

NOTIFICAÇÃO DE DÉBITO DE FGTS E OS ACORDOS JUDICIAIS

Por Aldo Branquinho Barreto
Auditor-Fiscal do Trabalho - GO

Com a revogação da Instrução Normativa MTE-SIT n. 25/2001, que estabelecia, no levantamento de débito de FGTS, a dedução dos valores pagos diretamente ao trabalhador a título de FGTS em face de acordo ou decisão judicial, criou-se na Auditoria Fiscal do Trabalho uma cizânia sobre como proceder em relação aos aludidos pagamentos. A nova Instrução Normativa, n. 84/2010, não disciplinou a questão.

Os que defendem a impossibilidade da cobrança administrativa alegam a natureza salarial do FGTS e a imutabilidade da coisa julgada. Lado outro, os argumentos são parecidos, a natureza dúplice do FGTS e o alcance subjetivo da coisa julgada.

Vejamos, portanto, a consistência das aludidas razões.

NATUREZA JURÍDICA DO FGTS

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, com certeza, possui natureza salarial, nos termos do art. 7º, III, da Constituição Federal. No entanto, trata-se também de uma contribuição social, conforme art. 149 da Constituição Federal (natureza dúplice).

De fato, a Constituição de 1988 conferiu à União três espécies de contribuições: as sociais, as de intervenção no domínio econômico e as de interesse das categorias profissionais ou econômicas. E as contribuições sociais foram subdivididas em duas outras categorias: as gerais (art. 149, *caput*), que se destinam ao custeio das metas fixadas na Ordem Social (Título VIII) e as destinadas ao financiamento da seguridade social (art.149, § 1º) ¹.

Ora, os recursos do Fundo de Garantia não têm como única destinação a substituição da indenização prevista pelo art. 477, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho. Também se destinam, principalmente, aos programas de habitação, saneamento básico e infra-estrutura urbana (Arts. 61 e 62 do Decreto de nº 99.684/90), o que é feito

¹ 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 artigos 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no artigo 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo. §1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuições, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.

através dos recursos recolhidos pelo empregador, seja a título de FGTS ou de encargos de mora.

Nesse sentido nos ensina o jurista Maurício Godinho Delgado (Curso de Direito do Trabalho, LTr, 2006, pag. 1274), *verbis*:

Na verdade, há, no mínimo, uma tríplice dimensão de estrutura e objetivos no Fundo de Garantia, apta a gerar relações jurídicas próprias, distintas, embora obviamente combinadas. Existe a relação empregatícia, vinculando empregado e empregador, pela qual este é obrigado a efetuar os recolhimentos mensais e, às vezes, também obrigado com respeito ao acréscimo pecuniário. Em contrapartida, desponta nessa relação, como credor, o empregado. Há, por outro lado, o vínculo jurídico entre empregador e Estado, em que o primeiro tem o dever de realizar os recolhimentos, ao passo que o segundo, o direito de os ver adimplidos, sob pena de, compulsoriamente, cobrá-los, com as apenações legais. **Existe, ainda, a relação jurídica entre o Estado, como gestor e aplicador dos recursos oriundos do fundo social constituído pela totalidade dos recursos do FGTS, e a comunidade, que deve ser beneficiária da destinação social do instituto, por meio do financiamento às áreas de habitação popular, saneamento básico e infra-estrutura urbana.** (grifamos)

E para garantir a efetividade dos investimentos sociais com os recursos do Fundo de Garantia, a Lei 8.036/90, em seus arts. 15 e 22, impôs a todos os empregadores a obrigação de depositar, em conta vinculada, um percentual sobre as remunerações pagas ou devidas, estabelecendo, assim, uma vínculo jurídico entre o empregador e o Estado, nos seguintes termos:

Art. 15. Para os fins previstos nesta Lei, todos os empregadores ficam **obrigados a depositar**, até o dia sete de cada mês, **em conta bancária vinculada**, a importância correspondente a oito por cento da remuneração paga ou devida,... (grifamos)

Art. 22. O empregador que não realizar os depósitos previstos nesta Lei, no prazo fixado no art. 15, responderá pela incidência da Taxa Referencial – TR sobre a importância correspondente. § 1º Sobre o valor dos depósitos, acrescido da TR, incidirão, ainda, **juros de mora de 0,5% a.m. (cinco décimos por cento ao mês)** ou fração e multa, sujeitando-se, também, às obrigações e sanções previstas no Decreto-Lei nº 368, de 19 de dezembro de 1968. § 2º A incidência da TR de que trata o caput deste artigo será cobrada por dia de atraso, tomando-se por base o índice de atualização das contas vinculadas do FGTS. § 2º-A. A multa referida no § 1º deste artigo será cobrada nas condições que se seguem: I – 5% (cinco por cento) no mês de vencimento da obrigação; II – 10% (dez por cento) a partir do mês seguinte ao do vencimento da obrigação. (grifamos)

Ou seja, o recolhimento do FGTS é compulsório, pois não depende da vontade do contribuinte; o depósito é em dinheiro, dentro de um prazo legal, sob pena de multa de mora e cominatória; não decorre de penalidade por ato ilegal; o lançamento para a constituição do seu crédito se dá por meio da atividade administrativa vinculada. Logo, embora não seja um tributo, pois os valores não são recolhidos ao erário, como receita pública, o FGTS, sem dúvida, é uma contribuição social geral, cujos recursos são destinados a investimentos sociais.

Por conseguinte, o pagamento do FGTS diretamente ao empregado, mesmos em acordos judiciais, constitui afronta ao art. 15 da Lei 8.036/90, e só pode ser admitido na hipótese prevista pelo art. 18 da Lei 8.036/90, desde que em data anterior à Lei 9.491/97, que vedou o pagamento direto ao empregado em qualquer situação.

De par com isso, o art. 26, parágrafo único, da Lei 8.036/90 estabelece uma obrigação de fazer e não uma obrigação de pagar, prevendo, inclusive, uma tutela mandamental nas decisões judiciais sobre FGTS, nos seguintes termos:

Art. 26 (...)

Parágrafo único. Nas reclamações trabalhistas que objetivam o ressarcimento de parcelas relativas ao FGTS, ou que, direta ou indiretamente, impliquem essa obrigação de fazer, o juiz determinará que a empresa sucumbente proceda ao recolhimento imediato das importâncias devidas a tal título.

Registra-se, ainda, que as contribuições sociais, como o FGTS, não são passíveis de remissão, nos termos do art. 150, § 6º, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 150 (...)

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou **remissão**, relativos a impostos, taxas ou **contribuições**, **só poderá ser concedido mediante lei específica**, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g. (grifamos)

E nesse sentido vem decidindo os Tribunais:

FGTS – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL ACORDO REALIZADO NA JUSTIÇA TRABALHISTA – PARCELAS PAGAS PELO EMPREGADOR DIRETAMENTE AO EMPREGADO – COBRANÇAS PELA CEF. 1-Até o advento da Lei 9.491/97, o art. 28 da Lei 8.036/90 permitia que se pagasse diretamente ao empregado as seguintes parcelas: depósito do mês da rescisão, depósito do mês imediatamente anterior (se ainda não vencido o prazo para depósito) e 40% do montante de todos os depósitos realizados durante a vigência do contrato de trabalho, em caso de demissão sem justa causa ou 20%, em caso de culpa recíproca ou força maior. 2-Com a alteração da Lei 9.491/97, nada mais pode ser pago diretamente ao empregado, devendo o empregador depositar todas as parcelas devidas na conta vinculada do FGTS. 3-Hipótese dos autos em que parte do pagamento direto ocorreu, de forma ilegítima. Legalidade da exigência de tais parcelas. 4- Recurso especial provido em parte. (STJ, 2ª Turma, Resp 754.538, Rel(a) Min(a) Eliana Calmon, DJ de 16/08/2007, p. 310).

EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRIBUIÇÕES PARA O FGTS. EXECUÇÃO FISCAL. ACORDOS E DE TERMOS DE RESCISÃO CONTRATUAL QUE NÃO COMPROVAM A QUITAÇÃO DOS VALORES QUE FORAM OBJETO DA AUTUAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DIRETO AOS EMPREGADOS EM RAZÃO DE ACORDOS FIRMADOS NO ANO DE 2001. LEI 9.491/97. 1-A autuação por ausência de recolhimento de contribuições para o FGTS e a conseqüente inscrição em dívida ativa com a observância de seus requisitos constitui instrumento apto à propositura de execução fiscal, sendo-lhe ínsita a presunção de legitimidade, inexistindo razão para acolher pretensão de declaração de inexigibilidade do título quando não há comprovação de quitação. 2-Acordos

firmados com funcionários na Justiça do Trabalho após a vigência da Lei 9.491/97 não têm o condão de retirar a liquidez do título, uma vez que a exigência legal é de depósito na conta vinculada de todo o valor devido, inclusive a multa de 40% em razão da despedida sem justa causa. 3-Inexistente prova de recolhimento das contribuições devidas ou inexistência de justa causa para sua cobrança, rejeitam-se os embargos do devedor. 4-Apelação da CEF provida para determinar o prosseguimento da execução fiscal. (TRF 1ª Região, 5ª Turma, AC 200501990643955, Rel Des. Fed. Mônica Neves Aguiar Silva, 22/07/2009, DJF1 de 07/08/2009, pág. 66)

ALCANCE SUBJETIVO DA COISA JULGADA

Em quase todos os levantamentos de débito de FGTS, o empregador/devedor exhibe à fiscalização, como justificativa pela ausência dos depósitos fundiários, termos de acordo judiciais com a quitação de FGTS e da multa rescisória de 40% pela rescisão sem justa causa, pagos diretamente ao empregado.

Ocorre, entretanto, que tais decisões não vinculam a administração pública, pois alcançam somente as partes que participaram da relação processual, nos termos do art. 472 do Código de Processo Civil, que disciplina o alcance subjetivo da coisa julgada, *in verbis*:

Art. 472 - **a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.** Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros. (grifamos)

Sobre a regra processual em tela, preleciona o professor Luiz Guilherme Marinoni (Manual do Processo de Conhecimento, RT, 2006, pag. 638), *in verbis*:

Em princípio, portanto, tomando-se a regra geral, tem-se que somente as partes (e seus sucessores, por inferência lógica), ficam cobertas pela coisa julgada. Autor e réu ficam vinculados à decisão judicial, já que foram os sujeitos do contraditório que resultou na edição da solução judicial. Naturalmente, se esses sujeitos tiveram condição de influenciar na prolação da decisão judicial, tendo, aliás, o autor, solicitado essa tutela estatal, indubitavelmente não de sujeitar-se à resposta jurisdicional oferecida. Para as partes, assim, a decisão judicial, preclusa em função do esgotamento dos meios de impugnação, torna-se imutável. E quanto aos terceiros? Segundo estabelece a parte final do art. 472, a sentença operará efeitos perante terceiros quando, em ações relativas ao estado de pessoa, forem citados (como partes, portanto) todos os interessados. (grifamos)

E conclui o ilustre professor Luiz Guilherme Marinoni sobre os terceiros com interesse jurídico, que não integraram a relação processual:

Aqueles que não são partes do litígio, e assim não podem ser atingidos pela coisa julgada, mas nele têm interesse jurídico, apenas podem ser alcançados pelos efeitos reflexos da sentença, e por essa razão são considerados terceiros interessados (ou terceiros juridicamente interessados), os quais têm legitimidade de ingressar no processo na qualidade de assistente simples da parte

(por exemplo) ou **manifestar oposição aos efeitos da sentença**. (...) Por isso, somente as partes é que ficam vinculadas pela coisa julgada. Embora terceiros possam sofrer efeitos da sentença de procedência, **é certo que a autoridade da coisa julgada não os atinge**.

Assim, se a União não participou do processo como parte, e nem mesmo foi notificada sobre a ação trabalhista, como determina o art. 25² da Lei 8.036/90, não há que se falar em coisa julgada como causa impeditiva para o Estado deixar de cumprir com a sua obrigação constitucional de exigir o cumprimento de uma norma de ordem pública, *in casu*, os arts. 15 e 22 da Lei 8.036/90.

CONCLUSÃO

Destarte, **a)**O FGTS, além de direito trabalhista, é uma contribuição social geral, cujos recursos são destinados a investimentos sociais; **b)**cabe ao empregador depositar o percentual devido ao Fundo de Garantia em conta vinculada, e não pagá-lo diretamente ao trabalhador; **c)**não há lei que autoriza a remissão ou renúncia de FGTS em acordos judiciais, como exigido pelo art. 150, §6º, da Constituição Federal; **d)**os acordos ou decisões judiciais vinculam somente as partes que participaram da relação processual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

DELGADO, Maurício Godinho, Curso de Direito do Trabalho, 5ª Edição, LTr, 2006.

MARINONI, Luiz Guilher; ARENHART, Sérgio Cruz; Manual do Processo de Conhecimento, 5ª Edição, Revista dos Tribunais, 2006.

² Art. 25. Poderá o próprio trabalhador, seus dependentes e sucessores, ou ainda o Sindicato a que estiver vinculado, acionar diretamente a empresa por intermédio da Justiça do Trabalho, para compeli-la a efetuar o depósito das importâncias devidas nos termos desta lei. Parágrafo único. A Caixa Econômica Federal e o Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverão ser notificados da propositura da reclamação