

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 9

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
julho / dezembro de 2012

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

Coordenação: Sérgio Murilo Santos Campinho e Mauricio Moreira Mendonça de Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnoldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Sérgio Murilo Santos Campinho (UERJ), Théophile de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Rosany Fagundes, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 9 (julho/dezembro 2012)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-
v.

UERJ
Campinho Advogados
Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

**EXTENSÃO DO FGTS AO DIRETOR NÃO
EMPREGADO DE UMA SOCIEDADE ANÔNIMA**

**EXTENSION OF UNEMPLOYMENT GUARANTEE FUND TO THE
NON EMPLOYEE DIRECTOR OF A COMPANY**

Rodrigo Lychowski

Resumo: O presente artigo tem por objetivo abordar a extensão do FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço) ao diretor não empregado de uma sociedade anônima, previsto nos artigos 15, §4º, e 16 da Lei nº 8.036/90. Inicialmente, demonstrou-se que, não obstante as naturais diferenças existentes ente o Direito Comercial e o Direito Laboral, há também pontos e institutos em comum, como é o caso do tema objeto de análise do presente trabalho. Em seguida, antes de analisar especificamente esse acesso do diretor não empregado, foram abordadas peculiaridades do FGTS – que o diferenciam dos demais direitos trabalhistas, como sua finalidade coletiva, bem como a natureza jurídica de contribuição social (além de constituir um crédito trabalhista), e finalmente a prescrição trintenária para reclamar o FGTS que não foi recolhido pelo empregador. Vistas essas peculiaridades, passou-se então ao exame específico do acesso do diretor não empregado ao FGTS, no qual foram abordados os motivos e as finalidades da extensão do Fundo a um sujeito do Direito Comercial, estranho ao contrato de trabalho. Concluiu-se que tal extensão contribui para melhorar o ambiente de trabalho empresarial, aproximando o diretor dos seus empregados subordinados, a tal ponto de, especificamente em relação ao acesso FGTS, o diretor não em-

pregado e os empregados de uma sociedade anônima estarem num mesmo plano, num mesmo pé de igualdade.

Abstract: The aim of this article is to discuss the viability of extending the Unemployment Guarantee Fund to non-employed directors of a public limited company (a fund meant to guarantee the worker's rights, related directly to the time worked by each employee) as per Articles 15, § 4º, and 16 of Law number 8.036/90. In the introduction the author points out that, notwithstanding the natural differences between Commercial and Labour Law there are also aspects they have in common. When analyzing the possibility of a non-employed Director having access to the Unemployment guarantee fund, that institute and its peculiarities are taken into consideration so as to show those aspects that differentiate it from Labour Law; its collective objectives as well as the legal nature of social contributions (representing a labour fund) and, finally, the limitation period of thirty years to claim the contribution on the part of the employer, which has not been paid. The next step was to specifically consider the possibility of access of a non-employed Director of a public limited company, as, for example, the motives and aims of extending such benefit to someone subject to Commercial Law, i.e. not related to Labour Law contracts. Such extension, it seems, would improve the atmosphere at the workplace establishing a closer relationship of the Director with the other employees for they would now work as equals, i.e. having the same status.

Palavras-Chave: Sociedade anônima. Diretor não empregado. Acesso ao FGTS. Fundamentos. Finalidades. Efeitos.

Keywords: Company. Non Employee Director. Access to Unemployment Guarantee Fund Substance. Purposes. Effects.

SUMÁRIO: I – Introdução. II – Peculiaridades do FGTS. II. 1 – Finalidade coletiva. II. 2 – Natureza jurídica múltipla. II.3 – Prescrição trintenária. III – Acesso ao FGTS do Diretor não empregado de uma sociedade anônima. III.1 – Fundamentos e finalidade. IV – Conclusão.

1 – Introdução

Não obstante integrarem o mesmo Departamento na Faculdade de Direito da UERJ, é inegável a existência de diferenças existentes entre o Direito Comercial e o Direito do Trabalho.

De fato, a disciplina Direito Comercial está focada na pessoa do empresário e da empresa, o que significa que a busca do lucro é um elemento *indissociável* do comerciante – considerado aqui a expressão no sentido mais abrangente –, ao passo que o Direito do Trabalho tem, para parte considerável da doutrina juslaborista¹ como princípio nuclear, a proteção do trabalhador, em razão de sua notória hipossuficiência, a saber, sua inferioridade econômica e social em face do empregador.

Todavia, a par dessa distinção principiológica entre essas duas disciplinas jurídicas, existem também pontos em comum entre ambas.

E não poderia ser diferente, visto que, se por um lado o Estado Democrático de Direito brasileiro é fundado no *valor social do trabalho* (art. 1º, inciso IV, da Carta Magna de 1988), o mesmo texto constitucional estabeleceu como princípio informador da atividade econômica, ao lado da livre iniciativa, a *valorização do trabalho humano*, consoante expresso no artigo 170, *caput*, da Lei Maior de 1988, *in verbis*: “A ordem econômica, **fundada** na **valorização do trabalho humano** e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência **digna**, conforme os ditames da **justiça social** (...)” (grifos do autor).

Merece registro também o fato de que todo empregador – empresa individual ou coletiva – ao oferecer trabalho aos trabalhadores, desempenha um papel *social* de grande relevância, na medida em

1 Alguns autores, contudo, como Arion Sayão Romita *in* “O princípio da proteção em xeque”. São Paulo: Ltr, 2003, p. 23 consideram que é inconcebível a aplicação do princípio da proteção ao trabalhador nos contrato de trabalho na atualidade.

que como troca da força de trabalho que lhe foi prestado, o empregador tem a obrigação de pagar salário (e especificamente salário **justo**, segundo o artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948), e através desse salário, o empregado atenderá – ou pelo menos tentará – as suas necessidades vitais e às de sua família (vide neste sentido o artigo 7º, inciso IV da Constituição Federal de 1988).

Neste falar, não há dúvida de que a Lei Maior de 1988, com seu cunho social, teve um papel decisivo para aproximar as duas disciplinas em comento.

Assim, o “abismo” existente entre o Direito Comercial e o Direito Laboral é apenas aparente. Os seus pontos comuns, não obstante sutis, existem.

Dentre esses laços comuns, optou-se por abordar no presente artigo a extensão do FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço) – criado pela Lei nº 5.107/66 e atualmente regido pela Lei nº 8.036/90 – ao **diretor** não empregado de uma **sociedade anônima** (S.A), que está previsto nos artigos 15, §4º, e 16 da Lei nº 8.036/90.

A escolha de tal tema se justifica porque trata-se de um direito trabalhista cujos beneficiários são 98% (noventa e oito inteiros) formados por empregados de um contrato de trabalho, mas que, contudo, é também outorgado a um *sujeito do direito de comercial*, que não é sujeito de um contrato de trabalho, constituindo um exemplo de uma clara ligação entre o Direito Comercial e o Direito do Trabalho.

II – Peculiaridades do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

II.1 – Finalidade coletiva

Antes de se analisar os dispositivos da Lei do FGTS que, de forma inovadora, estenderam o Fundo ao sujeito de uma empresa, algumas peculiaridades do FGTS devem ser expostas.

O FGTS regido pela Lei nº 8.036/90 tornou-se, a partir da promulgação da CF/88, o regime jurídico obrigatório para todos os trabalhadores urbanos e rurais, por força do artigo 7º, inciso III da Carta Magna de 1988, que estabeleceu o regime fundiário vinculante a qualquer obreiro, não havendo mais que se falar em opção ao FGTS, tal como ocorria outrora.

O primeiro aspecto singular do FGTS a ser destacado consiste na sua finalidade *coletiva*, paralelamente à sua função individual.

É que, por um lado, o Fundo constitui um crédito² de que o empregado pode se utilizar durante o seu contrato de trabalho – a situação mais comum é o saque do FGTS para fins de aquisição de casa própria (art. 20, incisos V a VII da Lei nº 8.036/90) e em diversas situações quando há extinção do seu contrato de trabalho, sem que tenha havido culpa do empregado (art. 20, incisos I, II, IX), sendo que o principal motivo de saque é a despedida sem justa causa do empregado (art. 20, I).

Todavia, por outro lado, ao contrário da quase totalidade dos institutos do direito individual do trabalho, o FGTS possui uma finalidade *coletiva*, que consiste na aplicação dos recursos do FGTS em programas de habitação popular, saneamento básico e infra-estrutura urbana, conforme se verifica no artigo 5º, inciso I e no artigo 6º, inciso IV, entre outros.

Além de constituir uma interessante peculiaridade do regime fundiário, essa utilização do FGTS em programas sociais poderá acarretar graves prejuízos, caso ocorra o inadimplemento do recolhimento pelo FGTS pelo empregador.

De fato, tanto o empregado, quanto a população carente sofrerão prejuízos sociais, caso o empregador não cumpra a sua obriga-

2 MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. Ed. FGV: Rio de Janeiro, 1993, pág. 296.

ção de recolher o FGTS mensalmente sobre todas as parcelas de natureza salarial – omissão infelizmente que ocorre em grandes proporções –, o que torna vital a atuação fiscalizatória da Delegacia-Regional do Trabalho, bem como do Ministério Público do Trabalho (fiscal da lei laboral).

2.2. Natureza jurídica múltipla

Outra peculiaridade do FGTS consiste na sua natureza jurídica³ “*multidimensional, complexa*, com preponderante estrutura e fins **justralhistas**, os quais se combinam, porém, harmonicamente (...) traços de figuras afetas às contribuições **sociais**, formando, porém, instituto *unitário*” (grifos do autor).

É que o FGTS, assim como o salário, as férias, o décimo-terceiro salário e as demais parcelas trabalhistas, constituem um direito do empregado – integrante do mínimo de garantias (art. 7º, *caput* da Carta Magna de 1988) – sobre qual o empregador mensalmente recolha o percentual de 8% (oito por cento) sobre todas as parcelas de natureza salarial percebida pelo obreiro.

Por outro lado, para muitos autores, como por exemplo, Sérgio Pinto Martins⁴, o FGTS consiste numa contribuição social, de caráter tributário.

Independente de qual posição se adote em relação à natureza jurídica do FGTS, parece-nos que o mais relevante é a percepção de que o Fundo tem uma natureza *múltipla, singular*, que o diferencia dos demais direitos trabalhistas.

3 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª. ed. São Paulo: Ltr, 2007, pp. 1.275 e 1.276.

4 MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual do FGTS*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 78.

2.3. Prescrição trintenária

E como consequência dessa natureza *sui generis* do FGTS, surge a sua terceira singularidade, a saber, o prazo de prescrição de *trinta anos* (prescrição *trintenária*) para o empregado cobrar o não recolhimento do FGTS por seu empregador.

De todas as peculiaridades do regime fundiário – as quais não temos a pretensão no presente artigo, evidentemente, de esgotá-las – aquela que é mais *relevante*, e simultaneamente, a *mais polêmica*, consiste indubitavelmente na prescrição trintenária para o trabalhador reclamar o seu FGTS que não foi recolhido, de forma total ou parcial, pelo empregador.

Essa prescrição, cujo lapso é efetivamente muito grande, tem gerado grandes controvérsias, sobretudo na seara doutrinária, visto que em sede jurisprudencial já se firmou o entendimento dominante de que a prescrição para reclamar o FGTS é de 30 (trinta) anos.

De fato, tanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ) quanto o Tribunal Superior do Trabalho (TST) pacificaram tal controvérsia, através da edição das súmulas, respectivamente no. 210 e 362.

Todavia, esse consenso jurisprudencial está muito longe de ser alcançado entre os juslaboristas.

De fato, de um lado, diversos autores, como Valentin Carrion⁵, sustentam que o prazo prescricional do FGTS deveria ser *quinquenal* e não de trinta anos, primeiramente porque esse é o lapso prescricional para reclamar **todos os direitos** trabalhistas que não foram adimplidos pelo empregador, consoante expresso no artigo 7º, inciso XXIX da CF/88.

5 CARRION, Valentin. Ob. cit., pp. 81 e 82.

No que tange o fundamento de que a prescrição trintenária do FGTS decorre de sua natureza previdenciária, Carrion⁶ refuta tal argumento, alegando que o artigo 149 da Lei Maior de 1988 manda aplicar às contribuições previdenciárias os princípios tributários, o que significa que se aplica à prescrição do FGTS a mesma prescrição dos tributos (fixado pelo CTN), isto é, **quinquenal**.

Por outro lado, Maurício Godinho Delgado⁷ adota postura diametralmente oposta à de Valentin Carrion, sustentando que a prescrição do FGTS é trintenária, concordando, assim, com o entendimento jurisprudencial já pacificado.

De todos os argumentos utilizados por Godinho, consideramos o mais sólido o artigo 23, §5º, da Lei do FGTS (Lei nº 8.036/90), que estabelece, **in verbis**: “O processo de fiscalização, de atuação e de imposição de multas, reger-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o **privilégio do FGTS à prescrição trintenária**” (grifos do autor).

Ora, se existe um dispositivo legal, de âmbito federal e favorável aos trabalhadores hipossuficientes, estabelecendo que a prescrição do FGTS é trintenária, parece-nos inquestionável que essa previsão legal da prescrição de trinta anos do FGTS encerra – ou deveria encerrar – a polêmica doutrinária.

Seja pelo critério da hierarquia das normas – a Lei nº 8.036/90 tem dimensão **federal** – ou pelo critério da **especialidade** – a citada Lei regula especificamente o FGTS –, e seja pelo princípio da aplicação da norma mais favorável ao obreiro, em virtude da sua flagrante hipossuficiência – todos esses fundamentos, em nosso pensar, não dão margem a defender uma prescrição que não seja trintenária, aplicável ao FGTS.

6 CARRION, Valentin. Ob.cit., p 81.

7 DELGADO, Maurício Godinho. Ob.cit., pp.269 e 270.

III – Acesso do FGTS ao diretor não empregado de uma sociedade anônima (S.A)

Antes de se tratar do tema objeto do presente artigo, consideramos fundamental esclarecer que uma sociedade comercial possui duas espécies de diretores. O primeiro deles é o que se pode ser denominado de “verdadeiro” diretor, porquanto investido de poderes de mando, que representa a própria sociedade comercial, com poderes de demitir os empregados, e que, assim, assume o papel de *empregador* numa S.A. A parte inicial da súmula no. 269 do TST refere-se a esses diretores “*próprios*”.

De outro lado, temos a segunda espécie de diretores, a saber, os diretores “impróprios”, que, ao invés de estarem investidos fundamentalmente de poderes de gestão, estão na prática *subordinados juridicamente*⁸, por exemplo, ao Conselho de Administração de uma sociedade anônima. Assim, por cumprirem ordens, esses diretores são na realidade *empregados* de uma sociedade anônima. A parte final da citada súmula no. 269 do colendo TST refere-se a essa segunda espécie de diretores.

Dessa forma, o acesso do FGTS aos diretores de uma S.A, refere-se a seus *verdadeiros* diretores, munidos de poderes de mando, e que não estão subordinados juridicamente a nenhum órgão ou pessoa da sociedade comercial.

III.1 – Fundamentos e finalidade

O acesso dos diretores não empregados ao FGTS foi originalmente previsto pela Lei nº 6.919, de 2/06/1981 em seu artigo 1º e §2º, que inclusive possibilitava o acesso de diretores não empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias e fundações públicas.

8 MARTINS, Sérgio Pinto. Ob. cit., p. 178.

Posteriormente, essa extensão do FGTS foi regulada em dois dispositivos da Lei nº 8.036/90 – artigo 16 e 15, §4º –, tendo como beneficiários os diretores não empregados de sociedades comerciais privadas, sendo relevante e necessária sua transcrição.

O artigo 16 estabelece que:

Para efeito desta Lei, as empresas sujeitas ao regime da legislação trabalhista poderão equiparar seus diretores não empregados aos demais trabalhadores sujeitos ao regime do FGTS. Considera-se diretor aquela que exerça cargo de administração previsto em lei, estatuto ou contrato social, independente da denominação do cargo (grifos do autor).

O artigo 15, §4º, da Lei nº 8.036/90, por seu turno, assevera que, *in verbis*: “**Considera-se remuneração as retiradas de diretores não empregados, quando haja deliberação da empresa, garantindo-lhes os direitos decorrentes do contrato de trabalho de que trata o art. 16**”.

As singularidades do FGTS, em nosso entendimento, contribuem para a possibilidade de extensão do FGTS a um sujeito do Direito Comercial, estranho ao contrato de trabalho.

De fato, a finalidade coletiva do regime fundiário, sua natureza de contribuição social, com caráter tributário e a prescrição trintenária, mais do que diferenciar o FGTS dos demais direitos trabalhistas, revelam que o mesmo não constitui **apenas um direito trabalhista, mas um instituto que produz efeitos em outras disciplinas jurídicas, em particular, o Direito Comercial.**

Daí porque basta haver uma autorização no estatuto de uma sociedade anônima (S.A) para que um diretor não empregado seja equiparado aos empregados dessa mesma S.A, no que tange ao direito ao FGTS.

Esse mesmo diretor não empregado de uma S.A, contudo, não terá nenhum outro direito trabalhista, como férias, décimo terceiro

salário, etc., na medida em que tais direitos não têm nem a finalidade coletiva, e nem a natureza de contribuição previdenciária, que é própria e exclusiva do FGTS acrescida do fato de que esses diretores *não são empregados*.

Um outro aspecto parece-nos que merece menção. As relações e interesses entre os empresários de uma sociedade e seus empregados são naturalmente opostos.

Enquanto o empresário almeja o lucro, os obreiros de uma sociedade comercial desejam e reivindicam melhores salários e condições de trabalho.

Todavia, isso não significa que, não obstante esses naturais antagonismos, não existam pontos de *convergência* entre o empresário e seus empregados, a saber, postura social do empresário e espírito de colaboração dos trabalhadores, que vestem a “camisa da empresa”, para que esta alcance maior lucro.

Neste falar, consideramos que a extensão de um direito genuinamente trabalhista e que integra o mínimo de garantias ao diretor não empregado de uma S.A. contribui para *aproximar* o diretor de seus empregados na empresa, melhorando o ambiente empresarial, o que é vital para o aumento da produtividade empresarial.

Da mesma forma, atribuir aos trabalhadores participação nos lucros, tal como previsto no artigo 7º, inciso XI, da Carta Magna de 1988 e regulamentado pela Lei nº 10.101/00 não apenas integra mais o trabalhador no seio empresarial, mas, sobretudo, aumenta a sua motivação e incentiva o aumento de sua produtividade.

Verifica-se ainda que diversos incisos do artigo 20 da Lei do FGTS (exemplificativamente os incisos XI, XIII e XIV) possibilitam que haja saque do FGTS em favor dos *dependentes* dos trabalhadores, apesar de estes não serem sujeitos do contrato de trabalho, mas, estranhos em relação a um contrato laboral, quando, por exemplo, o dependente do trabalhador for *portador do vírus do AIDS* ou for acometido de *neoplasia maligna*.

Essas hipóteses de saque da conta vinculada do FGTS em favor de pessoas *estranhas* a um contrato de trabalho reforçam a *singularidade* do regime fundiário e contribuem para a compreensão da extensão do FGTS ao diretor não empregado de uma sociedade anônima.

IV- Conclusão

O antagonismo existente entre as disciplinas jurídicas Direito Comercial e Direito do Trabalho – integrantes do mesmo Departamento da Faculdade de Direito da UERJ – não elimina a presença de diversos pontos de contato e até mesmo de institutos nos quais um dos principais sujeitos do Direito Comercial seja beneficiário de um direito fundamental trabalhista, tal como um empregado.

E não poderia ser diferente, considerando que o Estado Democrático de Direito brasileiro tem como fundamento o valor social do trabalho (artigo 1º, inciso IV, da Carta Magna de 1988), assim como figura como princípio informador da atividade econômica a valorização do trabalho humano, bem como a realização da justiça social (art. 170, incisos, da Lei Maior de 1988).

Assim, como consequência lógica, a extensão do FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço) ao diretor não empregado de uma sociedade anônima (S.A.) – desde que haja expressa autorização no estatuto social da empresa (artigos 15, §4º, e 16 da Lei nº 8.036/90) – constitui uma clara efetivação legal dessa união entre o Direito Comercial e o Direito Laboral, cujos interesses e objetivos são naturalmente distintos e muitas vezes antagônicos.

Numa era da pós-modernidade, onde muitos buscam o lucro insaciável, infelizmente à custa da supressão de um mínimo de garantias outorgada aos obreiros, a existência de institutos como esse – objeto da presente análise – contribui para aproximar essas duas disciplinas jurídicas, colaborando para a melhoria do ambiente de traba-

lho, motivando os trabalhadores, incentivando o aumento de sua produtividade.

O diretor não empregado de S.A na prática, no que tange ao FGTS, fica lado a lado com seus empregados, num mesmo plano de igualdade.