

A NATUREZA JURÍDICA DO FGTS

DZIERVA, Fabrício¹
FILHO, Odair Duarte Gonçalves²

RESUMO:

O presente artigo visa discorrer sobre a natureza jurídica do FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – o qual é um dos mais relevantes direitos sociais dos trabalhadores brasileiros. Criado inicialmente como alternativa ao antigo sistema estabilitário da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, foi elevado ao patamar constitucional pela Constituição Federal de 1988. Atualmente assume o papel de proteção à dispensa imotivada do trabalhador no curso de seu contrato de trabalho. Trata-se de um instituto complexo com características únicas no mundo, vinculando trabalhador, empregador e o Poder Público em uma relação jurídica triangular. Decorre da lei, mas é pago como uma das contraprestações do trabalho remunerado. Apresenta uma natureza jurídica híbrida, sendo possível identificar características indenizatórias, salariais, tributárias e previdenciárias. É importante instrumento e fonte de recursos para a implementação de políticas públicas nas áreas de habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana. A metodologia empregada é a pesquisa bibliográfica, a qual dá suporte para a discussão teórica.

PALAVRAS-CHAVE: FGTS. Natureza jurídica. Direito social.

THE LEGAL NATURE OF FGTS

ABSTRACT:

This article aims to discuss the legal nature of the FGTS – Service Time Guarantee Fund – which is one of the most relevant social rights of Brazilian workers. Initially created as an alternative to the former stabilization system of the CLT - Consolidation of Labor Laws, it was elevated to the constitutional level by the Federal Constitution of 1988. Nowadays it assumes the role of protection to the unmotivated dispensation of the worker in the course of his contract of employment. It is a complex institute with unique characteristics in the world, linking the worker, employer and the State Authority in a triangular legal relationship. It arises from the law, but it is one of the counterparts for paid work. It has a hybrid legal nature, and it is possible to identify indemnity, salary, tax and social security characteristics. It is an important instrument and source of resources for the implementation of public policies in the areas of housing, basic sanitation and urban infrastructure. The applied methodology is the bibliographic research, which supports the theoretical discussion.

KEYWORDS: FGTS. Legal nature. Social right.

1 INTRODUÇÃO

O FGTS, como seu próprio nome denota, é um fundo de garantia do trabalhador, cujo montante depositado aumenta com o decorrer do contrato de trabalho.

¹ Acadêmico do 9º período, turma T03N, sala 4219, do curso de Direito do Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz – FAG. E-mail: fdzierva@hotmail.com.

² Professor Orientador, docente do curso de Direito do Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz – FAG. E-mail: odaduarte@hotmail.com

Embora existente há décadas, doutrina e jurisprudência ainda divergem sobre a natureza jurídica do FGTS, cuja definição tem implicações em diversas áreas do Direito, além do próprio Direito do Trabalho, como o Direito Tributário e o Direito Administrativo.

A definição de sua natureza jurídica é frequentemente objeto de questionamento pelos operadores do Direito, que muitas vezes necessitam desta delimitação para dar o tratamento adequado ao caso prático em detrimento de outros institutos jurídicos.

Como se trata de um direito constitucionalmente previsto para os trabalhadores, seria tentador classificar o FGTS como apenas mais uma verba devida pelo trabalho remunerado. No entanto, uma série de características únicas que o definem revelam sua natureza polivalente, adquirindo também aspectos tributários, previdenciários e indenizatórios, além de seu uso como fonte de recursos para implementação de políticas públicas.

Nascimento (2011) reconhece que não há uniformidade na doutrina, sendo conhecidas diversas orientações, a saber: Teoria do Tributo, em que o FGTS tem natureza tributária, sendo defendido pelos especialistas em direito tributário que o Fundo tem natureza parafiscal; Teoria da Contribuição Previdenciária, tese sustentada por Saad (1995), na qual os recursos depositados no Fundo servem para socorrer o trabalhador em momentos de vulnerabilidade, especialmente no caso de desemprego involuntário; Teoria do Salário Diferido, segundo a qual Neto e Cavalcante (2008) defendem tratar-se de salário depositado para utilização futura e que Martins (2012) chama de uma poupança diferida.

Há ainda as teorias híbridas, que acabam por reconhecer a complexidade doutrinária do tema, mesclando as várias características únicas que o FGTS possui. Neste contexto, Martins (2012) assevera que a natureza jurídica do FGTS deve ser diferenciada ante dois aspectos, sob o ângulo do empregador e sob a ótica do empregado. Na mesma linha, Nascimento (2011) define a Teoria da Obrigação Dualista, em que as contribuições dos empregadores têm natureza fiscal e os depósitos levantados pelos trabalhadores possuem natureza de salário social.

Neto e Cavalcante (2008) afirmam que a matéria é controvertida. Alguns sustentam ser o FGTS uma verba indenizatória, enquanto outros o consideram uma contribuição parafiscal ou previdenciária. Os autores, contudo, discordam e declaram que o FGTS não é uma verba indenizatória pura, pois indenização pressupõe um dano a ser reparado, o que nem sempre ocorre no término do contrato de trabalho. Tampouco é contribuição parafiscal, uma vez que não há suporte legal nesse sentido, nem mesmo contribuição previdenciária, porquanto seu recolhimento não estar sujeito ao controle e gestão por órgãos da Previdência Social. Concretamente, o FGTS possui várias

facetas. Pelas finalidades que possui, trata-se de uma espécie de pecúlio em favor do empregado e de um fundo para as obras sociais em proveito da coletividade.

Com o intuito de analisar a questão, este artigo apresentará a definição e a estrutura do FGTS, trazendo um breve histórico de sua criação e consolidação no ordenamento jurídico brasileiro e sua íntima ligação com a proteção contra a dispensa imotivada, o que inclui uma comparação com os sistemas adotados em outros países. Na sequência, serão abordadas as principais acepções dadas ao Fundo, sob a ótica indenizatória, previdenciária, salarial e tributária, bem como a gestão, fiscalização e utilização de seus recursos em políticas públicas governamentais.

2 O FGTS – FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS – foi instituído inicialmente pela Lei nº 5.107 de 13 de setembro de 1966 e atualmente é regulado pela Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. É um fundo social de caráter pecuniário, composto pela totalidade de depósitos e por outras receitas financeiras. Por conseguinte, importante definição é trazida pelo Professor Maurício Godinho Delgado.

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço consiste em recolhimentos pecuniários mensais, em conta bancária vinculada em nome do trabalhador, conforme parâmetro de cálculo estipulado legalmente, podendo ser sacado pelo obreiro em situações tipificadas pela ordem jurídica, sem prejuízo de acréscimo percentual condicionado ao tipo de rescisão de seu contrato laborativo, formando, porém, o conjunto global e indiferenciado de depósitos um fundo social de destinação legalmente especificada (2011, p. 1206).

Martins (2012) estabelece que são contribuintes do FGTS todos aqueles que admitirem trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), seja pessoa física ou jurídica, de direito privado ou de direito público, da Administração direta, indireta ou fundacional de qualquer um dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Com o passar dos anos, mais categorias foram sendo incluídas no regime do FGTS e, atualmente, também são beneficiários do Fundo os empregados rurais, os trabalhadores avulsos e os empregados domésticos.

O fundo é principalmente composto pelos saldos das contas vinculadas provenientes dos depósitos mensais, cuja alíquota é de 8% (oito por cento) sobre a remuneração dos trabalhadores. Todavia, ressalta Delgado:

De fato, a Lei do FGTS dispõe que o Fundo é formado não somente dos recolhimentos mensais feitos pelo empregador ou tomador de serviços, mas de outras fontes monetárias (art. 2º, Lei n. 8.036/90, que fala, inclusive, em dotações orçamentárias específicas).

No conjunto dessas outras fontes monetárias encontram-se, inclusive, os depósitos recursais trabalhistas, caracterizados, assim, por notável relevância social, a par de seu decisivo papel de instrumento garantidor da efetividade do processo do trabalho (art. 899 e seus parágrafos, CLT) (2011, p. 1212).

Na mesma linha, Neto e Cavalcante complementam o raciocínio:

Os recursos incorporados ao sistema fundiário advêm de: a) eventuais saldos decorrentes dos resultados financeiros auferidos pela CEF; b) dotações orçamentárias específicas; c) resultados das aplicações dos recursos do FGTS; d) multas, correção monetária e juros moratórios devidos; e) demais receitas patrimoniais e financeiras (2008, p. 761).

O valor depositado não é descontado do empregado, trata-se de parcela adicional suportada em sua integralidade pelo empregador, que assume papel de contribuinte e tem a obrigação legal de efetuar os recolhimentos, sob pena de sanções administrativas. Os depósitos são realizados na conta vinculada do empregado junto à Caixa Econômica Federal, empresa pública e banco estatal gestor do Fundo, sendo vedado o pagamento diretamente ao trabalhador. Caso isso ocorra, o valor será considerado verba tipicamente salarial para todos os fins.

2.1 A RELAÇÃO JURÍDICA TRIANGULAR DO FGTS

O FGTS está inserido em uma relação jurídica triangular, na qual figuram em seus três vértices o trabalhador, o empregador e o Estado, advindo desta sua complexidade institucional, que admite diversos pontos de vista.

Delgado (2011) aprofunda-se no tema e afirma haver, ao menos, três vínculos jurídicos a partir dos quais se pode analisar a questão, todos capazes de criar relações jurídicas próprias e distintas, porém combinadas em um só instituto. A relação empregatícia vincula empregado e empregador, tornando aquele credor deste quanto aos depósitos devidos ao fundo. Há também o vínculo entre o empregador e o Estado, o qual tem o poder de cobrar coercitivamente os depósitos, sob pena da imposição de multas de caráter administrativo e da execução judicial dos valores. Por fim, existe, também, a relação entre o Estado, no que tange à gestão e à aplicação da totalidade dos depósitos, e a sociedade, beneficiária da destinação do fundo, especialmente nas áreas de habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana.

2.2 A CRIAÇÃO DO FGTS

O Fundo foi criado em 1966 como alternativa ao antigo modelo celetista clássico, vigente à época, que, de acordo com Delgado (2011), previa a combinação de duas sistemáticas, a presença de indenizações crescentes de acordo com o tempo de serviço, em dispensas imotivadas anteriores a dez anos de contrato, e a estabilidade no emprego a partir deste tempo de serviço, a chamada estabilidade decenal.

Inicialmente, conforme ensina Nascimento (2011), o legislador deixou a critério do trabalhador a escolha entre os dois regimes. Os dois sistemas eram alternativos. Entretanto, a Constituição Federal de 1988, além de trazer em seu texto menção expressa ao FGTS como direito social dos trabalhadores urbanos e rurais, extinguiu a estabilidade decenal e previu apenas o Fundo como mecanismo de indenização na dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Segundo Martins (2012, p. 474), quando de sua criação, “visava assegurar aos empregados uma garantia pelo tempo de serviço prestado às empresas, [...]. A finalidade da instituição do FGTS foi proporcionar uma reserva de numerário ao empregado para quando fosse dispensado da empresa”. O autor continua e assevera que o “FGTS é um depósito bancário destinado a formar uma poupança para o trabalhador, que poderá ser sacada nas hipóteses previstas na lei, principalmente quando é dispensado sem justa causa”.

Por sua vez, Oliveira (2007, p.17) atesta que a criação do FGTS aspirava atingir, entre outros objetivos, o status de seguro social, o qual “intentava a geração de uma reserva pecuniária para o empregado, que lhe auxiliasse no período de inatividade permanente e também funcionasse como indenização por dispensa do emprego sem justa causa”.

2.3 O FGTS E A PROTEÇÃO CONTRA A DISPENSA IMOTIVADA

Conforme ensina Delgado (2011), a Carta Magna de 1988, embora tenha revogado o antigo sistema estabilitário da CLT, procurou estabelecer forte restrição jurídica à ruptura do contrato de trabalho por mero ato potestativo do empregador. Nessa esteira, o art. 7º, inciso I da Constituição Federal determina ser direito dos trabalhadores a garantia de “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização

compensatória, dentre outros direitos”. O inciso XXI do mesmo art. 7º, traz também, a figura do “aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”.

Por sua vez, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, previu, em seu art. 10, inciso I, que “até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição”, “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”. Desta forma, até que se edite a referida lei complementar, até hoje inexistente, permanece o FGTS como mecanismo de proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa.

Isso decorre de um dos mais importantes princípios do Direito do Trabalho, o Princípio da Continuidade da Relação Empregatícia. Nesse sentido, o Professor Delgado afirma que:

A nova Constituição efetivamente buscou recolocar o princípio da continuidade da relação empregatícia em patamar de relevância jurídica, harmonizando, em parte, a ordem justalabalhista à diretriz desse princípio. Mais importante: o Texto Máximo repele a dispensa arbitrária (art. 7º, I), que seria aquela efetivada sem o suporte em uma fundamentação minimamente relevante. (2011, p. 1182).

Como demonstrar-se-á, em outros países, apesar das grandes diferenças entre os modelos adotados por cada um, a questão central também gira em torno da garantia da continuidade da relação empregatícia, não sendo exclusividade da legislação brasileira.

2.3.1 Modelos Adotados em Outros Países

Pode-se socorrer ao direito comparado a fim de se obter subsídios para a elucidação da matéria. “O direito comparado, ou o estudo comparativo de sistemas jurídicos, é de extrema utilidade quando e onde se conjugarem, harmoniosamente, os fatores propícios à unificação do direito, fatores que não respeitam as fronteiras dos estados nacionais” (SAAD, 1995, p. 71).

Segundo Oliveira (2007), a garantia da segurança no emprego é amplamente reconhecida como direito fundamental por instrumentos internacionais, como o art. 23 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o art. 6º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e as Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Tais referências possuem caráter abrangente e supranacional, e, ao mesmo tempo em que são fontes para o direito interno dos Estados-Nação, também são frutos do arcabouço normativo que cada país adotou ao longo do desenvolvimento do instituto, cada qual com suas peculiaridades.

Dessa maneira, Saad (1995) afirma que a legislação estrangeira de cunho trabalhista revela, em grande parte dos países, a dependência do vínculo de emprego na adoção de providências que desestimulem o exercício do direito potestativo do empregador de dispensar seus empregados. Ainda segundo o autor, os instrumentos mais utilizados para dificultar a dispensa imotivada dos empregados envolvem a indenização por tempo de serviço e o aviso prévio.

Na mesma esteira, Oliveira (2007) defende que, com o intuito de inibir a demissão injustificada do empregado, os mecanismos mais adotados são: a necessidade de se justificar o rompimento contratual, o tempo prolongado de aviso prévio, acompanhado, muitas vezes, da respectiva notificação cogente aos órgãos estatais competentes, e a obrigação de indenizar o trabalhador pelo tempo de serviço na quase totalidade dos casos.

Isto posto, passa-se à análise de dois sistemas que apresentam alguma similaridade com a legislação pátria, o chileno e o espanhol.

2.3.1.1 Chile

Oliveira (2007) afirma que de todas as legislações de proteção ao empregado dispensado imotivadamente, a que mais se aproxima da sistemática do FGTS é a do Chile.

Este país instituiu o chamado Fundo Econômico, “caracterizado por depósitos compulsórios feitos pelos empregadores com o propósito indenizatório a empregados demitidos” (OLIVEIRA, 2007, p. 36). Contudo, ressalva a autora que as indenizações são pagas a partir dos depósitos feitos por todos os empregadores em uma conta coletiva, distanciando-se do modelo brasileiro, constituído por depósitos individualizados, além de seus recursos não estarem comprometidos com programas governamentais.

Destacam-se aqui o atributo compulsório dos depósitos e o caráter indenizatório do Fundo Econômico.

2.3.1.2 Espanha

Em 1976, a Espanha instituiu o Fundo de Garantia Salarial, que “tem seu funcionamento sustentado por contribuições dos empregadores, fixadas pelo Executivo ao molde da estabelecida

para a Seguridade Social” (OLIVEIRA, 2007, p. 31). Contudo, a exemplo do que ocorre no Chile, os depósitos não são realizados em contas individualizadas.

O Fundo espanhol, de uso mais restrito, é utilizado quando a despedida é declarada improcedente, caso em que o trabalhador, não optando pela readmissão no emprego, “receberá do Fundo até um ano de salários, que terá como valor limite o máximo salarial de contribuição à Seguridade Social. Neste caso, terá ele direito a receber indenização na razão de 45 dias de salário por ano de serviço, com o limite de até 42 salários” (OLIVEIRA, 2007, p. 32).

Apresenta, portanto, forte cunho indenizatório, além de clara vinculação à Seguridade Social.

2.3.1.3 Demais Países Analisados

Na visão de Oliveira (2007), uma análise mais detida dos sistemas internacionais de proteção ao emprego revela a peculiaridade do sistema brasileiro com a presença do FGTS, sendo quase uma exclusividade do Direito pátrio, uma vez que se verificam poucas semelhanças entre este e os sistemas de outros países e quando isso ocorre não se pode afirmar que tenha a mesma característica do instituto brasileiro. A autora arremata: “há dificuldades consideráveis para se desenvolver uma comparação das regras do FGTS e da legislação brasileira com as que vigoram em outros países”.

Nos demais países examinados, como Alemanha, Itália, Holanda, França, Portugal, Inglaterra, México e Uruguai, os sistemas de proteção ao emprego não guardam qualquer semelhança com o FGTS, fugindo do objetivo do presente trabalho, o que, contudo, reforça o caráter único do Fundo brasileiro.

2.4 O CARÁTER INDENIZATÓRIO DO FGTS

Como já se demonstrou, e conforme assevera Nascimento (2011) ao definir a Teoria da Indenização, o caráter indenizatório do FGTS tem estreita ligação com a sua criação e sua posterior adoção obrigatória, como substituto das indenizações de antiguidade do empregado, conservando, portanto, tal característica.

Conforme leciona Delgado (2011), o FGTS pode ser sacado em diversas hipóteses legalmente previstas, mas do ponto de vista estritamente trabalhista, aparecem com grande destaque as hipóteses de saque vinculadas ao término do contrato de trabalho, a exemplo da dispensa sem justa causa e da rescisão indireta, entre outras. Os depósitos mensais, a alíquota de oito por cento sobre a remuneração, totalizam aproximadamente um salário por ano, o que garante um valor crescente diretamente vinculado à antiguidade do empregado.

Neste ponto, surge outro importante aspecto do FGTS, que se refere à multa rescisória devida pelo empregador na dispensa imotivada, a qual é acrescida aos depósitos mensais e a totalidade pode ser resgatada pelo empregado. O art. 18, § 1º da Lei nº 8.036/90 assim dispõe:

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 (BRASIL, 1990).

Unindo ambos os institutos do FGTS mencionados, os depósitos mensais e o depósito rescisório, Martins (2012, p. 478) conclui afirmando que o primeiro visa “reparar a despedida injusta por parte do empregador relativo ao período de serviço do operário na empresa” (2012, p. 478), cuja natureza, assim, é compensar o tempo de serviço do empregado. Este, no entanto, não se confunde com o segundo, que objetiva ressarcir o “dano causado pelo empregador ao empregado, pela perda do emprego deste”.

2.5 O CARÁTER PREVIDENCIÁRIO DO FGTS

A Seguridade Social, conforme leciona Amado (2016, p. 21), “é um sistema instituído pela Constituição Federal de 1988 para a proteção do povo brasileiro contra riscos sociais que podem gerar a miséria e a intranquilidade social”.

Eventos de vulnerabilidade social como a velhice, a doença, a maternidade, a invalidez, a morte, bem como o desemprego involuntário, poderão impedir, ao menos temporariamente, que as pessoas angariem recursos financeiros para atender suas necessidades mais básicas, devendo o Estado intervir nesses casos.

No Brasil, a Seguridade Social tem como base o tripé que visa garantir os direitos fundamentais à Saúde, à Assistência Social e à Previdência Social. Esta última diferencia-se das demais pelo “seu caráter contributivo, pois apenas terão cobertura previdenciária as pessoas que vertam contribuições ao regime que se filiarem” (AMADO, 2016, p. 69).

Por sua vez, Delgado (2011, p. 80) assevera que os “vínculos do Direito do Trabalho com o ramo previdenciário (ou de seguridade social) são históricos: os dois segmentos jurídicos praticamente nasceram do mesmo processo de intervenção do Estado no mercado de trabalho”.

Nesta mesma senda, Nascimento (2011, p. 856) afirma que “houve, realmente, um propósito inicial do legislador, não inteiramente solidificado, no sentido de revestir o Fundo de Garantia de caráter previdenciário”.

Importante ressaltar, igualmente, o teor da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que versa sobre o “Término da Relação do Trabalho por Iniciativa do Empregador”, e que em seu art. 12 trata da “Indenização por Término de Serviços e Outras Medidas De Proteção dos Rendimentos”:

1. Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, todo trabalhador cuja relação de trabalho tiver sido terminada terá direito:
 - a) a uma **indenização por término de serviços ou a outras compensações análogas**, cuja importância será fixada em função, entre diretamente pelo empregador ou **por um fundo** constituído através de cotizações dos empregados; ou
 - b) a **benefícios do seguro desemprego**, de um sistema de assistência aos desempregados **ou de outras formas de previdência social**, tais como benefícios por velhice ou por invalidez, sob as condições normais às quais esses benefícios estão sujeitos; ou
 - c) a uma **combinação de tais indenizações ou benefícios** (OIT, 1982) [grifo nosso].

Como se depreende do exposto, conceitualmente, e em perfeita harmonia com a legislação supranacional consolidada em tratado internacional, o FGTS possui um viés previdenciário, por consistir em recursos financeiros disponibilizados para o trabalhador no momento de desemprego involuntário. Nesse sentido, arremata Oliveira (2007, p. 58): “o FGTS assemelha-se a uma conta de previdência individual. É distinto, portanto, das garantias sociais básicas e genéricas asseguradas pelas políticas sociais”.

2.6 O CARÁTER SALARIAL DO FGTS

Sob a ótica do empregado, Martins (2012, p. 477) discorre sobre a teoria do salário diferido, o qual é “um salário adquirido no presente que será utilizado no futuro, uma poupança diferida, uma forma de pecúlio para o trabalhador”. O autor justifica que o direito aos depósitos do FGTS é adquirido com o contrato de trabalho, como uma de suas contraprestações, a qual, contudo, não é paga direta e imediatamente ao obreiro, que poderá gozar do benefício no futuro quando ocorrer uma das hipóteses legais de utilização do valor.

A crítica que se faz a esse posicionamento é também apresentada por Martins (2012), que argumenta que não há ajuste de vontades para o pagamento do FGTS, sendo este decorrente de uma relação jurídica de Direito Público, e que tampouco possui o atributo da atualidade inerente ao salário, previsto no art. 457 da CLT.

2.7 O CARÁTER TRIBUTÁRIO DO FGTS

O art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN) define tributo como “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”.

Nesta senda, aponta Martins (2012), a contribuição do FGTS é obrigatória para o empregador, independentemente de sua vontade, e não configura qualquer sanção de ato ilícito, bem como foi instituída pela Lei nº 8.036/90, plenamente vigente. Além disso, a contribuição do FGTS, expressa em moeda nacional, é cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada e obrigatória, havendo um lançamento para a constituição do crédito do FGTS. Estão presentes, portanto, todos os elementos caracterizadores dos tributos.

Conforme a Teoria Tripartida clássica da classificação das espécies tributárias, estampada no art. 5º do CTN, publicado em 1966, tributo é gênero, do qual são espécies o imposto, a taxa e a contribuição de melhoria, as quais são diferenciadas pelo seu fato gerador.

Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988, criaram-se mais duas espécies tributárias, o empréstimo compulsório e as contribuições parafiscais, as quais se destacam pelo destino dos recursos arrecadados. Cuida-se da Teoria Pentapartida da classificação das espécies tributárias, atualmente também adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Dessa forma, Martins (2012, p. 480), em sua obra, apresenta de forma inequívoca seu posicionamento: “no meu entendimento, a contribuição do empregador é um tributo”. O autor defende que o FGTS é uma contribuição social, cujas hipóteses de destinação dos recursos são definidas em lei.

No mesmo sentido, Nascimento (2011, p.856) discorre sobre a “Teoria do Tributo”, em que os “depósitos do Fundo de Garantia têm natureza tributária, mais precisamente, um tributo paralelo ao arrecadado pelo Estado como receita orçamentária, em face de seus fins sociais, tendo como fato

gerador o pagamento do salário ao empregado”. O autor sustenta que, nesta Teoria, os especialistas sustentam a natureza parafiscal do FGTS.

2.7.1 A Posição do STF

Todavia, deve-se ressaltar que o STF (2016) já assentou que as contribuições do FGTS não possuem natureza jurídica tributária, tampouco previdenciária, constituindo-se em direito social dos trabalhadores. Nesse sentido, esclarecedor voto foi proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, Relator do Recurso Extraordinário com Agravo – ARE nº 709.212/DF:

Ocorre que o art. 7º, III, da nova Carta expressamente arrolou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais, colocando termo, no meu entender, à celeuma doutrinária acerca de sua natureza jurídica.

Desde então, tornaram-se desarrazoadas as teses anteriormente sustentadas, segundo as quais o FGTS teria natureza híbrida, tributária, previdenciária, de salário diferido, de indenização, etc.

Trata-se, em verdade, de direito dos trabalhadores brasileiros (não só dos empregados, portanto), consubstanciado na criação de um ‘pecúlio permanente’, que pode ser sacado pelos seus titulares em diversas circunstâncias legalmente definidas (cf. art. 20 da Lei 8.036/1990) (STF, 2014).

Portanto, para a Suprema Corte o FGTS é direito autônomo dos trabalhadores urbanos e rurais, de cunho social e trabalhista, não sendo possível sua equiparação com as sistemáticas tributária ou previdenciária.

2.7.1.1 A Prescrição do FGTS

No mesmo voto, o Relator também assentou importante alteração no entendimento quanto ao prazo prescricional do FGTS.

A antiga redação da Súmula 362 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) assim discorria: “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”. Contudo, nas palavras do ilustre Ministro Relator, tal enunciado remontava à época em que:

Ainda não havia sido solucionada antiga controvérsia jurisprudencial e doutrinária acerca da natureza jurídica do FGTS, questão prejudicial à definição do prazo aplicável à cobrança dos valores não vertidos, a tempo e modo, pelos empregadores e tomadores de serviço, ao Fundo.

Em virtude do disposto no art. 20 da Lei 5.107/1966, segundo o qual a cobrança judicial e administrativa dos valores devidos ao FGTS deveria ocorrer de modo análogo à cobrança

das contribuições previdenciárias e com os mesmos privilégios, o Tribunal Superior do Trabalho inclinou-se pela tese de que o FGTS teria natureza previdenciária e, portanto, a ele seria aplicável o disposto no art. 144 da Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social), que fixava o prazo de trinta anos para a cobrança das contribuições previdenciárias (STF, 2014).

Portanto, em sua origem, a jurisprudência equiparou o FGTS às contribuições previdenciárias.

Mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi editada, em 1990, a lei atualmente vigente que disciplina a matéria relativa ao FGTS, a Lei nº 8.036, a qual manteve a prescrição trintenária em seu art. 23, § 5º.

Entretanto, conforme destacou o Ministro Gilmar Mendes no referido voto, a nova Carta elencou expressamente o FGTS como um direito dos trabalhadores no art. 7º, inciso III, ao mesmo tempo em que fixou o prazo prescricional dos créditos resultantes das relações de trabalho em cinco anos, conforme redação do art. 7º, inciso XXIX. O Relator continua e finaliza:

Desse modo, tendo em vista a existência de disposição constitucional expressa acerca do prazo aplicável à cobrança do FGTS, após a promulgação da Carta de 1988, não mais subsistem as razões anteriormente invocadas para a adoção do prazo de prescrição trintenário.

(...)

Não há dúvida de que os valores devidos ao FGTS são “créditos resultantes das relações de trabalho”, na medida em que, conforme salientado anteriormente, o FGTS é um direito de índole social e trabalhista, que decorre diretamente da relação de trabalho (conceito, repita-se, mais amplo do que o da mera relação de emprego) (STF, 2014).

Assim, esta recente alteração jurisprudencial fixou o novo prazo prescricional do FGTS em cinco anos.

2.8 GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DO FUNDO

O FGTS é formado por contribuições compulsórias, criadas pelo Poder Público. Oliveira (2007) afirma decorrerem daí uma série de direitos e prerrogativas do governo no que tange à gestão e ao direcionamento dos recursos, o qual deve zelar pelo patrimônio acumulado e assegurar a liquidez das contas quando seus titulares adquirem o direito ao saque dos recursos.

As entidades habilitadas para realizar tais tarefas são apontadas por Neto e Cavalcante:

As aplicações dos recursos do FGTS poderão ser realizadas diretamente pela CEF, pelos demais órgãos integrantes do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e pelas entidades para esse fim credenciadas pelo Banco Central do Brasil como agentes financeiros, exclusivamente segundo critérios fixados pelo Conselho Curador do FGTS (2008, p. 766).

O Conselho Curador do FGTS é o órgão responsável pela sua administração, consoante o art. 3º da Lei nº 8.036/90. Neto e Cavalcante (2008) esclarecem que este é composto por representantes dos trabalhadores, empregadores e entidades governamentais, dentre as quais o Ministério do Trabalho, Ministério do Planejamento, Ministério da Fazenda, Ministério da Indústria, Comércio e do Turismo, além da Caixa Econômica Federal e do Banco Central do Brasil.

A presidência do Conselho é exercida pelo representante do Ministério do Trabalho, conforme o art. 3º, § 1º da Lei nº 8.036/90. Nos termos do art. 4º da mesma Lei, a Caixa Econômica Federal é o agente bancário operador e, por sua vez, o atual Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão é o agente gestor da aplicação dos recursos do FGTS, em consonância com as políticas públicas adotadas pelo governo.

Com base no art. 23 da Lei nº 8.036/90 e no art. 1º da Lei nº 8.844/94, compete ao Ministério do Trabalho, por meio de seu corpo de auditores-fiscais do trabalho, a fiscalização e a apuração das contribuições ao FGTS, assim como a aplicação das penalidades aos empregadores infratores. Por seu turno, com fundamento no art. 2º da Lei nº 8.844/94, cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) a inscrição em dívida ativa dos débitos de FGTS apurados pela fiscalização, além da representação judicial e extrajudicial para a cobrança dos valores devidos a título das contribuições, multas e demais encargos previstos na legislação.

Nesse ponto, é importante pontuar, as atividades de fiscalização, lançamento e cobrança das dívidas para com o Fundo seguem a mesma lógica da Administração Tributária, o que reforça seu caráter tributário, ao menos do ponto de vista dos empregadores.

2.9 UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS DO FGTS EM POLÍTICAS PÚBLICAS

Por fim, igualmente relevante para o tema a ser estudado, é a aplicação dos recursos do FGTS pelo Governo Federal. Delgado (2011, p. 1212) reforça que “o Fundo de Garantia, considerado na globalidade de seus valores, constitui um fundo social dirigido a viabilizar, financeiramente, a execução de programas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana”. Nas palavras de Oliveira:

O Estado para aprovisionar recursos para o financiamento da habitação, infraestrutura e investimentos das estatais, durante os anos 60 e 70, necessitava da montagem de um sistema de financiamento eficiente, no sentido de assegurar um fluxo de recursos estável e em grandes volumes. Nesse contexto, o FGTS surgiu como expectativa de um mecanismo útil aos interesses do Estado (2007, p. 62).

Ainda de acordo com a autora, os depósitos no FGTS representam importante fonte de poupança compulsória, contribuindo de forma fundamental para o financiamento das políticas sociais a ele vinculadas, mediante a oferta de crédito barato a segmentos da sociedade não atendidos pelo sistema financeiro privado.

Como se denota, o financiamento público das obras de habitação popular, de saneamento básico e de infraestrutura urbana é lastreado no montante global depositado e que constitui o patrimônio do Fundo. As operações de crédito possíveis de serem concretizadas com os recursos do FGTS estão elencadas no art. 9º da Lei nº 8.036/90, como a garantia hipotecária, o aval em nota promissória, a alienação fiduciária e a fiança bancária.

Contudo, não menos importante para a coletividade, por também estarem alinhadas com as políticas de caráter público, ainda que se tratem de hipóteses de utilização individual dos recursos depositados na conta vinculada do trabalhador, devem-se registrar outras possibilidades de uso dos recursos do fundo que foram sendo criadas pela legislação pátria, as quais não tem vinculação rescisória, ocorrendo, em muitos casos, ainda no curso do contrato de trabalho. “O FGTS não é, portanto, instituto trabalhista cuja fruição pelo obreiro seja absolutamente condicionada ao tipo de terminação do contrato de trabalho” (DELGADO, 2011, p. 1209).

A partir do art. 20 da Lei nº 8.036/90, é possível citar, por exemplo, os casos em que se pode utilizar o FGTS para a aquisição ou reforma da casa própria, mediante o pagamento de parte das prestações (inciso V) e a liquidação ou amortização extraordinária de parte do saldo devedor (inciso VI) de financiamento habitacional concedido no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação (SFH), bem como o pagamento total ou parcial de moradia própria (inciso VII).

Têm-se ainda as hipóteses relacionadas a graves problemas de saúde vivenciados pelo próprio trabalhador ou por seu familiar, a exemplo do acometimento de neoplasia maligna (inciso XI), da condição de portador do vírus HIV (inciso XIII), de doentes graves em estágio terminal (inciso XIV), dentre outras. Há também aquelas referentes à ocorrência de desastres da natureza (inciso XVI), que ensejam a decretação de situação de emergência ou de estado de calamidade pública.

Estas últimas possibilidades estão intimamente ligadas ao socorro financeiro de trabalhadores em situações emergenciais, de evidente vulnerabilidade social, conceito que se aproxima do objetivo da Seguridade Social.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não restam dúvidas de que o FGTS se trata de um instituto jurídico *sui generis*, único em seu gênero, uma legítima invenção brasileira. Sua natureza jurídica é polivalente, e ainda que haja posições favoráveis e contrárias à determinada orientação, nenhuma se sobressai de maneira cristalina.

O montante depositado na conta vinculada do FGTS do trabalhador a ele pertence, mas só se admite seu saque posterior em casos específicos, regulados pela lei. Por essa razão, equiparar o FGTS à mera parcela salarial não se revela a melhor solução. Seu principal objetivo é indenizar e servir como um recurso financeiro emergencial para o trabalhador em momentos críticos, como no caso de desemprego involuntário, doença e idade avançada. Nesse caso, o FGTS parece assumir um caráter mais previdenciário.

No que se refere ao contrato de trabalho que gerou o direito aos depósitos mensais e ao depósito rescisório feito em seu término imotivado, o FGTS revela seu caráter histórico mais marcante, de ordem civil-indenizatória.

Todavia, essa é a ótica do trabalhador. Para o empregador que tem a obrigação de depositar mensalmente o FGTS, o fundo apresenta-se como verdadeiro tributo, sujeito à cobrança e às penalidades impostas pelo Estado quando não devidamente recolhido. O Estado, por sua vez, aplica os recursos do fundo em políticas públicas, reforçando este aspecto tributário.

A composição multissetorial e multidisciplinar de sua gestão é outro fator que também evidencia a complexidade que o FGTS alcançou no ordenamento jurídico pátrio, com sua natureza jurídica multifacetada.

Os autores estudados apontam que o Fundo de Garantia é um instituto jurídico complexo, de caráter multidimensional. Uma das principais dimensões, possivelmente a principal, é a trabalhista, constando, inclusive, expressamente dessa forma na Constituição Federal, em seu art. 7º, inciso III. Várias de suas mais importantes características são reconhecidamente de natureza trabalhista. Todavia, nem todas têm essa vinculação, uma vez que o FGTS tornou-se um dos mais importantes fundos sociais de destinação variada, de significativo impacto público.

Em sentido amplo, portanto, destaca-se sua natureza social-trabalhista, da qual as demais são decorrentes, em maior ou menor grau, cujas implicações não podem ser negligenciadas pelo operador jurídico.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Diário Oficial da União, Brasília, 27 de outubro de 1966.

_____. **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, 14 de maio de 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Contribuição para o FGTS. Natureza não tributária. Direito Social dos Trabalhadores**. RE 1.008.463, Rio Grande do Sul. Irmãos Kopereck Ltda - EPP versus União. Relator Ministro Luiz Fux. Acórdão de 29 de novembro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990**. ARE 709.212, Distrito Federal. Banco do Brasil S/A versus Ana Maria Movilla de Pires e Marcondes. Relator Ministro Gilmar Mendes. Acórdão de 13 de novembro de 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho – Tomo I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção OIT nº 158**, de 22 de junho de 1982. Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. Genebra, 1982.

OLIVEIRA, Silmara Almeida Quintão. **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e a Proteção Contra Despedida Arbitrária: Análise Crítica**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito e

Economia) - Coordenação de Pós-Graduação e Atividades Complementares, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários à Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995.