

A COBRANÇA INDEVIDA DOS 10% DA MULTA CONTRATUAL DO FGTS APÓS O EXAURIMENTO DA FINALIDADE DE SUA INSTITUIÇÃO

HENZ, Ijatir Miguel Junior¹
FREIRE, José Raphael Batista²

RESUMO:

O presente trabalho refere-se à multa contratual aplicada aos casos de dispensa sem justa causa, que conta com 50% do saldo depositado em uma conta empresa/empregador vinculada à Caixa Econômica Federal. Esse saldo acumula-se mensalmente com base em uma alíquota de 8% sobre o valor salarial do empregado e é de recolhimento exclusivo da parte patronal da relação trabalhista. O tema que será abordado no presente trabalho discutirá o adicional de 10% da supracitada multa, pois essa, segundo alguns entendimentos, trata-se de uma cobrança inconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Garantia, benefício, dispensa.

THE UNDUE CHARGING OF THE 10% FGTS CONTRACTUAL FINE AFTER THE EXPANSION OF THE PURPOSE OF ITS INSTITUTION

ABSTRACT:

The present work refers to the contractual fine applied to cases of dismissal without just cause, which accounts for 50% of the balance deposited in a company / employer account linked to the Federal Savings Bank. This balance is accumulated monthly based on an 8% rate on the salary of the employee and is the exclusive payment of the employer's share of the labor relationship. The subject that will be discussed in this paper will discuss the additional 10% of the aforementioned fine, since this, according to some understandings, is an unconstitutional charge.

KEYWORDS: Warranty, benefit and waiver

1 INTRODUÇÃO

A constitucionalidade da referida obrigação já foi julgada pelo STF e primariamente entendida como constitucional, porém, hoje, o entendimento comum é de que tal cobrança está tendo um desvio de finalidade com relação ao motivo pela qual foi gerada, uma vez que tal instituto teria sido criado para a necessidade de recompor os expurgos inflacionários nos saldos das contas de fundo de garantia em detrimento dos planos de governo Verão e Color I da década de 90.

¹Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Assis Gurgacz. ijatirhenz@hotmail.com.

²Docente orientador do curso de Direito do Centro Universitário Assis Gurgacz. joseraphael@hbf.adv.br.

2 FUNDAMENTAÇÃO

2.1 - A ESTABILIDADE DECENAL OU FUNCIONAL

Em meados da década de 20, mais precisamente no ano de 1923, nasceu uma norma com intuito de beneficiar ao trabalhador uma espécie de garantia caso este viesse a atingir 10 (dez) anos de serviço no mesmo emprego.

Referida norma, a lei Eloi Chaves – 4.682/1923, foi pioneira neste tipo de garantia, uma vez que beneficiava os trabalhadores do setor ferroviário, em seu artigo 42, estabelecia que após 10 (dez) anos de efetivo serviço, este adquiriria estabilidade, só podendo ser demitido no caso de apuração de falta grave constatada em inquérito administrativo. (Brasil, 1923)

Devido ao advento desta norma outras seguiram o mesmo conceito e começaram a disponibilizar benefícios aos seus colaboradores, como no caso dos trabalhadores no setor marítimo e fluvial, que se deu início no ano de 1926, posteriormente os empregados de setores do transporte urbano, como no caso de água, esgoto, telefone e luz, no ano de 1930 e do setor de minério a rigor, no ano de 1932.

No ano de 1935 nasce uma norma (Lei 62/1935) que estendeu este benefício garantindo aos trabalhadores do ramo industrial e do comércio, a estabilidade após o serviço contínuo de 10 (dez) anos, só podendo ser demitido devido a falta grave. O artigo primeiro desta lei garantia ainda, caso o funcionário não tivesse atingido o período para a estabilidade, que este só poderia ser demitido diante de uma indenização do maior ordenado percebido na empresa, o qual deveria ser pago na base das verbas rescisórias. (Brasil, 1935)

Eivou-se durante este período em que a estabilidade era uma ideia de garantia para o trabalhador, passando a ser criticado, ao passo que empregadores na tentativa de sabotar este instituto demitiam seus colaboradores quando estes estavam próximos de completar o requisito dos 10 (anos), readmitindo-o sequentemente.

Mesmo assim, ela ainda está vigente, sendo inclusive regulamentada pela CLT, prevista nos artigos 492 a 500, que prevê no parágrafo 3º do 499 que será devido em dobro a indenização prevista no artigo 478 que é o valor de um ordenado, ou seja, de salário mensal para cada ano trabalhado, se este for demitido para não adquirir a estabilidade. (Brasil, 1943)

Decorrente desses eventos, sentiu-se a necessidade da criação de uma medida alternativa para garantir os direitos do trabalhador, o fruto deste pensamento foi o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS.

2.2 - O NASCIMENTO DE UMA NOVA GARANTIA AO TRABALHADOR – FGTS (O FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO – LEI 5.107/1966)

Nasce no ano de 1966, no dia 13 de setembro, a Lei nº. 5.107, instituindo o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, sendo em dezembro do mesmo ano regulamentada pelo Decreto nº. 59.820.

Analisa Martins (2006), que mesmo a ser um direito consolidado na Constituição Federal de 1946, assegurada pelo artigo 157, XII, o FGTS tinha também característica constitucional, por se tratar de uma escolha do empregado, que ao optar por este regime, renunciaria o previsto na CF/46, sendo reconhecido como um regime alternativo de garantia.

Por sua vez, no ano de 1967 com o advento da nova Constituição, este benefício do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, se tornou definitivamente consagrada pela Carta Magna, no artigo 165 inciso XIII, podendo novamente optar pelo regime da estabilidade, ou pelo dos fundos do FGTS. (Brasil, 1967)

Mas no que exatamente consiste o FGTS?

Trata-se de um adicional de 8% (oito por cento) sobre os proventos salariais dos colaboradores a serem recolhidos em guias mensais, das quais serão depositadas em uma conta vinculada a Caixa Econômica Federal, empregado/empregador, que será criada a partir do primeiro depósito do empregador. (Brasil, 1966)

Este montante poderia ser retirado diante das hipóteses legais previstas e na dispensa sem justa causa pelo empregador, criando desta forma uma garantia no eventual término de seu contrato empregatício, para arcar com a manutenção de suas despesas, e retornar ao mercado de trabalho. (Brasil, 1943)

A lei da criação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, estabelecia que o trabalhador teria direito a receber uma indenização nos valores de 10%, caso se tratasse de uma rescisão por dispensa sem justa causa. (Brasil, 1966)

Como já dito anteriormente, a lei que criou o FGTS dava além do depósito mensal do fundo, uma garantia em caso de dispensa sem justa causa, uma indenização de 10% (dez por cento) sobre os montantes depositados neste fundo a serem retirados juntos com o saldo já existente.

2.3 - A MULTA RESCISÓRIA DO SALDO FUNDIÁRIO DO FGTS

Dispõe o caput do artigo 6 da Lei nº 5.107 de 1966, estabelecia que aos empregados dispensados e em outros casos previstos legalmente, caberia a eles uma indenização no valor de 10% sobre os valores já depositados na conta empregado/empregador.

Entretanto, no de 1992, por intermédio do artigo 10 dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias, o percentual que anteriormente era de 10% (dez por cento), foi majorada, e passou a ser calculada no valor de 40% (quarenta por cento), assim como podemos ver:

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, "caput" e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966.

A contribuição do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço) que na contemporaneidade é regida pela Lei nº 8.036 do ano de 1990, e que foi regulamentada posteriormente através do Decreto 99.684 também do ano de 1990, em que no seu artigo 18 parágrafo 1º, determina a maneira como se dá o recolhimento da referida obrigação:

§1º. Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros.

Desta maneira, o desmembramento da ideia com relação a esta obrigação esculpido nas normas, vê-se que esta determina que para a concretização da dispensa do trabalhador, basta que desta vez seja efetuado um depósito referente 40% (quarenta por cento) e não mais 10% (dez por cento) do montante fundiário do FGTS, que foi depositado mensalmente na conta do trabalhador, durante a vigência de seu contrato com o empregador, depósito este que tem natureza indenizatória pela quebra contratual pela empresa. (Brasil, 1990)

2.4 - NATUREZA JURÍDICA DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS E DO FGTS

Consoante à inteligência do parágrafo supra, a Constituição Federal de 1967, tratava as Contribuições Sociais como normas de direito tributário. Posteriormente, no ano de 1977, sendo mais preciso no dia 14 de abril através da Emenda Constitucional de nº. 8, o entendimento referente a tais contribuições deixou de ser do ramo do direito tributário, sendo então transferidas para a Seção IV “Das atribuições do Poder Legislativo” em seu artigo 43, inciso X. (Brasil, 1967)

Em detrimento a esta atribuição, sofreu novamente uma alteração, pois, segundo o entendimento do STF à época desta constituição, ao serem retiradas do Capítulo de Tributos, tal contribuição deixaria de ostentar natureza tributária, ao passo que esta não estaria mais sendo regulamentada pela regra geral de tributos.

Nos dias atuais as contribuições sociais são regulamentadas pelo Sistema Nacional Tributário, por estarem inseridas no artigo 149, de competência referente ao citado sistema.

Para Hugo de Brito Machado (2006), as contribuições sociais ostentam características ora de imposto ora de taxa, tornando complexa sua classificação e determinação de sua natureza jurídica específica. Assemelham-se com a taxa na medida que possui caráter contraprestacional, e com o imposto em virtude do fato gerador, que ocorre com a realização de situação definida em lei.

O artigo 3º do Código Tributário Nacional, Lei 5.107 de 25 de setembro de 1966, define o que é tributo Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Seguindo este panorama é importante observar o que diz a redação da Constituição Federal no que tange a criação e destino das contribuições sociais:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo. (Brasil, 1988)

Não se chegou ainda um consenso sobre qual a verdadeira natureza jurídica do FGTS, a controvérsia gira entre a doutrina, a lei e o próprio Supremo Tribunal Federal que já se manifestou ao contrário das hipóteses estabelecidas.

2.5 - DA APLICAÇÃO DO ADICIONAL DE 10%

Devido ao rombo nas contas de FGTS sofridas através dos planos de governo Verão e Collor I, instituiu-se um tributo através da Lei Complementar nº 110/01, com o intuito de angariar fundos para sanar com as dívidas oriundas da ineficácia de tais planos.

Art. 1º Fica instituída contribuição social devida pelos empregadores em caso de despedida de empregado sem justa causa, à alíquota de dez por cento sobre o montante de todos os depósitos devidos, referentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, durante a vigência do contrato de trabalho, acrescido das remunerações aplicáveis às contas vinculadas. (Brasil, 2001)

O professor Eduardo Fischer Carvalho (2013) em seu artigo sobre a validade desta instituição afirmou:

Referida contribuição foi instituída para fazer frente à necessidade dos depósitos do FGTS recomponem os expurgos inflacionários das contas vinculadas no período de 10 de dezembro de 1988 a 28 de fevereiro de 1989, e no mês de abril de 1990, época da edição dos denominados Plano Verão e Plano Collor, decorrentes da decisão proferida em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Recursos Extraordinários ns. 248.188/SC e 226.855/RS

Neste panorama se posicionou Canotilho (2013):

Na medida em que a finalidade é elemento essencial para a aferição da constitucionalidade da lei instituidora da contribuição assume relevância a destinação do produto da respectiva arrecadação. [...] A cobrança só se legitima na medida em que a destinação na persecução da finalidade constitucional se materialize.

A definição de finalidade dada pelo entendimento da ADI 2.556/MC, é de que esta é elemento essencial para manutenção das contribuições, visto que sem esta não poderia mais ser tida como contribuição, e sim como imposto ou taxa.

Diante desta previsão, posicionou-se a Caixa Econômica Federal – CEF com o ofício nº 38/2012/SUFUG/GEPAS, emitido pela Gerência Nacional de Administração do Passivo do FGTS em 08/02/2012, endereçado ao Secretário-Executivo do Conselho Curador do FGTS, declarando que a exigibilidade da contribuição prevista no art. 1º da Lei Complementar nº 110/2001 findara em julho de 2012, considerando-se a arrecadação suficiente de valores para cobrir os custos com o pagamento dos expurgos inflacionários dos Planos Verão e Collor I.

2.6 - AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADIns 2.556 e 2.568

Durante a vigência desta contribuição muitas discussões sobre sua validade foram levantadas pelos estudiosos do Direito, ao passo que essa discussão chegou até o STF, diante a sua repercussão geral, um dos requisitos para a propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Algumas ADIns observaram e deliberaram sobre alguns pontos contraditórios, dentre elas a de nº 2.556:

Ação direta de inconstitucionalidade 2.556 distrito federal relator : min. Joaquim barbosa repte.(s) :confederação nacional da indústria adv.(a/s) :sylvia lorena teixeira de sousa e outros intdo.(a/s) :presidente da república intdo.(a/s) :congresso nacional ementa: tributário. Contribuições destinadas a custear dispêndios da união acarretados por decisão judicial (re 226.855). Correção monetária e atualização dos depósitos do fundo de garantia por tempo de serviço (fgts). Alegadas violações dos arts. 5º, liv (falta de correlação entre necessidade pública e a fonte de custeio); 150, iii, b (anterioridade); 145, § 1º (capacidade contributiva); 157, ii (quebra do pacto federativo pela falta de partilha do produto arrecadado); 167, iv (vedada destinação específica de produto arrecadado com imposto); todos da constituição, bem como ofensa ao art. 10, i, do ato das disposições constitucionais transitórias - adct (aumento do valor previsto em tal dispositivo por lei complementar não destinada a regulamentar o art. 7º, i, da constituição). (STF, 2002)

E a de nº 2.568:

Ação direta de inconstitucionalidade 2.568 distrito federal relator : min. Joaquim barbosa repte.(s) :partido social liberal - psl adv.(a/s) :wladimir sérgio reale intdo.(a/s) :presidente da república intdo.(a/s) :congresso nacional ementa: tributário. Contribuições destinadas a custear dispêndios da união acarretados por decisão judicial (re 226.855). Correção monetária e atualização dos depósitos do fundo de garantia por tempo de serviço (fgts). Alegadas violações dos arts. 5º, liv (falta de correlação entre necessidade pública e a fonte de custeio); 150, iii, b (anterioridade); 145, § 1º (capacidade contributiva); 157, ii (quebra do pacto federativo pela falta de partilha do produto arrecadado); 167, iv (vedada destinação específica de produto arrecadado com imposto); todos da constituição, bem como ofensa ao art. 10, i, do ato das disposições constitucionais transitórias - adct (aumento do valor previsto em tal dispositivo por lei complementar não destinada a regulamentar o art. 7º, i, da constituição) (STF, 2002)

Diante de várias discussões no que tange a indevida contribuição dos 10% (dez por cento), o STF, em respostas às ADIns 2.556 e 2.568, já se posicionou entender constitucional a permanência da cobrança de tal adicional.

No entanto, a discussão agora é outra. E as dúvidas se sustentam sobre três pilares, sendo o primeiro referente ao exaurimento da finalidade que fundamentou a implementação da referida cobrança, frente ao Ofício nº 38/2012/SUFUG/GEPAS pela Caixa Econômica Federal no ano de 2012, e o início de índices superavitários para recomposição dos recursos.

O segundo incide neste panorama, pois caracterizaria desvio da finalidade para a qual foi constituída. Em que pese tal administração cabendo a retentora de tais recursos, ou seja, a própria Caixa Econômica, esta se utiliza para financiar as despesas oriundas de outro programa Governamental, o programa “Minha Casa Minha Vida”.

O terceiro, a não menos importante, se baseia no fato de não existir previsão constitucional para que haja uma cobrança de contribuição social sobre a folha de provimentos, em detrimento às mudanças trazidas pela Emenda Constitucional nº. 33/2001 e 42/2003 no art. 149 da Constituição Federal de 1988.

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo: I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação; II - poderão incidir sobre a importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível; II - incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços; III - poderão ter alíquotas: a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro; b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada. (Brasil, 1988)

Como é notório, nenhum dos três entendimentos supracitados, foram objetos de observação do Supremo Tribunal Federal, no que tange sua decisão referente as ADIns 2.556 e 2.568, deixando então uma lacuna a ser debatida com milhares de especulações da validade da contribuição social sob análise.

Nas palavras do Procurador Federal Renato Ismael Ferreira Mezzomo (2014), a clássica concepção do pressuposto da finalidade afirma que o administrador não pode escolher fim público diferente daquele que a norma administrativa prevê e que a realização de finalidade estranha à prevista pelo ordenamento jurídico para o ato administrativo resulta na invalidade do ato.

O jurista Marçal Justen Filho (2011) estabelece os preceitos pra verificar a finalidade do ato administrativo:

Quando exercita uma função estatal, o agente promove a concretização do ordenamento jurídico em seu conjunto. Logo, existem inúmeras finalidades a serem realizadas. É indispensável identificar essas finalidades contempladas de modo teórico no ordenamento jurídico. Depois, cabe produzir uma conjugação entre as diversas finalidades, tendo em vista o princípio da proporcionalidade. É dever do administrador público expor à vista da comunidade a concepção que adota como finalidade dos atos administrativos que pratica.

A controversa desta vez, paira sobre a finalidade, legalidade e continuidade desta contribuição, pois nem estudiosos do direito e muito menos o governo que o instaurou conseguem estabelecer os reais critérios de sua natureza.

Por tanto, pode ou não se esperar uma decisão favorável do STF, porém, desde já podem se ajuizar ações contra o recolhimento indevido, desta forma evitando a prescrição do que já fora recolhido, visto que o prazo prescricional é de 5 anos para tais recolhimentos. Outras Empresas também podem discutir depositando em juízo, ou ajuizar ações declaratórias e continuarem pagando.

De qualquer modo, verba sem respaldo legal ou no mínimo ético, sempre deverá ser discutido contra os atos imorais da união.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A finalidade originária presumida das receitas decorrentes das contribuições da LC nº 110/01 é promover as atualizações monetárias das contas vinculadas do FGTS, sonegadas na implementação dos Planos Verão e Collor I de combate à inflação.

O STF, ao julgar a constitucionalidade do tributo em destaque, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2556/DF e 2568/DF, não se ocupou em analisar o cumprimento da finalidade da contribuição, seu desvio de finalidade ou mesmo a “inconstitucionalidade material superveniente”, fatos e fundamentos que inegavelmente demandam novo julgamento da matéria na Excelsa Corte.

Resta claro que a finalidade das contribuições sociais é aquela definida em lei, em atenção aos objetivos constitucionalmente prefixados. Nesse sentido, ainda que a destinação do produto arrecadado vise financiar programas sociais compreendidos na Ordem Social da Constituição, o desvirtuamento da arrecadação é patente e compromete flagrantemente a validade da manutenção da contribuição.

Sendo assim, aguarda-se a manifestação final do STF sobre esta questão. Uma decisão de mérito declarando a inconstitucionalidade da manutenção da exigência da contribuição social descrita no art. 1º da LC 110/01, com modulação de efeitos, resolverá o problema em definitivo.

REFERÊNCIAS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.556. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792333> – Acesso em 15/11/2017.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.556. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792532> – Acesso em 15/11/2017.

ANDRADE, Mariana Porto. Monografia. **Exame de validade de Vigência de multa adicional de 10% sobre o FGTS (LC 110/01).** Disponível em: <http://www.repositorio.uff.br/jspui/handle/1/2451?mode=ful> – Acesso em 20/09/2017.

CARVALHO, Eduardo Fischer. **A multa de 10% sobre o FGTS nas demissões sem justa causa.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16882 – Acesso em 11/05/2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1614

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967 – **Com redação dada pela NC N01/1969.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm – Acesso em 15/11/2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 372.

MACHADO, Hugo de Brito. Prévio Esgotamento da Via Administrativa e Ação Penal nos Crimes contra Ordem Tributária. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, n15, 1996, p.388.

MARTINS, Sergio Pinto. **Manual do FGTS**. 3ª ED. São Paulo: Atlas, 2006, p. 9.

MEZZOMO, Renato Ismael Ferreira. **Objetivação da teoria do desvio de finalidade**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/print.php?content=2.50271> – Acesso em 11/05/2018.

TEIXEIRA, Martins Moura. **A multa de 10% sobre o FGTS é indevida**. Disponível em: <https://martinsmourateixeira.jusbrasil.com.br/artigos/489115336/a-multa-de-10-sobre-o-fgts-e-indevida> – Acesso em 15/11/2017.

ROVER, Tadeu. **Adicional de 10% na multa de FGTS tem repercussão geral reconhecida pelo STF**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-17/adicional-10-multa-fgts-repercussao-gera-reconhecida> – Acesso em 15/11/2017.