

A AUSÊNCIA CONTUMAZ DE RECOLHIMENTO DO FGTS COMO CAUSA DE RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO PELO EMPREGADO

THE ABSENCE OF COLLECTION OF COLLECTION OF THE FGTS AS A CAUSE OF INDIRECT TERMINATION OF THE EMPLOYEE'S CONTRACT OF WORK

*Carlos Robson Moura de Assis*¹

RESUMO

O presente artigo versa sobre o entendimento de que o recolhimento intempestivo e ou recolhimento de valores inferiores aos devidos ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) representa falta grave do empregador propiciando a Rescisão Indireta do Contrato de Trabalho. Tendo como objetivo elucidar as recentes decisões prolatadas pelos egrégios tribunais, assim como as teorias criadas pelos doutrinadores, a partir de fundamentos e pressupostos fático-jurídicos sobre os diferentes entendimentos referentes à consideração da inexecução faltosa sucessiva e reiterada do empregador a respeito do não recolhimento do FGTS vir a ser uma das principais razões que justificam a proposição da rescisão indireta por iniciativa do empregado. A partir da problemática da ocorrência das posições antagônicas de doutrinas e tribunais, serão analisadas algumas decisões jurisprudenciais que defendem a proposição de que a ausência contumaz do recolhimento dos depósitos do FGTS alicerça fundamento suficiente para a cessação do vínculo empregatício, embasado no descato ao cumprimento de obrigação contratual, fundamentado no artigo 483, alínea "d", da CLT, uma vez que não existe posição pacificada, propondo um adequado posicionamento sobre o assunto. O método utilizado para a investigação da pesquisa relativa ao tema é o dedutivo, sendo o estudo desenvolvido com base em alguns autores consagrados do Direito do Trabalho em especial: Delgado (2016), Garcia (2015), Cassar (2015), entre outros.

PALAVRAS-CHAVE: Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Rescisão Indireta. Contrato de Trabalho.

ABSTRACT

This article deals with the understanding that the untimely collection or collection of amounts inferior to those due to the FGTS represents a serious fault on the part of the employer, providing for the Indirect Termination of the Contract of Employment. In order to elucidate the recent decisions rendered by the high courts, as well as the theories created by the jurists, based on legal basis and assumptions about the different understandings referring to the consideration of the repeated and repeated lack of succession of the employer regarding the non-payment of the FGTS become one of the main reasons justifying the proposition of indirect termination on the initiative of the employee. Starting from the problematic of the antagonistic positions of doctrines and courts, some jurisprudence will be analyzed that defend the proposition that the complete absence of the collection of the FGTS deposits bases sufficient grounds for the termination of the employment relationship, based on contempt of compliance with the obligation Contractual basis, based on article 483, letter "d", of the CLT, since there is no pacified decision, proposing an appropriate position on the subject. The method used to investigate the research related to the topic is deductive, and the study was developed based on some authors of Labor Law in particular: Delgado (2016), Garcia (2015), Cassar (2015), among others.

KEYWORDS: Guarantee Fund for Time of Service. Indirect Termination. Contract of Work.

¹ O autor é bacharel em Direito tendo concluído o curso no ano de 2016. E-mail: robson.assis@ymail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico teve como objeto o estudo da rescisão indireta, também denominada despedida indireta, que ocorre em razão de falta grave cometida pelo empregador no âmbito da relação de trabalho, com ênfase na reiteração do descumprimento da obrigação de efetuar o correto depósito do FGTS. As hipóteses da rescisão indireta estão previstas no art. 483 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e ocorrem quando trabalhos superiores à força do empregado ou ações coibidas por lei, divergentes aos bons costumes ou alheias ao pacto laboral são exigidas do trabalhador; quando há situações onde o empregado seja tratado com rigor descomedido; quando se encontra em perigo ou estiver na ameaça de sofrer algum mal; quando o empregador perpetrar ações prejudiciais à honra do empregado e seus familiares; quando o empregador agredir fisicamente o empregado, salvo em legítima defesa; quando empregados remunerados por tarefas e peças, tiver reduzido seu trabalho, resultando na diminuição do seu salário e; quando o empregador não cumprir com as obrigações do contrato. Neste ponto, será enfatizada a situação em que o empregador deixa de recolher o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) do empregado, como causa justa para o rompimento do vínculo empregatício por iniciativa do trabalhador.

Por conseguinte, é importante frisar que o empregado pode usar dessa justa causa em desfavor do empregador, a fim de resguardar seus direitos, apesar desse mecanismo ser pouco conhecido entre os trabalhadores.

A despeito disso, é comum o lamento de empregados que intentam a rescisão de seu contrato de trabalho devido a frequentes inadimplementos de obrigações ou abusos por parte do empregador e acabam pedindo demissão em vez de fazer uso da lei, renunciando, dessa forma, errônea e desnecessariamente de seus direitos.

Destarte, esse ato de renúncia pelo não uso da lei que ampara os empregados acaba por subvencionar empregadores que estão violando as normas relativas ao direito do trabalho, considerando que não é incomum que o empregado hesite em acionar a Justiça do Trabalho.

Nesse sentido, perspectiva bastante inovadora, representando uma conquista para a classe trabalhadora, sustentada no posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho (TST) é a reputação do iterativo recolhimento irregular ou incorreto do FGTS como falta grave do empregador, capaz de ensejar a rescisão indireta sem que o empregado seja lesado em seus direitos.

Assim, o não depósito do FGTS, configura hipótese de descumprimento do contrato de trabalho, conforme prevê o art. 483, alínea "d" da CLT, pois o que representa uma obrigação para o empregador é um direito do empregado, podendo dar causa à rescisão indireta. Isso por que, sabe-se que o empregado, mesmo com o contrato vigente, está autorizado a movimentar a conta do FGTS em situações específicas como em casos de ser acometimento de doenças graves, calamidade pública ou, até mesmo, para aquisição de imóvel destinado à habitação, conforme o disposto no art. 20 da Lei 8036/90, Lei que dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Nesse sentido, o recolhimento do FGTS é requisito legal e obrigação contratual, que o empregador deve, imperativamente, a todo empregado urbano ou rural. A ausência desse depósito configura inadimplemento da obrigação contratual de previsão legal, conforme art. 7º, III, da Constituição Federal de 1988, a denominada Constituição Cidadã, combinada com o art. 15 da Lei n.º 8.036/90. Infringir tal obrigação caracteriza falta grave, como já assinalado, capaz de predispor a rescisão indireta, a requerimento do empregado e a conduta dolosa do empregador vem sendo tema muito abordado e discutido nos últimos anos, havendo divergências entre os tribunais,

quanto à gravidade da conduta do empregador, de forma a tornar insustentável a manutenção do pacto laboral.

Assim, o presente trabalho pretendeu analisar as decisões controversas dos Egrégios tribunais, uma vez que esse instituto representa para os empregados um importante mecanismo de defesa contra o abuso de empregadores que insistem em descumprir a legislação trabalhista vigente, reafirmando a importância da rescisão indireta nas relações de trabalho.

Para tanto, abordou-se na pesquisa a definição de contrato de trabalho e sua importância econômica, as influências externas e internas no direito do trabalho, as causas de falta grave ensejadoras de rescisão indireta, a importância do fundo de garantia, os direitos assegurados, o abandono de emprego e os entendimentos jurisprudenciais.

2 RESCISÃO INDIRETA POR AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO FGTS DURANTE O PACTO LABORAL

A rescisão indireta, prevista no art. 483 da CLT, é o principal fundamento da resolução do contrato de trabalho, por decisão do empregado, em virtude de falta grave praticada pelo empregador, entre as quais se destaca o tipo jurídico enfatizado na alínea “d” do referido dispositivo legal, a saber: “[...] não cumprir o empregador as obrigações do contrato [...]”.

Discutindo acerca do tipo jurídico, aduz Delgado (2016, p. 1361) que:

O contrato de trabalho, tendo parte relevante de seu conteúdo formada por determinações de regras constitucionais, internacionais ratificadas, legais e oriundas da negociação coletiva, deve ser cumprido como um todo quer pelo obreiro, quer pelo empregador. O culposos e grave descumprimento do conteúdo do contrato, qualquer que seja a origem da estipulação, configura, sem dúvida, a falta

prevista na alínea ‘d’ do art. 483 da Consolidação Trabalhista.

Como se observa, a ausência do recolhimento do FGTS é fator de rescisão indireta do contrato de trabalho, em face da severidade da falta do empregador, configurando sua falta ou incorreção de forte intensidade.

Esta possibilidade de se extinguir o contrato através da rescisão está alicerçada pelos requisitos da justa causa do empregado, ou seja, atualidade, proporcionalidade, *non bis in idem* e nexo de causalidade. Em razão dessas ferramentas legais, que objetivam a proteção do empregado, considerando que está em posição de inferioridade em relação ao empregador, aquele deve demonstrar a ausência de execução de algum dos pontos contratuais a fim de que o pedido da rescisão ou despedida indireta seja acolhido.

Ressalte-se que neste ponto ocorre a inversão do ônus da prova em relação ao fato constitutivo da demanda. Neste sentido, a recente Súmula 461 do TST, divulgada em junho de 2016, prevê que “É do empregador o ônus da prova em relação a regularidade dos depósitos do FGTS, pois o pagamento é fato extintivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC de 2015)”.

2.1 DO CONTRATO DE TRABALHO

O contrato de trabalho pode ser conceituado como negócio jurídico em que o empregado, pessoa natural, presta serviços de forma pessoal, subordinada, e não eventual ao empregador, recebedor, como contraprestação, a remuneração, concernindo a utilização dos termos relação de emprego e contrato de trabalho no vínculo empregatício existente entre empregado e empregador.

O contrato de trabalho possui diversas características como a bilateralidade (sintagmática), podendo ser consensual, comutativo, oneroso, trato sucessivo e atividade.

A característica bilateral é aquela que envolve obrigações de ambas as partes, caracterizando-se por ser sinalagmática, tendo em vista a reciprocidade no conjunto de prestações.

No caráter bilateral do contrato, Garcia (2015, p. 171) observa a reciprocidade dos direitos e deveres, merecendo destaque: o dever de prestar serviço, condizente ao dever de pagar salário, ou, em outros termos, o direito do empregado de receber a remuneração, tendo o empregador a obrigação de proporcionar a prestação de serviço pelo empregado admitido, não podendo impor-lhe que fique sem fazer nada; o dever de obediência, onde o empregado observa as ordens gerais e pessoais emitidas pelo empregador, referentes à prestação de serviços, sob pena de caracterização, respectivamente, de indisciplina e insubordinação; o dever de probidade, em direção à honestidade entre empregado e empregador, pautando-se pelos ditames da boa-fé (art. 422 do Código Civil de 2002); e o dever da fidelidade, dado que o empregador mantém relação de fidúcia, ou seja, confiança, com o empregado, devendo este colaborar com os fins da empresa e não fazer concorrência desleal a esta.

Além da bilateralidade, os contratos de trabalho contêm direito e obrigações no qual, tanto empregador e empregado, devem cumprir cláusulas contratuais embasadas com as normas da CLT, Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho, mesmo sendo o contrato de trabalho verbal.

Se porventura uma das partes infrinja qualquer cláusula, sanções deverão ser aplicadas. Na hipótese do empregado o infrator, pode o empregador valer-se do regimento da justa causa, caso contrário, ou seja, havendo descumprimento contratual por parte do empregador, poderá o empregado fazer jus da rescisão indireta, onde terá a obrigação de comunicar os fundamentos de seu despedimento ao

empregador, onde tal menção poderá ser através de carta com aviso de recebimento, senão, deixando de realizar o aviso, sua saída poderá caracterizar abandono de emprego, previsto no art. 482, i, da CLT¹.

Nos termos do art. 483, §3º, "Nas hipóteses das letras "d" e "g", poderá o empregado pleitear a rescisão de seu contrato de trabalho e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo", essa atitude não é a melhor indicada, uma vez que, o perdão tácito poderá ser qualificado, da falta cometida pelo empregador, restando ineficaz a proveniência do pedido.

Não obstante, no caso da ação ser julgada procedente, o empregado terá direito a todas as verbas rescisórias garantidas na dispensa sem justa causa, tais como saldo de salário correspondente aos dias trabalhados pelo empregado, o aviso prévio trabalhado ou indenizado somado com o proporcional por tempo de serviço, férias vencidas e proporcionais acrescidas de 1/3 constitucional, 13º salário, liberação dos recolhimentos do FGTS, acréscido de multa de 40%, guias de seguro-desemprego e outras verbas devidas por lei, acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Do ensinamento supracitado, percebe-se que a relação contratual é uma relação de equilíbrio entre empregado e empregador, onde os deveres e direitos devem ser cumpridos com pontualidade e assiduidade.

2.2 DO FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO E SEUS EFEITOS PELO NÃO RECOLHIMENTO

A Lei 8.036/1990, em seu artigo 2º, *caput*, estabelece que o FGTS é fundado pelos depósitos remanescentes das contas vinculadas referidas em Lei, dentre outros recursos apensos, precisando ser cominados com atualização monetária e juros, de

¹ Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

[...]
i) abandono de emprego;

maneira que assegure a provisão das obrigações.

De acordo com Garcia (2015, p. 840) essa definição pode ser feita da seguinte forma:

Pode-se conceituar o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço como direito trabalhista, de empregados urbanos e rurais, com a finalidade de estabelecer um fundo de depósitos em pecúnia, com valores destinados a garantir a indenização do tempo de serviço prestado ao empregador.

Ocorre que devido a incontáveis teorias que abrangem a natureza jurídica do FGTS, para a maioria dos doutrinadores essa matéria é controversa. Contudo, ostentando seu juízo diferenciado quanto ao assunto, Martins (2012, p. 477-479) sustenta a tese híbrida, na concepção de que o FGTS deva ser inquirido sobre a perspectiva do empregado e do empregador:

[...]

a) Quanto ao empregado: no que diz respeito ao empregado, várias teorias poderiam ser lembradas para justificar a natureza jurídica do FGTS, como do salário diferido, do salário socializado, do salário atual, do prêmio etc.

b) Quanto ao empregador: no tocante ao empregador, três teorias poderiam ser analisadas: teoria fiscal, parafiscal e da contribuição previdenciária.

[...]

Desse modo, Martins atribui que, para o empregado, o FGTS simboliza uma poupança forçada para seu proveito, com intuito de contrabalancear de alguma forma a cessação unilateral do contrato de trabalho pelo empregador, não se confundindo, dessa forma, com a indenização, visto que, não se requer somente a compensação de alguma natureza de dano propiciado ao empregado pelo rompimento do pacto laboral por disposição do empregador.

Já pela perspectiva do empregador, apresenta natureza jurídica de tributo, puramente de uma contribuição social, pois

se trata de uma contribuição de ingerência no arbítrio econômico com propósito relacionado à habitação, saneamento e infraestrutura, sendo exclusivamente ligada as predileções de inúmeras esferas profissionais do país.

Consoante salientada por Cassar (2015, p. 1187) que de forma simples explica a natureza híbrida do FGTS:

Para o empregado o FGTS tem natureza jurídica de direito à contribuição que tem caráter salarial (salário diferido). Equipara-se a uma poupança forçada. Para o empregador é uma obrigação e para a sociedade a contribuição tem caráter social. Dai decorre sua natureza múltipla ou híbrida.

Na realidade, sob o enfoque deste trabalho, ou seja, do empregado, o FGTS apresenta natureza jurídica de direito trabalhista, um direito do trabalhador, não se confundido com simples expectativa, e sim tendo força de natureza salarial como para fins de financiamento habitacional ou tratamento de doença grave onde seu saque pode ser antecipado durante a prestação do contrato de trabalho.

A disponibilização do crédito decorrente do recolhimento dos depósitos de FGTS ocorre, em regra, somente após o término do contrato de emprego. Há ainda outras hipóteses elencadas no art. 20 da Lei nº 8.036/90 que possibilitam ao empregado movimentar a sua conta vinculada independentemente do rompimento contratual.

Em conformidade com o art. 15 da Lei 8.036/1990, todos os empregadores são obrigados a depositar até o dia 7 (sete) de cada mês na conta bancária vinculada ao empregado.

O empregador tem que depositar valor correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, incluídas na remuneração as

parcelas de que se tratam os arts. 457² e 458³ da CLT e a gratificação de Natal.

Não é demais destacar que o Brasil tem uma excessiva carga tributária e, talvez por esse motivo, ou ainda, por algumas decisões administrativas de seus gestores, as empresas acabam tornando-se inadimplente perante o fisco, ou ainda, grande parte dos empregadores acabam trabalhando fora do radar da legalidade, não registrando seus funcionários.

Percebe-se aqui mais uma possibilidade dos sócios, diretores ou responsáveis pelo recolhimento das obrigações legais das empresas, verem-se agindo conforme conduta tipificada como crime, havendo parte da doutrina que entende tratar-se referida conduta de apropriação indébita.

Neste sentido, a jurisprudência demonstra que o dolo no agir do agente esta configurado na vontade livre e consciente do não recolhimento das contribuições previdenciárias no intuito de vituperar o bem jurídico tutelado, como se observa na Apelação Criminal nº 5002948-54.2015.4.04.7209, julgado pelo TRF da 4ª Região de relatoria do Desembargador Francisco Donizete Gomes, onde:

PENAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO. PROVA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INOCORRÊNCIA. Comprova-se a materialidade do delito de apropriação indébita previdenciária (artigo 168-A, § 1º, inc. I, do Código Penal) pelo procedimento administrativo-fiscal instaurado pelo INSS, que apurou o crédito tributário, corroborado pelas demais provas produzidas durante a instrução processual. Não se acolhe a alegação de dificuldades financeiras como

excludente da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, em relação ao crime previsto no art. 168-A do Código Penal, quando a defesa não demonstra, documentalmente, a impossibilidade econômica de fazer o recolhimento da contribuição previdenciária descontada dos segurados. A omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias por longo período de tempo, caracterizando incorporação dos valores tributários às receitas da empresa, revela opção de gerenciamento que não se coaduna com a alegação de dificuldades financeiras transitórias e, conseqüentemente, não enseja o reconhecimento de causa excludente da culpabilidade. (TRF-4 - ACR: 50029485420154047209 SC 5002948-54.2015.404.7209, Relator: Revisora, Data de Julgamento: 16/02/2016, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: D.E. 17/02/2016).

No tocante à ausência dos recolhimentos do FGTS na conta vinculada do empregado, a matéria ganha magnitude após recente decisão do STF, que asseverou a inconstitucionalidade das normas que previam o prazo prescricional de 30 anos para as ações relativas ao FGTS (ARE 709212⁴), decisão que traz embate não apenas restritos à prescrição do FGTS, mas a outros direitos trabalhistas tendo em vista sua repercussão geral reconhecida.

A prescrição para o FGTS a partir da decisão acima citada passou a ser quinquenal, motivo pelo qual a expectativa do empregado ao direito à parcela poderá sofrer severas restrições caso não procure o judiciário no momento oportuno, uma vez que sua pretensão poderá ser fulminada pela prescrição em razão de sua inércia.

Assim, se a obrigação não for cumprida pelo empregador, o valor não será incorporado ao patrimônio do empregado

² Art. 457 - 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. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953).

[...]

³ Art. 458 - Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação,

habitação, vestuário ou outras prestações "in natura" que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967).

[...]

⁴ Superior Tribunal Federal – Agravo em Recurso Extraordinário 709212 – 19.02.2015

que, caso não vá a juízo pleitear a matéria no tempo próprio, expõe-se a sofrer o insuprível efeito da prescrição. *In verbis*, a ausência de depósitos do FGTS, diante da decisão do STF, é motivo satisfatoriamente relevante para fundamentar a rescisão indireta do contrato de trabalho, a teor do art. 483, “d”, da CLT.

Sendo o FGTS a única garantia do empregado frente à dispensa imotivada, condizendo sua indisponibilidade, não podendo se submeter, diante da omissão do empregador, a preponderar pela continuidade do contrato de trabalho. Realçando que o recolhimento do FGTS é obrigatório pelo empregador, sendo um direito do empregado, indisponível, que tem o objetivo de protegê-lo, advindo às condições legais.

Acrescentando que o FGTS constitui em um fundo social que viabiliza, financeiramente, execução de programas infraestrutura urbana, saneamento básico e habitação popular, disposto nos artigos 6º, IV e VI e 9º, §2º da Lei n. 8.036/90, pelo que concede aspecto fundamental para a Obreira, mesmo não havendo rescisão contratual.

Não existem impasses de que os recolhimentos devidos ao FGTS são valores derivados do vínculo empregatício à medida que é um direito de caráter social e trabalhista. Entretanto, a ausência contumaz do recolhimento de seus depósitos demonstra conduta de gravidade elevada, sendo suficiente a provisão da rescisão indireta, em consequência da constituição do descumprimento da obrigação, comprometendo o direito ao saque a qualquer momento, podendo obstaculizar a continuidade da relação de emprego.

2.3 DA RESCISÃO INDIRETA: da ausência de recolhimento do FGTS como justa causa ou falta grave

A rescisão indireta é uma forma de término de contrato do trabalho que está prevista no art. 483 da CLT, nada mais sendo,

do que o direito do empregado de romper o contrato alegando, que houve justa causa ou falta grave cometida por seu empregador. Em determinada situação, p. ex., que determinado empregador deixou de depositar o FGTS do empregado por reiterados meses, há claro descumprimento de obrigação contratual a ensejar ruptura do vínculo contratual trabalhista.

Em termos práticos, o empregado dará o contrato como rescindindo por uma simples comunicação escrita (notificação ou e-mail, por exemplo) ou mediante ingresso numa reclamação trabalhista na qual narrará todos os fatos alegando a falta grave.

Havendo a procedência do pedido, o juiz condenará a empresa ao pagamento de todas as verbas rescisórias como se o empregado tivesse sido dispensado sem justa causa. Ao julgar procedente ele desconstitui o vínculo empregatício e condena ao pagamento das verbas que seriam devidas a rescisão sem justa causa.

Ao julgar improcedente esse pedido, entendendo que não houve rescisão indireta, que não houve justa causa, tendo como consequência a improcedência do pedido, considera-se que houve um pedido de demissão, ficando o contrato extinto da mesma forma.

Alguns tribunais regionais do trabalho têm entendido que o simples pedido de rescisão indireta não constitui abandono de emprego e sim faculdade conferida ao trabalhar quando do descumprimento contratual, neste sentido decidiu a 3ª Turma do TRT da 2ª Região, no Recurso Ordinário nº 00008078320135020066, tendo como relatora a Desembargadora Rosana de Almeida Bueno:

RESCISÃO INDIRETA X ABANDONO DE EMPREGO. Considerando a faculdade conferida ao trabalhador de afastar-se do seu serviço na hipótese de descumprimento das obrigações do contrato de trabalho (art. 483, parágrafo 3º, da CLT), o fato de ter ajuizado ação pleiteando a rescisão indireta do vínculo não faz caracterizar o requisito do animus

abandonandi. (TRT-2 - RO:
00008078320135020066 SP
00008078320135020066 A28, Relatora:
ROSANA DE ALMEIDA BUONO, Data de
Julgamento: 28/01/2014, 3ª TURMA, Data
de Publicação: 05/02/2014).

De acordo com o acórdão supramencionado, haverá rescisão indireta do contrato de trabalho sempre que o empregador agir descumprindo suas obrigações decorrentes do pacto laboral, sendo uma faculdade do empregado por fim a relação trabalhista. É exatamente por isso que a modalidade é também denominada extinção do contrato de trabalho por justa causa do empregador, pois este comete falta grave capaz de romper o vínculo.

Seguindo o raciocínio acima, a ausência ou irregularidade de recolhimento dos depósitos revela o descumprimento de obrigação contratual, nos termos do art. 483, “d”, da CLT, e constitui justa causa cometida pelo empregador de gravidade suficiente para configurar-se a denominada rescisão indireta do contrato de emprego.

A rescisão indireta, como penalidade aplicada ao empregador, tal qual a justa causa do empregado, deve incorporar tamanha gravidade ao ponto da constância do pacto laboral seja impraticável.

Nesse sentido, Cassar (2015, p. 1111-1112) aduz:

A falta que enseja a aplicação da justa causa tem que ser muito grave, mas tão grave ao ponto de tornar insuportável a continuidade da relação de emprego e praticada pelo patrão ou um de seus prepostos. A infração que justifica a resolução do contrato por justa causa não torna impossível o prosseguimento do contrato, pois este fato só ocorre nos casos de força maior. Na verdade, a falta grave implica na quebra de confiança, da fidedúcia ínsita no contrato de trabalho.

O atraso no recolhimento dos depósitos fundiários por período igual ou superior a 90 (noventa) dias configura mora contumaz do empregador, nos moldes do

Decreto-Lei 368/68, recepcionado pela Lei 8.036/90, que dispõe em seu art. 22, § 1º, que a irregularidade é capaz de ensejar a rescisão indireta do pacto de emprego posto que o empregador que não efetuar os depósitos arcará pela incidência, sobre os valores proporcionais, da Taxa de Referência (TR), incidindo ainda juros de mora de 0,5% a.m. ou fração e multa, além da sujeição às obrigações e sanções pressupostas no decreto mencionado.

É o que ocorre, também, no tocante ao atleta de futebol, conforme art. 31, da Lei n.º 9.615/98 (Lei Pelé), que rescinde o contrato especial de trabalho desportivo pelo atraso do pagamento de salário ou de direitos de imagens, por entidades desportivas empregadoras, de atletas profissionais, por período igualitário ou superior a três meses, ficando ao seu livre arbítrio a transferência para outra entidade da mesma modalidade, podendo exigir cláusula compensatória e haveres devidos.

Impende destacar, por oportuno, que existem hipóteses legais para utilização dos depósitos do FGTS, mesmo durante a vigência do liame empregatício, a exemplo do uso para aquisição de moradia, ou quando há o acometimento por alguma enfermidade, entre outras (art. 20, V, VI e X, da Lei n.º 8.036/90). Diante dessas possibilidades, distancio-me, *data vênica*, do entendimento segundo o qual o prejuízo do obreiro apenas se verificaria no momento do desate contratual.

Do mesmo modo, as faltas imputadas ao empregador, devem ser constituídas de prova robusta, capazes de estabelecer a rescisão indireta, além do que, os elementos essenciais à composição da justa causa para o empregado, tais como a gravidade, atualidade e imediatidade, devem estar presentes.

Ainda, no que atine aos requisitos objetivos, encontra-se a gravidade da conduta. Nos termos de Delgado (2016, p. 1355): “[...] em se tratando de conduta tipificada, porém inquestionavelmente leve,

não é possível falar-se na imediata resolução do contrato de trabalho”.

Cabe ressaltar que o ônus da prova com relação à rescisão indireta é do empregador, pois prevalece, em nosso ordenamento jurídico, o princípio da continuidade da relação de emprego. Assim, alegado pelo empregado que a rescisão se operou por justa causa atribuível ao empregador, cabe a ele comprovar o fato constitutivo, nos termos dos artigos 373 do CPC/15 e 818 da CLT.

Assim a notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior, considera a ausência de recolhimento dos depósitos de FGTS como justificação significativa ao reconhecimento da justa causa patronal, consubstanciada no art. 483, “d”, da CLT, conforme se observa no provimento do Recurso de Revista n.º 1049-03.2013.5.10.0007 da 2ª Turma do TST, tendo como relatora a Ministra Delaíde Miranda Arantes, argumentando que:

RECURSO DE REVISTA. RESCISÃO INDIRETA. IRREGULARIDADE NO RECOLHIMENTO DOS DEPÓSITOS DO FGTS. O descumprimento de obrigações contratuais pelo empregador, notadamente no que diz respeito à efetivação dos depósitos de FGTS, configura falta grave. Tal situação, nos termos do art. 483, “d”, da CLT, autoriza o rompimento indireto do vínculo empregatício e a consequente condenação do empregador ao pagamento das verbas rescisórias. Recurso de revista conhecido e provido. (TST-RR-1049-03.2013.5.10.0007, Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, DEJT 21/11/2014).

Como supracitado, há jurisprudências que se inclinam sob o prisma da mitigação do princípio da imediatidade pelo trabalhador, que poderá a qualquer tempo manifestar em juízo a sua insatisfação com o pacto laboral, quando o descumprimento das obrigações se reitera mensalmente, como decidido recentemente pela 8ª Turma do TST no julgamento do Recurso de Revista n.º 1902-

80.2010.5.2 de relatoria da Ministra Dora Maria Costa, onde foi decidido que:

RECURSO DE REVISTA. 1. RESCISÃO INDIRETA. IRREGULARIDADE NO RECOLHIMENTO DO FGTS E DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. O descumprimento das obrigações contratuais relativas aos depósitos fundiários e das contribuições previdenciárias constitui fundamento suficientemente válido para a aplicação do art. 483, “d”, da CLT. A jurisprudência deste Tribunal Superior inclina-se no sentido da mitigação do princípio da imediatidade pelo trabalhador para manifestar o seu inconformismo com a conduta faltosa patronal, especialmente quando o descumprimento das obrigações se renova mês a mês. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido (...). (TST-RR-1902-80.2010.5.02.0058, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 13/09/2013).

A jurisprudência e a doutrina sinalizam seu entendimento que, sob pena da tipificação do perdão tácito, o conhecimento do ato faltoso e a reação da parte lesada não devam perpassar muito tempo, visto que este tempo não é estipulado de forma fixa e taxativa, devendo ser consideradas as circunstâncias que configuraram o ato faltoso do empregador e a dependência alimentar do empregado quanto aos seus direitos trabalhistas decorrentes da relação de emprego.

Deve ser levado em consideração pelo julgador que há uma pessoalidade no critério para cada caso justificando a rescisão indireta, efetivando uma análise profunda das particularidades que compreende a causa alegada, tal como os antecedentes e condições gerais que abrange tanto o empregado como o empregador, nesse sentido trata-se de falta que pode ser resolvido pecuniariamente de forma superveniente na constância da vigência do contrato do trabalho, desta feita entendeu a 2ª Turma do TRT da 2ª Região ao julgar o Recurso Ordinário n.º 00030547720135020085 de relatoria da

Ministra Sônia Maria Forster do Amaral, ementado a seguir:

ATRASO NO RECOLHIMENTO DOS DEPÓSITOS DO FGTS. RESCISÃO INDIRETA E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. O atraso no recolhimento dos depósitos do FGTS é questão que se resolve pecuniariamente, não justificando nem a rescisão indireta, por não configurar descumprimento grave do contrato, nem o pagamento de indenização por dano moral, por não resultar em prejuízo à moral ao trabalhador. Recurso a que se nega provimento. (TRT-2 - RO: 00030547720135020085 SP 00030547720135020085 A28, Relatora: SÔNIA MARIA FORSTER DO AMARAL, Data de Julgamento: 29/07/2015, 2ª TURMA, Data de Publicação: 07/08/2015).

Alguns Tribunais Regionais do Trabalho e juristas divergem do cediço posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, por entender que o recolhimento intempestivo do FGTS, isoladamente considerado, não enseja o reconhecimento da rescisão indireta, até porque nesta situação pode o empregado reclamar o descumprimento de tal obrigação sem comprometer a continuidade do vínculo empregatício.

Entendem ainda, que o depósito do FGTS não constitui condição essencial para a continuidade da prestação de serviços, podendo haver a reparação de eventual prejuízo na constância do pacto laboral, mediante a realização dos depósitos em atraso com juros e correção monetária.

Nesse sentido a consagrada lição de Martins (2012, p. 578) pretexto que a intermitência cometida pelo empregador deve ser de tamanha relevância que torne inviável a continuidade do contrato. Nesse sentido, é de ser observada a imediatidade no lapso de tempo para consideração de rescisão indireta do contrato de trabalho por parte do empregado, pois, presume-se que ocorreu perdão tácito, se houver continuidade da relação por algum tempo sem alterações, renunciando, consequentemente, à faculdade

de resilição do contrato, mesmo nas circunstâncias de rescisão indireta onde o empregado permanece no serviço. Nesse sentido, a postulação da rescisão deve ser imediata, pois a inércia e/ou omissão do trabalhador descaracterizam a imediatidade.

Alguns precedentes jurisprudenciais tornam público que há de se revestir de extrema gravidade o fato gerador da rescisão indireta, tal como a justa causa aplicada ao empregado, de modo a tornar a manutenção do pacto laboral insuportável. Contudo, devem-se sopesar os motivos graves e relevantes alegados pelo empregado, assim como a imediatidade e proporcionalidade do não cumprimento das obrigações contratuais, uma vez que o bem maior a ser preservado é o emprego, fator este denotado no Recurso Ordinário n.º 00006211620145020037 da 18ª Turma do TRT da 2ª Região de relatoria da Desembargadora Lilian Gonçalves, exposto adiante:

RESCISÃO INDIRETA. Não configurada. É cediço que o fato gerador da rescisão indireta do contrato de trabalho - tal como a justa causa aplicada ao empregado - há de revestir-se de extrema gravidade, de forma a tornar insustentável a manutenção do pacto laboral. Os motivos graves e relevantes alegados pelo empregado devem ser sopesados, bem como a proporcionalidade e imediatidade do descumprimento das obrigações contratuais, máxime porque o bem maior a ser preservado é o emprego. In casu, a despeito de reconhecido pelo MM. Juízo de origem a prestação de serviços em período anterior ao registro, no caso dos autos, tal violação não se reveste de extrema e excessiva gravidade, de forma a tornar insustentável o vínculo de emprego, seja porque o autor com ela aquiesceu com o recebimento do seguro desemprego no período não registrado, seja porque oportunamente sanada pelo empregador com o devido registro procedido em 03.02.2014. O mesmo se diga em relação descumprimento das demais obrigações legais e contratuais concernentes ao pagamento de horas extras, recolhimentos do FGTS e labor em condições insalubres sem a comprovação de entrega de EPIs. O bem maior, qual

seja, o próprio emprego, neste caso, há de ser salvaguardado. Apelo patronal provido no particular.

(TRT-2 - RO: 00006211620145020037 SP 00006211620145020037 A28, Relatora: LILIAN GONÇALVES. Data de Julgamento: 25/11/2015, 18ª TURMA, Data de Publicação: 27/11/2015).

Debater que os recolhimentos de FGTS poderiam ocorrer no ato da ruptura contratual e que por essa razão não configura rescisão indireta, é admitir que uma verba de natureza alimentar pudesse ser postergada. O não recolhimento das contribuições devidas viola, concomitantemente, regra peculiar a qualquer contrato de trabalho, prejudicando o Estado, sendo credor da obrigação decorrente de sua natureza parafiscal e a população de se beneficiar dos projetos sociais subsidiados com recursos oriundos do FGTS.

Com isso, o contumaz do descumprimento da obrigação de recolhimento do FGTS, quebra a boa-fé bilateral do contrato de trabalho, dando ao empregado a faculdade de permanecer com o contrato nestes moldes, porém a falha pontual do empregador no recolhimento, ou seja, não havendo dolo e contumácia não pode o fato isolado ser configuração de falta grave ao ponto de abalar o princípio da continuidade do contrato de trabalho.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O descumprimento do empregador referente ao não recolhimento dos depósitos do FGTS é fato grave e totalmente suscetível de rescisão indireta do contrato de trabalho, dado que o depósito do FGTS é exigência legal e obrigação contratual e, mesmo que num primeiro instante possa aparentar frágil a cessação de uma relação duradoura com base na sua ausência, a exiguidade desses depósitos tipifica a gravidade a dar conjuntura à rescisão indireta, mesmo o crédito sendo disponibilizado, em princípio, somente após o rompimento do contrato, tendo em vista que existem situações em que

o empregado poderá movimentar a respectiva conta independentemente do fim do pacto laboral.

Destarte, o não recolhimento dos depósitos, apesar de que possa não refletir uma influência direta no salário, constitui real ameaça a uma das garantias que o empregado tem em face à dispensa imotivada, origem na qual corresponde direito de vasta relevância social, cuja imperatividade não comporta o uso de subterfúgios.

Nesse caso entendo que a rescisão indireta deve ser reconhecida diante de irregularidade contratual substancial prevista no art. 483 da CLT que acaba por impedir a continuidade da relação empregatícia. Nos termos do art. 483, 'd', da CLT, o descumprimento de obrigações contratuais e legais pelo empregador, no caso, a ausência reiterada dos depósitos do FGTS, deve ser considerada falta grave, autorizando de imediato a rescisão indireta do contrato de trabalho, com o pagamento das verbas rescisórias correlatas.

Os termos do inciso "d" do artigo 483 da CLT não põem fim à dubiedade em relação à sua aplicabilidade, posto que, as premissas contratuais não inadimplidas por parte do empregador, não podem ser alusivas ao ponto da não legitimação como falta de significância o não recolhimento dos depósitos referentes ao FGTS. Notabiliza-se, pois, que a transgressão consumada pela reclamada não se presume leve.

Salientando que, embora o instituto seja um dispositivo contra eventuais excessos do poder do empregador, a rescisão indireta deve ser aplicada de forma ponderada pelos trabalhadores, uma vez que há ausência de depósitos de forma reiterada, pois a lógica é a criação de uma igualdade entre as partes, outorgando a justa causa como verossimilhança punitiva contra empregados e a rescisão indireta contra empregadores.

Em vista disso, entende-se que há restrições que sustenta que somente as estipulações oriundas do contrato é que se

enquadrariam no tipo jurídico examinado não podendo prevalecer este entendimento minoritário na doutrina e jurisprudência, pois as obrigações contratuais decorrem tanto nas normas de natureza imperativa como das de caráter dispositivo, posto que as duas espécies componham o contrato de trabalho.

Obviamente que outras situações específicas de descumprimento contratual podem gerar o direito à rescisão indireta do contrato de trabalho, devendo a Justiça analisar a situação caso a caso, sendo recomendado que haja uma dissecação do caso, a fim de apurar em que circunstâncias o não recolhimento dos depósitos do FGTS é, por si só, suficiente para a configuração da hipótese descrita no art. 483, alínea d, da CLT.

Sendo assim, com base na ausência contumaz de recolhimento do FGTS pelo empregador e de quaisquer obrigações, sejam elas legais, convencionais, normativas ou contratuais, autoriza a rescisão do vínculo por iniciativa do empregado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Luiz Paes de. **Direito do Trabalho: material, processual e legislação especial**. – 8.^a ed. – São Paulo: Rideel, 2010. – (Coleção de Direito Rideel).

BRASIL. **CLT Saraiva e Constituição Federal**. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1155 p. + adendo. ISBN 9788536186702.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. – 11.^a ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15.^a ed. São Paulo: LTr., 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. – 9.^a ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Malheiros. 28^a Ed., 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de direito do trabalho** – 17.^a ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

BRASIL. **Apelação Criminal**. Disponível em: <<http://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/307148778/apelacao-criminal-acr-50029485420154047209-sc-5002948-5420154047209/inteiro-teor-307148914>>. Acesso em: 07 out. 2016.

_____. **TRT - 2 - Recurso Ordinário em Rito Sumaríssimo**: RO: 00008078320135020066 SP 00008078320135020066 A28. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/>> Acesso em: 07 out. 2016.

_____. **Recurso de Revista**: TST-RR-1049-03.2013.5.10.0007. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/>> Acesso em: 07 out. 2016.

_____. **Recurso de Revista**: TST-RR-1902-80.2010.5.02.0058. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/>> Acesso em: 07 out. 2016.

_____. **TRT - 2 - Recurso Ordinário em Rito Sumaríssimo**: RO 00030547720135020085 SP 00030547720135020085 A28. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/>> Acesso em: 07 out. 2016.

_____. **TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO**: RO 00006211620145020037 SP 00006211620145020037 A28. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/>> Acesso em: 07 out. 2016.