

**FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO (FGTS)  
E SUAS PECULIARIDADES NO ORDENAMENTO  
JURÍDICO BRASILEIRO**

**FONDS DE GARANTIE DU TEMPS DE SERVICE (FGTS)  
ET SES PARTICULARITÉS DANS LE SYSTÈME  
JURIDIQUE BRÉSILIEN**

**Ivogleuma Silva de Souza**

Advogada graduada pela Universidade de Fortaleza (2013)

Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Entre Rios do Piauí (2014)

**RESUMO:** O objetivo desse artigo é fazer uma análise jurídica sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço com foco nas especificidades das hipóteses, legalmente, previstas para o saque do valor depositado na conta do trabalhador e, também, é de suma importância, comentar sobre a recente alteração do prazo prescricional por decisão do Supremo Tribunal Federal. É fundamental conhecer o tema para que se possa refletir sobre suas vantagens e desvantagens, tendo em vista que muitos têm procurado a carreira de concursos públicos visando à estabilidade que o FGTS, com algumas exceções, tornou-se incompatível.

**PALAVRAS-CHAVE:** FGTS. Trabalhador. Direitos trabalhistas.

**RESUMÉ:** Le but de cet article est de faire une analyse juridique sur le Fonds de Garantie du Temps de Service avec le centre sur les spécificités des hypothèses légalement prévus pour le traite du montant déposé dans le compte du travailleur. Il est, également, important commenter la recente modification du délai de prescription par décision de la Cour Federal Suprême. Il est essentiel de connaître le thème pour les gens à réfléchir sur les avantages et les désavantages, vu que beaucoup de personnes cherchent la carrière des concours publiques visant à la stabilité que le FGTS, avec quelques exceptions, est devenu incompatible.

**MOTS-CLÉS:** FGTS. Travailleur. Droits du Travail.

# THEMIS

## INTRODUÇÃO

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) é uma espécie de poupança em nome do empregado formada a partir de depósitos feitos por seu empregador, mensalmente, em uma conta vinculada.

Apesar de conhecido por grande parte dos trabalhadores, ele tem peculiaridades que muitos, inclusive operadores do direito, não têm uma compreensão arraigada. Um exemplo são as hipóteses para o saque que a maioria só tem ciência do caso de despedida sem justa causa, ignorando as demais possibilidades e acabando por não ter acesso aos seus direitos.

O tema ganhou uma grande repercussão na mídia, recentemente, por uma alteração no entendimento do prazo prescricional pelo Supremo Tribunal Federal, modificação esta que não tem sido objeto de consenso entre os estudiosos e defensores de direito trabalhista, tendo em vista o prejuízo patrimonial causado ao trabalhador.

De grande relevância é o conhecimento do FGTS e de suas especificidades no ordenamento jurídico pátrio, pois, conhecer o direito é a melhor forma de poder reivindicá-lo. Portanto, evidencia-se ser necessária a breve análise jurídica de preceitos constitucionais, trabalhistas e tributários a respeito do assunto.

## 1 HISTÓRICO DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO

A Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, cria o FGTS, alterado pelo Decreto-lei nº 20, de 14 de setembro de 1966, sendo que a regulamentação pelo Executivo veio com o Decreto nº 59.820, de 20 de dezembro de 1966.

Tratava-se de uma alternativa ao regime de estabilidade decenal e indenização por tempo de serviço estipulado na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e uma forma de constituir uma poupança para o trabalhador que tivesse seu contrato rescindido.

O artigo 158 da Constituição de 1967 previa em seu inciso XIII a coexistência de ambos os sistemas: estabilidade com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente. Martins (2010, p.462) explica que:

Segundo o art. 1º da Lei nº 5.105/66, visava o FGTS assegurar aos empregados uma garantia pelo tempo de serviço prestado às empresas, mediante opção do empregado. O referido sistema era compatível com a estabilidade decenal, porém o que ocorreu na prática é que nenhuma empresa admitia empregado se não fosse optante do FGTS, visando, assim, a que o empregado não adquirisse a estabilidade.

A partir da Lei nº 5.107/66, os empregados tiveram um ano para optar pelo novo regime ou continuar no anterior. Para os que ingressaram em um contrato de trabalho após a referida legislação, a opção deveria ser feita quando da contratação, sendo anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social no prazo de 48 horas. Predominava o caráter opcional, conforme argumenta Nascimento (2010, p. 844):

Ao instituí-lo em 1966, o legislador teve o cuidado de deixar a critério do trabalhador a escolha do regime jurídico que quisesse, dentre os dois existentes – o sistema da proteção por meio de dispensa sem justa causa efetivada antes de completar dez anos no mesmo emprego, ampliado com a aquisição do direito de estabilidade ao completar esse tempo de serviço, ou o sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, caso em que não teria direito nem a referida indenização nem à estabilidade decenal. Os dois sistemas eram alternativos.

Com a promulgação da Constituição de 1988, o FGTS deixa de ser uma opção e passa a ser um direito. Retirando-se, portanto, do âmbito contratual trabalhista a questão da estabilidade decenária, salvo os casos de direito adquirido. Almeida (2009, p. 8) comenta que:

A Constituição de 1988 trouxe alteração profunda com relação aos direitos sociais, pondo fim à estabilidade decenal. Observado o direito adquirido, nenhum empregado, no sistema atual, adquire estabilidade (salvo estabilidades especiais, como a do dirigente sindical, a do cipeiro etc.)

## THEMIS

Foi criada a Lei nº 7.839, de 12 de outubro de 1989, que revogou a lei anterior, inclusive unificando na Caixa Econômica Federal as contas existentes, pois, anteriormente, a conta vinculada poderia ser aberta em qualquer instituição financeira.

Cairo Jr. (2013, p.809) ressalta que: “Também foi majorado o percentual da multa pela despedida sem justa causa para 40%, de conformidade com o comando constitucional e, em se tratando de culpa recíproca para 20%”. Isso porque o Ato das Disposições Transitórias prevê em seu artigo 1º, I, o referido pagamento por parte do empregador no percentual de 40%. Antes, o percentual era de 10% sobre o montante dos depósitos.

Segundo Martins (2010, p.463), essa Lei teve curta existência, durando poucos meses. Vindo então a Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, regulamentada pelo Decreto nº 99.684, de 8 de novembro de 1990, que são as atuais regulações sobre FGTS.

## 2 NATUREZA JURÍDICA DO FGTS

O FGTS é uma poupança em que, mensalmente, são feitos depósitos na conta vinculada do trabalhador. Martins (2010, p.463) analisa da seguinte forma:

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. Outrossim, servem os depósitos como forma de financiamento para aquisição de moradia pelo Sistema Financeiro da Habitação.

O empregador tem até o dia 7 de cada mês para depositar o equivalente a 8% da remuneração paga ou devida ao empregado numa conta vinculada. Para aprendizes, esse percentual é de 2% por estipulação legal do art. 15, §7º, da Lei nº 8.036/90. Cairo Jr. (2013, p.810) ressalta que não se trata de um desconto na remuneração do empregado, mas algo a mais que ele tem direito.

Quanto à natureza jurídica, Cassar (2014, p.1187) entende que:

Para o empregado o FGTS tem natureza jurídica de direito à contribuição que tem caráter salarial (salário diferido). Equipara-

se a uma poupança forçada. Para o empregador é uma obrigação e para a sociedade a contribuição tem caráter social. Daí decorre sua natureza múltipla ou híbrida.

Martins (2010, p.465) faz uma divisão sob duas óticas, a do empregado e a do empregador. Para o empregado, explica que o FGTS é um salário diferido tendo em vista que não é disponível, imediatamente, ao trabalhador. Para o empregador, ele aponta três teorias: fiscal, parafiscal e contribuição previdenciária.

A fiscal defende que o FGTS é uma obrigação tributária, pois teria o objetivo de financiar o Sistema da Habitação. A parafiscal alega que o FGTS não é imposto, taxa ou contribuição de melhoria, sendo, portanto, uma contribuição parafiscal, ou seja, sua arrecadação que não é feita para o custeio de atividade própria do Estado. E a natureza previdenciária é explicada por não ser o Fundo um tributo, porém, uma imposição excepcional prevista na Constituição como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, conforme se observa no art. 7º, inciso III.

O entendimento de Martins (2010, p.468) é de que seria um tributo, conforme se observa da seguinte conclusão: “Não se constitui a contribuição do FGTS em sanção de ato ilícito. Não é uma penalidade, mas uma determinação prevista em lei, que tem por fato gerador, por exemplo, a remuneração paga ou devida ao trabalhador (art. 15 da Lei nº 8.036/90)”.

Trata-se da cognição mais plausível sobre a natureza jurídica do FGTS para o empregador, pois se enquadra na própria definição de tributo prevista no art. 3º do Código Tributário Nacional: “Tributo é toda a prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

A posição do Supremo Tribunal Federal, porém, apontava que o FGTS não teria natureza tributária:

Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Sua natureza jurídica. Constituição, art. 165, XIII. Lei nº 5.107, de 13.09.1966. As contribuições para o FGTS não se caracterizam como crédito tributário ou contribuições a tributo equiparáveis. Sua sede está no art. 165, XIII, da Constituição. Assegura-se ao trabalhador

estabilidade, ou fundo de garantia equivalente. Dessa garantia, de índole social, promana, assim, a exigibilidade pelo trabalhador do pagamento do FGTS, quando despedido, na forma prevista em lei. Cuida-se de um direito do trabalhador. Dá-lhe o Estado garantia desse pagamento. A contribuição pelo empregador, no caso, deflui do fato de ser ele o sujeito passivo da obrigação de natureza trabalhista e social, que encontra, na regra constitucional aludida, sua fonte. A atuação do Estado, ou de órgão da Administração Pública, em prol do recolhimento da contribuição do FGTS, não implica torná-lo titular do direito à contribuição, mas, apenas, decorre do cumprimento, pelo Poder Público, de obrigação de fiscalizar e tutelar a garantia assegurada ao empregado optante pelo FGTS. Não exige o Estado, quando aciona o empregador, valores a serem recolhidos ao Erário, como receita pública. Não há, aí, contribuição de natureza fiscal ou parafiscal. Os depósitos do FGTS pressupõe vínculo jurídico com disciplina do Direito do Trabalho. Não se aplica às contribuições do FGTS o disposto nos arts. 173 e 174 do CTN. Recurso extraordinário conhecido, por ofensa ao art. 165, XIII, da Constituição, e provido, para afastar a prescrição quinquenal da ação.

Apesar do não consenso, com a alteração do prazo prescricional que, posteriormente, será objeto de análise deste artigo, é possível, novamente, voltar a visualizar a natureza tributária do FGTS, pois, ainda que se reconheça o trabalhador como credor do mesmo, é inegável a sua importância no financiamento da política habitacional do país, tendo, por isso, uma destinação social.

### 3 BENEFICIÁRIOS DO FGTS

Os beneficiários do FGTS estão elencados no art. 15, §2º da Lei 8.036/90, são eles: “pessoa física que presta serviços a empregador, a locador ou tomador de mão de obra, excluídos os eventuais, os autônomos e os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio”.

Os trabalhadores temporários passaram a ter direito ao FGTS com o advento da Lei nº 7.839, de 12 de outubro de 1989 e a Lei nº 8.036/90 consolidou essa previsão.

Com relação aos empregados domésticos, a Lei nº 5.859/72 trazia a faculdade dos empregadores depositarem o FGTS. A promulgação da Emenda Constitucional nº72/2013 ampliou os seus direitos trabalhistas, tendo a presidenta Dilma Rousseff sancionado, no dia 06 de junho de 2015, a lei que regulamenta o contrato dos trabalhadores domésticos, tornando obrigatório o recolhimento do FGTS entre outros direitos.

Os servidores públicos regidos por estatuto próprio não têm direito ao FGTS, pois já são resguardados pela estabilidade prevista na Constituição Federal em seu art.41. Cairo Jr. (2013, p.811) explica que “na hipótese de admissão de servidor público em desacordo com o estatuído no art. 37, II, da Constituição Federal (ausência de prévia aprovação em concurso público), o contrato de trabalho é nulo de pleno direito”. Mas, nesse caso específico, o trabalhador tem direito ao FGTS, por entendimento do art. 19-A da Lei 8.036/90:

Art. 19-A. É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, §2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário.

Aponte-se que o empregado público, regido pelo regime celetista, tem direito aos depósitos de FGTS, de acordo com o disposto na Súmula 390 do TST.

#### **4 DOS DEPÓSITOS E DAS SITUAÇÕES QUE POSSIBILITAM A MOVIMENTAÇÃO DA CONTA VINCULADA**

O empregador deverá fazer o depósito em conta vinculada no percentual de 8% sobre a remuneração do empregado, não sendo cabível que o valor seja entregue, diretamente, ao empregado. Martins (2010, p.470) ensina que:

O FGTS incidirá sobre a remuneração paga ao empregado, como salários, as gorjetas, as comissões, as percentagens, as gratificações, as diárias que excederem 50% do salário e abonos. O FGTS não incidirá sobre as ajudas de custo, pois elas não se integram ao salário (§2º do art. 457 da CLT). Incidirá também o FGTS sobre as parcelas in natura pagas ao empregado com habitualidade, como habitação, alimentação etc., porém haverá necessidade de se apurar o valor

## THEMIS

da utilidade. O FGTS incidirá também sobre o 13º salário pago normalmente ao final de cada ano ou na rescisão do contrato de trabalho, pois o art. 15 da Lei nº 8.036/90 é expresso nesse sentido.

A conta vinculada do trabalhador pode ser movimentada nas seguintes hipóteses:

I - Despedida sem justa causa, inclusive indireta, de culpa recíproca e de força maior:

Despedida sem justa causa é a rescisão do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, sem que o trabalhador tenha cometido falta grave. Nesse caso, o empregador deverá arcar com uma multa na quantia de 40% do saldo que houver na conta do empregado na data da dispensa. A Orientação Jurisprudencial nº 42 é clara nesse sentido:

OJ. Nº 42. FGTS. MULTA DE 40%. (nova redação em decorrência da incorporação das Orientações Jurisprudenciais nº 107 e 254 da SDI-1, DJ 20.04.2005) I- É devida a multa do FGTS sobre os saques corrigidos monetariamente ocorridos na vigência do contrato de trabalho. Art. 18,§1º, da Lei nº 8.036/90 e art. 9º,§1º, do Decreto nº 99.684/90. II – O cálculo da multa de 40% do FGTS deverá ser feito com base no saldo da conta vinculada na data do efetivo pagamento das verbas rescisórias, desconsiderada a projeção do aviso prévio indenizado, por ausência de previsão legal.

O entendimento, porém, é que a projeção do aviso prévio terá sim reflexos nas verbas rescisórias como recolhimento do FGTS e, inclusive, no prazo prescricional:

AVISO PRÉVIO INDENIZADO.FGTS. O recolhimento dos depósitos do FGTS incide sobre o aviso prévio, ainda que indenizado. (TRT-5 –Recurso Ordinário RO 1250009120035050017)

A despedida indireta, por sua vez, ocorre quando o empregador descumpra a lei ou alguma das condições contratuais ajustadas com o empregado.



Apesar de não ocorrer a dispensa diretamente, torna-se intolerável a continuação da prestação do serviço.

O empregado deve comprovar a falta cometida pelo empregador através de provas documentais ou testemunhas e terá direito além do saque, à multa de 40% sobre o FGTS.

Considera-se culpa recíproca quando ambas as partes da relação contratual trabalhista ensejam a rescisão contratual. Nesse caso, a multa do FGTS é no percentual de 20% sobre o montante, embasando-se na disposição prevista no art. 484 da CLT: “Havendo culpa recíproca no ato que determinou a rescisão do contrato de trabalho, o tribunal de trabalho reduzirá a indenização à que seria devida em culpa exclusiva do empregador, por metade”.

Força maior é o acontecimento inevitável e imprevisível para o qual o empregador não concorreu e as verbas deverão ser pagas por inteiro. O art. 501 da CLT é claro nas suas disposições:

Art. 501. Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente.

§1º- A imprevidência do empregador exclui a razão de força maior.

§2º- A ocorrência do motivo de força maior que não afetar substancialmente, nem for suscetível de afetar, em tais condições, a situação econômica e financeira da empresa não se aplicam as restrições desta Lei referente ao disposto neste Capítulo.

II - Extinção total da empresa, fechamento de quaisquer de seus estabelecimentos, filiais ou agências, supressão de parte de suas atividades, declaração de nulidade do contrato de trabalho nas condições do art. 19-A, ou ainda falecimento do empregador individual sempre que qualquer dessas ocorrências implique rescisão do contrato de trabalho, comprovada por declaração escrita da empresa, suprida, quando for o caso, por decisão judicial transitada em julgado:

No caso de encerramento das atividades da empresa, deixa de existir o vínculo empregatício, pois fica impossibilitada a sua continuação. E o empregado tem direito, inclusive, ao aviso prévio, conforme a Súmula nº: 44 do TST: “A cessação da atividade da empresa, com o pagamento da indenização, simples ou

## THEMIS

em dobro, não exclui, por si só, o direito do empregado ao aviso prévio. Quanto ao FGTS, a multa será no percentual de 40%”.

### III - Aposentadoria concedida pela Previdência Social:

A questão da aposentadoria espontânea gerou uma controvérsia em relação à extinção ou não do contrato de trabalho e à possível formação de um novo contrato caso o empregado continuasse trabalhando na empresa. Para os que adotaram essa linha de raciocínio, entende-se que a multa de 40% só incidiria sobre o saldo dos depósitos efetuados após a aposentadoria e não sobre todo período. Barone (2014, *online*), porém, afirma que:

A relação mantida entre o empregado e a previdência social não se confunde com aquela existente entre o mesmo e seu empregador, razão pela qual o benefício previdenciário recebido pela aposentadoria não pode refletir-se do contrato de trabalho.

A Sessão de Dissídios Individuais I (SDI-1) do TST, através do verbete nº: 361 vem consagrar o entendimento de unicidade ao caso em tela e, então, a multa de 40% do FGTS abrangeria todo o período contratual no caso de uma despedida sem justa causa:

361. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. UNICIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO. MULTA DE 40% DO FGTS SOBRE TODO PERÍODO. A aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. Empregado tem direito à multa de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral.

IV- Falecimento do trabalhador, sendo o saldo pago aos seus dependentes, para esse fim habilitados perante a Previdência Social, segundo o critério adotado para a concessão de pensões por morte. Na falta de dependentes, farão jus ao recebimento do saldo da conta vinculada aos seus sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, expedido a requerimento do interessado, independente de inventário ou arrolamento:

Em caso de falecimento do titular, os dependentes têm o direito de sacar o valor integral que estiver disponível na conta vinculada. Os interessados deverão preencher a solicitação na Caixa Econômica Federal e comprovar todos os requisitos necessários.

Entende-se que, nesse caso, não há o que se falar em multa de 40% do FGTS, tendo em vista que se trata de uma extinção contratual de modo involuntário, havendo direito somente ao saque do valor já existente.

Interessante citar o Projeto de Lei nº: 4877/2012 que alteraria o art. 20 da Lei nº: 8.036/90, estabelecendo que a conta vinculada do trabalhador, no caso de seu falecimento, seria movimentada pelos sucessores previstos na legislação civil, mediante apresentação de alvará judicial ou escritura pública.

Para o autor do Projeto, Deputado Júlio Campos, a determinação dos dependentes habilitados perante a Previdência Social, segundo o critério adotado para pensões por morte, causa grandes disparidades:

Tal disposição pode causar discrepâncias enormes. Vejamos, por exemplo, um trabalhador que possua um filho menor de idade, que seja seu dependente, mas que também tenha outros filhos maiores, que não ostentem tal relação de dependência para fins previdenciários.

Pela legislação em vigor, então, apenas o filho menor faria jus ao recebimento do saldo do FGTS.

Entendemos como melhor que o saldo da conta vinculada do trabalhador só possa ser movimentado pelos seus sucessores previstos na legislação civil, mediante apresentação de alvará judicial ou escritura pública, como forma de evitarmos injustiças e garantirmos um tratamento isonômico entre todos os herdeiros.

No entanto, apesar dos argumentos, a última ação legislativa no andamento do Projeto, foi o seu arquivamento em 31/01/2015 nos termos do artigo 105 do Regimento Interno pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados:

Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as:

I – com pareceres favoráveis de todas as Comissões;

## THEMIS

- II – já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno;
- III – que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originário;
- IV – de iniciativa popular;
- V – de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República.

Permanece, portanto, o entendimento do art. 20 da Lei nº: 8.036/90 com relação ao falecimento do trabalhador.

V - Pagamento de parte das prestações decorrentes de financiamento habitacional concedido no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação (SFH), desde que: a) o mutuário conte com o mínimo de 3 anos de trabalho sob o regime do FGTS, na mesma empresa ou em empresas diferentes; b) o valor bloqueado seja utilizado, no mínimo durante o prazo de 12 meses; c) o valor do abatimento atinja, no máximo, 80% do montante da prestação:

Somente imóveis residenciais prontos ou em construção podem ser financiados por esse tipo de recurso. Pode constituir parte do pagamento ou o pagamento integral e qualquer trabalhador que já não tenha um financiamento ativo pode adquirir seu imóvel desde que se enquadre nos requisitos acima expostos e o valor não ultrapasse o limite de avaliação estabelecido para o Sistema Financeiro de Habitação. Ressalte-se que o empregado deverá também trabalhar ou morar no município em que fique o imóvel que pretende comprar.

VI - Liquidação ou amortização extraordinária do saldo devedor de financiamento imobiliário, observada as condições estabelecidas pelo Conselho Curador, dentre elas a de que o financiamento seja concedido no âmbito SFH e haja interstício mínimo de 2 anos para cada movimentação:

O FGTS poderá ser utilizado não só no momento da compra, mas para pagar parte das prestações, para amortizar a dívida ou para cobrir o saldo devedor da compra do imóvel.

VII - Pagamento total ou parcial do preço de aquisição de moradia própria, ou lote urbanizado de interesse social não construído, observadas as seguintes condições: a) o mutuário deverá contar com o mínimo de 3 anos de trabalho sob o regime do FGTS, na mesma empresa ou empresas diferentes; b) seja a operação financiável nas condições vigentes para o SFH:

O FGTS pode ser utilizado somente para o caso de moradia própria, não pode ser para moradia de terceiro. Pode constituir parte do pagamento ou integral através de financiamento bancário, compra à vista ou consórcio imobiliário, por lance ou complemento de carta de crédito.

Importante explicar que os lotes urbanizados de interesse social não construídos são as áreas definidas para implantação de habitação de interesse social.

VIII- Quando o trabalhador permanecer 3 anos ininterruptos, a partir de 1º de junho de 1990, fora do regime do FGTS, podendo o saque, neste caso, ser efetuado a partir do mês do aniversário do titular da conta:

O saque, nesse caso, poderá ser solicitado a partir do 1º dia útil do mês do aniversário do trabalhador depois de passados 3 anos sem vínculo empregatício e poderá ser feito do valor total disponível.

IX- Extinção total do contrato a termo, inclusive o dos trabalhadores temporários regidos pela Lei nº: 6.019, de 3 de janeiro de 1974:

O art. 443 da CLT traz a seguinte disposição:

Art.443. O contrato individual de trabalho poderá ser tácito ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

§1º Considera-se como prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

§2º O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

- a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) de atividades empresariais de caráter transitório;
- c) de contrato de experiência

Na extinção normal do contrato, nenhuma verba indenizatória é devida posto que conhecida a data do seu término. Porém, no caso de extinção antecipada, sem justa causa, uma indenização equivalente à metade da remuneração além das verbas rescisórias.

Quanto ao FGTS, não será devida a multa de 40% no contrato por prazo determinado e/ou a termo, já no caso de rescisão antecipada será devida a referida multa, conforme o art.14 do Decreto 99.684/1990.

## THEMIS

X- Suspensão total do trabalho avulso por período igual ou superior a 90 dias, comprovada por declaração do sindicato representativo da categoria profissional:

Cairo Jr. (2013, p.161) explica que: “O trabalho avulso é aquele prestado a vários tomadores de serviços, por intermédio de uma terceira pessoa, caracterizando-se por ser uma relação triangular”.

A Lei nº: 8.212/91 em seu art. 12, VI, traz, igualmente, uma definição para trabalho avulso: “quem presta, à diversas empresas, sem vínculo empregatício, serviços de natureza urbana ou rural definidos no regulamento”.

Há aqui a necessidade de intermediação por um sindicato representativo da categoria profissional ou um órgão local de gestão de mão de obra (OGMO), tanto que é requisito para o saque do FGTS nessas situações, uma declaração assinada pelos representantes deles comunicando a suspensão do trabalho avulso pelo período de 90 dias ou mais.

De fundamental importância ressaltar que a Constituição Federal em seu art. 7º, XXXIV estendeu aos trabalhadores avulsos toda a proteção destinada aos empregados:

Art.7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:  
XXXIV – igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo permanente e o trabalhador avulso.

XI- Quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido de neoplasia maligna:

Neoplasia maligna, enfermidade mais conhecida como câncer, é uma das causas que autoriza o saque do FGTS, no caso de ser o titular o portador ou um de seus dependentes.

Poderá ser feito o saque do valor total disponível na conta. Pai e mãe que tiverem o filho acometido pela doença poderão sacar, simultaneamente, os valores de suas contas vinculadas.

Deverá ser feita a comprovação por meio de atestados e laudos médicos para autorização da retirada do dinheiro depositado. E, no caso de falecimento do dependente em decorrência da moléstia, é necessário apresentar atestado de óbito para solicitar o saque.

XII- Aplicação em quotas de Fundos Mútuos de Privatização, regidos pela Lei nº: 6.385, de 7 de dezembro de 1976, permitida a utilização máxima de 50% do saldo existente e disponível em sua conta vinculada do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na data em que exercer a opção:

Fundo Mútuo de Privatização é um fundo de investimentos em títulos e valores mobiliários. Trata-se de aplicar recursos em ações de empresas privatizadas pelo Governo. O limite de aplicação é de 50% do saldo da conta vinculada do trabalhador.

XIII- Quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV:

HIV é a sigla em inglês para vírus da imunodeficiência humana, esse vírus ataca o sistema imunológico. Ele multiplica-se e prossegue infectando os linfócitos do paciente, conforme dados do portal do governo sobre o assunto.

O titular da conta vinculada, caso venha a portar o HIV ou algum de seus dependentes, terá direito ao saque do FGTS.

Observe-se que a soropositividade não pode ser causa de demissão, sendo já entendimento consolidado do TST, através de sua Súmula 443, que há presunção de que a dispensa, nesse caso, é discriminatória:

Súmula 443 TST. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Trata-se, porém, de uma presunção relativa de discriminação, portanto, admite prova em contrário:

EMPREGADO PORTADOR DO HIV. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. A jurisprudência do C. Tribunal Superior do Trabalho evoluiu na direção de se presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do HIV, quando não demonstrado que o ato foi orientado por outra causa, seja administrativo, financeiro ou técnico. (Recurso Ordinário 9161520125010049 TRT-RJ)

## THEMIS

XIV- Quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes estiver em estágio terminal, em razão de doença grave, nos termos do regulamento:

Estágio terminal é aquele em que não há possibilidade de reestabelecimento da saúde, cientificamente, não existe chance de sobrevivência.

Nesses casos, abre-se a possibilidade de saque do FGTS, seja o trabalhador que esteja doente ou algum dependente.

XV- Quando o trabalhador tiver idade igual ou superior a setenta anos:

O trabalhador ao completar a idade de 70 anos passa a ter o direito de sacar o valor depositado na sua conta vinculada.

Há, porém, em tramitação na Câmara, o Projeto de Lei nº: 6609/09, de autoria do então Senador Demóstenes Torres, que propõe a redução para 65 anos a idade mínima para o saque do FGTS alegando que 70 anos é uma idade deveras elevada considerando a expectativa de vida do brasileiro.

O Projeto foi aprovado na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público. Atualmente, a última movimentação foi sua devolução pela Comissão de Finanças e Tributação sem manifestação da mesma.

Permanece, até a conclusão do trâmite do referido Projeto, a idade mínima de 70 anos para a autorização do saque do Fundo.

XVI- Necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de desastre natural, conforme disposto em regulamento, observadas as seguintes condições: a) o trabalhador deverá ser residente em áreas comprovadamente atingidas de Município ou do Distrito Federal em situação de emergência ou estado de calamidade pública, formalmente reconhecidos pelo Governo Federal; b) a solicitação de movimentação da conta vinculada será admitida até 90 dias após a publicação do ato de reconhecimento, pelo Governo Federal, da situação de emergência ou do estado de calamidade pública; c) o valor máximo do saque da conta vinculada será definido na forma do regulamento:

Em situações de calamidade, a priori, a prefeitura do município ou o governo do Estado precisam decretar situação de emergência ou estado de calamidade. Posteriormente, o Ministério da Integração Nacional deverá publicar um ato de reconhecimento da decretação e o trabalhador tem 90 dias após a publicação desse ato para solicitar o saque.

Houve, inclusive, a proposta de um Projeto de Lei nº: 6964/13 para simplificar o uso do FGTS no caso de desastre natural. A intenção é de que o



trabalhador poderia sacar o valor se o tipo de desastre ocorrido estiver na Classificação e Codificação Brasileira de Desastres (COBRADE).

O Projeto, atualmente, tramita apensado ao Projeto de Lei nº: 7472/10 que trata sobre o FGTS.

XVII- Integralização de cotas do FI-FGTS, respeitado o disposto na alínea i do inciso XIII do artigo 5º da Lei nº 8.036/90, permitida a utilização máxima de 30% do saldo existente e disponível na data em que exercer a opção:

Determina a referida alínea que:

Art. 5º Ao Conselho Curador compete:

XIII – em relação ao Fundo de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FI-FGTS:

I) autorizar a integralização de cotas do FI-FGTS pelos trabalhadores, estabelecendo previamente os limites globais e individuais, parâmetros e condições de aplicação e resgate.

Segundo dados do portal oficial sobre FGTS, esse Fundo de Investimento foi criado pela Lei nº: 11.491, de 20 de junho de 2007, tendo como objetivo a aplicação dos recursos dessas cotas em construção, reforma, ampliação de rodovias, portos, energia e saneamento, por exemplo.

Pode-se dizer que foi uma forma encontrada pelo Governo de diversificar a aplicação dos recursos do FGTS em outras áreas, visto que o mesmo é predominantemente usado no setor de habitação.

Importante destacar também uma das hipóteses que não consta no referido artigo. Os depósitos podem ser, em parte, utilizados para aquisição de material de construção por decisão do Conselho Curador do FGTS em 2012.

## 5 O FGTS E A PRESCRIÇÃO

Silva (2014, p.250) explica que preclusão “é a perda da faculdade ou do direito processual de praticar um ato”. Além da preclusão temporal, há também a consumativa e a lógica.

A temporal se concretiza pela não observação dos prazos. A consumativa pela prática de algum ato que impede a realização de outro. E a lógica quando se realiza algum ato incompatível com outro que deveria ser realizado.

## THEMIS

A prescrição pode ser declarada de ofício e em qualquer grau de jurisdição, pois se reveste de caráter de ordem pública.

Quanto aos créditos resultantes da relação de trabalho, a Constituição Federal traz a seguinte determinação:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXIX- ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de 5 anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

A CLT também corrobora com o entendimento da Carta Maior quanto ao prazo, em seu artigo 11 trazendo, porém, uma diferença entre o trabalhador urbano e o rural que não foi recepcionada pela CF:

Art. 11 O direito de ação quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve:

I- em cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato

II- em dois anos, após a extinção do contrato de trabalho, para o trabalhador rural.

A rigor, ocorre da seguinte forma: após a rescisão do contrato de trabalho, inclusive considerando o período de aviso prévio, indenizado ou trabalhado, o trabalhador tem 2 anos para ingressar com a ação trabalhista pleiteando os seus direitos caso não tenham sido devidamente quitados. Poderá nessa ação reclamar os direitos contados até 5 anos da data do ajuizamento da mesma.

Assim entende a Súmula 308 do TST:

SÚMULA Nº 308. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. Respeitado o biênio subsequente à cessação contratual, a prescrição da ação trabalhista concernente às pretensões imediatamente anteriores a cinco anos, contados da data do ajuizamento da reclamação e, não, às anteriores ao quinquênio da data da extinção do contrato.

Em relação ao FGTS, a Súmula 362 do TST trazia essa redação corroborando com o disposto no art. 23, §5º da Lei 8.036/90:

SÚMULA Nº: 362. FGTS. PRESCRIÇÃO. 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.

O Plenário do STF, porém, no dia 13/11/14, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 709212, alterou seu entendimento quanto a prescrição nesses casos, declarando a inconstitucionalidade das normas que trazem o prazo de 30 anos.

Sob o fundamento de que o FGTS é um direito trabalhista previsto constitucionalmente e que a CF estabelece o prazo prescricional para direitos relacionados ao trabalho e, portanto, uma lei ordinária não poderia tratar do assunto de forma distinta, a prescrição passa a ser a determinada no art. 7º, XXIX da CF.

Foi estipulado, como forma de manter a segurança jurídica, que os efeitos seriam “*ex nunc*”, ou seja, valeriam apenas para as ações apresentadas após o novo regramento.

A alteração, claramente, traz um prejuízo patrimonial ao trabalhador, que passa a poder pleitear o FGTS somente de forma semelhante ao prazo prescricional de suas verbas trabalhistas, no caso 5 anos.

## 6 CARÁTER SOCIAL DO FGTS

O Fundo de Garantia concede a oportunidade aos trabalhadores de formarem uma poupança que pode ser utilizada em algumas condições peculiares, o que por si, já demonstra uma relevância social. Diz (2013, *online*) traz a pertinente observação:

O FGTS foi criado com o intuito de ser um fundo de reserva para o trabalhador que direcionava garantir o ordenado ou o salário de um ano, no caso da empresa não mais existir, mas tornou-se muito mais do que isso, acabou se transformando para o trabalhador em

## THEMIS

um tipo de poupança para o seu futuro, que pode ser utilizado no momento da despedida sem justa causa, na aposentadoria, ou como já foi citado em casos de doenças graves sua ou de membro da sua família.

Uma parte dos valores depositados também são destinados ao âmbito coletivo, como por exemplo, na construção de moradias para as populações mais carentes.

Além da sua característica de financiador habitacional, seus recursos alcançam obras de saneamento, infraestrutura e também há valores investidos no Fundo de Investimento do FGTS que financiam construção e reformas de rodovias, portos e hidrovias, por exemplo. Diehl; Trennepohl (2011, *online*) explicam que:

Dentre as possibilidades de saque, a demissão sem justa causa corresponde ao maior número de casos e também ao maior volume de recursos sacados. Nas áreas de aplicação dos recursos, o setor de habitação é o que recebe o maior volume de recursos. Um grande número de pessoas é beneficiado nas áreas de saneamento básico e infraestrutura. O FGTS foi criado para aliviar as empresas de seus passivos trabalhistas e para ser um benefício de poupança aos trabalhadores individualmente, mas transformou-se num dos principais instrumentos de poupança interna e de apoio ao desenvolvimento econômico e social do país, presente de modo especial nos setores menos favorecidos da sociedade.

Cairo Jr. (2013, P.810), semelhantemente, afirma que o FGTS:

Além de constituir um fundo indenizatório que protege, de certa forma, o trabalhador contra a despedida arbitrária, o FGTS funciona, secundariamente, como fomentador de programas sociais como habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana, por meio de programas de financiamento.

Observa-se então que, tanto em seu caráter individual, qual seja, o de poupança para o trabalhador, como sob a ótica do coletivo, através dos financiamentos de programas do Governo, é notório que o FGTS tem em sua essência um foco social expressivo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O FGTS foi criado como uma forma de proteção ao trabalhador para evitar despedidas arbitrárias e como um instrumento que possibilitaria a criação de uma poupança disponível para situações específicas de necessidade desse empregado.

Na prática, o que se constata é que o trabalhador, beneficiário do Fundo, não tem um amplo poder de escolha sobre sua própria poupança, pois sequer escolhe, livremente, o momento em que poderia dispor dos valores depositados, ficando adstrito às hipóteses de saque estipuladas pela Lei. Em outros países, como por exemplo o Chile, o trabalhador pode escolher, inclusive, em qual instituição quer aplicar o seu recurso equivalente ao FGTS.

De natureza jurídica, de certa forma, considerada controvertida, é fato que os recursos do Fundo têm um impacto relevante para o desenvolvimento do país, considerando as obras que são financiadas por esse meio.

A importância econômica e social do Fundo de Garantia é inegável, porém é uma questão de reflexão se realmente é mais benéfico ao trabalhador do que a garantia da estabilidade no emprego, tendo em vista que essa tem sido tão almejada pela maioria dos brasileiros considerando-se o relevante aumento da quantidade de pessoas que têm enveredado pelos concursos públicos nos últimos anos, principalmente, pela retração do mercado privado resultante das graves crises financeiras.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **CLT comentada**: legislação, doutrina e jurisprudência. 6ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARONE, Tania Regina Peixoto. **A aposentadoria espontânea e a multa de 40% do FGTS**. Disponível em:< <http://blogdocchs.filoinfo.net/node/31>> Acesso em: 7 mar. 2015.

## THEMIS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado 1988.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)> Acesso em: 7 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. **Departamento de DST, Aids e Hepatites Virais**. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pagina/o-que-e-aids>> Acesso em: 6 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Caixa Econômica Federal. **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço**. Disponível em: <http://www.fgts.gov.br/> Acesso em: 6 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4877/2012**. Autor: Júlio Campos. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=563918>> Acesso em: 5 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6964/13**. Autor: Comissão Externa. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=604508>> Acesso em: 7 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno**. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/4432765>> Acesso em: 7 mar.2015.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Projeto de Lei nº:6609/09**. Autor: Senador Demonstenes Torres. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=464143>> Acesso em: 5 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm)> Acesso em: 7 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.036**, de 11 de maio de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)> Acesso em: 7 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.212**, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)> Acesso em: 7 mar. 2015

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro. **Recurso Ordinário: 9161520125010049**. Disponível em: <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24913462/recurso-ordinario-ro-9161520125010049-rj-trt-1>> Acesso em: 7 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº:308**. Prescrição Quinquenal. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-308](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-308)> Acesso em: 5 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº: 362**. FGTS. Prescrição. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-362](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-362)> Acesso em: 5 abr. 2015.

CAIRO JR., José. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ed. rev. ampl. atual. Bahia: Editora Juspodivm, 2013.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

DIEHL, Luiza Mallmann; TRENNEPOHL, Dílson. A importância do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS para o desenvolvimento brasileiro. **Revista de Desenvolvimento Econômico**, Bahia, ano XIII, nº 23, jul. 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/rde/article/view/1299/1240>> Acesso em: 7 mar. 2015.

DIZ, Rosângela Maria Kraviski Grainert. Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. **Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**, Curitiba, ano IV, nº: 09, jan/jun 2013. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima9/anima9-11-FUNDO-DE-GARANTIA-DO-TEMPO-DE-SERVICO-Rosangela-Maria-Kraviski-Grainert-Diz.pdf>> Acesso em: 5 mai. 2016.

## THEMIS

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 25 ed. São Paulo: 2010.

MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. **Súmulas, Orientações Jurisprudenciais e Informativos do TST organizados por assunto**. Bahia: Editora Juspodivm, 2013.

SILVA, Rinaldo Mouzalas de Souza e. **Processo Civil**. 7ed. rev. ampl. atual. Bahia: Editora Juspodivm, 2014.

Recebido em: 29 jun. 2015

Aprovado em: 02 jun. 2016