

Controvérsias sobre a base de cálculo do FGTS Controversies about the FGTS calculation basis

Everaldo Souza Passos Filho

1. INTRODUÇÃO

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) é uma universalidade de direitos¹, um ente despersonalizado, que tem como uma de suas funções primordiais, desempenhada por seu Conselho Curador, administrar as contribuições vertidas pelos empregadores, de modo a assegurar o rendimento estipulado na Lei nº 8.036/90 às contas vinculadas dos trabalhadores, efetivando a sistemática de garantia do tempo de serviço prevista no art. 6º, III, da Constituição Federal (CF).

Entretanto, o papel do FGTS é muito mais amplo que gerir as contas vinculadas dos trabalhadores e assegurar-lhes a remuneração legal. O FGTS possui importante papel na economia nacional, financiando empreendimentos de infra-estrutura urbana, como estradas, portos, aeroportos, etc. Também contribui para melhoria da qualidade de vida do povo brasileiro ao

¹ **PROCESSUAL – FGTS – NATUREZA JURÍDICA - CORREÇÃO MONETÁRIA - LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO.** O FGTS é uma universalidade de direito (CC, Art. 54, II) constituída pela agregação dos saldos em contas vinculadas. Tais saldos, uma vez agregados, perdem individualidade, tornando-se cotas ou frações ideais. Os trabalhadores, donos das contas agregadas, são cotistas (condôminos) do fundo. (STJ, Primeira Seção, EREsp 286020 SC 2001/0098796-8, Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ 01/07/2002 p. 205.)

financiar obras de saneamento básico. Menciona-se ainda a sua função mais popular: o financiamento da casa própria.

Diante dessa multiplicidade de atribuições igualmente relevantes (gerenciar as contas vinculadas dos trabalhadores e financiar investimentos fundamentais para o país), atribui-se ao FGTS natureza multidimensional, conforme magistério do Ministro Maurício Godinho Delgado:

O FGTS é um instituto de natureza multidimensional, complexa, com preponderante estrutura e fins justralhistas, 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 em as contribuições sociais, formando, porém, instituto unitário (DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 10^a ed. São Paulo: LTr, 2011, p.1213).

Detalhando os vínculos jurídicos complexos criados a partir do FGTS, cita-se a lição do Procurador da Fazenda Nacional Mario Augusto Carboni, em sua dissertação de mestrado dedicada a decifrar os meandros do Fundo de Garantia:

De um lado existe o vínculo entre as partes da relação de trabalho, conforme se extrai

do artigo 15 da Lei 8.036/90, o qual cria para o empregador, dentre outros, o dever principal de efetuar recolhimento mensal e rescisório da contribuição ao FGTS em conta vinculada, aberta junto à Caixa Econômica Federal, em nome do empregado. Desse vínculo surge para o empregado o direito subjetivo de instar o empregador ao cumprimento da obrigação de efetuar os depósitos mensais e ou rescisório em sua conta vinculada.

De outro lado há o vínculo entre a União e o empregador. Esse vínculo decorre de lei e encerra o poder estatal de fiscalizar o cumprimento das obrigações impostas ao empregador pela legislação de regência do FGTS, de aplicar as penalidades e sanções correspondentes na hipótese de inobservância dos deveres legais, e também de arrecadar os depósitos mensais e rescisórios, bem como promover a cobrança administrativa e judicial dos respectivos créditos em face dos empregadores.

Por fim, existe o vínculo entre a União e o empregado no que tange ao controle e remuneração das contas vinculadas, além da liberação dos recursos ao trabalhador nas hipóteses legais, como atividades confiadas à Caixa Econômica Federal, empresa pública com atribuição de agente operador dos recursos do FGTS. (CARBONI, Mario Augusto. Recuperação dos créditos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS: revisão do atual modelo, em busca de efetividade. 2011.

Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-03092012-091434/>>. Acesso em: 2014-10-26.)

As contribuições efetuadas pelos empregadores nas contas vinculadas de seus empregados são a principal fonte de recursos do FGTS, mas não é a única. O Fundo também é integrado por recursos de outras origens, como dotações orçamentárias, juros, multas, correção monetária, receitas patrimoniais e financeiras, conforme preceitua o art. 2º da Lei 8.036/90.

Ademais, tendo em vista esse aspecto multifacetário, o legislador atribuiu interesse público ao pagamento das contribuições para o FGTS. Assim, caso o empregador deixe de recolher tais contribuições, será alvo da Fiscalização do Trabalho, que, além de aplicar-lhe multa administrativa pela violação à lei trabalhista, irá instaurar um processo administrativo para apurar o valor devido, com direito a contraditório e ampla defesa, nos termos do *caput* do art. 1º da Lei 8.844/94². Apurado o valor e não quitado o débito, o processo administrativo será encaminhado à Procuradoria-Geral da Fazenda

² Art. 1º Compete ao Ministério do Trabalho a fiscalização e a apuração das contribuições ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), bem assim a aplicação das multas e demais encargos devidos.

Nacional - PGFN³, para inscrevê-lo em Dívida Ativa e cobrá-lo mediante execução fiscal, conforme preceitua o art. 2º da Lei 8.844/94⁴.

2. A NATUREZA TRABALHISTA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA O FGTS

As contribuições para o FGTS possuem natureza trabalhista, porquanto destinadas a compor um benefício constitucional inerente ao contrato de emprego: somente o empregador paga contribuições para o FGTS; somente o menor aprendiz e o empregado têm direito a uma conta vinculada ao FGTS, seja ele urbano, rural ou doméstico⁵. Os depósitos das contribuições pagas pelo empregador nas contas vinculadas ao FGTS garantem ao trabalhador uma reserva monetária para socorrê-lo em situações elencadas pela lei como de excepcional necessidade, as denominadas hipóteses contingenciais, como desemprego involuntário, doença grave, aquisição da casa própria, etc. Logo, não se trata de tributo ou receita pública da União.

³ A PGFN é órgão singular integrante da estrutura administrativa do Ministério da Fazenda, com vinculação técnico-jurídica à Advocacia-Geral da União (AGU).

⁴ Art. 2º Compete à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a inscrição em Dívida Ativa dos débitos para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, bem como, diretamente ou por intermédio da Caixa Econômica Federal, mediante convênio, a representação Judicial e extrajudicial do FGTS, para a correspondente cobrança, relativamente à contribuição e às multas e demais encargos previstos na legislação respectiva. (Redação dada pela Lei nº 9.467, de 1997)

⁵ A obrigatoriedade de recolhimento do FGTS pelo empregador doméstico ainda pende de regulamentação.

O §3º do art. 2º da Lei 8.844/94, por sua vez, demonstra a estreita ligação dos créditos fundiários com os trabalhistas, afastando-os definitivamente dos créditos tributários:

Art. 2º Compete à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a inscrição em Dívida Ativa dos débitos para com o Fundo de Garantia do Tempo de serviço - FGTS, bem como, diretamente ou por intermédio da Caixa Econômica Federal, mediante convênio, a representação Judicial e extrajudicial do FGTS, para a correspondente cobrança, relativamente à contribuição e às multas e demais encargos previstos na legislação respectiva. (Redação dada pela Lei nº 9.467, de 1997)

(...)

§ 3º Os créditos relativos ao FGTS gozam dos mesmos privilégios atribuídos aos créditos trabalhistas. (Incluído pela Lei nº 9.467, de 1997) (Grifo nosso)

De resto, a jurisprudência dos tribunais superiores pacificou a questão. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 100.249/SP, publicado ainda na vigência da ordem constitucional anterior, tornou-se referência sobre a natureza das contribuições para o FGTS:

FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO. SUA NATUREZA JURÍDICA. CONSTITUIÇÃO, ART. 165, XIII, LEI Nº

5.107, DE 13.9.1966. As contribuições para o FGTS não se caracterizam como crédito tributário ou contribuições a tributo comparáveis. Sua sede está no art. 165, XIII, da Constituição. Assegura-se ao trabalhador estabilidade ou fundo de garantia equivalente. Dessa garantia, de índole social, proclama 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 deste pagamento. A contribuição pelo empregador, no caso, deflui do fato de ser ele 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 a contribuição, mas apenas, decorre do cumprimento, pelo Poder Público, da 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. (STF, RE 100.249-2 – SP, Rel. MINISTRO OSCAR CORRÊA, Publicado em: 01.07.88) (Grifo nosso)

Analisando a ordem infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) sumulou o entendimento de

que o Código Tributário Nacional (CTN) não se aplica às contribuições para o FGTS, dada a sua natureza diversa:

Súmula 353 do STJ - As disposições do Código Tributário Nacional não se aplicam às contribuições para o FGTS.

3. A BASE DE CÁLCULO DO FGTS

A base de cálculo do FGTS é a remuneração do empregado, conforme disciplina o art. 15 da Lei 8.036/90:

Art. 15. Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965.

Para bem delimitar o alcance do dispositivo, o intérprete deve servir-se do conceito jurtrabalhista de remuneração, afinal, conforme analisado anteriormente, o FGTS é um direito que surge no âmago de uma relação de emprego, assumindo feições trabalhistas.

Segundo o art. 457 da CLT, “compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.”

O salário é definido pelo art. 76 da CLT como

(...) contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, inclusive ao trabalhador rural, sem distinção de sexo, por dia normal de serviço, e capaz de satisfazer, em determinada época e região do País, as suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte.

Interessante notar que o salário não corresponde exatamente a uma contraprestação do empregador pelo serviço imediatamente prestado pelo empregado, conforme preceituava a arcaica Teoria da Contraprestatividade⁶. Com a evolução das relações sociais, num contexto de profundas mudanças e ascensão de novos direitos trabalhistas, essa teoria tornou-se obsoleta, por não corresponder à realidade da

⁶ “A função social do contrato de trabalho consiste em operar a troca entre dois bens: um, imaterial, constituído pela energia de trabalho de uma pessoa física; outro, imaterial, representado pela soma em dinheiro ou de outro bem capaz de satisfazer às necessidades humanas, pago pelo outro sujeito, pessoa física ou jurídica. (...) Eis porque a prestação de trabalho e a contraprestação salarial constituem o binômio que o Direito do Trabalho leva em conta sob um duplo aspecto: aquela, de um ponto de vista social; esta econômico.” (GOMES, Orlando; GÖTTSCALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª Ed., São Paulo: Forense, 1995, p. 199.)

relação de emprego, em que se vislumbram diversas hipóteses de interrupção do contrato laboral⁷. É possível citar diversas parcelas com natureza salarial pagas pelo empregador que não se relacionam à efetiva prestação de serviço por parte do empregado, como, por exemplo, o valor pago a título de férias e de repouso semanal remunerado, que representam importantes conquistas dos trabalhadores. Nesse sentido, a precisa lição do Professor Sérgio Pinto Martins:

A teoria do salário como contraprestação do trabalho entendia que inexistiria salário se não houvesse trabalho (*Kein Arbeit, kein Lohn*). Essa teoria não explicava integralmente certas situações, como o fato de o empregado estar adoentado e o salário ser devido nos 15 primeiros dias, nas férias etc.

(...)

Nota-se que, hoje, a natureza salarial do pagamento não ocorre apenas quando haja prestação de serviços, mas nos períodos em que o empregado está à disposição do empregador, durante os períodos de

⁷ A doutrina trabalhista divide os períodos do contrato de emprego em que não há prestação de serviços pelo trabalhador em suspensão e interrupção. Na interrupção, conquanto haja uma suspensão temporária da obrigação do trabalhador prestar serviço, permanecem os demais efeitos do contrato de trabalho, inclusive o dever de o empregador remunerar o empregado. Como exemplos, citam-se as férias, os 15 primeiros dias do afastamento do empregado enfermo ou acidentado, o repouso semanal remunerado, além das hipóteses do art. 473 da CLT. Na suspensão, o contrato de trabalho permanece vigente, mas a grande maioria dos seus efeitos é sustada: não há prestação de serviço, não há pagamento de salário nem contagem de tempo de serviço. É o caso da greve e da falta injustificada.

interrupção do contrato de trabalho ou outros que a lei indicar. Inexiste, portanto, rígida correlação entre o trabalho prestado e o salário pago.

Por isso, salário é a prestação fornecida diretamente ao trabalhador pelo empregador em decorrência do contrato de trabalho, seja em razão da contraprestação do trabalho, da disponibilidade do trabalhador, das interrupções contratuais ou demais hipóteses previstas em lei. (MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho, 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 209).

A remuneração é mais ampla que o salário, abrangendo tudo aquilo que o trabalhador recebe em virtude do contrato de emprego e como forma de retribuição ao serviço prestado, diretamente do empregador ou por meio de terceiros (gorjetas, gueltas⁸, etc).

Entretanto, nem toda parcela que compõe a remuneração do empregado integra a base de cálculo do FGTS, haja vista o disposto no §6º do art. 15 da Lei 8.036/90:

(...)
§ 6º Não se incluem na remuneração, para os fins desta Lei, as parcelas elencadas no § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212, de 24 de julho

⁸ Valores pagos com habitualidade por terceiros, geralmente na forma de prêmios ou gratificações, com a finalidade de fomentar vendas e incentivar o trabalhador. Cita-se o exemplo de valores pagos por seguradoras aos vendedores de automóveis, pela indicação de seus serviços.

de 1991. (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998)

Assim, certas parcelas pagas ao trabalhador em virtude do contrato de emprego, como participação nos lucros, férias indenizadas e vale cultura, apesar de se enquadrarem no amplo conceito de remuneração, não integram a base de cálculo do FGTS por expressa previsão legal.

De outra parte, o §5º do art. 15 da Lei 8.036/90 determinou o pagamento do FGTS desvinculado da remuneração, no caso de prestação de serviço militar obrigatório e licença por acidente de trabalho. Trata-se de uma opção do legislador em benefício do empregado que se afasta do labor para servir à nação ou em virtude de um infortúnio no curso da relação de emprego, no mais das vezes causado por descuido do empregador em manter um meio ambiente de trabalho seguro.

3.1. PARCELAS CONTROVERTIDAS JUDICIALMENTE

Conquanto o texto legal seja aparentemente claro, certas parcelas suscitam dúvidas acerca de sua inclusão ou não na base de cálculo do FGTS. Empregadores e suas associações vêm ajuizando ações judiciais para excluir da base de cálculo do FGTS parcelas como o terço constitucional de férias, o aviso prévio indenizado, o valor pago referente aos 15

primeiros dias de afastamento do trabalhador enfermo ou acidentado, o vale transporte pago em pecúnia e o valor pago a título de salário maternidade. O argumento fundamental dos postulantes geralmente é a suposta natureza indenizatória de tais verbas, por não haver contraprestação laboral da parte do empregado. Passemos a uma análise de cada uma delas.

3.1.1. Terço constitucional de férias de férias gozadas

Direito constitucional do trabalhador, o adicional de férias destina-se a incrementar o poder de compra do empregado durante o período de descanso anual remunerado, proporcionando-lhe maiores oportunidades de lazer. Trata-se de uma parcela acessória, que segue a sorte da principal. As férias podem ser gozadas durante o contrato de trabalho ou indenizadas, caso o pacto laboral se encerre antes de sua fruição⁹.

Na hipótese de férias usufruídas, o valor pago (principal + adicional de 1/3) assume feição remuneratória, caracterizando hipótese de interrupção do

⁹ Nas hipóteses de dispensa por justa causa, o empregado perde o direito às férias proporcionais indenizadas, nos termos da Súmula 171 do TST: **FÉRIAS PROPORCIONAIS. CONTRATO DE TRABALHO. EXTINÇÃO**. Salvo na hipótese de dispensa do empregado por justa causa, a extinção do contrato de trabalho sujeita o empregador ao pagamento da remuneração das férias proporcionais, ainda que incompleto o período aquisitivo de 12 (doze) meses (art. 147 da CLT) (ex-Prejulgado nº 51).

contrato de trabalho. Ressalta-se que o adicional de férias não visa repor qualquer dano sofrido pelo empregado, mas sim incrementar o seu patrimônio.

Na hipótese de férias indenizadas, o trabalhador perdeu a oportunidade de usufruir o período de descanso, surgindo um dano a ser reparado. Assim, o valor pago pelo empregador assume caráter indenizatório e a própria lei afasta a incidência do FGTS sobre a parcela (art. 15, §6º da Lei 8.036/90 c/c art. 28, §9º, “d”, da Lei 8.212/91¹⁰).

Nesse sentido, colacionam-se julgados da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal:

“(…) O terço constitucional é uma verba incidente sobre as férias e possui a mesma natureza jurídica salarial da parcela à que se refere. Segundo Maurício Godinho Delgado, no Livro Curso de Direito do Trabalho, 6ª edição, editora Ltr, página 980: ‘A análise de sua natureza jurídica desenvolve-se a partir da constatação de que a verba tem nítido caráter acessório: trata-se de percentagem incidente sobre as férias. Como acessório que é, assume a natureza da parcela principal a que se acopla. Terá, desse modo, CARÁTER SALARIAL nas férias gozadas ao longo do contrato; terá natureza

¹⁰ § 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (...)

d) as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

indenizatória nas férias indenizadas na rescisão.' Não há, nesse sentido, tratamento diferenciado ao terço constitucional em relação às demais verbas, pois, dado o seu caráter acessório, assume natureza da parcela principal, incidindo sobre ele o pagamento do FGTS. (TRT17, 2ªT., ED-RO 0061300-81-2007-5-17-0013, Rel. Desembargador Claudio Armando Couce de Menezes, DJ. 14/08/2008)

(...) Quanto ao adicional de 1/3 (um terço) constitucional das férias, previsto no art. 7º, XVII, da CF/88, tanto vencidas como proporcionais, aplica-se a regra de que o acessório segue o principal. Se houve o efetivo gozo das férias, a natureza do adicional é salarial. Mas quando as férias forem indenizadas, essa verba também assume caráter de indenização. Entendo que, sendo indenizadas as férias, tanto as integrais quanto as proporcionais, o terço constitucional, quando pago na qualidade de verba acessória, segue a mesma sorte da principal - férias, mesmo porque o empregado quando recebe férias indenizadas porque não usufruiu deste direito juridicamente tutelado, pode também receber o adicional de 1/3 constitucional na forma indenizada porque, igualmente, não gozou deste descanso remunerado. (...) (TRF4, AC 2006.70.00.029069-9, Segunda Turma, Relator Marcos Roberto Araújo dos Santos, D.E. 23/02/2011)

Logo, se as férias foram gozadas, deverá haver contribuição para o FGTS sobre o respectivo adicional. Por outro lado, se as férias foram indenizadas, não há incidência de FGTS sobre a parcela.

3.1.2. Aviso prévio “indenizado”

Caracterizado como de trato sucessivo, o contrato de emprego por prazo indeterminado demanda que tanto o empregador quanto o empregado comuniquem previamente a outra parte do seu interesse em rescindi-lo, seja para que o trabalhador procure outro emprego, seja para que o empregador busque um substituto para manter sua estrutura produtiva em funcionamento¹¹. Em sua essência, é um direito fundamental do trabalhador (art. 7º, XXI), destinado a amenizar os efeitos da perda do emprego. Nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento, aviso prévio

(...) é a comunicação da rescisão do contrato de trabalho pela parte que decide extingui-lo, com a antecedência a que estiver obrigada e com o dever de manter o contrato após essa comunicação até o decurso de prazo nela previsto, sob pena de pagamento de uma quantia substitutiva, no caso de ruptura de contrato. (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação*

¹¹ Os prazos de aviso prévio são regulados pelo artigo 487 da CLT e pela Lei 12.506/2011.

ao Direito do Trabalho. 21ª ed., São Paulo: LTr, 1994, p.448.)

O aviso prévio pode ser trabalhado ou não, remanescendo algumas dúvidas sobre a incidência FGTS sobre o último, usualmente nomeado “indenizado”, que buscaremos esclarecer.

Ao dispensar um empregado, o patrão pode escolher entre mantê-lo trabalhando com uma jornada reduzida ou permitir que falte sete dias corridos, para que o trabalhador procure outro emprego (art. 488 da CLT) ou fazer cessar de imediato a prestação de serviços. Nesta hipótese, além de receber o valor correspondente ao período que deixou de ser trabalhado, esse ínterim será computado como tempo de serviço para todos os fins (§1º do art. 487 da CLT), inclusive de baixa na carteira de trabalho¹².

Ainda que o termo “aviso prévio indenizado” seja de uso corrente pela doutrina, jurisprudência e até mesmo pela lei, essa parcela não possui em seu âmago natureza indenizatória. Como já mencionado, a lei oferece duas alternativas ao empregador a título de aviso prévio: manter o empregado trabalhando ou, por liberalidade, afastá-lo de suas atividades desde logo. Se optar pela segunda alternativa, estará exercendo regularmente um direito, do qual não exsurge qualquer dano ao empregado. Ao revés, ele é até beneficiado,

¹² **82. AVISO PRÉVIO. BAIXA NA CTPS (inserida em 28.04.1997)** A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.

uma vez que disporá de muito mais tempo para procurar emprego e, caso encontre, poderá assumi-lo desde logo. Portanto, ao examinarmos a parcela no contexto mais amplo de todo o contrato de emprego, não se atendo apenas ao período correspondente do aviso prévio, conclui-se que o valor pago assume feição de remuneração, e não de indenização por dano causado ao trabalhador.

O legislador foi bastante atento à questão do aviso prévio não trabalhado, evitando que o empregado sofresse qualquer prejuízo com a escolha do empregador. Apesar de não haver prestação de serviços, o período é considerado por imposição legal para fins de cálculo de férias, 13º salário, contribuição previdenciária e, inclusive, FGTS (art. 487, §6º da CLT).

Dessa forma, como o aviso prévio não trabalhado possui natureza remuneratória e não é excepcionado pelo art. 15, §6º da Lei 8.036/90¹³, ele serve de base de cálculo para o FGTS, nos termos da Súmula 305 do TST:

SUMULA DO TST Nº 305 FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO. INCIDÊNCIA SOBRE O AVISO PRÉVIO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O pagamento relativo ao

¹³ A Lei 9.528/97 alterou a Lei 8.212/91 e excluiu o aviso prévio indenizado das hipóteses de exclusão do salário de contribuição previstas no §9º do art. 28. Logo, após a entrada em vigor da Lei 9.528/97, o aviso prévio indenizado passou a integrar a base de cálculo do FGTS.

período de aviso prévio, trabalhado ou não, está sujeito a contribuição para o FGTS.

No mesmo sentido, a IN 25/2001, do Ministério do Trabalho e Emprego, que regula a fiscalização do FGTS e da Contribuição Social da LC 110/2001:

Art. 12 Para fins do disposto no art. 8º, consideram-se remuneração, as seguintes parcelas, sem prejuízo de outras, onde seja identificado caráter de contraprestação do trabalho:

(...)

XIX - aviso prévio, trabalhado ou indenizado.

Não se pode deixar de pontuar que entendimento diverso causaria uma discriminação odiosa ao empregado que tem seu aviso prévio não trabalhado, na medida em que, por opção do empregador, ele deixaria de ter seu FGTS recolhido, causando-lhe um prejuízo material.

3.1.3. Valor pago referente aos 15 primeiros dias de afastamento do empregado acidentado ou enfermo

De acordo com o §3º do art. 60 da Lei 8.213/91, “durante os primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença, incumbirá à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário integral.” Ainda que não haja prestação de

serviço, a lei atribuiu esse ônus ao empregador, amparada no princípio constitucional da solidariedade, que rege as relações de seguridade social¹⁴. Trata-se, pois, de uma hipótese legal de interrupção do contrato de trabalho.

Conforme já analisado, o salário é verba paga em virtude do contrato de trabalho, nem sempre diretamente vinculada à prestação de um serviço.

Assim, como o valor pago referente aos 15 primeiros dias de afastamento do empregado acidentado ou enfermo é considerado salário por força de lei¹⁵, assumindo feição remuneratória, é certa a incidência da contribuição para o FGTS. Não é possível considerá-lo indenização, na medida em que o valor recebido pelo empregado não visa reparar um prejuízo sofrido em decorrência de ato do empregador. Nesse sentido, a doutrina trabalhista:

¹⁴ Não se pode esquecer ainda, que a contribuição patronal nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do empregado é a mais perfeita manifestação do princípio da solidariedade social, fundamento da República Federativa do Brasil, segundo o qual toda a sociedade deve dar parcela de contribuição para o desenvolvimento do país. Nesta linha de pensamento, veio o legislador infraconstitucional e estatuiu o art. 58 da Lei 8213/91, onde determina que o auxílio doença seja concedido ao trabalhador empregado a partir do 16º (décimo sexto) dia de afastamento de suas atividades, bem como o art. 60, §3º da mesma lei, determinando a responsabilidade do empregador pelos salários do empregado nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento. (SOUSA, Marllon. *Contribuição patronal nos 15 primeiros dias de afastamento do empregado licenciado por auxílio-doença. Exação inconstitucional ou consagração da solidariedade social?*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3017, 5 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20146>>. Acesso em: 21 out. 2014.)

¹⁵ O benefício previdenciário (auxílio-doença), só tem início a partir do 16º dia de afastamento, nos termos do art. 59 da Lei 8.213/91.

Consideram-se interrupção do contrato de trabalho os primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença. Nesta hipótese, incumbe ao empregador pagar ao empregado o seu salário (art. 60, § 3º, da Lei nº 8.213/91). Também, o empregado faz jus às demais verbas trabalhistas, tais como 13º salário, férias e FGTS. (...) Considera-se caso de suspensão do contrato de trabalho o afastamento da atividade por motivo de doença a partir do 16º dia de afastamento. (...) Durante o período de suspensão do contrato de trabalho por motivo de doença, não haverá obrigação do empregador de recolher depósitos em conta vinculada do FGTS, salvo se a licença-médica decorrer de acidente do trabalho (art. 28 do Dec. 99.684/90). (BUENO, Rodrigo Ribeiro. *A doença do empregado e o contrato de trabalho*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31405-35374-1-PB.pdf>. Acesso em 25.out.2014.)

3.1.4. Salário maternidade

O salário maternidade é um benefício previdenciário *sui generis*, pois não se submete ao teto do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), é salário-de-contribuição, integrando a base de cálculo de contribuição previdenciária¹⁶, é pago diretamente à

¹⁶ Art. 28, I, §2º c/c Art. 28, §9º, “a”, ambos da Lei 8.212/91.

empregada pelo empregador¹⁷ e há contagem do tempo de serviço para todos os efeitos legais, como férias, 13º salário, etc. Sobre a natureza do salário maternidade, cita-se trecho do REsp 1.230.957:

“O salário maternidade tem natureza salarial e a transferência do encargo à Previdência Social (pela Lei 6.136/74) não tem o condão de mudar sua natureza. Nos termos do art. 3º da Lei 8.212/91, “a Previdência Social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente”. O fato de não haver prestação de trabalho durante o período de afastamento da segurada empregada, associado à circunstância de a maternidade ser amparada por um benefício previdenciário, não autoriza conclusão no sentido de que o valor recebido tenha natureza indenizatória ou compensatória, ou seja, em razão de uma contingência (maternidade), paga-se à segurada empregada benefício previdenciário correspondente ao seu salário, possuindo a verba evidente natureza salarial. Não é por outra razão que, atualmente, o art. 28, § 2º,

¹⁷ Os valores pagos pelo empregador a título de salário maternidade são posteriormente reembolsados quando do recolhimento da contribuição previdenciária devida pela empresa, por meio de dedução na Guia de Previdência Social.

da Lei 8.212/91 dispõe expressamente que o salário maternidade é considerado salário de contribuição. Nesse contexto, a incidência de contribuição previdenciária sobre o salário maternidade, no Regime Geral da Previdência Social, decorre de expressa previsão legal.” (STJ, 1ª. Seção, REsp 1.230.957-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 26/2/2014.) (Grifo nosso)

Dessarte, por assumir natureza remuneratória, o salário maternidade integra a base de cálculo do FGTS, sendo plenamente válida a previsão do art. 28 do Decreto 99.684/90, que regulamenta a Lei 8.036/90:

Art. 28. O depósito na conta vinculada do FGTS é obrigatório também nos casos de interrupção do contrato de trabalho prevista em lei, tais como:

(...) IV – licença à gestante.

Finalmente, a jurisprudência também segue esse entendimento:

CONTRIBUIÇÕES PARA O FGTS. BASE DE CÁLCULO. Os valores pagos a título de 15 dias de auxílio-doença, terço constitucional de férias, salário-maternidade, horas extras e aviso prévio indenizado integram a base de cálculo da contribuição ao FGTS. (TRF-4 - AC:

50113962320134047100 RS 5011396-23.2013.404.7100, Relator: MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, Data de Julgamento: 27/08/2014, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 28/08/2014)

3.1.5. Vale-transporte pago em pecúnia

O vale-transporte é um benefício concedido ao trabalhador para reduzir o custo de deslocamento entre sua residência e o local de trabalho. De acordo com a Lei 7.418/85, a parcela não possui natureza remuneratória, desde que concedida nos seus estritos termos:

Art. 2º - O Vale-Transporte, concedido nas condições e limites definidos, nesta Lei, no que se refere à contribuição do empregador:

(...)

b) não constitui base de incidência de contribuição previdenciária ou de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço;

Ocorre que, para gozar da referida isenção, o vale-transporte deveria ser repassado ao trabalhador na forma prevista na lei, ou seja, mediante aquisição prévia junto à concessionária de transporte de coletivo público:

4º - A concessão do benefício ora instituído implica a aquisição pelo empregador dos

Vales-Transporte necessários aos deslocamentos do trabalhador no percurso residência-trabalho e vice-versa, no serviço de transporte que melhor se adequar. (Grifos nossos)

Art. 5º - A empresa operadora do sistema de transporte coletivo público fica obrigada a emitir e a comercializar o Vale-Transporte, ao preço da tarifa vigente, colocando-o à disposição dos empregadores em geral e assumindo os custos dessa obrigação, sem repassá-los para a tarifa dos serviços. (Grifos nossos)

A nosso sentir, a restrição legal tem razão de ser: tratando-se de parcela indenizatória por força de lei, o vale-transporte não se incorpora ao salário, não constitui rendimento tributável ou base de cálculo do FGTS. Assim, para evitar fraudes, o legislador traçou parâmetros bem definidos para a concessão do benefício.

Ao simplesmente repassar ao empregado o valor correspondente à passagem em dinheiro, o empregador, a rigor, viola o art. 4º da Lei 7.418/85, motivo pelo qual a rubrica deveria integrar a base de cálculo do FGTS.

O Superior Tribunal de Justiça havia consolidado entendimento sobre o tema, afirmando a incidência do FGTS sobre o vale-transporte pago em dinheiro:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. VALE-TRANSPORTE. LEI Nº 7.418/85. PAGAMENTO EM PECÚNIA. INCIDÊNCIA. (...) 2. Se o auxílio-transporte é pago em pecúnia, e não por meio de vales, como determina a Lei nº 7.418/85, o benefício deve ser incluído no salário de contribuição para efeito de incidência da contribuição previdenciária e do FGTS. Precedentes da Turma. 3. Recurso especial de HSBC Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários Brasil S. A. improvido. Recurso especial do INSS provido. (STJ – RESP 200601586386 - RESP - RECURSO ESPECIAL – 873503 – Segunda Turma – Castro Meira - DJ DATA:01/12/2006 PG:00298).

Entretanto, a jurisprudência sofreu uma guinada a partir do julgamento do RE 478.410/SP, no qual o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou entendimento de que o pagamento em pecúnia não retira a natureza indenizatória do vale-transporte:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA. VALE-TRANSPORTE. MOEDA. CURSO LEGAL E CURSO FORÇADO. CARÁTER NÃO SALARIAL DO BENEFÍCIO. ARTIGO 150, I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONSTITUIÇÃO COMO TOTALIDADE NORMATIVA. 1. Pago o benefício de que se

cuida neste recurso extraordinário em vale-transporte ou em moeda, isso não afeta o caráter não salarial do benefício. 2. A admitirmos não possa esse benefício ser pago em dinheiro sem que seu caráter seja afetado, estaríamos a relativizar o curso legal da moeda nacional. 3. A funcionalidade do conceito de moeda revela-se em sua utilização no plano das relações jurídicas. O instrumento monetário válido é padrão de valor, enquanto instrumento de pagamento sendo dotado de poder liberatório: sua entrega ao credor libera o devedor. Poder liberatório é qualidade, da moeda enquanto instrumento de pagamento, que se manifesta exclusivamente no plano jurídico: somente ela permite essa liberação indiscriminada, a todo sujeito de direito, no que tange a débitos de caráter patrimonial. 4. A aptidão da moeda para o cumprimento dessas funções decorre da circunstância de ser ela tocada pelos atributos do curso legal e do curso forçado. 5. A exclusividade de circulação da moeda está relacionada ao curso legal, que respeita ao instrumento monetário enquanto em circulação; não decorre do curso forçado, dado que este atinge o instrumento monetário enquanto valor e a sua instituição [do curso forçado] importa apenas em que não possa ser exigida do poder emissor sua conversão em outro valor. 6. A cobrança de contribuição previdenciária sobre o valor pago, em dinheiro, a título de vales-transporte, pelo recorrente aos seus empregados afronta a

Constituição, sim, em sua totalidade normativa. Recurso Extraordinário a que se dá provimento. (STF, Tribunal Pleno, RE 478.410 SP, Rel. Min. Eros Grau, DJ 13/05/2010). (Grifo nosso)

Assim, diante do teor deste julgado, que inclusive proclamou a inconstitucionalidade da aplicação do art. 5º do Decreto nº 95.247/87 e do art. 4º, caput, da Lei nº 7.418/85 como fundamentos para a incidência de contribuições previdenciária sobre os valores pagos em pecúnia a título de vale-transporte aos trabalhadores, entende-se que não se sustenta a incidência de FGTS sobre a parcela, dada a manutenção do seu caráter indenizatório. Obviamente, em caso de fraude, como, por exemplo, o pagamento a empregado que não utiliza transporte público coletivo ou pagamento de valor maior que o necessário para aquisição das passagens, o valor assume natureza salarial e serve de base de cálculo para o FGTS, aplicando-se o princípio da primazia da realidade (art. 9º da CLT).

3.1.6. Quebra de caixa

A quebra de caixa é uma parcela usualmente paga a empregados que trabalham diretamente com o manuseio de numerário, como caixas de banco, de supermercados, de agências lotéricas etc., destinada a compensá-los por eventuais erros de contagem. Também pode ser considerada uma gratificação pelo

desempenho de função que demanda alto grau de responsabilidade.

Conquanto não haja lei determinando seu pagamento, usualmente é previsto em normas coletivas ou regulamentos de empresa.

O pagamento habitual da quebra de caixa, independente da ocorrência de prejuízo, faz com que essa verba assuma natureza salarial, integrando a base de cálculo de outras verbas trabalhistas, conforme pacificado na Súmula 247 do C. TST:

SÚMULA 247: BANCÁRIO - QUEBRA-DE-CAIXA - SALÁRIO - NATUREZA JURÍDICA. A parcela paga aos bancários sob a denominação quebra-de-caixa possui natureza salarial, integrando o salário do prestador dos serviços, para todos os efeitos legais.

Pelo exposto, a parcela denominada quebra de caixa, quando paga com habitualidade, assume feição remuneratória e integra a base de cálculo do FGTS, conforme reconhece a jurisprudência:

ADICIONAL DE QUEBRA DE CAIXA. NATUREZA JURÍDICA. Caso em que, a despeito da previsão das normas coletivas, estabelecendo o caráter indenizatório da parcela, a reclamada atribui ao adicional de quebra de caixa natureza salarial, na medida em que considera os valores pagos a tal título na base de cálculo das contribuições

previdenciárias e para fins de recolhimento do FGTS. (TRT-4 - RO: 00011497520125040001 RS 0001149-75.2012.5.04.0001, Relator: HERBERT PAULO BECK, Data de Julgamento: 30/04/2014, 1ª Vara do Trabalho de Porto Alegre)

QUEBRA DE CAIXA - NATUREZA JURÍDICA DA PARCELA

- Quebra de caixa é a verba destinada a cobrir os riscos assumidos pelo empregado que lida com manuseio constante de numerário. Dispõe a Cláusula 14a, CCT 2009/2011: "O empregado que em sua jornada de trabalho exerça a função exclusivamente de caixa deverá tê-la anotada em sua carteira de trabalho, recebendo a título de quebra de caixa, uma gratificação no valor mensal de R\$44,00 (quarenta e quatro reais), por essa função". A tendência jurisprudencial é no sentido de que se a verba de quebra de caixa é paga com regularidade, independentemente de ter havido perda de numerário ou não, este valor integra a remuneração para todos os efeitos legais. Entretanto, terá caráter de ressarcimento e não de salário, se o pagamento for feito apenas quando ocorrer o prejuízo, o que não é o caso dos autos. A reclamante, como operadora de caixa, recebia a referida parcela, todo o mês, nos anos de 2009/2010. Assim, aqui deve se aplicar, por analogia, o disposto na Súmula 247 do TST, "in verbis": "A parcela paga aos bancários

sob a denominação quebra-de-caixa possui natureza salarial, integrando o salário do prestador dos serviços, para todos os efeitos legais". Portanto, paga a referida parcela com habitualidade, sem depender da ocorrência de prejuízo, o adicional de quebra de caixa tem natureza salarial, devendo integrar o aviso prévio, bem como o FGTS + 40% (limite do pedido). Provimento que se dá ao recurso. (TRT-3 - RO 0001218-38.2012.5.03.0033, Relator: Paulo Roberto de Castro, Sétima Turma, Data de Publicação: 27/08/2013 26/08/2013. DEJT. Página 263. Boletim: Sim.)

4. CONCLUSÃO

Tanto o terço constitucional de férias gozadas, quanto o aviso prévio não trabalhado e os 15 primeiros dias de afastamento do empregado acidentado ou enfermo são parcelas pagas pelo empregador ao empregado em virtude do contrato de emprego e que não visam ressarcir qualquer prejuízo material, assumindo, portanto, natureza salarial. O fato de não haver contraprestação laboral correspondente é desimportante, na medida em que a Lei 8.036/90 não adotou tal critério para fins de delimitação da base de cálculo do FGTS. O critério do legislador foi outro: tudo o que for lícitamente pago ao empregado em virtude do contrato de emprego, salvo as parcelas excepcionadas no §8º do art. 29 da Lei 8.212/91.

O mesmo raciocínio aplica-se à quebra de caixa, na medida em que a parcela assume natureza salarial, por não vincular-se a um dano sofrido pelo empregado.

O salário maternidade, por sua vez, é um benefício previdenciário *sui generis*, ao qual a lei atribuiu natureza salarial. Portanto, integra a base de cálculo do FGTS.

No que diz respeito ao vale transporte pago em dinheiro, há de se observar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a permanência da natureza indenizatória, independentemente da forma de pagamento. Nesse particular, deve-se atentar à possível ocorrência de fraudes, que descaracterizam o benefício, fazendo como que ele assuma natureza salarial e integre a remuneração para todos os efeitos, inclusive de cálculo do FGTS.

Por fim, como todo valor vertido pelo empregador a título de contribuição para o FGTS é repassado às contas vinculadas, a adoção de uma base de cálculo inferior à prescrita em lei prejudica direta e imediatamente o seu empregado, que terá uma perda monetária em seu saldo. Mas não é só: o pagamento a menor do FGTS atinge toda a sociedade, dado que o Conselho Curador do FGTS não disporá daquele recurso para financiar obras de saneamento básico, infraestrutura urbana e habitação popular, que geram emprego, renda e contribuem decisivamente para o desenvolvimento nacional.

5. REFERÊNCIAS

BUENO, Rodrigo Ribeiro. *A doença do empregado e o contrato de trabalho*. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31405-35374-1-PB.pdf>> Acesso em 25 out 2014.

CARBONI, Mario Augusto. *Recuperação dos créditos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS: revisão do atual modelo, em busca de efetividade*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-03092012-091434/>>. Acesso em: 26 out 2014

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

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª Ed., São Paulo: Forense, 1995.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 21ª ed., São Paulo: LTr, 1994.

SOUSA, Marllon. *Contribuição patronal nos 15 primeiros dias de afastamento do empregado licenciado por auxílio-doença. Exação inconstitucional ou consagração da solidariedade social?* Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3017, 5 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20146>>. Acesso em: 21 out 2014.

Publicado no dia 04/03/2015

Recebido no dia 22/12/2014

Aprovado no dia 27/02/2015