

A AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO FGTS COMO FUNDAMENTO PARA A RESCISÃO INDIRETA

Everton Filipe Vieira da Costa

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor Daiamy Soares Missaggia.

RESUMO:

O presente trabalho pretende abordar a divergência existente quanto à aplicação da rescisão indireta do contrato de trabalho quando houver a ausência de recolhimento do FGTS. O artigo 483 da Consolidação das Leis do Trabalho em sua alínea ‘ d ’ prevê como fundamento da rescisão indireta o descumprimento das obrigações do contrato por parte do empregador, tal dispositivo legal servirá como embasamento para a aplicação da rescisão indireta no caso apresentado acima.

Palavras chaves: Contrato de trabalho, Fundo de garantia por tempo de serviço, rescisão indireta

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo fazer uma abordagem a cerca da aplicação da rescisão indireta do contrato de trabalho nos casos de não recolhimento do FGTS, a matéria é controversa e gera posicionamentos diversos.

Cumprir destacar inicialmente, que o diploma legal que rege o FGTS é a lei nº. 9.036/90 e com relação à aplicabilidade da rescisão indireta ela está regulamentada pelo artigo 483 da CLT.

O artigo 483 da Consolidação das Leis do Trabalho diz que “O empregado poderá considerado rescindido o contrato de trabalho e pleitear a devida indenização quando:¹” e em sua alínea “d” prevê “ não cumprir o empregador as obrigações do contrato de trabalho”. Com fundamento neste artigo é que surge a possibilidade da rescisão indireta com base na ausência de recolhimento do FGTS, mesmo assim a previsão legal é muito superficial, dando margem a interpretações diversas, levando a refletir sobre quais obrigações efetivamente serviriam como ensejo para esta forma de resolução do pacto laboral .

Por fim será apresentada uma possível solução para fim das divergências existente com relação ao tema abordado, visando trazer uma maior estabilidade jurídica.

¹ BRASIL, Decreto Lei 5.452 de maio de 1943, Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del.5452.htm>. Acesso em: 05 de out. de 2014.

1. CONTRATO DE TRABALHO

1.1 Conceito

Outrora o contrato de trabalho era intitulado de locação de serviços e era regulamentado pelos artigos 1.216 e 1.236 do Álbum Civil de 1916. A intitulação contrato de trabalho surgiu com o advento da Lei nº 62 de 5 de junho de 1935

A definição legal de contrato de trabalho encontra-se no artigo 442 da CLT, onde estabelece que “Contrato individual de trabalho é acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. No entanto, o conceito é criticado por vários doutrinadores pátrios.

Sérgio Pinto Martins² faz a seguinte abordagem:

Critica-se falar em contrato individual de trabalho, pois poderia existir o contrato plúrimo, com vários empregados, como ocorre com o contrato de equipe. Não se pode dizer que contrato de trabalho é algo que corresponde à relação de emprego. Se o contrato de trabalho corresponde à relação de emprego, não é igual à relação de emprego, pois a lei emprega o verbo correspondente. Se corresponde, não representa a mesma coisa. Ou é a relação de emprego ou não é. Uma coisa não pode se e deixar de ser ao mesmo tempo. A referida definição nada explica, representando, na verdade um círculo vicioso. O contrato cria uma relação jurídica, não podendo a ela corresponder. Aliás, não é função da lei estabelecer definições, que já são inclusive discutíveis na doutrina. O contrato é, inclusive, fonte de obrigações, gerando, em consequência, direitos.

Octavio Bueno Magano³ apresenta o conceito transcrito a seguir definindo o contrato de trabalho como “ como negócio jurídico pelo qual uma pessoa física se obriga , mediante remuneração, a prestar serviços, não eventuais, a outra pessoa ou entidade, sob a direção de qualquer das últimas.

1.2 Sujeitos

Os sujeitos do contrato de trabalho são definidos pelos artigos 2º e 3º da CLT de.

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

² MARTINS, Sérgio Pinto, Direito do Trabalho/ Sérgio Pinto Martins. – 27. Ed - São Paulo : Atlas, 2011, p. 89.

³ Magano, Octaviano Bueno, Direito Individual do Trabalho, Volume II, 4. Ed – São Paulo : LTr, 1993, p. 47.

Com base nos artigos apresentados acima pode-se compreender que os sujeitos do contrato de trabalho são empregado e empregador.

1.3 Requisitos

O contrato de trabalho também passa pela tricotomia existência-validade-eficácia que se aplica a todos os demais negócios jurídicos.

A finalidade negocial trate-se do propósito de adquirir, conservar, modificar ou extinguir direitos.

A idoneidade do objeto está relacionada com fato dele apresentar os requisitos ou qualidades que a lei exige para que o negócio produza efeitos.

Para Luciano Martinez⁴:

O plano da existência revela o suporte fático dos atos jurídicos e constitui o antecedente lógico das coisas que acontecem no mundo. Assim, para que um ato exista no universo jurídico- real é indispensável que o seu agente seja sujeito de direitos (pessoas física ou jurídica) e que, por ser pessoa, declare vontade que recaia sobre um objeto qualquer. O importante nesse plano é a mera aparência.

Passando adiante se chega ao plano da validade, aqui se analisa os requisitos que possibilitam a produção de efeitos do negócio jurídico. Se esses requisitos estiverem presentes diz-se que o negócio jurídico é válido, caso contrário, considera-o inválido, sendo, portanto nulo ou anulável.

Os requisitos gerais de validade do negócio jurídico são os seguintes: agente capaz, o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei.

Com relação ao plano da eficácia ele é meramente accidental. Aqui são produzidas cláusulas acessórias que criam limitações autonomia da vontade, elas tem o poder de retardar, condicionar e delimitar pleno efeito jurídico do contrato, os elementos accidentais são três a condição , encargo e o modo.

O termo subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e certo, servem como exemplo os contratos de experiência.

A condição subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto, como exemplo serve o § 2º do artigo 475 da CLT, de acordo com o qual o empregador pode contratar outro empregado substituto, caso haja um obreiro em percepção de benefício por incapacidade laborativa, estando o contrato daquele vinculado a volta deste.

⁴ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 2. Ed. - São Paulo. Saraiva. 2011. p. 115.

No âmbito do contrato de trabalho não cabe a figura do encargo, pois este só é possível nos negócios gratuitos, o que não é o caso do contrato de trabalho que é um negócio jurídico oneroso.

Além dos requisitos gerais já apresentados o pacto laboral também possui alguns requisitos especiais, sendo os seguintes: subordinação, habitualidade, onerosidade e pessoalidade.

1.4 Características

O contrato de trabalho é bilateral, sinalagmático, consensual, comutativo, oneroso, de trato sucessivo e personalíssimo.

É bilateral: pois envolve obrigações tanto do Empregador quanto do empregado, tendo reciprocidade no conjunto de prestações.

É sinalagmático, pois as partes se obrigam entre si, com a satisfação de prestações recíprocas. Não é o contrato sinalagmático em cada prestação mas no conjunto das prestações.

Ele é consensual Pois depende da manifestação de vontade (expressa ou tácita), não exigindo formalidade ou solenidade para manifestação da vontade. Livre consentimento entre Empregador e empregado.

Por ser comutativo as prestações são conhecidas desde o início da contratação, o dever de prestar o trabalho corresponde ao dever do empregador de pagar salário, que se constitui em direito do empregado.

A onerosidade se dá pela prestação do empregado, corresponde uma remuneração paga pelo Empregador.

Constitui um trato sucessivo, sendo assim apresenta a continuidade no tempo, de forma que não é instantâneo, ainda que por prazo determinado.

O pacto laboral é intuito personae. Possui caráter pessoal com relação ao empregado, somente este empregado pode prestar a prestação de serviços. Para o Empregador não se exige o caráter da pessoalidade.

1.5 Formas de extinção

A extinção do contrato de trabalho poderá ocorrer por iniciativa do empregador, sendo ela dispensa sem justa causa ou com justa causa; por decisão do empregado podendo ser o pedido de demissão, rescisão indireta ou aposentadoria; por desaparecimento de uma das partes, como a morte do empregador pessoa física, do empregado, ou a extinção da empresa; por mútuo consentimento entre as partes; por advento do termo do contrato; por força maior e *factum principis*.

2. FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO

2.1 Conceito

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço foi criado pela Lei nº 5.107 de 1966, mas atualmente é regulamentado pela Lei nº 8036 de 1990. Inicialmente, o FGTS existia apenas como forma de garantia de emprego, chamada de estabilidade, ou seja, quando o empregado completava 10 anos de trabalho em uma empresa, não poderia mais ser demitido, a não ser em justa causa. Hodiernamente ele é uma reserva em dinheiro feito em nome do empregado com o objetivo de protegê-lo nos casos das demissões sem justa causa, onde se forma um pecúlio indenizatório que será recebido após a demissão, para tanto o empregador é obrigado a depositar até o dia 7 (sete) de cada mês em conta vinculada ao nome do obreiro aberta na Caixa Econômica Federal a importância correspondente a 8% (oito por cento) da remuneração paga no mês anterior ao trabalhador.

Os trabalhadores urbanos e rurais, regidos através da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), trabalhadores avulsos e empregados domésticos tem direito ao FGTS. Os trabalhadores individuais, ou autônomos, ou seja, pessoas que não possuem vínculo empregatício não têm direito ao FGTS.

O governo federal poderá aplicar os recursos do FGTS em habitação, saneamento básico infraestrutura urbana. Os depósitos rendem juros e correção monetária. Eles variam de 3%, 4%, 5% e 6% ao ano. Anualmente uma conta rende 3%, quando o funcionário optou pelo FGTS a partir de 23/09/1971. E rende 6% quando a data de opção foi até 22/09/1971, ou optou com data Retroativa a 22/09/1971. A atualização monetária corresponde à taxa de inflação do período, que tem por objetivo manter o poder aquisitivo do FGTS. Atualmente o FGTS é corrigido pela variação da TR (Taxa Referencial).

2.2 Hipóteses de Saque

A Lei nº 8.036 de 1990 que regulamenta o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço também regula as hipóteses que poderão ocorrer o saque dos referidos valores.

3. RESCISÃO INDIRETA

Como já abordado anteriormente a rescisão indireta será aplicada quando houver justa causa praticada pelo empregador. A falta cometida pela empresa deve ser suficientemente grave a ponto de abalar ou tornar impossível a continuidade do contrato.

A previsão legal para a aplicação da rescisão indireta encontra-se no artigo 483 da CLT e poderá ser aplicada quando: houver a exigência de serviços superiores às forças do empregado; defesos por lei; contrários aos bons costumes; alheios ao contrato; for tratado com

rigor excessivo por seus superiores hierárquicos; correr perigo manifesto de mal considerável; não cumprir o empregador as obrigações do contrato de trabalho; o empregador ou seus prepostos praticarem contra o trabalhador ou sua família ato lesivo da honra e boa fama; o obreiro for ofendido fisicamente pelo empregador ou seus prepostos; o trabalho for diminuído pelo empregador a fim de provocar sensivelmente a redução salarial. Existe também uma previsão no parágrafo único do artigo 407 da CLT onde poderá aplicar a rescisão indireta quando a empresa não tomar as medidas recomendadas pela autoridade competente para que a função do menor seja alterada.

O empregado quando pretender a rescisão indireta deve preferencialmente dar ciência ao empregador sobre os motivos que está se retirando do serviço, sob o risco da empresa considerar a sua série de ausências injustificadas como abandono de emprego.

Na hipótese de acolhimento da rescisão indireta o obreiro terá direito ao recebimento do aviso-prévio, férias proporcionais, 13º salário proporcional, e levantamento dos depósitos de FGTS acrescido da indenização de 40%, nos casos de improcedência do pedido o trabalhador terá direito somente ao saldo salário e férias vencidas.

4. A AUSÊNCIA DE DEPÓSITO

A alínea “d” do artigo 483 da CLT prevê aplicação da rescisão indireta nos casos do empregador não cumprir as obrigações do contrato. Entretanto não especifica quais obrigações dariam margem para o emprego do citado instituto.

A discussão no presente trabalho é se ausência dos depósitos de FGTS ensejaria a rescisão indireta, então adiante segue dois entendimentos existentes na doutrina pátria um contra e outro a favor.

Luciano Martinez⁵ vai além e diz até que inadimplemento parcial do depósitos daria margem para a rescisão indireta, vejamos “ Destaque-se ainda que cumprimento parcial de umas da obrigações do contrato equivale ao descumprimento. Assim, por exemplo, diante do pagamento parcial do salário ou do recolhimento parcial do FGTS, estará o trabalhador autorizado a pedir a resolução indireta do vínculo”

5. A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS

No presente capítulo se apresentará as posições existentes nos tribunais, apresentando julgados do Tribunal Regional do Trabalho do Estado do Rio de Janeiro e do Tribunal Superior do Trabalho.

⁵ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 2. Ed. - São Paulo. Saraiva. 2011. p. 528.

Segue abaixo dois julgados que não acolheram a rescisão indireta, sendo portanto julgado improcedente o pleito.

DEPÓSITOS DE FGTS. IRREGULARIDADE. RESCISÃO INDIRETA. A ausência ou irregularidade no recolhimento de depósitos do FGTS durante o contrato não se mostra suficiente a caracterizar a prática de falta grave pelo empregador, por não envolver valores que o trabalhador possa dispor livremente e, conseqüentemente, acarrete prejuízos imediatos. Nesta hipótese, não se reconhece a rescisão do contrato por culpa da reclamada, a teor do artigo 483, alínea “d”, da CLT⁶.

Ementa: Recurso da Reclamada. RESCISÃO INDIRETA NÃO CONFIGURADA. Releva destacar que o requisito da gravidade da conduta empresarial deve estar presente para que se configure a rescisão indireta. Além disso, exige-se o nexo causal entre a infração e a penalidade, a efetiva vinculação entre a falta imputada ao empregador e o fundamento da rescisão indireta pretendida pelo obreiro, a proporcionalidade entre a falta e a punição, a imediatividade da punição, e a ausência de perdão tácito. A recorrida, entretanto, faz alusão a atos que, primeiramente, não foram comprovados nos autos (necessidade de retificação da CTPS e horas extras) e, no tocante ao FGTS, ficou demonstrado que a irregularidade dos depósitos vem desde fevereiro 2009, não se revestindo, pois, da imediatividade e gravidade necessárias à caracterização da rescisão por culpa do empregador. Afasto a rescisão indireta, declarando ter havido, em verdade, pedido de demissão, o que conduz à improcedência dos pedidos de aviso prévio, multa de 40% de FGTS e entrega das guias para levantamento dos depósitos fundiários e do seguro-desemprego. Recurso parcialmente provido⁷.

Nos julgados seguintes temos duas decisões do mesmo Tribunal que proferiu as anteriores, entretanto são favoráveis ao rompimento do contrato nos casos de não recolhimento do FGTS, posicionamento esse que atualmente é predominante no respeitável Órgão Julgador

RESCISÃO INDIRETA. IRREGULARIDADE DOS DEPÓSITOS DO FGTS. A ausência do recolhimento de várias competências do FGTS constitui direta afronta ao art. 483, d da CLT, que impõe ao empregador o cumprimento das obrigações contratuais, caracterizando, portanto, hipótese autorizadora da rescisão indireta do contrato de trabalho do empregado. Recurso parcialmente provido. RESCISÃO INDIRETA. NÃO RECOLHIMENTO FGTS. Segundo a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, o não recolhimento, ou o recolhimento, a menor, dos valores alusivos ao

⁶ TRT-RJ - RO nº 0109400-60.2008.5.01.0342 - 10ª Turma - Rel. Célio Juaçaba Cavalcante – DEJT 16.01.2012, Deliberação unânime.

⁷ TRT-RJ - RO nº 0109400-60.2008.5.01.0342 - 5ª Turma - Rel. Bruno Losada Albuquerque Lopes – DEJT 02.05.2012, Deliberação unânime

FGTS constitui falta grave suficiente, por si só, para configurar a hipótese descrita no art. 483, alínea “d”, da CLT e para justificar a rescisão indireta do contrato de trabalho. Parcial provimento do recurso⁸.

Segue abaixo decisões do Tribunal Superior do Trabalho.

RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO. IRREGULARIDADE NO RECOLHIMENTO DO FGTS. O não recolhimento ou o recolhimento a menor dos valores alusivos ao FGTS constitui falta grave suficiente, por si só, para configurar a hipótese descrita no art. 483, alínea -d-, da CLT e para justificar a rescisão indireta do contrato de trabalho. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se dá provimento⁹.

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESCISÃO INDIRETA. AUSÊNCIA DO RECOLHIMENTO DOS DEPÓSITOS DO FGTS. Demonstrada divergência jurisprudencial, impõe-se o provimento do agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. II - RECURSO DE REVISTA. RESCISÃO INDIRETA. AUSÊNCIA DO RECOLHIMENTO DOS DEPÓSITOS DO FGTS. O descumprimento de obrigações contratuais pelo empregador, notadamente no que diz respeito à efetivação dos depósitos de FGTS, configura falta grave. Tal situação, nos termos do art. 483, -d-, da CLT, autoriza o rompimento indireto do vínculo empregatício e a consequente condenação da empregadora ao pagamento das verbas rescisórias. Recurso de revista conhecido e provido¹⁰."

"RECURSO DE REVISTA. RESCISÃO INDIRETA. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO FGTS DURANTE O PACTO LABORAL. Em conformidade com a jurisprudência desta Corte, o descumprimento de obrigação essencial do contrato de trabalho, tal como a ausência de regularidade no recolhimento dos depósitos do FGTS, consubstancia justificativa suficientemente grave para configurar a justa causa, por culpa do empregador, a ensejar a rescisão indireta do pacto laboral, nos termos do artigo 483, -d-, da CLT. Recurso de revista não conhecido¹¹.

Nos dias de hoje todas as oito turmas do TST vêm decidindo de forma favorável a aplicação da rescisão indireta, sendo este o entendimento dominante nesta Corte.

⁸ TRT – R0 nº 0001311-35.2011.5.01.0051 - 5ª Turma - Rel. Roberto Norris – DEJT 23.10.2012, Deliberação unânime

⁹ RR - 19000-57.2005.5.09.0091 , Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 01/03/2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 16/03/2012

¹⁰ RR -4272-98.2010.5.06.0000 , Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 08/02/2012, 7ª Turma, Data de Publicação: 24/02/2012

¹¹ RR - 193-58.2010.5.15.0022 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 30/11/2011, 6ª Turma, Data de Publicação: 09/12/2011

Uma das justificativas apresentada é que mesmo que não cause um prejuízo imediato ao trabalhador, traz certa insegurança a respeito do seu futuro, pois a qualquer momento seu contrato pode ser rompido e o mesmo terá depósito para levantar, ficando assim em uma situação financeira instável.

CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi abordado, conclui-se que a matéria ainda desperta polêmica gerando interpretações diversas e também que muito mais do que consequência para o empregado o não recolhimento do fundo de garantia por tempo de serviço traz prejuízo até mesmo para o Poder Público.

Sendo assim vislumbra-se uma necessidade de proteger o direito do trabalhador, bem como expurgar a controvérsia quanto ao tema do sistema jurídico nacional como o objetivo de dar uma maior segurança jurídica aos advogados.

Conclui-se ainda que o fato de não existir uma fixação de qual o lastro temporal sem recolhimento levaria a rescisão indireta é algo que merece ser regulamentado, pois um mês sem o recolhimento do FGTS não leva a aplicação de tal medida, pois o que torna essa falta grave o suficiente para justificar o rompimento do pacto laboral por justa causa do empregador é a sua repetição.

Uma proposta para tentar dar cabo à divergência seria alteração do texto legal, fazendo constar expressamente o não recolhimento do FGTS como causa para a rescisão indireta do pacto laboral, algo que já existe na Lei n. 9.615 de 1998, que é conhecida popularmente como Lei Pelé, alusiva ao atleta estando previsto expressamente em seu art. 31, §2º como causa da rescisão indireta o não recolhimento do FGTS, e ainda ir mais adiante especificando quanto meses sem o recolhimento levaria a justa causa por parte da empresa, mantendo a multa que atualmente é aplicada. Contudo, elevando o seu valor para a medida venha ser eficaz.

Adotando-se uma medida como essa se daria mais um passo importantíssimo para solução polêmica existente, colocando enfim um ponto final a insegurança jurídica existente a cerca do tema.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. - São Paulo. Editora LTr. 2011.

BRASIL, LEI Nº. 8.036 DE 08 DE MAIO DE 1990. **Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm>. Acesso em: 22 de out. de 2014.

BRASIL, DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 22 de out. de 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. I : parte geral. 8. Ed. – São Paulo. Saraiva. 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27. ed. - São Paulo. Atlas. 2011.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. - São Paulo. Saraiva. 2011.

TRT 1ª Região – **Tribunal Regional do Trabalho** – 1ª Região – Ferramenta de busca para consulta de julgados Disponível em: < <http://www.trt1.jus.br/web/guest/consulta-jurisprudencia>>. Acesso em: 25 out. de 2014.

TST – **Tribunal Superior do Trabalho** – Ferramenta de busca para consulta de julgados Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 25 out. de 2014.