

**TCU - COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAR RECURSOS
ORIUNDOS DO FGTS
Representação**

Ministro-Relator Bento José Bugarin

Grupo I - Classe VII - Plenário

TC-012.964/95-6 (Sigiloso)

Natureza: Representação.

Órgão: Tribunal de Contas da União.

Interessada: 5ª Secretaria de Controle Externo do TCU.

Ementa: Representação formulada pela 5ª Secex acerca da natureza jurídica do FGTS e, conseqüentemente, da competência desta Corte e, em especial, daquela Unidade Técnica, para fiscalizar os recursos oriundos do referido fundo. Conhecimento. Entendimento jurisprudencial do STF e do TCU no sentido de não incluir os recursos de FGTS no conceito de receita pública, por se tratar de patrimônio do trabalhador. Competência do TCU fixada em decorrência de figurar a CEF como agente operador dos recursos do FGTS, por cuja má-aplicação pode vir a União a responder, e também tendo em vista que "o próprio interesse do Estado em prover o FGTS estende-lhe a condição de 'res publica', passível, desta forma, de ação fiscalizadora mais efetiva", nos termos de precedente desta Corte. Verificação na prática e também na legislação pertinente (Lei nº 8.844/94) de tratamento de receita pública aos recursos do FGTS, o que justifica manter a respectiva fiscalização nos moldes como hoje se encontra neste Tribunal. Esclarecimentos e ciência à interessada. Arquivamento dos autos.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação formulada pela 5ª Secex, na pessoa de seu Titular, acerca do tratamento jurídico a ser dado ao FGTS quanto aos seguintes questionamentos que apresenta:

"4.a. os recursos do FGTS constituem receita de entidade de Direito Público, consoante disposto no capítulo II do Título I da Lei nº 4.320/64 ou devem ser considerados patrimônio do trabalhador ?

4.b. tais recursos são do gênero tributo ? de que espécie ?"

A Representação em tela foi motivada pelo despacho da Diretora, em substituição, da 2ª Divisão daquela Unidade Técnica, exarado nos autos do

TC-001.589/95-4, concernente a Relatório de Auditoria realizada na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e na Procuradoria da Fazenda Nacional do Distrito Federal (PFN/DF), com o objetivo de conhecer a organização e o funcionamento daquele órgão, no que se refere à inscrição, cobrança, baixa e cancelamento da Dívida Ativa da União, bem como quanto aos procedimentos de apuração do estoque da dívida. Naquela oportunidade, a Diretora em substituição, calcada em sólidos argumentos, defendeu a natureza tributária do FGTS, alertando que entendimento contrário implicaria "desclassificar o FGTS do conceito de receita pública, o que, por si só, impediria esta 5ª Secex de acompanhar a sua arrecadação" (fls. 08).

A Assessora da 5ª Secex, por sua vez, em atendimento à solicitação do Secretário daquela Unidade Técnica, emitiu parecer sobre a matéria, no qual concluiu, respaldada na jurisprudência, tanto do STF quanto do TCU, que os recursos do FGTS não são de natureza tributária e não podem ser enquadrados no conceito de receita pública. Não obstante, ressalta que "embora os recursos do FGTS não sejam considerados uma receita pública, cabe ao Estado, como vimos, a sua administração como fiel depositário. Vemos que cresce a cada dia a participação do Estado na administração e fiscalização de tais recursos. A exemplo, com a edição da Lei nº 8.844, de 20.01.94, foi atribuída à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN a competência para inscrever em Dívida Ativa os débitos das contribuições do FGTS e representar esse Fundo, judicial e extrajudicialmente, para a sua cobrança. E dentro deste contexto, temos também a própria fiscalização exercida por este Tribunal".

Sorteado Relator, solicitei o pronunciamento do Ministério Público, que em percuciente parecer da lavra do Subprocurador-Geral Walton Alencar Rodrigues assim concluiu:

"Fixado o entendimento de que os recursos do FGTS não ostentam natureza tributária, algo paradoxalmente, a competência para a cobrança judicial das contribuições e multas devidas ao Fundo se situa no âmbito da Procuradoria da Fazenda Nacional (art. 2º da Lei nº 8.844, de 20.1.94). Ora, tal ente se situa como parte integrante da Advocacia-Geral da União, especializado e responsável pela representação da União na execução da dívida ativa de natureza tributária (CF, art. 131, § 3º). Disso decorre que a atribuição dessa competência apenas pode decorrer da assimilação do FGTS aos tributos, como efeito prático da necessária racionalização e agilização dos serviços públicos.

Apesar de evidente não se tratar de verbas públicas, a competência do Tribunal de Contas da União promana diretamente do fato de que são recursos submetidos à gestão da Caixa Econômica Federal, empresa pública federal, por cuja má-aplicação pode vir a União a responder.

A 5ª Secex suscitou a discussão em torno da natureza jurídica das contribuições do FGTS, tendo em vista a necessidade da delimitação estrita de sua competência funcional, no tocante ao acompanhamento da arrecadação das receitas públicas, Não sendo o FGTS receita pública *stricto sensu*, numa

primeira análise, não teria aquela unidade competência para fiscalizar e acompanhar sua arrecadação, mas, sim, a 8ª Secex.

Atualmente, as contas do FGTS, apresentadas em processo autônomo, são examinadas e instruídas pela 8ª Secex, a quem cabe verificar, além doutros aspectos, a legalidade das receitas e despesas do Fundo (TC-007.812/89-2, Decisão tomada na Sessão Extraordinária de 6.3.90, inciso IV, alínea 'c').

Considerando, todavia, a especialização dos Analistas lotados na 5ª Secex, para as atividades de acompanhamento da arrecadação das receitas públicas, inscrição e cobrança das dívidas em favor da União, tendo em vista os pontos de identidade entre os recursos oriundos do FGTS e aqueles decorrentes das receitas públicas, instado por V. Ex.^a, sugere o Ministério Público que, por economia e racionalização administrativa, a 5ª Secretaria de Controle Externo continue a fiscalizar até a destinação dos valores do FGTS, incluindo-se aí a inscrição, para a cobrança judicial dos débitos, e a arrecadação. Por sua vez, a 8ª Secex continuaria a verificar a execução do orçamento na parte da despesa, fiscalizando a legalidade das transferências e a utilização dos valores, nada obstando a atuação conjunta de ambas as Secretarias, dada a eventual interpenetração das competências fiscalizatórias de cada qual, devido à proximidade e complementaridade das áreas de atuação." (grifos do original).

É o Relatório.

VOTO

Com efeito, consoante citado nos diversos pareceres dos autos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já contemplou a matéria em apreço, tendo firmado entendimento, quando da apreciação do Recurso Extraordinário nº 100.249/SP, em 02/12/87, no seguinte sentido:

"As contribuições para o FGTS não se caracterizam como crédito tributário ou contribuições a tributo equiparáveis. Sua sede está no art. 165, XIII, da Constituição. Assegura-se ao trabalhador estabilidade, ou fundo de garantia equivalente. Dessa garantia, de índole social, promana, 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 desse pagamento. A contribuição pelo empregador, no caso, deflui do fato de ser ele o sujeito passivo da obrigação, de natureza trabalhista e social, que encontra, na regra constitucional aludida, sua fonte. A atuação do Estado, ou do órgão da administração pública, em prol do recolhimento da contribuição do FGTS, não implica torná-lo titular do direito à contribuição, mas, apenas, decorre do cumprimento pelo Poder Público, de 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. Os depósitos do FGTS pressupõem vínculo jurídico, com disciplina do Direito do Trabalho. Não se aplica às contribuições do FGTS o disposto nos arts. 173 e 174 do CTN."

Posteriormente, já sob a égide da nova Constituição Federal, o STF manteve o entendimento anterior, conforme citado às fls. 12 dos autos, no Recurso Extraordinário nº 134.328-1-DF, cuja ementa é a seguinte: "A natureza da contribuição devida ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço foi definida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 100249 - RTJ 136/681. Nesse julgamento foi ressaltado seu fim estritamente social de proteção ao trabalhador, aplicando-se-lhe, quanto à prescrição, o prazo trintenário, resultante do art. 144 da lei orgânica da Previdência Social".

É de se mencionar, ainda, citação feita pelo Representante do Ministério Público, ao transcrever trecho do Voto proferido pelo Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 613-4-DF, de 30/04/93, Ministro Francisco Rezek, oportunidade em que se discutia o direito do servidor celetista, transformado em estatutário, de sacar o saldo existente na conta vinculada, *in verbis*:

"visto que nunca se lançou dúvida sobre a titularidade desses depósitos, tudo se inscrevendo num domínio mais modesto, o de sua disponibilidade' ... 'recorde-se ainda uma vez que tudo quanto restringe a ordem jurídica, na sua configuração contemporânea, é a disponibilidade - o saque, pois - de recursos que permanecem afetos ao patrimônio do servidor, no respectivo fundo de garantia' ... 'Não há dúvida de que a lei quis que isto se transformasse num patrimônio do trabalhador. Assim, não se lhe poderia subtrair esse bem, de modo, aí sim, confiscatório e contrário à Constituição, a pretexto de que o risco da despedida não subsiste.' ... 'Não há dúvida de que o fundo de garantia é uma parcela do patrimônio do trabalhador, de modo que estaria configurado o confisco caso se pretendessem ignorar suas finalidades paralelas e tratá-lo apenas como um bônus-desemprego, transferindo-o à caixa da União no momento em que se pudesse dizer que o cidadão que de celetista passou a estatutário não corre mais os riscos por conta dos quais esse fundo se constituiu em nome dele. Mas não! Não se discute a propriedade. Por isso o postulante não falou em confisco; não pretendeu ver afrontado o direito de propriedade que a Constituição assegura."

Cumprе ressaltar que também o TCU já se manifestou sobre o tema, consoante se depreende do Voto do Ministro Adhemar Paladini Ghisi, prolatado nos autos do TC-025.637/92-4, tendo servido de fundamento para a Decisão nº 241/93-Plenário, Ata nº 24, cujo trecho reproduzo a seguir:

"Há, todavia, entre os recursos que formam o FGTS e a poupança popular - no caso, a captada pela CEF -, diferenças a considerar. Ambos, indubitavelmente, pertencem ao público que detém contas individuais. Porém, é no mecanismo de saques e destinação que se operam as disparidades, pois enquanto o

primeiro, FGTS, é regido e disciplinado por uma série de normas emanadas do Estado, tanto no que concerne à aplicação em programas habitacionais e de saneamento básico, quanto à pura e simples movimentação por detentor de conta vinculada, a segunda, caderneta de poupança, tem os recursos que a constituem aplicados - evidentemente, respeitados os percentuais e destinação -, de forma bastante flexível, cujas contas poderão, ainda, ser movimentadas de acordo com a conveniência de seus titulares.

Vê-se, então, que o próprio interesse do Estado em prover o FGTS estende-lhe a condição de 'res publica', passível, desta forma, de ação fiscalizadora mais efetiva."

É de se citar, ainda, assertiva do Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, quando da apreciação das contas do Governo, relativas ao exercício de 1993, que, ao analisar o desempenho do FGTS, afirmou: "Embora de ordem social, as cobranças não se revestem de natureza tributária que lhes confira o caráter de receita pública prevista no Capítulo II da Lei nº 4.320/64 ...".

A jurisprudência acima transcrita reflete, de forma clara, o entendimento da Corte Suprema e também desta Casa quanto à natureza dos recursos do FGTS, no sentido de que não se constituem em receita pública, não tendo, pois, natureza tributária.

Não há, entretanto, como deixar de considerar as sensatas ponderações levadas a efeito pelo Subprocurador-Geral e também pelo Ministro Adhemar Ghisi, no Voto supratranscrito, mormente ante o disposto nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.844/94, *in verbis*:

"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.

Parágrafo único. A Caixa Econômica Federal (CEF) e a rede arrecadadora prestarão ao Ministério do Trabalho as informações necessárias ao desempenho dessas atribuições.

Art. 2º Compete à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a inscrição em Dívida Ativa dos débitos na forma do artigo anterior, bem como a representação judicial e extrajudicial do FGTS para a correspondente cobrança, relativamente às contribuições, multas e demais encargos previstos na legislação respectiva."

Assim, como bem ressalta o Representante do Ministério Público, cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional representar a União, judicial e extrajudicialmente, na execução da dívida ativa de natureza tributária, nos termos do art. 131, § 3º, da Constituição Federal, o que, em tese, afastaria da PGFN a atribuição de representar a União quando se tratasse de recursos oriundos do FGTS,

considerando o entendimento jurisprudencial no sentido de que citados recursos não constituem receita pública, não tendo, desse modo, natureza tributária.

Vê-se, todavia, que o comando da Lei nº 8.844/94 dispôs de modo diverso, conforme se depreende do supratranscrito art. 2º do referido diploma legal, o que, conforme bem salientado pelo *Parquet*, decorre "da assimilação do FGTS aos tributos, como efeito prático da necessária racionalização e agilização dos serviços públicos".

Não obstante, evidencia-se a competência do Tribunal de Contas da União em decorrência de figurar a Caixa Econômica Federal como agente operador dos recursos do FGTS, nos termos do art. 4º da Lei nº 8.036/90, "por cuja má-aplicação pode vir a União a responder", como bem lembra o MPTCU, e também em razão das lúcidas ponderações do Ministro Adhemar Ghisi, no sentido de que "o próprio interesse do Estado em prover o FGTS estende-lhe a condição de 'res publica', passível, desta forma, de ação fiscalizadora mais efetiva".

Conseqüentemente, tem-se que, malgrado a posição jurisprudencial desclassificando os recursos do FGTS do conceito de receita pública e, por conseguinte, de receita tributária, a prática e até mesmo a legislação (Lei nº 8.844/94) têm dispensado tratamento de receita pública aos referidos recursos, o que se me afigura suficiente para perfilhar o posicionamento do Ministério Público, no sentido de manter a fiscalização desse patrimônio nos moldes como hoje se encontra, com atuações simultâneas da 5ª e 8ª Secex, cada qual em sua esfera de competência, sem prejuízo de eventuais atuações conjuntas.

Ante o exposto, VOTO por que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto à apreciação deste Plenário.

DECISÃO Nº 833/97 - TCU - PLENÁRIO¹

1. Processo nº 012.964/95-6 (Sigiloso)
2. Classe de Assunto: VII - Representação.
3. Interessada: 5ª Secretaria de Controle Externo do TCU.
4. Órgão: Tribunal de Contas da União.
5. Relator: Ministro Bento José Bugarin.
6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Walton Alencar Rodrigues.
7. Unidade Técnica: 5ª Secex.
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
 - 8.1. conhecer da presente Representação, para, no mérito, responder à interessada que, segundo entendimento jurisprudencial, tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Tribunal de Contas da União, os recursos do FGTS constituem patrimônio do trabalhador, não se aceitando a sua classificação como receita pública e, conseqüentemente, como receita tributária;
 - 8.2. esclarecer à interessada que:
 - 8.2.1. a competência do Tribunal de Contas da União decorre do fato de a Caixa Econômica Federal figurar como agente operador dos recursos do FGTS, nos termos do art. 4º da Lei nº 8.036/90, por cuja má-aplicação pode vir a União a responder, e também em razão de que "o próprio interesse do Estado em prover o FGTS estende-lhe a condição de *res publica*, passível, desta forma, de ação fiscalizadora mais efetiva", conforme entendimento externado no Voto que fundamentou a Decisão nº 241/93-TCU-Plenário;
 - 8.2.2. malgrado o entendimento jurisprudencial referido no item 8.1 desta Decisão, a prática e a legislação pertinente (Lei nº 8.844/94) têm dispensado tratamento de receita pública aos recursos do FGTS, o que justifica manter a respectiva fiscalização nos moldes como hoje se encontra, com atuações simultâneas da 5ª e 8ª Secex, cada qual em sua esfera de competência, sem prejuízo de eventuais atuações conjuntas.
 - 8.3. dar ciência desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, à interessada;
 - 8.4. arquivar os presentes autos.
9. Ata nº 45/97 - Plenário.
10. Data da Sessão: 26.11.1997 - Extraordinária de caráter reservado.
11. Especificação do *quorum*:
 - 11.1. Ministros presentes: Homero Santos (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Carlos Átila Álvares da Silva, Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin (Relator), Valmir Campelo e o Ministro Substituto José Antonio Barreto de Macedo.

Homero Santos
Ministro-Presidente

Bento José Bugarin
Ministro-Relator

¹ Publicado no DOU de 10.12.1997.