



Diário Eletrônico (apenas matérias
ADMINISTRATIVAS) nº 27
Disponibilização: 08/02/2019

SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
Rua Peixoto Gomide, 768 - Bairro Jardim Paulista - CEP 01409-903 - São Paulo - SP - www.jfsp.jus.br

NOTA TÉCNICA NI CLISP 04

Nota Técnica n.º 04

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

Assunto: liberação do FGTS em casos de alteração de regime celetista para estatutário.

Relatora: Denise Aparecida Avelar

Revisor: Márcio Ferro Catapani

Trata-se da possibilidade de levantamento dos valores depositados em conta vinculada ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) levando-se em consideração a alteração do regime jurídico do beneficiário de celetista para estatutário.

A Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, criou o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, estabelecendo às pessoas jurídicas submetidas à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) o depósito mensal, em conta bancária vinculada aos empregados, no valor de 8% da remuneração devida no mês anterior, excluídas as verbas recebidas ou incorporadas a título de gorjetas, alimentação, habitação, vestuário ou prestações "in natura", previstas nos artigos 457 e 458 da Consolidação das Leis Trabalhistas. Confira-se:

Lei nº 5.107/66:

Art 2º Para os fins previstos nesta Lei, todas as empresas sujeitas à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) ficam obrigadas a depositar, até o dia 20 (vinte) de cada mês, em conta bancária vinculada, importância correspondente a 8% (oito por cento) da remuneração para no mês anterior a cada empregado, optante ou não, excluídas as parcelas não mencionadas nos arts. 457 e 458 da CLT.

Parágrafo único. As contas bancárias vinculadas aludidas neste artigo serão abertas em nome do empregado que houver optado pelo regime desta Lei, ou em nome da empresa, mas em conta individualizada, com relação ao empregado não optante.

Lei 5.452/43 (CLT):

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).

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)

Nota-se que a lei originária criou rol taxativo de condições para o levantamento dos depósitos pelo empregado beneficiário, limitadas à rescisão do contrato de trabalho sem justa causa, nos termos do artigo 8º, *in verbis*:

Lei nº 5.107/66:

Art 8º O empregado poderá utilizar a conta vinculada, nas seguintes condições conforme se dispuser em regulamento:

I - no caso de rescisão sem justa causa, pela empresa, comprovada mediante declaração desta, do Sindicato da categoria do empregado ou da Justiça do Trabalho, ou de cessação de suas atividades, ou e caso de término de contrato a prazo determinado, ou, finalmente de aposentadoria concedida pela Previdência Social, a conta poderá ser livremente utilizada;

II - no caso de rescisão, pelo empregado, sem justa causa, a conta poderá ser utilizada, parcial ou totalmente, com a assistência do Sindicato da categoria do empregado ou, na falta deste, com a do representante do Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS), nas seguintes situações devidamente comprovadas:

a) aplicação de capital em atividade comercial, industrial ou agropecuária, em que se haja estabelecido individualmente ou em sociedade;

b) aquisição de moradia própria nos termos do art. 10 desta Lei;

c) necessidade grave e premente, pessoa ou familiar;

d) aquisição de equipamento destinado a atividade de natureza autônoma;

e) casamento do empregado do sexo feminino.

III - durante a vigência do contrato de trabalho, a conta somente poderá ser utilizada na ocorrência das hipóteses previstas nas letras b e do item II deste artigo.

Certo, porém, que inúmeros beneficiários acessaram o Poder Judiciário pleiteando o levantamento dos saldos de suas contas vinculadas em situações distintas daquelas previstas em lei para o saque.

Em consequência, o extinto Tribunal Federal de Recursos houve por bem uniformizar entendimento autorizando a movimentação da conta do fundo no caso de resolução do contrato de trabalho operada a partir da transferência para o regime celetista. Com esse intuito, foi editada, em 02 de outubro de 1985, a Súmula nº 178, contendo a seguinte redação:

Súmula 178/TFR - 02/10/1985. Servidor público. FGTS. Movimentação. Transferência por lei do regime da CLT para estatutário.

Resolvido o contrato de trabalho com a transferência do servidor do regime da CLT para o estatutário, em decorrência de lei, assiste-lhe o direito de movimentar a conta vinculada do FGTS.

Com a finalidade de regulamentar a gestão do FGTS, foi publicada em 11 de maio de 1990 a Lei nº 8.036, estabelecendo novos parâmetros para a movimentação do fundo pelo trabalhador beneficiário, nos termos do artigo 20. A extinção do contrato de trabalho passou a ser contemplada pelo dispositivo em questão, conforme inciso IX:

Lei nº 8.036/90:

Art. 20 - A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações:

(...) **IX** - extinção normal do contrato a termo, inclusive o dos trabalhadores temporários regidos pela Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974;

Posteriormente, a Lei nº 8.112/90 de 11 de dezembro de 1990, ao dispor sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, alterou, em seu artigo 243, §2º, o regime dos ocupantes de funções de confiança de órgãos públicos (submetidos, portanto, ao regime celetista), transformando-os em cargos em comissão (estatutários), nos termos seguintes:

Art. 243. Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação.

(...) **§ 2º.** As funções de confiança exercidas por pessoas não integrantes de tabela permanente do órgão ou entidade onde têm exercício ficam transformadas em cargos em comissão, e mantidas enquanto não for implantado o plano de cargos dos órgãos ou entidades na forma da lei.

A lei em questão também contemplou vedação expressa ao levantamento dos valores da conta vinculada de FGTS dos trabalhadores transferidos, nos termos de seu artigo 6º, §1º:

Lei nº 8.112/90:

Art. 6º O saldo da conta vinculada ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), do servidor a que se aplique o regime da Lei nº 8.112, de 1990, poderá ser sacado nas hipóteses previstas nos incisos III a VII do art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990.

§ 1º É vedado o saque pela conversão de regime.

§ 2º O saldo da conta individualizada do FGTS, de servidor não optante, reverterá em favor da União ou da entidade depositante.

Cumprido destacar que em 29 de Outubro de 1991, foi distribuída ao Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do então Ministro Celso Borja, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 613-4/DF, visando a declaração da inconstitucionalidade do dispositivo em questão. A Procuradoria da República alegava, em síntese, que a vedação implicava em afronta a direito adquirido (CF, art. 5º, XXXVI) e autorizava, em verdade, a instituição de empréstimo compulsório (idem, art. 148).

A Sessão Plenária da Suprema Corte concluiu, em 29.04.1993, pela constitucionalidade do §1º do art. 6º da Lei 8.112/90, não conhecendo da ação no ponto referente à violação de direito adquirido e julgando-a improcedente quanto à alegação de instituição de empréstimo compulsório. O acórdão decorrente da sessão foi publicado em 29.06.2001, transitando em julgado em 10.08.2001.

Entretanto, a vedação foi expressamente revogada com a entrada em vigor da Lei nº 8.678, de 13 de julho de 1993, por força de seu artigo 7º, *in verbis*:

Lei nº 8.678/93:

Art. 7º Revogam-se o § 1º do art. 6º da Lei nº 8.162, de 8 de janeiro de 1991, e demais disposições em contrário.

Contudo, o Tribunal Superior do Trabalho consolidou o entendimento de que a transferência do regime jurídico de celetista para estatutário implica em extinção do contrato de trabalho, autorizando, assim, o levantamento do saldo da conta de FGTS para esta hipótese, a teor do artigo 20, IX da Lei nº 8.036/90:

Súmula nº 382 do TST

MUDANÇA DE REGIME CELETISTA PARA ESTATUTÁRIO. EXTINÇÃO DO CONTRATO. PRESCRIÇÃO BIENAL (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 128 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

A transferência do regime jurídico de celetista para estatutário implica extinção do contrato de trabalho, fluindo o prazo da prescrição bienal a partir da mudança de regime. (ex-OJ nº 128 da SBDI-1 - inserida em 20.04.1998)

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento ao REsp nº 1.110.848-RN, submetido à sistemática dos recursos repetitivos (CPC, art. 543-C), concluiu que a declaração de nulidade do contrato de trabalho em decorrência de ocupação de cargo público sem aprovação em concurso autoriza o levantamento das quantias depositadas na conta vinculada do beneficiado, por caracterizar culpa recíproca. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ADMINISTRATIVO. FGTS. NULIDADE DE CONTRATO POR AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. DIREITO AO LEVANTAMENTO DOS SALDOS FUNDIÁRIOS. CITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE MOSSORÓ/RN. CARÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS VIOLADOS. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. SÚMULA 284 DO STF.

1. A declaração de nulidade do contrato de trabalho em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, consoante previsto no art. 37, II, da CF/88, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando, para o trabalhador, o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao FGTS.

2. Precedentes do STJ: REsp 863.453/RN, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 12.11.2007; REsp 892.451/RN, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 25.04.2007; REsp 877.882/RN, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 28.02.2007; REsp 827.287/RN, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 26.06.2006; REsp 892719/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13.03.2007, DJe 02.06.2008.

(...). (STJ, REsp nº 1.110.848-RN, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, j. 24.09.2009, DJ 03.08.2009) (g. n.).

Ainda no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, mas no que concerne à afetação do tema a título de repercussão geral, foi submetido à apreciação da Egrégia Primeira Seção, em 07.12.2009, questão sobre a possibilidade de levantamento, nos termos do artigo 20, III da Lei nº 8.036/1990 por trabalhador que, permanecendo fora do regime de FGTS por três anos a partir de 1990, comprovar não ter havido ruptura do vínculo celetista, mas apenas suspensão de contrato de trabalho em virtude de cessão do titular à entidade pública (cargo em comissão).

A discussão teve origem no Recurso Especial nº 1.160.695-PE, interposto em face de acórdão do e. TRF-5, sendo registrada como Tema nº 785. Entretanto, o assunto foi desafetado em 14.04.2010, em razão da ausência de precedentes sobre a matéria.

Não obstante a ausência, até o momento, de instrumentos de inteligência artificial aptos a quantificar o número exato de ações judiciais sobre o tema específico, o NUAJ identificou 3.243 processos físicos na Seção Judiciária de São Paulo, referentes a mandados de segurança para a liberação de conta de FGTS e 271 processos filtrados pelo complemento livre, que apresenta alguma referência à mudança de regime, considerando a inexistência de assunto específico.

O saque integral do FGTS, na hipótese de pedido de demissão, tem sido tema também bastante debatido no âmbito legislativo haja vista a proposta de alteração do inciso I do artigo 20 da Lei nº 8.036/1990 no PLS 392 em tramitação desde o ano de 2016, tendo sido incluído em ordem do dia em 28/11/2018 pela Secretaria Legislativa do Senado Federal sem deliberação até a presente data.

Em tais condições, considerando que a matéria se encontra pacificada no âmbito jurisprudencial, **sugere-se a proposta de alteração legislativa para a inclusão de inciso específico sobre o tema da liberação do FGTS em casos de alteração de regime celetista para estatutário no artigo 20 da Lei nº 8.036/90, que trata sobre as hipóteses de saque do FGTS**, com o envio desta nota técnica:

1. ao Centro Nacional de Inteligência a fim de que possa dar início a tratativas institucionais junto ao Comitê Gestor do FGTS;
2. ao Conselho Nacional de Justiça, COGETAB, para a criação de assunto específico nas tabelas processuais unificadas.



Documento assinado eletronicamente por **Denise Aparecida Avelar, Juíza Federal Relatora**, em 06/02/2019, às 15:33, conforme art. 1º, III, "a", da Lei 11.419/2006.
Nº de Série do Certificado: 1270603346850093813



Documento assinado eletronicamente por **Marcio Ferro Catapani, Juiz Federal Revisor**, em 06/02/2019, às 15:52, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



Documento assinado eletronicamente por **Katia Herminia Martins Lazarano Roncada, Juíza Federal Presidente do Centro Local de Inteligência da Seção Judiciária de São Paulo**, em 06/02/2019, às 16:04, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://sei.trf3.jus.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0 informando o código verificador **4466547** e o código CRC **6B3DEBBC**.