

Data de aprovação __/__/__

Data de entrega __/__/__

O FGTS ANALISADO COMO PARTE DE UMA POLÍTICA SOCIAL DOS DIREITOS TRABALHISTAS

Sarah Marizete Sales Leite de Meneses¹
Humberto Lima de Lucena Filho²

RESUMO

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) não foi destaque nas discussões acadêmicas mais relevantes da Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017, comumente denominada de “reforma trabalhista”, mudança essa que conferiu posição de destaque ao Direito do Trabalho. Há de se destacar, porém, a necessidade da revisitação a esse instituto tão importante dentro da legislação trabalhista, uma vez que julgados recentes, tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça, trouxeram o FGTS como ponto central ou, ao menos, um de seus aspectos mais pertinentes, que é a Taxa Referencial (TR), utilizada para atualizar monetariamente os valores das contas vinculadas. A incoerência dos entendimentos esposados pelas referidas cortes leva, pois, ao questionamento acerca da real eficiência e eficácia do instituto em seus moldes atuais. Utilizando-se do método lógico-dedutivo, foi realizada uma avaliação da coesão orgânica desse fundo dentro do ordenamento jurídico brasileiro, bem como sua proposta, levando em consideração uma análise por meio do *law and economics*. Nessa esteira, concluiu-se que o FGTS, no modelo corrente, apresenta incoerência sistemática, oferecendo uma proteção deficiente da prestação que tem por fim concretizar um direito trabalhista, derivado de uma política social do Estado. Além disso, apresenta uma defasagem de valor quando sua atualização é efetuada segundo os parâmetros estabelecidos pela TR, sendo mais eficaz, portanto, a utilização do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) na devolução do poder de compra do trabalhador.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. FGTS. Taxa Referencial. Análise econômica. IPCA.

FGTS ANALYZED AS PART OF A SOCIAL POLICY OF LABOR RIGHTS

ABSTRACT

The Working Time Guarantee Fund (FGTS) was not highlighted in the most relevant academic discussions of Law No. 13,467 of July 13, 2017, commonly known as "labor reform", a change that gave prominence to the Law of Work. However, it is important to emphasize the need to revisit this important institute in labor legislation, since recent judgments of both the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice, have brought

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.

the FGTS as a central point or at least one of its most pertinent aspects, namely the Referential Rate (TR), used to monetarily update the values of the linked accounts. The incoherence of the understandings espoused by the said cuts leads, therefore, to the questioning about the real efficiency and effectiveness of the institute in its current molds. Using the logical-deductive method, an evaluation of the organic cohesion of this fund was carried out within the Brazilian legal system, as well as its proposal, considering an analysis through law and economics. In this way, it was concluded that the FGTS, in the current model, presents systematic inconsistency, offering a poor protection of the benefit that has the purpose of concretizing a labor right, derived from a social policy of the State. In addition, it presents a value gap when its updating is performed according to the parameters established by the TR, being more effective, therefore, the use of the National Extended Consumer Price Index (IPCA) in the return of the worker's purchasing power.

Keywords: Labor Law. FGTS. Referential Rate. Economic analysis. IPCA.

1 INTRODUÇÃO

A Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017, comumente denominada de “reforma trabalhista”, conferiu ao Direito do Trabalho posição de destaque nas discussões do âmbito jurídico, proporcionando uma tendência natural de reanálise dos valores basilares dessa disciplina jurídica. Apesar de não ter sido abarcada pela reforma, nem tão pouco ingressada como pauta nos debates mais relevantes da reestruturação, a reflexão quanto à função instrumental prática e os efeitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) se faz necessária.

O instituto é uma singularidade complexa da legislação brasileira que se estrutura na tendência estatal intervencionista e carrega consigo certa incoerência. Isso se dá, porque, na medida em que compõe uma política social empregada por meio de normas que visam conferir garantias ou salvaguardar em algum aspecto o trabalhador, o FGTS também é restrito ao mesmo.

Inicialmente criado para servir como garantia do sustento ao trabalhador demitido sem justa causa, hoje ele elenca outras possibilidades de saque como extinção total da empresa; em caso de doença grave; aposentadoria pela previdência social; falecimento do obreiro; pagamento de prestações de financiamento habitacional concedido no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação (SFH); além da possibilidade de utilização, pela Administração Pública, para o investimento em obras de infraestrutura e saneamento.

Além disso, o fundo foi tema de julgado em 11 de abril de 2018, do Superior Tribunal de Justiça, por meio do REsp 1614874 em sede de recurso repetitivo, com fundamento no art. 1.036 do Código de Processo Civil, que permite o julgamento por amostragem quando houver multiplicidade de recursos versando sobre idêntica questão de direito. O ponto central do Recurso Especial é a possibilidade de substituição da Taxa Referencial (TR), parâmetro utilizado como índice de atualização das contas do FGTS. O STJ, entretanto, vedou, por unanimidade, o uso de outros índices que não sejam a TR, que é definida por lei como atualização monetária das contas vinculadas.

Não obstante o entendimento firmado nessa decisão cabe aqui traçar um comparativo com o RE 870947, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 20 de setembro de 2017. Na contramão da outra corte, o STF entende em sua maioria que a Taxa Referencial não é o fator mais adequado para recompor a perda do poder de compra e, em seu lugar, adotou a correção monetária por meio do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).

Nesse contexto, surge o questionamento acerca da concretização dos princípios dos direitos sociais e trabalhistas no formato atual do FGTS, em especial, no seu recolhimento e rendimento.

Por esse ângulo, vislumbra-se a imprescindibilidade de uma avaliação do instituto levando-se em consideração uma visão econômica do Direito, garantindo, talvez, uma aplicação mais eficiente e correta do fundo. Essa motivação, que leva à necessidade de investigação acerca da forma de recolhimento e rendimento, mostra-se essencial para pleitear uma capacidade crítica desenvolvida para gerar os formatos capazes de encaminhar à circunstâncias e resultados diferentes dos atuais.

Para tanto, a presente formação faz uso do método logico-dedutivo, destrinchando dispositivos de lei, jurisprudência, doutrina e análise econômica aplicada para intuir sobre a questão trazida. O estudo organiza-se, portanto, em discorrer sobre aspectos teóricos dos direitos sociais trazidos no corpo da Constituição Federal; se aprofundar nas minúcias sobre o dispositivo estudado, o FGTS; traçar um paralelo entre os direitos sociais e o instituto, à luz do *Law and Economics*, com o fito de buscar solucionar a problemática, que foi arguida na fase introdutória, em sede de ponderações finais.

2 O FGTS INSERIDO NA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para que se compreenda a razão jurídica que fundamenta o instituto trazido à baila, torna-se indispensável conhecer suas origens histórico-jurídicas. Nessa senda, buscando uma melhor compreensão do conteúdo tratado, é necessário rememorar o surgimento do Estado Moderno e suas formas de atuação no transcorrer dos anos.

Ao mesmo tempo, o modo como o Estado desempenha suas funções e se relaciona com os cidadãos também guarda extrema relevância com a *mens legis* ou, ainda, a *mens legislatoris*, que permeia o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

2.1 ASPECTOS HISTÓRICO-EVOLUTIVOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos e garantias fundamentais foram sedimentados consoantes os progressos históricos de cada sociedade. É oportuno salientar, que, partindo desse pressuposto, não possuem origem certa e determinada, dependendo, assim, do desenvolvimento cultural e jurídico do substrato social em questão. Atribui-se esse nascimento sob duas perspectivas distintas, uma subjetiva e outra subjetiva.

A primeira teoria é marcada pela concepção cristã de que o homem é criado a imagem e semelhança de Deus. Esse pensamento se aperfeiçoou ao longo do tempo, estabelecendo, nos séculos XVII e XVIII, as chamadas teorias contratualistas, elevando a posição humana a um patamar de autoridade sobre o Estado. Assim, alguns direitos inerentes ao ser humano são anteriores a própria figura estatal. Dessa percepção, se infere a subserviência do Estado aos cidadãos, lhes garantindo os direitos básicos.³

O saudoso doutrinador Norberto Bobbio⁴, que mantinha viés ideológico semelhante, dizia que:

A afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade [...] no início da idade moderna

À vista disso, vislumbra-se no direito atual um destaque oferecido aos direitos fundamentais, uma vez que a habitual relação entre o Estado e o indivíduo é superada,

³ MENDES; BRANCO, 2016, p. 134

⁴ BOBBIO, 1992 *apud* MENDES; BRANCO, loc. Cit.

concedendo espaço a uma configuração social em que o sujeito possui inicialmente direitos e, depois, deveres perante o Estado.⁵

O outro entendimento, entretanto, leva em consideração não o aspecto subjetivo, mas o objetivo, ou seja, a ordem de positivação dos direitos e garantias, bem como seu reflexo na atividade estatal. Nessa vertente, são de primeira geração os direitos e garantias que traduzem liberdades individuais em limitação a atuação do Estado, fazendo com que esse assumisse uma posição de não-intervenção e fosse, por conseguinte, considerado como liberal, sendo o modelo adotado logo após as revoluções francesas e americanas, que possuíam, intrinsecamente, uma desconfiança quanto aos poderes conferidos aos governantes.

Com o crescimento populacional, o abandono das causas sociais e o agravamento da desigualdade, surgiram novas reivindicações, obrigando o Estado a adotar uma posição mais intervencionista, na tentativa de fomentar justiça social. Surge daí, uma nova categoria de direitos fundamentais, considerados de segunda geração, dizendo respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, etc.⁶

Já os demais direitos, que tem por característica garantir interesses difusos ou coletivos, não considerando o homem isoladamente, são tidos como de terceira geração. Eles buscam concretizar pautas como o desenvolvimento, qualidade do meio ambiente, conservação do patrimônio histórico e cultural, dentre outras.⁷

Vale ressaltar o posicionamento externado por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco⁸:

A visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dá-se à compreensão.

Assim, é de extrema importância que se analise o sistema jurídico como um todo, levando em observação a transversalidade inerente à Ciência Jurídica para que se extraiam conclusões e interpretações mais coerentes com o complexo legislativo.

⁵ MENDES; BRANCO, loc. Cit.

⁶ Ibidem, p. 135

⁷ MENDES; BRANCO, 2016, loc. Cit.

⁸ Ibidem, p. 136

2.2 A CLASSIFICAÇÃO DOS EFEITOS PRODUZIDOS PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais possuem função essencial dentro de um ordenamento jurídico. Sua função é proteger da intervenção estatal desproporcional na esfera pessoal do indivíduo, ou seja, operam como verdadeiros limitadores da atuação do Estado.

Seguindo nessa linha, George Jellinek criou uma teoria que classificou os direitos fundamentais quanto a sua manifestação jurídica em quatro *status*. Eles estariam divididos entre aqueles que representam uma proibição ou subordinação do indivíduo à determinação legislativa, de *status subjectionis* (passivo); os que constituem uma permissão de resistência frente a uma ingerência estatal, de *status negativus* (de defesa); aqueles que estabelecem direito de exigir uma prestação do Estado e, por isso, são denominados como sendo de *status positivus* (de prestação); e os que concedem ao indivíduo o poder de influência na ação estatal, de *status activus* (de participação).⁹

Na expressão de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins¹⁰, pode-se agrupar a classificação adotada por Jellinek em duas esferas substanciais, distinguindo-se os direitos que implicam uma ação e os que impõem uma abstenção ou omissão. E seguem:

Do lado ativo, existe o poder de ação do indivíduo, que se exprime nos direitos políticos, e o dever de ação do Estado, que se exprime nos direitos sociais-prestacionais. No primeiro caso, está-se diante de normas permissivas; no segundo, têm-se normas de obrigação de ação estatal.

Do lado passivo, há dois deveres de abstenção, que consistem em dois conjuntos de normas proibitivas: a proibição de intervenção estatal no caso dos direitos de resistência e a proibição de resistência do indivíduo ao exercício do poder estatal quando ele não tiver o direito fundamental (ou ainda quando uma intervenção estatal em seu exercício restar justificada) e tiver por isso que se submeter a imperativos estatais a todos endereçados (como, por exemplo, pagar impostos).

2.3 A NATUREZA JURÍDICA DO FGTS E SUA LOCALIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Como se depreende da própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os direitos fundamentais são *sui generis*, ou seja, constituem um gênero do qual se extraem várias espécies. Topograficamente, então, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

⁹ JELLINEK *apud* DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 49 et. Seg.

¹⁰ *Ibidem*, p. 54

está localizado dentro do Título II da Constituição Federal, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, mais especificamente, no Capítulo II, o qual se ocupa dos Direitos Sociais. Essa posição, entretanto, causa confusão doutrinária e conceitual acerca da natureza jurídica do instituto.

Os direitos sociais são espécies diretas dos direitos fundamentais, conhecidos como sendo de segunda geração, tendo como característica principal a exteriorização de uma prestação estatal, ou seja, de *status positivus*. Em outras palavras, o Estado se obriga a garantir proteção ao direito, diferentemente dos direitos individuais, onde se impõe uma abstenção de interferência estatal ao seu exercício.

Já os direitos trabalhistas, em que pese o ponto em que se encontram na constituição e o fato de constituírem uma subespécie dos direitos sociais, com estes não se confundem, uma vez que possuem particularidades somente a eles concernentes. Há de se diferenciar o direito ao trabalho, que é um direito social constitucionalmente garantido, dos direitos do trabalho, os quais conservam características próprias, o que lhes garante autonomia frente a outros ramos do direito. Assim, os direitos tidos como sociais integram um espectro muito maior que os trabalhistas, não fazendo jus as especificidades a estes atinentes.

O FGTS apresenta natureza jurídica híbrida, pois pode ser visualizado sob dois aspectos. Na perspectiva do empregado, o fundo constitui um direito individual do trabalho, isto é, uma garantia pessoal do trabalhador que tem a intenção de protegê-lo diante da demissão sem justa causa ou lhe permitir o saque dos valores nas hipóteses definidas em lei. Dessa forma, o Estado age positivamente, intervindo na relação privada empregado-empregador, na criação de uma política social de estabilidade do emprego. Por outro lado, pelo ângulo do empregador, o instituto é também uma contribuição social, espécie do gênero tributo¹¹.

Seguindo na mesma linha, Maurício Godinho Delgado¹² diz que:

O FGTS é instituto de natureza multidimensional, complexa, com preponderante estrutura e fins trabalhistas, os quais se combinam, porém, harmonicamente, a seu caráter de fundo social de destinação variada, tipificada em lei. Por isso associa traços de mera figura trabalhista com traços de figura afeta às contribuições sociais, formando, porém, instituto unitário.

¹¹ MARTINS, 2018, p. 719-723

¹² DELGADO, 2017, p. 1448

Dessa forma, somente é possível analisar o instituto em sua plenitude, levando em consideração ambos os panoramas.

3 O FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO NO DIREITO BRASILEIRO

Pode-se afirmar que o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, é um direito trabalhista garantido pelo ápice hierárquico das normas, se considerarmos o princípio da supremacia constitucional. A Constituição é, então, o próprio fundamento para que uma norma tenha validade e que em seu art.7º elenca os direitos fundamentais dos trabalhadores brasileiros. Vale salientar, entretanto, a necessidade de regulamentação infraconstitucional desses direitos para que se concretizem os seus efeitos pretendidos.

Atualmente, o FGTS tem como principal lei regulamentadora a nº 8.036, de 11 de maio de 1990. Consta-se que para uma análise da capacidade do dispositivo infraconstitucional de atingir o objetivo previamente fixado, a *mens legis*, como a meta da “melhoria da condição social”, carece de uma análise atualizada jurisprudencial, da natureza jurídica e da interpretação doutrinária.

O fundo fora regulado inicialmente pela Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, durante o regime militar, sob o governo de Humberto Alencar Castello Branco. E caracteriza até os dias atuais um direito para trabalhadores celetistas, ou equiparados, com carteira de trabalho assinada. Criado com a intenção de tornar optativo ao trabalhador a escolha entre o Fundo de Garantia e o Regime da Estabilidade decenal, regime fundamentado no Art. 492 da antiga CLT (Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943), e disciplinava que o empregado estável, disponível ao empregador a mais de 10 (dez) anos só poderia ser demitido por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, essas condições que deveriam ser devidamente comprovadas em tramite de inquérito judicial.

Observada a problemática do sistema de estabilidade decenal, o estado brasileiro decide criar o FGTS em janeiro de 1967 inicialmente como uma opção. O sistema de estabilidade surgiu para desestimular as demissões no mercado de emprego, com a necessidade de evolução natural das normas para que essas acompanhem o contexto social. Esse modelo criava uma séria dependência, visto que o governo obrigava as empresas a conseguir manter um quadro de funcionários enxuto e rotativo. Possuir um empregado por

mais de dez anos significava não poder demiti-lo mesmo diante de uma situação de pouca produção ou crise econômica.

Para Maurício Godinho Delgado¹³:

A sistemática do FGTS liberalizou, economicamente, o mercado de trabalho no País, se contraposta à sistemática então vigente (aproximando o sistema justabalhista, no tocante à cessação do contrato, a um mercado de tipo liberal, e não de tipo regulado). A sistemática do Fundo de Garantia não apenas retirou limites jurídicos às dispensas desmotivadas (no sistema do Fundo, repita-se, não seria mais possível, juridicamente, o alcance da velha estabilidade celetista), como também reduziu, de modo significativo, o obstáculo econômico-financeiro às rupturas de contratos inferiores a nove/dez anos, substituindo-o pela sistemática pré-constituída dos depósitos mensais do FGTS.

Escolhendo o FGTS, o trabalhador automaticamente estaria renunciando a estabilidade decenal. No entanto, verificou-se que os trabalhadores apenas eram admitidos caso o contrato fosse regido pelo fundo, sufocando assim o modelo anterior, principalmente com o advento da Constituição de 1988, que privilegiou o FGTS, como inerente a todo contrato de emprego no território nacional abrangendo direito dos trabalhadores rurais, urbanos e domésticos, atualmente.

O importante de observar esse surgimento histórico é demonstrar o quão um direito que a primeiro plano seria uma política positiva ao trabalhador acabou se distorcendo e, na prática, tornando-se um empecilho a profissionais de alta qualidade e potencial carreira duradoura em uma empresa.

O instituto é tratado pela maior parte da jurisprudência e por parte da doutrina pátria como um direito do trabalhador, no entanto a sua natureza jurídica não é pacífica, visto que não tem formato típico ou simples de ser esmiuçado. Sem muito examinar, já se sabe que o FGTS é uma poupança compulsória, que implica diretamente em um direito de propriedade do trabalhador. A controvérsia gira em torno do fato dos recursos ali depositados ser propriedade do trabalhador, sendo, por outro lado, indisponível ao mesmo. Há uma intervenção estatal no domínio econômico, o que pode vir a descaracterizar a ferramenta de poupança para fins privados, ou seja, um direito social pró trabalhador como pretendido.

Cabe primeiramente analisar a forte proximidade existente entre o FGTS e a classificação de tributo reconhecida legalmente. A obrigatoriedade de adquirir o benefício nasce com o contrato de trabalho que deve constar, obrigatoriamente, Carteira de Trabalho e

¹³ DELGADO, 2017, p. 1268

de previdência Social (CTPS) documento obrigatório para toda pessoa física que preste serviço de forma habitual, mediante a salário e vínculo de dependência como dispõe o 3º da CLT, onde seu empregador deve depositar no início de todos os meses o valor análogo 8% do salário em contas abertas na Caixa econômica Federal, no nome do trabalhador.

De forma que essa característica de obrigatoriedade, instituída em lei, que é cobrada de forma vinculada em virtude das atividades laborais celetistas, fatidicamente se aproxima mais da definição de tributo do que direito, no Art. 3º do Código Tributário Nacional (Lei Nº 5.172, de outubro de 1966) exprime, *verbis*: “Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Kiyoshi Harada¹⁴ conceitua a utilização de tributo como fonte de auferir recursos e intervir na economia privada para incentivar desenvolvimento econômico e promover a redistribuição de renda, não obstante na modalidade de receita pública derivada a administração pública retira parcela da riqueza dos administradores para a consecução de seus fins, é de consenso que os recursos advêm de constrangimento ao patrimônio particular, valendo-se do poder de império, na execução de atividades que lhe são típicas.

A arrecadação compulsória é considerada uma receita derivada, ou seja, que decorre de um tipo de obrigação do particular para o estado, visto que não existe uma diferenciação entre aqueles trabalhadores que consideram outros meios financeiros mais eficientes para se proteger contra uma demissão arbitrária ou aqueles que consideram uma boa opção o fundo vinculado ao estado e mesmo assim incorrem na situação ditada nos escritos legais.

Em outras palavras, caracteriza-se pela ausência de vontade no suporte fático para a incidência do FGTS no contrato de trabalho, também não constitui sanção por ato ilícito. Se paga o FGTS, portanto, por obrigatoriedade na situação estabelecida em lei que cria a exigência de abrir a conta vinculada, não podendo a Administração Pública escusar-se do recebimento.

Quanto ao caráter privado, defendido pela doutrina e jurisprudência trabalhista, que o valor arrecadado não possui fim público, mas privado. Preleciona Gomes Favacho¹⁵ que:

Como principais argumentos contrários a essa classificação, tem-se que (1) o artigo 4º do Código Tributário Nacional (CTN) ensina que a destinação é desimportante para a natureza de um tributo; (2) o artigo 3º, ao definir o conceito de tributo, sequer

¹⁴ HARADA, 2017, p. 241-266 *passim*

¹⁵ FAVACHO; BRASIL, 2015, p. 2

fala que a destinação é característica de um tributo; (3) a finalidade do FGTS pode ser interpretada como pública.

A finalidade pública pode ser demonstrada na aplicação do percentual retido no fundo do FGTS, onde os recursos utilizados já são diretamente destinados ao Sistema Financeiro de Habitação (SFH) que visa facilitar, para a população com renda baixa, o financiamento imobiliário para sanar o histórico déficit habitacional brasileiro. Os recursos são disponibilizados para utilização pelo trabalhador em situações específicas, como principalmente: demissão sem justa causa; falecimento do trabalhador; aposentadoria pela previdência social pagamento de prestações de financiamento habitacional cedido no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH); extinção total da empresa pagamento total ou parcial de aquisição de moradia própria ao completar idade superior ou igual a 70 anos.

O estado brasileiro obriga o benefício sobre a justificativa da necessidade de uma poupança preventiva para o caso de dispensa sem justa causa e ainda decide como direcionar os rendimentos de recursos produzidos sem ligação com a produção estatal, de forma que a natureza jurídica enquadrada em um direito trabalhista fomenta que este seja visto de forma positiva e social independente dos danos causados pelo domínio público compulsório.

De fato, uma das formas de auferir riqueza é através da poupança, que é a diferença positiva entre a renda auferida pelo trabalhador, o seu consumo e o FGTS não é considerado poupança, pois não se tem essa noção desta diferença entre os valores, pois ele não chega a integrar a plena disponibilidade do seu produtor. Pode-se considerar que 45 milhões de trabalhadores potencialmente estarão sendo prejudicados, na proporção em que decorre o tempo sem que apareça situação, segundo os moldes legais, que seja passível o saque. Vale lembrar, que a correção do saldo pela TR não corresponde a real corrosão inflacionária, gerando uma dissonância com a melhoria da condição social, tão almejada pela constituição federal; este método sustenta uma parcela de pessoas que aspiram adquirir um imóvel, em detrimento do uso imediato de recursos de todos os trabalhadores que possuem contas no FGTS, e que ademais podem expor contribuintes que potencialmente vem passando por dificuldades financeiras. Logo, este mecanismo pode ser uma forma de distribuição de renda às avessas, ou seja, os mais pobres financiando, até mesmo sem saber e contra sua vontade, os que já têm condições de adquirir um imóvel financiado.

XDessa forma, se faz necessária a intervenção do judiciário, entre tantos parâmetros de controle constitucional, o princípio da proporcionalidade, usado tanto na doutrina brasileira

como alemã pode ser o adequado para uma análise jurídica, acompanhada dos dados e gráficos que circundam o instituto do fundo de garantia brasileiro.

O princípio da proporcionalidade aduz que aquela norma que não faz jus as indicações razoáveis, não proporcionais, se tornam inconstitucionais. A corte levará em consideração os testes de necessidade e adequação, ou seja, de investiga-se quanto a restrição imposta por lei é de fato necessária para se obter o direito fundamental tutelado, o meio utilizado é adequado ao fim pretendido, afim de evitar atos arbitrários do legislativo e excessivamente custoso para atingir determinada finalidade, provocando assim uma das formas de independência entre os poderes.

Dada a presente pesquisa vem explicitar que o FGTS em seu formato legislativo, em sua forte vinculação com os direitos sociais exprime um formato desarrazoado, visto que a arrecadação não funciona dentro dos conceitos de poupança, não há como aplicar a subjetividade de cada trabalhador que os 8% pago mês à mês representa um diferença positiva entre a renda auferida pelo trabalhado e o seu consumo, demonstra assim que não é razoável afirmar que é uma medida que causa a melhora da condição social do trabalhador brasileiro.

Paralelo a esse fato a sua natureza jurídica comporta muitos requisitos que diferem do direito trabalhista e se aproximando do direito tributário, demonstrando de o aspecto compulsório não coaduna com o meio adequado para um direito trabalhista causando perplexidade quanto a natureza jurídica.

Nessa aproximação com a natureza tributária a primeira dificuldade é encontrar texto constitucional que conceitue o tributo, ainda que está seja tão demorada em temas tributários, poucas são as conceituações claras, assim podemos encontrar a definição em legislações anteriores, recepcionadas pela CF de 1988 como, o caso já esmiuçado acima , Art. 3º do Código tributário Brasileiro e Art.9º Lei 4.320/64 – Lei Geral Orçamentária.

Façamos uma digressão. Os tribunais percebem o FGTS no valor apurado com natureza jurídica não tributária, divergem assim do Código Tributário, no entanto como doutrina busca narrar a realidade e não a prescrever e a jurisprudência possui a finalidade de, enquanto o pensamento jurídico, atentar para dos fatos. Se faz necessário observar o histórico de comportamento para criar o prognóstico eventualmente.

Assim o se faz importante observar que o Superior Tribunal de justiça (STJ), numa tentativa de distanciamento das exações tributárias, reconheceu ao FGTS uma prescrição

trintenária e não quinquenal, como nas exações tributárias. STJ, 1ª Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, REsp n. 27.382-5/SP, DJU 29/03/1993, p. 5231.

A motivação, de salvaguardar a segurança jurídica, está no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal que diz: no artigo 7º, que os trabalhadores urbanos e rurais fazem jus ao direito ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e não no Código Tributário logo a carta magna comina no entendimento de exação não tributária.

No domínio extra constitucional, observamos atributos de uma exação tributária. “Pagar remuneração ao empregado” é um ato legal praticado pelo empregador que no caso é o contribuinte.

A obrigatoriedade do pagamento em dinheiro tem como procedência única o diploma legal que estabelece. O empregado implica, por outro lado, de uma relação jurídica não tributária, o direito de gozo dos recursos do FGTS, quando permitido pela legislação.

4 ANÁLISE ECONÔMICA DO FGTS

A análise econômica do direito é uma forma de abordagem que pode ser aplicada a qualquer ramo do direito, consiste em um meio menos tradicional que os geralmente utilizados para vislumbrar as normas do ordenamento jurídico.

Os economistas da Escola de Chicago começaram a observar o direito e as instituições como um fator de direcionamento para o comportamento humano. bem como os incentivos ligados a religião e a moralidade serem fatores para o direcionamento da conduta social. Dessa forma, a norma jurídica consubstancia-se em um sistema de incentivos que conta com o poder coercitivo do Estado, em caráter *erga omnes*, que manifestadamente exerce influência nas ciências econômicas.

Observa-se, nesse seguimento, uma forte discussão sobre as implicações da matéria de *law and economics*, pois a Ciência Jurídica e a Economia são polos de conhecimento com fundamentações distintas, ao ponto de alguns juristas apontarem um eminente dano a independência da ciência do direito. Uma das teorias capazes de explicitar esta dicotomia é a teoria tridimensional do direito, de Miguel Reale¹⁶, que bem define direito como uma ciência composta por três dimensões: fato, valor e norma. Assim, a consequência dada por determinado comportamento humano é norteadada pela valoração facultada pelo agente estatal

¹⁶ REALE, p. 499 et Seg.

sendo que o objetivo último da normatização, em tese, é a justiça. Enquanto nas ciências econômicas existe a observação, em primeiro plano, e a descrição vinculada a esta observação do comportamento social que possivelmente gerará prognósticos com o objetivo de eficiência.

Os juristas dessa vertente perseguem uma pesquisa voltada para a eficiência na aplicação do direito e, até mesmo, demonstrando que esta possivelmente vem a proporcionar um grau mais elevado de justiça, por ser um conceito mais objetivo. A eficiência está aqui, portanto, relacionada a um bem-estar social, voltada para uma filosofia de utilitarismo, concretizando o máximo benefício para o maior número possível de pessoas.

Dentro do pensamento da escola de Chicago, a atividade jurídica deve se prestar à determinados objetivos como criar um ambiente seguro, para que se saiba quais regras vão regular as relações, de forma que as condutas ou investimentos sejam executados com maior grau de consciência sobre os possíveis ganhos e danos dentro do sistema de incentivos, que é o direito sob a ótica da escola. Além disso, preservar as avenças, pois, a globalização infere que as negociações são parte da nossa sobrevivência em sociedade e uma parte da característica intrínseca do direito de solucionar conflitos. Em outras palavras, é a sua prevenção buscando garantir que aquilo que foi pactuado de fato tenha força para ser executado. Em outro panorama, proporciona também a redução dos custos de transação, pois, sendo os custos de transacionais externos a própria aquisição, estes tornam-se oriundos da assimetria de informação e externalidades. Nesse modelo, constituem-se de características de qualquer negócio, operação ou transação e acabam se incorporando ao preço final da aquisição. Como consequência, a teoria do mercado perfeito exprime que esse é tão melhor quanto menor forem os custos conexos à transação. Seria então papel do direito auxiliar na busca de um comportamento de incentivo para harmonizar esses custos.

O FGTS como visto nos capítulos anteriores é um direito criado para a produção de uma melhoria da condição social do trabalhador a partir da tutela econômica compulsória de parte da sua produção em prol de, inicialmente, uma conta destinada para casos em que o trabalhador sofre uma dispensa arbitrária, entre outras situações que autorizam o saque ou utilização dessa parcela da propriedade do trabalhador.

Dando início à análise teórica do instituto à luz do pensamento da Escola de Chicago sobre os objetivos que geram eficiência às leis, devemos observar dois critérios simultaneamente, afim de alcançar a melhor didática na visualização do estudo, partindo do

cenário atual do FGTS. Nesse sentido, associam-se os objetivos de ambiente seguro e preservação das avenças, o que no direito pode se expressar por *pacta sunt servanda*.

4.1 COMPARATIVO ENTRE A VARIAÇÃO DA TAXA REFERENCIAL DO FGTS E O IPCA

No dia 20 de setembro de 2018, em sessão plenária da suprema corte brasileira, determinou-se que o agente operador do FGTS, a Caixa Econômica Federal (CEF), efetuasse o pagamento das diferenças de correção monetária sobre o saldo das contas do FGTS em defluência a aplicação de planos econômicos relativos a janeiro de 1989 e abril de 1990. A questão chegou no Supremo após Recurso Extraordinário de n.º 611503, interposto pela CEF em impugnação à decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, onde atualmente tramita aproximadamente 900 casos envolvendo o tema.

O importante para avaliar o impacto dos critérios de ambiente seguro e preservação das avenças é a defesa da Caixa, não acolhida pelo Supremo Tribunal Federal no julgado mencionado. Demonstrando, dessa maneira, que o peso de não utilizar tais critérios para gerar eficiência na formatação legal geram danos ao trabalhador, que sofreu por uma tutela baseada em aspectos temporais de justiça, sem o auxílio e a observação da economia.

Na página 6 (seis) da petição do recurso, a caixa passa a sustentar na sua defesa, entre outros argumentos a aplicação do parágrafo único do artigo 741 do revogado Código de Processo Civil, Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, segundo o qual disciplina ser “inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal”¹⁷ ou decorrente da interpretação considerada incompatível com a Constituição Federal. A Caixa busca impedir, portanto, o pagamento dos índices de atualização, alegando que tais indicadores foram reconhecidos como indevidos pela jurisprudência do STF, pacificada por ocasião do julgamento do RE 226855, “resguardando o patrimônio” do FGTS. A empresa afirma, em sede de defesa, que não se respeitando o dispositivo do CPC e, conseqüentemente, promovendo-se a execução da decisão do TRF-3, haverá violação dos princípios da intangibilidade da coisa julgada e da segurança jurídica.

Se o papel do direito para a análise econômica tem um viés utilitarista, com os objetivos auxiliares de criar um ambiente seguro, preservar a avenças e diminuir os custos de

¹⁷ BRASIL, 1973

transação, as decisões jurisprudenciais tanto do RE 226855 como no RE 611503 não se alinharam a esses parâmetros, penalizando assim a segurança jurídica que propunha. Com o julgamento do primeiro recurso, que afastava a incidência de quaisquer outros expurgos inflacionários não relativos a janeiro de 1989 e abril de 1990, externou-se o entendimento de que o reconhecimento de índices diferentes consiste em uma afronta constitucional, quando na verdade a indicação das ciências econômicas é a observação e revisão de qualquer índice ou taxa que acompanhe o comportamento do mercado, de forma que gere o mínimo de previsibilidade para os polos da negociação, gerando assim harmonia com o objetivo legal tutelado.

No que tange o objetivo de auxiliar na diminuição dos custos de transação, o FGTS em seu formato legal se coloca no parâmetro oposto, visto que o pagamento executado pelo empregador de 8% do valor do salário representa uma externalidade ao serviço adquirido por este. A legislação, por conseguinte, veda o comportamento natural do mercado, que é incorporar o valor que será depositado ao preço final, deixando o direito/dever do empregado sob a responsabilidade do empregador, o que pode vir a fragilizar o poder do empregado sobre o seu direito, visto que o direito ao FGTS se subordina ao ato de pagamento de um terceiro.

Para efetivamente avaliar os danos da política de rendimento do FGTS, então, se faz necessário utilizar parâmetros similares aos utilizados ordinariamente pelo mercado, de forma a nortear que o FGTS represente um fundo ou poupança com uma taxa competitiva ou minimamente capaz de repor o poder de compra daquele que contribui.

A verificação utilizada aqui será a variação do FGTS a partir do ano de 1999 até 2014, em percentuais comparativos com a variação acumulada do IPCA. Este último, representa o índice de preço ao consumidor tendo como referência o valor de mercado para o consumidor final, medido a partir do custo de vida de famílias que vivem com renda mensal compreendida entre 1 e 40 salários mínimos, o que representa uma parcela de mais da metade da população, o que o caracteriza como índice oficial para medir a inflação, conferida mês à mês pelo IBGE.

Tabela 1 - Fonte: IPEADATA

ANO	TR (% a.a.)	FGTS (% ACUMULADO)	IPCA (% a.a.)	IPCA (% ACUMULADO)
1999	5,73	8,90	8,94	8,94
2000	2,1	14,52	5,97	15,44
2001	2,29	20,66	7,67	24,30
2002	2,8	27,76	12,53	39,87
2003	4,65	37,71	9,3	52,88
2004	1,82	44,43	7,6	64,50
2005	2,83	52,97	5,69	73,86
2006	2,04	60,77	3,14	79,32
2007	1,45	68,00	4,46	87,32
2008	1,63	75,86	5,9	98,37
2009	0,71	82,42	4,31	106,92
2010	0,69	89,19	5,91	119,15
2011	1,21	97,22	6,5	133,39
2012	0,29	103,73	5,84	147,02
2013	0,19	110,24	5,91	161,62
2014	0,86	118,41	6,41	178,39

O FGTS apresenta variação acumulada de 118,41%, enquanto o IPCA no mesmo período (de 1999 a 2014) apresenta variação acumulada de 178,39%, o demonstra um resultado em diferença de -21,54% de taxa real de juros ou seja prova-se uma perda para o trabalhador, quando comparasse com outras aplicações de risco equivalente e reduzindo o valor do trabalho. Barbosa, Foguel e Bilo¹⁸ afirmam:

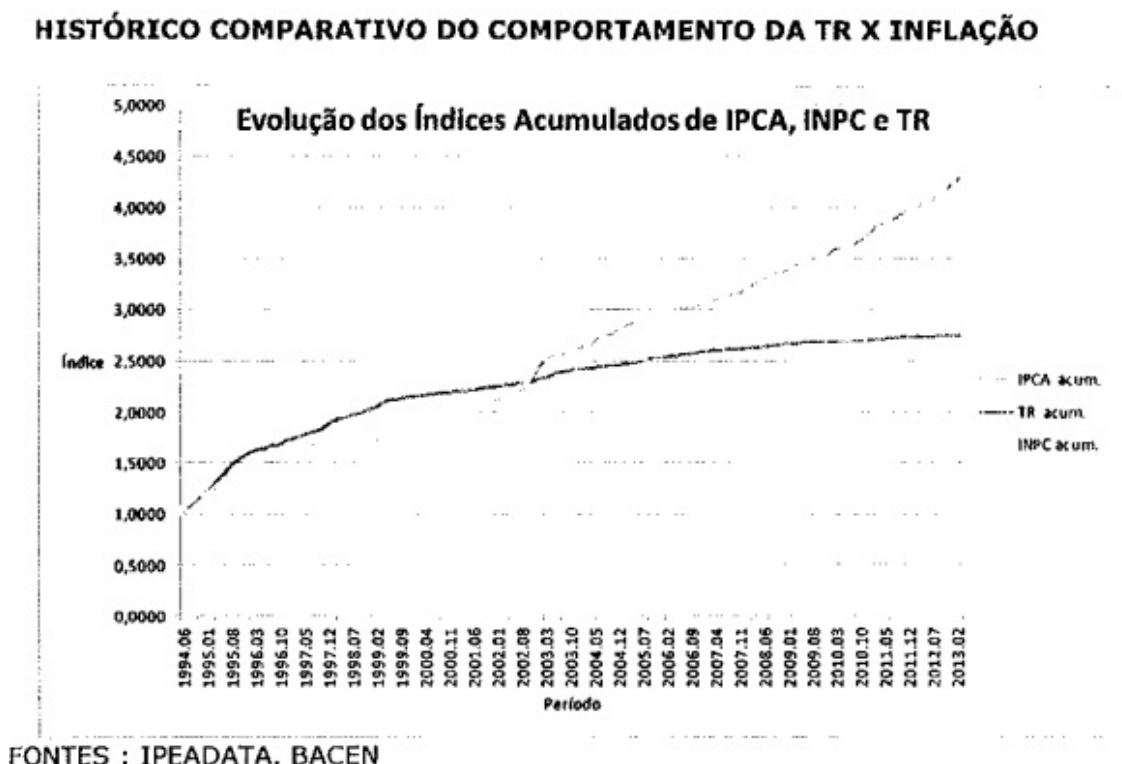
Essa situação faz com que o benefício percebido pelo trabalhador seja menor do que o custo para a empresa: cada R\$ 1 depositado pela empresa no FGTS é percebido como menos de R\$ 1 pelo trabalhador. Essa diferença entre benefício e custo é uma fonte de ineficiência, que aumenta o custo do trabalho.

O FGTS no período do gráfico mostrou uma remuneração inferior à inflação do padrão apresentado pelo IPCA, motivando que taxa real de juros fosse negativa para o período. Então, pode-se auferir que existe atualmente um incentivo para que os trabalhadores saquem os valores e o apliquem em outro tipo de aplicação financeira que tenha uma remuneração maior, até mesmo na caderneta de poupança, que é considerada um investimento ruim pelos economistas, a fim de se protegerem dos efeitos adversos da inflação. Os resultados mostram também que há motivos para os trabalhadores pleitearem a substituição da TR por um índice de preços.

4.2 A MUDANÇA DE COMPORTAMENTO DA TAXA REFERENCIAL

¹⁸ BARBOSA; FOGUEL; BILO, 2017, p. 5

Tabela 2 - Fonte: IPEADATA; BACEN



Para que se constate o distanciamento dos valores da Taxa Referencial, na primeira tabela, em relação ao IPCA é necessário observar que a mudança de comportamento da TR, que não se atribui apenas pelas oscilações econômicas, mas pela alteração do sistema de apuração relacionado ao índice. A mudança se deve ao fato de inicialmente o Bacen efetuar a base de cálculo fundamentando em quanto estava se pagando mensalmente pelos recibos e certificados dos depósitos bancários, levando em consideração a taxa média de remuneração dos CDB/RDB'S, com o acréscimo de um redutor que era fixado por resolução do Conselho monetário Nacional CMN, sem que houvesse quaisquer critérios de mercado, deixando o BACEN livre para manipular o redutor e consequentemente a TR. A modificação do comportamento iniciou a partir das resoluções CMN N° 2.387/97 e N° 2.437/97, que estabeleciam as fórmulas de cálculo do redutor da TR com duas novas variáveis, definidas pelo BACEN, onde a partir da resolução 2.809/2000 os critérios para a variável de ponderação, se apresentavam sem parâmetro técnico.

Essa discricionariedade que o BACEN tem sobre as frequentes alterações na metodologia de cálculo do fator redutor da TR pode parecer sutil, no entanto representa um dano a rentabilidade, capaz de ocasionar perdas financeiras altamente significantes para todos

os níveis salariais. Em uma hipótese de depósitos realizados ao FGTS no período de 1999 a 2012, vinculados a um salário de R\$ 1.500,00, fazendo uma substituição didática da Taxa Referencial pelo INPC estima-se uma perda de R\$ 13.032,77.

Desta maneira, com base nos cálculos realizados, se mostra necessária uma medida que defina uma política de transparência ao fundo, com a possível aprovação de uma lei que altere a atual regra de remuneração do FGTS ou transforme-o em facultativo, dando a opção de escolha ao trabalhador de ter de fato o seu direito social à um fundo de garantia que não só forneça uma segurança econômica, mas represente a melhoria de uma condição social. A obrigação para com o FGTS surge do trabalho e é parte da propriedade do empregado, dessa forma, a poupança forçosa de efeitos perniciosos em um fundo sem transparência e com tantas perdas são uma lesão ao tempo de vida, a liberdade e a propriedade do trabalhador.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, O FGTS é um fundo composto de parte da propriedade dos trabalhadores celetistas, que compulsoriamente tem um percentual do salário, ali depositado em nome de uma melhoria de sua condição social, pois o FGTS pode ser considerado uma forma de uma expressão do estado de Bem Estar-social no Brasil, no entanto sua natureza jurídica é controversa a este objetivo a tal ponto que se distancia dos direito trabalhistas e aproxima-se do direito tributário, isto se dá por dois pontos principais e conexos: 1) O fato do recolhimento do FGTS ser feito pelo empregador compulsoriamente em função dos recursos advém de constrangimento ao patrimônio particular, valendo-se o estado do poder de império, para execução de atividades típicas como na modalidade de receita pública derivada, do direito tributário. 2). Por suceder que seu rendimento é uma expressa lesão a propriedade, devido a sua baixíssima rentabilidade, manipulada pela união.

O presente trabalho demonstrou que o comportamento em relação a reposição de perdas inflacionárias são catastróficas para todos os níveis aquisitivos pois não existe reposição mínima do poder de compra, de tal maneira que os resultados da taxa regulamentadora a TR não saiu de (zero por cento) 0% e em caindo desde de 1999, tornando ainda mais grave a lesão e não promovendo o objetivo pelo qual foi criado, desestimular a despesa e estimular uma melhora da condição dos trabalhadores.

Desse modo, a omissão estatal causou uma avalanche de processos para que houvesse correção monetária razoável, através do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 611503 que posiciona a jurisprudência da suprema corte em favor da correção pela taxa de IPCA e que por outro lado causa insegurança jurídica e um suposto rombo no patrimônio do Fundo como exposto no capítulo anterior, no gráfico 02 os depósitos efetuados, especialmente, a partir de dezembro de 2002 não se supera os índices de inflação, no período de 2003 à 2012 as perdas da TR em relação aos índices oficiais alcançaram 49,11% e no período de 1999 à 2012 88,30% de forma que a correção de todos esses valores é inviável financeiramente, causando uma retirada inesperada aos cofres públicos e por exemplo, aos projetos habitacionais relacionados ao fundo.

Tais aspectos apontam para que uma formatação diferenciada em relação a obrigatoriedade de utilizar o benefício, pois o reajuste do rendimento das contas que já existem causa grande insegurança jurídica e uma correção monetária que vai de encontro com a formação de coisa julgada, pacificada por ocasião do julgamento do RE 226855, lesando assim a caixa econômica federal. A possibilidade de saque do fundo segundo a vontade do vinculado e redirecionamento autônomo do trabalhador para o fundo que este julgar mais rentável para sua propriedade, não retira a possibilidade de uso do FGTS, pois este pode ser reformado para futuras aplicações que não prejudiquem o poder de compra, tornando-o mais competitivo e de fato um direito e uma opção.

Propõe-se que crie-se uma relação com a educação financeira dos trabalhadores que pode ser estimulada pela obrigatoriedade da criação de uma poupança razoável, quando houver então uma diferença positiva que pode ser controlada dentro da declaração do imposto de renda, entre os valores salariais e o consumo pode nascer a obrigação de uma poupança que venha a servir para a assistência do trabalhador, assim causando melhoria da condição social e educação financeira a classe trabalhadora brasileira.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ana Luiza Neves de Holanda; FOGUEL, Miguel Nathan; BILO, Charlotte. FGTS E FUNDOS INDIVIDUAIS DE SEGURO-DESEMPREGO: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE PAÍSES E EFEITOS NO MERCADO DE TRABALHO. **Mercado de trabalho**, Brasília, v. 63, n. 23, p.47-62, out. 2017. Semestral.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. Ed. São Paulo: LTr, 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FAVACHO, Fernando Gomes; BRASIL, Eduardo Tadeu Francez. A NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES AO FGTS. **Direito em ação**, Brasília, v. 15, n. 2, p.111-123, jul./dez. 2015.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

