

FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO

JOÃO DA SILVA NERY FILHO¹⁸

Na Idade Antiga, mais precisamente no Império greco-romano, a dedicação às artes, à filosofia e à prática esportiva era destinada aos ilustrados, e o labor manual às estirpes baixas da sociedade e escravos. Em meados do século XVII, iniciam-se conflitos entre Capital e Trabalho, sendo que o trabalhador vendia sua força de trabalho em troca dos meios de subsistência, onde não havia limites à exploração da mão-de-obra, com carga de trabalho até 20 horas/dia.

Nestes embates entre essas duas correntes (capital X trabalho), surge a necessidade de impor limites ao capital, tanto pelo fato da excessiva exploração da mão-de-obra, quanto para combater a expansão do socialismo.

No Brasil, principalmente no pós-guerra, adotam-se algumas regras visando disciplinar as relações entre empregados e empregadores. Dentre eles salientaremos a estabilidade no emprego. Este instituto mostrou-se inócuo no decorrer dos tempos, pois era frágil e facilmente fraudado pelas empresas.

Em 13 de setembro de 1966 (Lei 5.107/66), foi instituído o Fundo de Garantia, passando nosso País a conviver com dois regimes: o da estabilidade e o do fundo de garantia, que foi recepcionado pela Constituição de 1967.

O FGTS surgiu em um momento de crise econômica, em que as empresas brasileiras precisavam reduzir salários e empregos, e a estabilidade engessava estas manobras. Com o advento do fundo de garantia a estabilidade praticamente deixou de existir, porém sua finalidade social maior era garantir aos empregados segurança em caso de dispensa, pois haveria necessariamente uma

compensação em pecúnia pelos anos laborados.

A Constituição Federal de 1988 aniquilou a estabilidade no emprego, salvo algumas exceções, substituindo-a pela indenização compensatória-FGTS, preceituado pelo art. 7º, inciso III.

Nota-se, portanto, que o Fundo de Garantia tem uma finalidade social de proteção ao empregado, ou seja, de forma simplória, é uma poupança feita ao trabalhador pelo empregador num percentual de 8% sobre o salário mensal do empregado, numa conta vinculada na Caixa Econômica Federal, a fim de que o empregado não olhe angustiado e temeroso o dia de amanhã.

Insta, ainda, observar que o artigo 7º da CF, contida dentro do Capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, trata de forma genérica os Direitos Sociais, não colocando o FGTS como crédito trabalhista em sentido estrito, e sim como parcela trabalhista especial tendo como objetivo maior uma indenização pelos anos trabalhados, a cargo do empregador.

Instalou-se nos Pretórios Trabalhistas grande divergência relativa à prescrição do FGTS. Para uma corrente, com o advento da Constituição Federal de 1988, o prazo prescricional passou a ser de cinco anos, respeitando o limite bienal para o ajuizamento da ação, nos termos do artigo 7º, inciso XXIX. Para outra corrente, à qual nos filiamos, seria trintenária na constância do contrato de trabalho (Enunciado 95 do TST) e bienal após a extinção do contrato (Enunciado 362 do TST). Como já elucidamos supra, o FGTS possui uma finalidade fundamentalmente social de proteção ao hipossuficiente, não podendo ser simplesmente colocado como um crédito trabalhista em sentido estrito. Sua finalidade é maior, inclusive vindo substituir a estabilidade decenal, que devido à sua fragilidade para fraudes, mostrou-se inadequada. Se adotarmos a prescrição quinquenal, fatalmente este instituto incorrerá na mesma inoperância do instituto da estabilidade.

Conforme reiterada jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça coloca o FGTS com natureza não tributária, entretanto, para contagem da prescrição, o prazo deveria ser o mesmo das contribuições sociais, que é de 30 anos (Súmula 210). Percebe-se, portanto, a importância deste instituto como salva-guarda dos trabalhadores e como fonte financeira para o Governo, que o utiliza para obras sociais.

Entendemos, também, que o FGTS não possui natureza tributária, pois deriva de relação de trabalho tendo como escopo maior resguardar o trabalhador, e como já afirmamos em linhas pretérias, é sucedâneo da estabilidade no emprego. Apesar da União exercer fiscalização sobre as empresas para o correto recolhimento dos 8% à conta vinculada do emprego, não o torna titular dessa contribuição, o que torna claro que não se trata de receita pública derivada ou seja tributo. Portanto, não vejo como aplicar os artigos 173 e 174 do Código Tributário Nacional ao FGTS.

A Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, artigo 23, parágrafo 5º, consagra ao FGTS o privilégio da prescrição trintenária, sendo omissa em relação ao prazo de aplica-

¹⁸ Analista Judiciário do TRT 18ª Região, bacharel em História pela UFG, bacharel em Direito pela FACH e Diretor Jurídico da ASJUSTEGO

ção da prescrição. O artigo 7º, inciso XXIX da CF/88, estabelece que o trabalhador terá o prazo prescricional dos créditos trabalhistas das relações de trabalho de 5 (cinco) anos na constância do contrato de trabalho e até o limite de 2 (dois) após a extinção do contrato. Sendo o FGTS crédito de natureza especialíssima que visa a resguardar o futuro do trabalhador e entendendo que o legislador ordinário pode elastecer direitos objetivando proteger o hipossuficiente, o Tribunal Superior do Trabalho, ciente de seu papel de intérprete maior das normas infraconstitucionais, editou os enunciados 95 e 362 ambos válidos (neste sentido E-RR-338.687/1997-6), cujo entendimento diz que é trintenária a prescrição para reclamar contra o não recolhimento do FGTS, na vigência do contrato de trabalho e bienal após a sua extinção. A adotar outro entendimento teríamos uma esdrúxula situação em que o trabalhador teria 5 (cinco) anos para reclamar contra o recolhimento do FGTS, e a Caixa Econômica Federal, como agente gestora do fundo, teria 30 (trinta) anos para cobrar o recolhimento, conforme reiterada jurisprudência do STJ, o que não atende a função precípua do FGTS.

Partindo para uma interpretação sistemática e teleológica, percebe-se nitidamente que o constituinte de 1988 estabeleceu direitos mínimos, e não máximos ao trabalhador, tratando no art. 7º os direitos sociais de forma genérica, jamais mencionando que o FGTS seja um crédito de natureza trabalhista em stricto sensu, mas sim um crédito especialíssimo, assemelhando-se à contribuição social para fins de prescrição.