" ("até o limite de dois anos após a extinção do contrato").

A concepção do prazo de trinta anos para a prescrição relativa ao FGTS originou-se do disposto no art. 20 da Lei nº 5.107, de 13.09.66, combinado com o art. 144 da Lei Orgânica da Previdência Social (Lei nº 3.807, de 26.08.60), vigente à época da instituição do FGTS. O art. 20 da Lei nº 5.107/66 incumbiu a Previdência Social de verificar o cumprimento das obrigações oriundas do FGTS, bem como do levantamento dos débitos porventura existentes e da respectiva cobrança administrativa e judicial, pela mesma forma e com os mesmo privilégios das contribuições devidas à Previdências Social, enquanto que o art. 144 da Lei Orgânica da Previdência Social (Lei nº 3.807/60) dispunha que "O direito de receber ou cobrar as importâncias que lhes sejam devidas prescreverá, para as instituições de previdência social, em trinta anos".

Atualmente, a Lei nº 8.844, de 20.01.94, atribuiu ao Ministério do Trabalho a fiscalização e apuração das contribuições ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, bem assim a aplicação das multas e demais encargos

devidos, ao passo que incumbe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a inscrição em Dívida Ativa dos débitos respectivos, bem como a representação judicial e extrajudicial do FGTS para a correspondente cobrança das contribuições, multas e demais encargos previstos na legislação.

De outra parte, a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispôs sobre a organização da Seguridade Social, instituiu Plano de Custeio e deu outras providências, substituindo a legislação previdenciária anterior, junto com a lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, afastou-se da prescrição trintenária estabelecida no art. 144 da Lei nº 3.807, de 26.08.60, pois seus artigos 45 e 46 estipularam o prazo de dez anos para a Seguridade Social apurar e constituir seus créditos e para a prescrição da cobrança dos mesmos.

Para os que atribuem natureza tributária aos débitos para o FGTS, a prescrição invocável seria a quinquenal prevista no art. 174 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25.10.66).

A esta altura, onde o fundamento da prescrição trintenária no ordenamento positivo nacional?

O § 5º do art. 23 da Lei nº 8.036, de 11.05.90, caso não estivesse derogado, padeceria do vício da inconstitucionalidade, não só por afronta ao art. 7º, inciso XXIX, da Constituição, como ainda ao Código Tributário Nacional (art. 174), que é Lei Complementar, desde que reconhecida a natureza tributária da contribuição devida ao FGTS, enquanto que a Lei nº 8.036/90 é simples lei ordinária. A afronta da Lei nº 8.036/90, art. 23, ao Código Tributário Nacional é, aliás, sustentada por Eduardo Gabriel Saad, que professa o caráter tributário da contribuição do Fundo de Garantia (Comentários à Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, S. Paulo, Ltr., 1991, p. 362 e 363).

Por conseguinte, a tese do Enunciado nº 95 do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, que data de 08 de maio de 1980, não mais subsiste.

Em outro enfoque do tema prescricional, parece tranqüilo que a prescrição que atinge a remuneração, sobre a qual incidiria recolhimento ao FGTS, também alcança o que se recolhe a este. Tal entendimento foi acolhido pelo Enunciado nº 206, também do Tribunal Superior do Trabalho, ainda anterior à ab-rogação do art. 11 da CLT pelo texto constitucional: "A prescrição bienal relativa às parcelas remuneratórias alcança o respectivo recolhimento da contribuição para o FGTS".

Questão mais delicada - a nosso juízo - é a do início do prazo prescricional de crédito do empregado oriundo do Fundo.

Sabidamente, duas condições se exigem para se considerar existente, nascida ("nata", na expressão romana) a ação: 1) um direito atual atribuído a seu titular pelo ordenamento positivo; 2) uma violação desse direito, que a ação visa reparar.

Se o direito não é atual, se não foi adquirido integralmente, mas futuro, não tendo se incorporado ao patrimônio do titular, não pode ser violado. Portanto, a ação ainda não nasceu, inexistindo.

Assim o direito subordinado a condição suspensiva ou termo inicial, não podendo ser exigido antes do implemento da condição ou da verificação do termo, não tem ação para defendê-lo até a condição se manifeste ou vença o termo. Antes disso não corre prescrição.

Além da existência do direito e da viabilidade do seu exercício pelo titular, é mister que o direito sofra violação para que surja a ação que se destina a repará-lo tutelando-o. A ação nasce, portanto, da violação do direito. A partir daí a prescrição começa a fluir, desde a ocorrência da violação do direito.

Observe-se, todavia, que pode suceder que o detentor do direito ignore a violação. Por isso debateu a doutrina se a prescrição é instituto exclusivamente objetivo, de modo a correr sempre a partir do fato da violação do direito, independentemente da ciência do titular a respeito da lesão do seu direito, ou se é também subjetivo, dependendo o início do seu fluxo do conhecimento pelo detentor do dano que sofreu o seu direito.

Sustentou Savigny que a prescrição tinha natureza puramente objetiva não importando que o titular do direito tivesse ou não conhecimento da lesão (Sistema do Direito Romano), o que mereceu a censura, entre outros, de Câmara Leal, a quem pareceu irracional "admitir-se que a prescrição comece a correr sem que o titular do direito violado tenha ciência da violação. Se a prescrição é um castigo à negligência do titular - *cum contra desides homines, et sui juris contentores, odiosae exceptiones oppositae sunt* - não se compreende a prescrição sem a negligência, e esta, certamente, não se dá, quando a inércia do titular decorre da ignorância da violação" (CÂMARA - LEAL, Antônio Luís da. Da Prescrição e da Decadência. Rio, Forense, 1959, 2ª ed., p. 37).

Ora, se a ação se destina à tutela do direito lesado, seria inconcebível que o titular a exercitasse ignorando a violação do seu direito. Defendê-lo de quê? Contra quem? Afigura-se, pois, imprescindível o conhecimento da lesão do direito pelo seu titular para que a prescrição comece a fluir. Por isso o Código Civil impõe como marco inicial da prescrição de várias ações a ciência pelo sujeito do fato que faz nascer a ação: art. 178, § 4º, incisos I e II; § 6º, incisos I e II; § 7º, inciso V.

A obrigação fundamental do empregador, no que tange ao FGTS, é realizar os depósitos mensais, em conta bancária vinculada, da importância correspondente a oito por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, como determina o art. 15 da Lei nº 8.036, de 11.05.90, e, anteriormente, o art. 2º da Lei nº 5.107, de 13.09.66.

Entretanto, o inadimplemento da obrigação de efetuar os depósitos mensais nem sempre configura violação do direito do empregado, embora lesado o direito do Fundo, pois o trabalhador somente pode movimentar a conta vinculada nas hipóteses especialmente previstas no art. 20 da Lei nº 8.036, de 11.05.90. Diante dessa circunstância, podemos distinguir o inadimplemento da obrigação de realizar os depósitos do Fundo em: a) infração pura e simples ao sistema deste, em prejuízo da destinação social de suas aplicações, e em b) violação propriamente dita do direito do trabalhador. E isto porque a lesão ao direito do trabalhador somente se consuma desde que ocorrente hipótese de saque dos depósitos, prevista na lei, se os depósitos inexistem ou se revelam incompletos. Enquanto não ocorre hipótese de movimentação da conta vinculada, mesmo que o empregador tenha deixado de efetuar os depósitos do Fundo por vários meses, não se caracteriza violação do direito do empregado, pois, antes que surja hipótese de saque, o empregador pode vir a integralizar ou complementar os depósitos insatis-

feitos ou incompletos, aduzindo correção monetária e juros, de modo que, ao se verificar hipótese de movimentação da conta, possa o trabalhador lançar mão dos depósitos devidos, sem qualquer prejuízo. E então, ausente violação do direito do obreiro, não caberá se cogitar do fluxo do prazo prescricional.

É certo que a omissão do empregador em efetuar os recolhimentos ao FGTS caracteriza infração que faz nascer ação para tutela da integralidade do sistema do Fundo, mas tal ação pertence ao Fundo, e não ao trabalhador, competindo, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a inscrição em Dívida Ativa dos débitos, assim como a representação judicial e extrajudicial do FGTS para a correspondente cobrança das contribuições, multas e demais encargos, segundo a Lei nº 8.844, de 20.01.94. Aí a prescrição não é a do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição, mas a Dívida Ativa da Fazenda Nacional.

Interessa-nos, porém, no presente trabalho, sobremaneira, a prescrição que atinge o crédito do trabalhador relativo aos depósitos do FGTS. Parece-nos indubitado que tais depósitos constituem crédito resultante das relações de trabalho para o empregado quando configurada hipótese de movimentação da conta vinculada em seu favor, crédito, portanto, sujeito a prescrição prevista no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição, crédito também do Fundo de Garantia, no que tange ao recolhimento dos depósitos, com vistas a sua aplicação na política nacional de desenvolvimento urbano e nas políticas setoriais de habitação popular, saneamento básico e infra-estrutura urbana, segundo o art. 5º da Lei nº 8.036/90, hipótese em que se sujeita à prescrição específica, que não é a do crédito trabalhista.

Destarte, sustentamos que enquanto não ocorra hipótese de saque dos depósitos do Fundo pelo Trabalhador, o direito deste em relação aos mesmos não se aperfeiçoou, achando-se subordinado à condição suspensiva, qual seja o fato previsto na lei que faculta a utilização dos valores lançados na conta vinculada. Nessa contingência, a ação de trabalhador para a defesa do seu direito ainda não nasceu. E, se não nasceu, não corre prescrição. Portanto, aplicam-se os prazos prescricionais do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição, relativamente ao crédito do empregado resultante dos depósitos do FGTS. Todavia, a prescrição da ação para defesa desse direito só fluir a partir da verificação de hipótese de saque dos depósitos.

No que respeita, porém, ao Poder Público, que demanda o recolhimento dos depósitos pelo empregador inadimplente, o prazo prescricional é o da ação de cobrança da Dívida Ativa da Fazenda Nacional e corre a partir do inadimplemento da obrigação pelo empregador, isto é, após o dia sete de cada mês, sucessivamente, em relação a cada depósito mensal, tendo-se presente a data limite fixada no art. 15, bem isso o disposto no art. 22, ambos da Lei nº 8.036, de 11.05.90.