

**A POSSIBILIDADE DA PARTILHA DO VALOR DEPOSITADO NA CONTA
VINCULADA EM SEDE DE DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL**

**THE POSSIBILITY OF SHARING AMOUNT DEPOSITED IN THE FGTS ACCOUNT
IN MARITAL DISSOLUTION OF SOCIETY**

Leandro Reinaldo da Cunha
(<http://lattes.cnpq.br/4682265624995156>)^{**1}

Terezinha de Oliveira Domingos
(<http://lattes.cnpq.br/5059375283346826>)^{**2}

RESUMO

Este artigo tem por escopo analisar a questão da dissolução do casamento e suas conseqüências, mormente no que se refere ao aspecto patrimonial, no que tange a possibilidade ou não de partilha do montante depositado na conta vinculada do trabalhador em decorrência do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço). Aferir, com base nos princípios que regem a ordem trabalhista e tributária, a complexa natureza jurídica do instituto, a natureza dos valores depositados e o regime de bens em que se constituiu o matrimônio são os pontos primordiais a fim de sustentar a possibilidade de pleito de divisão da importância existente na conta vinculada do FGTS, ainda que o trabalhador não tenha tido acesso efetivo a este montante. O estudo passa pela apreciação do que buscou o legislador quando determinou que os

¹ **Leandro Reinaldo da Cunha** *Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP e Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos – UNIMES. Professor de Pós-Graduação e Graduação da Universidade Nove Julho e da Universidade Metodista de São Paulo.

² **Terezinha de Oliveira Domingos**** Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pesquisadora Científica. Professora de Pós-Graduação do COGEAE - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professora do curso de Mestrado da Universidade Ibirapuera de São Paulo – UNIB. Professora de Graduação e de Pós-Graduação da Universidade Nove de Julho – UNINOVE. Professora de Graduação da FAPAN.

proventos auferidos com o trabalho significam quando apresentou as exclusões da comunicabilidade no regime da comunhão parcial de bens. A compreensão do objetivo do legislador e da extensão da expressão usada são elementares à compreensão do tema e a possibilidade da partilha de valor que muitas vezes se revela vultoso e relevante.

PALAVRAS-CHAVES: Dissolução do casamento; partilha de bens; FGTS.

ABSTRACT

This article seeks to analyze marriage dissolution and its consequences, mostly in patrimonial matter, on the sharing of amounts deposited in a worker's account of FGTS. Also, to analyze either the nature of values deposited based on principles of tax, worker law and the marriage system. These are the main points to support the possibility of sharing the amount in a worker's account, even if the worker did not have access to this money during his/her life. This paper also deals with what the legislator may have thought when ordered that the proceeds of work means when the legislator presents the exclusion of communicability of partial marriage system. The understanding of what the legislator intended and the extension of the term are very important to the comprehension of the possibility of sharing the amounts that occasionally are very high and relevant.

KEYWORDS: marriage dissolution, sharing of property, FGTS.

SUMÁRIO: Introdução. 1.Regimes de bens do casamento. 2. Conceito e natureza jurídica do FGTS. 3. Do FGTS como bem a ser partilhado. 4. Conclusão. 5. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal pontua, em seu art. 226, que a família é a base da sociedade, sendo certo que esta pode ser constituída de diversas formas segundo o entendimento mais atual. Todavia, não se pode negar que as formas mais elementares de constituição da família estão nas figuras do casamento e da união estável.

Uma boa parcela da sociedade é criada com um ideal de vida, qual seja, a constituição da família por meio da vinculação com outra pessoa, modelo tradicional de criação da estrutura familiar que virá a substituir aquela em que a pessoa foi concebida ou criada.

Este conceito de família vinculada ao estabelecimento de um relacionamento amoroso entre as partes é elementar e histórico, em que pese o fato de que a sociedade atual cada vez mais entende que tal forma não é a única e tampouco essencial para que a felicidade seja atingida.

Em tempos remotos a única forma de constituição de família, previsto até mesmo no texto constitucional anterior, era por intermédio do casamento. Esta realidade se alterou e o casamento veio perdendo força social, sendo que o estabelecimento familiar por meio da união estável vem ganhando força, recebendo até mesmo proteção do estado, conforme assevera a Constituição Federal (art. 226, § 3º). Apenas à guisa de ilustração, o total de casamentos ocorridos e registrados em 2009 caiu 2,3%, em relação a 2008, segundo os dados publicados pelo IBGE³.

³ Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1753> Acessado em: 06-04-2011.

Ocorre que todo relacionamento desta natureza tem um fim inexorável. Se não se der pelas formas de dissolução volitivas (invalidade, separação⁴ ou divórcio), encontrará seu termo pelo implemento da morte. Qualquer que seja o motivo pelo qual o casamento venha a ter seu fim, haverá a necessidade de se efetivar a partilha do patrimônio decorrente daquela união matrimonial. O mesmo é possível ser dito da união estável, pois mesmo que padecendo de uma formalidade para sua constituição, vez que uma situação de fato, para a sua desconstituição necessita, de regra, de um provimento jurisdicional com força cogente objetivando que uma partilha patrimonial não realizada espontaneamente venha a se efetivar.

Neste instante em que se faz necessária a partilha do patrimônio do casal surgem inúmeras questões a serem tratadas, e que, na prática, nem sempre se vê a devida atenção dos operadores do direito no seu espectro mais amplo.

O fato é que não se pode falar em casamento ou união estável sem que se questione o aspecto patrimonial, regido pelo regime de bens, sendo certo que este se mostra como sendo os parâmetros patrimoniais que regerão aquela união (matrimonial ou convivencial) estabelecida.

A perfeita atenção aos preceitos legais acerca da questão do regime de bens é primordial para que se faça uma divisão patrimonial adequada e que não venha a gerar prejuízos ou danos a quem quer que seja, fazendo prevalecer o estatuído no texto legal.

1 DOS REGIMES DE BENS DO CASAMENTO

O casamento, seja ele entendido como um negócio jurídico/contrato ou como uma instituição, encerra em si uma ideia de comunhão de vidas,

⁴ Não se questiona aqui os efeitos da Emenda Constitucional nº 66 que suscita discussão acerca da manutenção ou não da separação como modalidade de dissolução do casamento.

tornando os cônjuges consortes, conforme explana o art. 1.565 do Código Civil. Essa comunhão se revela não só na vida pessoal, mas também mostra seus reflexos no âmbito patrimonial do casal.

O viés patrimonial do casamento é tão evidente que o legislador expressamente determina que não há casamento que não seja regulado por um regime de bens, nos termos consignados no art. 1.640 do Código Civil. Não há, portanto, casamento sem regime de bens, sendo que as determinações de cunho patrimonial inerentes ao casamento também se aplicam à união estável.

Neste contexto estabelece a legislação vigente que compete aos nubentes a livre escolha do regime de bens (salvo em caso de aplicação do regime obrigatório – art. 1641), sendo certo que a falta de escolha ou a nulidade do ato indicativo do regime de bens enseja a imposição do regime legal, qual seja o da comunhão parcial de bens (art. 1.640 do Código Civil).

Tal regime é a regra geral ou regime legal desde o advento da lei 6.515/77, sendo que antes desta o regime geral a ser aplicado era o da comunhão universal de bens.

O preceito básico de todo regime de bens está associado à comunicabilidade patrimonial, mais especificamente, à extensão de tal comunicabilidade. A distinção entre os regimes de bens estabelecidos pela legislação vigente está atrelado à maior ou menor comunicabilidade do patrimônio do casal e conseqüentemente os acervos patrimoniais existentes na constância do casamento/união estável, sendo de se entender o regime da comunhão universal de bens aquele em que se vislumbra uma comunicabilidade mais extensiva e o regime da separação convencional de bens o de menor extensão⁵.

A ideia base do regime da comunhão parcial de bens é a da comunicabilidade do patrimônio adquirido na constância do casamento, fazendo parte do conjunto de bens comum do casal aqueles que advierem após a realização do casamento, nos termos do que dispõe o art. 1.658 do

⁵ Leandro Reinaldo da Cunha. Terezinha de Oliveira Domingos. **O Regime Obrigatório da Separação de Bens e o Capitalismo Humanista**. p. 3873.

Código Civil. Contudo, ao estabelecer tal regra o próprio legislador trouxe algumas considerações acerca de hipóteses que os bens, ainda que sobrevindo na constância do casamento estariam excluídos da comunhão (art. 1.659 do Código Civil).

Sob a perspectiva do regime da Comunhão Universal de Bens, conforme dispõe o art. 1.667 e seguintes do Código Civil, haveria uma comunicabilidade patrimonial ainda maior, atingindo os bens presentes e futuros dos cônjuges, bem como suas dívidas, mas com as exceções trazidas pelo art. 1668 da mesma lei. Há uma comunicabilidade mais expressiva, mas que não chega a ser plena⁶, como sustentam alguns doutrinadores⁷.

A terceira modalidade de regime de bens fixado pelo Código Civil é o da Participação Final nos Aquestos disposto no art. 1672 e seguintes, pressupondo que na constância do casamento cada cônjuge possua patrimônio próprio e, ao ser término, caberá a cada qual metade dos bens adquiridos a título oneroso no período em que a união perdurou, naquilo que é ordinariamente denominado de um regime contábil.

A derradeira modalidade de regime de bens fixado pelo Código Civil é o regime da Separação de Bens previsto nos artigos 1.687 e 1.688 que pressupõe uma incomunicabilidade patrimonial plena, pertencendo a cada cônjuge aquilo que vier a adquirir no decorrer do casamento.

Fato é que em que pese o legislador ter estabelecido estas modalidades de regimes de bens de forma específica no corpo do texto legal nada impede que os nubentes venham a estabelecer variáveis aos regimes de bens existentes ou mesmo criar modalidades novas por meio de pacto antenupcial, desde que não determinem qualquer cláusula contravenha disposição absoluta de lei (art. 1655 do Código Civil).

⁶ Leandro Reinaldo da Cunha. Terezinha de Oliveira Domingos. **O Regime Obrigatório da Separação de Bens e o Capitalismo Humanista**. p. 3873

⁷ Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**. p. 204

2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO FGTS

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) foi criado na década de 1960 como uma modalidade de seguro a fim de resguardar o empregado demitido sem justa causa, o qual poderia contar com uma certa quantia durante o período em que se visse fora do mercado de trabalho. Para subvencionar esta garantia o empregado teria depositado a cada mês trabalhado em uma conta vinculada junto a Caixa Econômica Federal o valor correspondente a 8% (oito por cento) do seu salário.

Convém aqui invocar os preceitos de Amauri Mascaro do Nascimento⁸ que preleciona:

Denomina-se Fundo de Garantia por Tempo Serviço um sistema de depósitos efetuados pelo empregador em conta bancária do empregado, sob a gestão da Caixa Econômica Federal, e com um Conselho Curador, para utilização pelo trabalhador em hipóteses previstas na lei. O valor depositado é calculado sobre os salários e no percentual de 8% mensais.

Foi com o advento da Constituição Federal de 1988, que o Fundo de Garantia por Tempo Serviço passou ser um direito do trabalhador, independentemente da vontade do trabalhador ou do empregador, uma vez que até este momento o trabalhador tinha a opção de fazer a escolha pelo regime de estabilidade ou pelo FGTS.

Prosseguindo ainda, Amauri Mascaro do Nascimento⁹ instrui:

A Lei n. 8036, de 11 de maio de 1990. Art. 14, § 4º, permite aos trabalhadores, a qualquer momento, a opção pelo FGTS com efeitos retroativos a 1º de janeiro de 1967 ou a data de sua admissão, quando posterior àquela, e pelo tempo anterior a 5 de outubro de 1988 (art. 14, § 4º).

Ao ser admitido em cada emprego, o trabalhador devia exercer uma opção entre o sistema do Fundo de Garantia e o sistema anterior da indenização e estabilidade após 10 anos.

Todavia, a Constituição Federal de 1988 (art. 7º, III) torna desnecessária a opção pelo Fundo de Garantia, uma vez que o

⁸ Amauri Mascaro do Nascimento. **Curso de Direito do trabalho**. p. 563.

⁹ Amauri Mascaro do Nascimento. **Curso de Direito do trabalho**. p. 563.

prevê como único regime de garantia do tempo de serviço. Futuramente, será, por lei, instituída uma nova indenização para reparar despesas arbitrárias ou sem justa causa. O direito do empregado deixou de ser optativo entre o Fundo de Garantia e uma indenização. É, unicamente, o Fundo de Garantia com o acréscimo devido pelo empregador calculado sobre os depósitos (art. 10, I, das Disposições Transitórias).

O FGTS tem por objetivo considerar o tempo de serviço que o empregado prestou para a empresa conferindo-lhe condições para que se mantenha num eventual período de desemprego, além de ter o condão de contrapesar a despedida realizada unilateralmente pelo empregador. Vale, consignar que o valor depositado a título de Fundo de Garantia por Tempo Serviço não é indenização, pois não tem como finalidade reparar nenhuma modalidade de dano causado pelo empregador. Octavio Bueno Magano¹⁰ instrui que:

“A natureza jurídica do FGTS não é, evidentemente, a mesma que a da indenização por despedida injusta. A indenização tem o caráter de ressarcimento de dano sofrido pela perda do emprego, ao passo que os valores do FGTS visam à compensação do tempo de serviço do empregado [...]”

É neste panorama, que se coloca em discussão a questão concernente a natureza jurídica do FGTS. Doutrinariamente não é uma tarefa fácil trazer a definição da natureza jurídica do FGTS, visto que esta não é questão pacífica, suscitando intenso debate.

Parte da doutrina defende que o FGTS é um crédito legal dos empregados, procedente da execução do contrato de trabalho. Neste sentido pode-se pontuar que o empregador faz depósito correspondente aos créditos em conta vinculada ao trabalhador, mensalmente e, conseqüentemente vai acumulando o total a ser sacado pelo empregado por ocasião da sua demissão sem justa causa ou nas demais hipóteses que a lei autoriza.

Assim sendo, o trabalhador tem um crédito feito vinculado na sua própria conta, caracterizando-se como uma espécie de poupança forçada feita em seu proveito na Caixa Econômica Federal por parte do empregador.

Para o empregador a obrigação concernente ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é, por natureza jurídica, um tributo, cuja espécie é a

¹⁰Octavio Bueno Magano. **Primeiras Lições do Direito do Trabalho**. p. 85.

contribuição social de intervenção no domínio econômico, conforme o disposto no artigo 149 da Constituição Federal de 1988:

“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.”

Nesta relação temos de um lado a figura do empregador como contribuinte, e, por outro, o beneficiário é o trabalhador. Certo é que a administração do recurso advindo do FGTS compete à Caixa Econômica Federal, por delegação do Estado a uma entidade descentralizada. A receita proveniente tem por finalidade atender as necessidades econômicas e sociais com destinação vinculada especificamente ao financiamento da habitação, saneamento básico e infra-estrutura.

Doutrinariamente, a discussão toma um viés tributário, considerando ser o FGTS uma espécie de contribuição social, caracterizando-se como um tributo. É válido ressaltar que a Constituição Federal de 1988, recepcionou o Código Tributário Nacional instituído pela Lei n. 5172 de 25.10.1996, que dispõe:

Art. 217. As disposições desta Lei, notadamente as dos arts 17, 74, § 2º e 77, parágrafo único, bem como a do art. 54 da Lei 5.025, de 10 de junho de 1966, **não excluem a incidência e a exigibilidade:** (Incluído pelo Decreto-lei nº 27, de 14.11.1966)

[..] IV - da **contribuição** destinada ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, criada pelo art. 2º da Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966; (Incluído pelo Decreto-lei nº 27, de 14.11.1966). (grifo nosso)

Dada a complexidade da temática, embora persista a divergência na doutrina e jurisprudência, ressalta-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) na ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 2556 MC/DF:

“ADI 2556 MC / DF - DISTRITO FEDERAL
MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. MOREIRA ALVES

Julgamento: 09/10/2002 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação de artigos e de expressões contidas na Lei Complementar federal nº 110, de 29 de junho de 2001. Pedido de liminar. - **A natureza jurídica das duas exações criadas pela lei em causa, neste exame sumário, é a de que são elas tributárias, caracterizando-se como contribuições sociais** que se enquadram na sub-espécie "contribuições sociais gerais" que se submetem à regência do artigo 149 da Constituição, e não à do artigo 195 da Carta Magna.

O exame foi sumário. Não há decisão final ainda. Mas o Supremo Tribunal Federal aplicou e continua aplicando o entendimento acima a centenas de processos. Uma consulta ao site de jurisprudência da Corte afasta rapidamente qualquer dúvida a respeito dessa afirmativa." (grifo nosso)

As reflexões não se esgotam, pois o entendimento do tema persiste controverso, como pode ser observado na Sumula 353 do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 19 de junho de 2008, que traz em sua essência que as disposições do Código Tributário Nacional não se aplicam às contribuições para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Pode-se afirmar que esta foi mais uma tentativa de unificar o entendimento a respeito da natureza jurídica das contribuições para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Vale consignar, que a discussão sobre a natureza jurídica do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), não o descaracteriza como direito a ser exercido nas hipóteses legais, e irá compor o patrimônio do trabalhador a ser partilhado por ocasião da dissolução do casamento, tópico a ser abordado a partir deste momento.

3 DO FGTS COMO BEM A SER PARTILHADO

Em que pese o fato de que o valor referente ao FGTS pertence ao trabalhador, vez que depositado em conta vinculada, durante o período do vínculo de trabalho, de regra, não tem acesso a este montante, o qual virá a formar um patrimônio para períodos em que venha a estar fora do mercado de trabalho. O acesso a tal montante se faz apenas em hipóteses bastante específicas estabelecidas em lei, mostrando que o trabalhador não tem plano acesso a este importe.

Conforme disponibilizado no sítio eletrônico da Caixa Econômica Federal (www.caixa.gov.br) pode o trabalhador levantar o valor depositado a título de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS):

- Na demissão sem justa causa;
- No término do contrato por prazo determinado;
- Na rescisão do contrato por extinção total ou parcial da empresa;
- Na decretação de anulação do contrato de trabalho nas hipóteses previstas no art. 37 §2º, da Constituição Federal, ocorrida após 28/07/2001, quando, mantido o direito ao salário;
- Na rescisão do contrato por falecimento do empregador individual;
- Na rescisão do contrato por culpa recíproca ou força maior;
- Na aposentadoria;
- No caso de necessidade pessoal, urgente e grave, decorrente de desastre natural causado por chuvas ou inundações que tenham atingido a área de residência do trabalhador, quando a situação de emergência ou o estado de calamidade pública for assim reconhecido, por meio de portaria do Governo Federal;
- Na suspensão do Trabalho Avulso;
- No falecimento do trabalhador;
- Quando o titular da conta vinculada tiver idade igual ou superior a 70 anos;
- Quando o trabalhador ou seu dependente for portador do vírus HIV;
- Quando o trabalhador ou seu dependente for acometido de neoplasia maligna - câncer;
- Quando o trabalhador ou seu dependente estiver em estágio terminal, em razão de doença grave;
- Quando a conta permanecer sem depósito por 3 anos seguidos, cujo afastamento tenha ocorrido até 13/07/90;
- Quando o trabalhador permanecer por 03 anos seguidos fora do regime do FGTS, cujo afastamento tenha ocorrido a partir de 14/07/90, podendo o saque, neste caso, ser efetuado a partir do mês de aniversário do titular da conta
- Para aquisição de moradia própria, liquidação ou amortização de dívida ou pagamento de parte das prestações de financiamento habitacional.¹¹

Considerando as características do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) muito se questiona acerca dos direitos que competiriam a cada cônjuge em caso de dissolução do casamento sobre o valor ali depositado. Pode-se asseverar que o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) é

¹¹ Disponível em: <http://www.caixa.gov.br/fgts/pf_saque_faq.asp#> Acessado em: 06-04-2011.

um importe que pertence ao trabalhador, vez que atrelado a ele a uma conta vinculada em seu nome, mas que, contudo, não tem acesso a estes valores, a não ser nas hipóteses previstas em lei.

Possível se dizer que se trata de uma figura símile àquela do menor que tem parte do patrimônio deixado por herança por seus pais depositado em uma conta judicial ao qual apenas terá acesso após atingir a maioridade civil.

Desta maneira, questiona-se qual seria o direito do cônjuge sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) do outro quando da dissolução do casamento, considerando-se, obviamente, o regime de bens desse casamento.

Antes mesmo de qualquer consideração mais aprofundada quanto ao tema é preponderante se consignar que o Código Civil ao tratar dos bens que se excluem da Comunhão Parcial de Bens (art. 1.659) afirma que não fazem parte da comunhão os proventos do trabalho pessoal de cada um (VI), o que também ocorre no regime da Comunhão Universal de Bens (art. 1.668, V), o que se faz extremamente pertinente ao se considerar que a origem do FGTS é a relação de emprego do sujeito.

Inicialmente, neste sentido, é de se entender o que significa exatamente esta questão de não comunicabilidade dos bens decorrentes do trabalho de cada um. Se tal preceito vier a ser levado de forma radical nada haveria de se comunicar vez que tudo o que se possui, no mais das vezes, se adquire com o salário. Cabe, portanto, uma interpretação adequada do que efetivamente significa o disposto no corpo do Código Civil no quanto concerne a questão dos proventos do trabalho.

Proventos devem ser entendidos como a retribuição do trabalho exercido, sendo este entendido de forma ampla, como indica Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹², sendo que Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que a origem etimológica da palavra provento “autoriza abrangência, pois vem do latim *proventus*, com sentido de ganho, proveito, resultado obtido

¹² Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família..** p.343.

ou lucro do negócio”¹³. Francisco Claudio de Almeida Santos assevera que proventos corresponde:

[...] aos salários, às gratificações, às comissões do trabalhador, aos subsídios e aos vencimentos, às gratificações e aos abonos dos servidores públicos, aos pro labore ou honorários do empresário e do profissional liberal, à paga da empreitada de labor, etc., assim como às verbas pagas em função da aposentadoria social e privada¹⁴.

Ao tratar do tema Maria Helena Diniz pontua que:

O produto do trabalho (salários, vencimentos, aposentadoria, FGTS, PIS, participação nos lucros) dos consortes e os bens com eles adquiridos, em regra, não se comunicam (CC, Art. 1.659, II). [...] Entretanto, entendemos que a incomunicabilidade seria só do direito à percepção dos proventos, que, uma vez percebidos, integrarão o patrimônio do casal, passando a ser coisa comum, pois, na atualidade, marido e mulher vivem de seus proventos, contribuindo proporcionalmente, para a manutenção da família, e, conseqüentemente, usam dos seus rendimentos.¹⁵

O entendimento esposado por Maria Helena Diniz é no sentido de que o que não se comunica é o direito à percepção dos proventos, ou os proventos em seu estado ideal, ainda sob a detenção do empregador, com a comunicabilidade a partir do instante em que passa ao poder do trabalhador, com a comunicabilidade do que quer que venha a ser adquirido com tais valores, ainda que em nome de apenas um deles, indicando o REsp 646.529/SP da 3ª Turma com relatoria da Ministra Nancy Andrichi julgado em 21.06.2005.

Assim, conforme pontua Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

¹³ Paulo Luiz Netto Lôbo. **Famílias**, p. 322.

¹⁴ Francisco Claudio de Almeida. **Os Proventos do Trabalho e o Regime de Bens**. p. 305.

¹⁵ Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. p. 185-186.

[...] dissolvido o casamento, por exemplo, o direito que o marido tem de perceber, mês a mês, o salário pago por seu empregador não integrará o acordo de partilha¹⁶

Neste mesmo sentido Carlos Roberto Gonçalves afirma que “recebida a remuneração, o dinheiro ingressa no patrimônio comum, tendo a mesma consequência os bens adquiridos como o seu produto”¹⁷. Débora Vanessa Caus Brandão afirma que o recebimento da remuneração por parte do sujeito faz com que tal importância passe a ingressar a comunhão¹⁸.

Francisco Claudio Almeida dos Santos afirma, sobre o tema que

A exclusão dos ganhos pessoais do trabalho de cada cônjuge, nos regimes das comunhões parcial e total, tem merecido críticas dos estudiosos. De fato, enquanto frutos do trabalho, os proventos não se comunicam, mas, na medida em que se transformam em patrimônio, passam a se comunicar, total ou parcialmente. Serão bens adquiridos na constância do casamento, que se incluem na comunhão parcial ou universal.¹⁹

Fechando tal entendimento Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho formulam um exemplo que torna claro o que pugnam, afirmando que o “salário que recebo da empresa em que trabalho é meu; todavia, o carro que eu compro com ele, no curso do casamento, pertencerá, por metade, à minha esposa”²⁰.

Todavia, lembram estes autores que existe decisão do Superior Tribunal de Justiça (REsp 4212.801/RS rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar) no

¹⁶ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família..** p.344

¹⁷ Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro. Volume 6 – Direito de Família.** p. 457.

¹⁸ Débora vanessa Caus Brandão. **Regime de Bens no Novo Código Civil.** p. 212

¹⁹ Francisco Claudio de Almeida. **Os Proventos do Trabalho e o Regime de Bens.** p. 307.

²⁰ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família..** p.345

sentido de admitir a divisão de créditos trabalhistas, integrando a partilha, neste entender, verbas rescisórias trabalhistas²¹.

Questão outra que também é muito lembrada ao tratar do tema está na hipótese de um dos cônjuges receber todo o seu provento e o conservar, nada adquirindo com ele, não o convertendo em patrimônio comum.

É de se entender que não importar se o valor foi efetivamente convertido em nova modalidade de bem ou se está depositado em conta bancária. Havendo a percepção do valor (seja por depósito em conta bancária ou recebimento em espécie do valor) este passa a ser considerado como patrimônio e como tal haverá de ser entendido como bem comum nos regimes da Comunhão Parcial de Bens e Comunhão Universal de Bens, sob pena de dar azo a um absurdo desequilíbrio financeiro²².

Exatamente no lastro desta questão surge a apreciação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), o qual goza de grande relevância senão apenas pelo critério técnico envolvido, mas também no aspecto econômico, vez que os valores depositados na conta vinculada podem por vezes alçar quantias bastante consideráveis.

Maria Berenice Dias posiciona-se no sentido de que a tendência seria por não se considerar o FGTS e as verbas rescisórias como verbas personalíssimas e, portanto, incomunicáveis, cabendo a comunicabilidade independentemente do regime de bens²³. Em Acórdão da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (AC 545915-4/5), por sua vez, pontuou-se pela incomunicabilidade do FGTS, não integrando este o patrimônio comum do casal. Evidencia-se assim uma clara celeuma que tem que ser apreciada de forma pontual.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam que, seguindo o entendimento que tem sido adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, a comunicabilidade do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

²¹ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família**. p. 345

²² Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro. Volume 6 – Direito Civil**. p. 457

²³ Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**. p. 237.

(FGTS) pode ser considerada juridicamente possível, indicando REsp 758.548/MG da 3ª Turma de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 03.10.2006.

Ante a polêmica questão da partilha ou não do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) quando da dissolução do casamento/união estável pode-se suscitar as seguintes hipóteses:

a) o valor do FGTS é liberado antes do casamento, mas a aquisição do bem se deu depois do casamento ou da união estável;

b) o valor do FGTS é liberado na constância do casamento e a aquisição do bem se dá neste instante, mas o período trabalhado ou maior parte dele se deu antes do casamento ou da união estável;

c) A liberação do FGTS se deu na constância do casamento ou união estável e o período trabalhado também transcorreu durante estes;

d) a liberação do FGTS ocorreu após o término do casamento ou da união estável, mas o período trabalhado foi, na sua totalidade ou em grande parte, na constância do casamento ou da união estável.

Em qualquer das hipóteses suscitadas o ponto primordial de compreensão do tema está na definição do momento em que o valor do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) passou a integrar o patrimônio do trabalhador. **É de se entender que o momento em que o montante relativo ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) passa a integrar o patrimônio do trabalhador é o do depósito e não o do levantamento**, vez que neste ele apenas tem acesso aos valores que já lhe pertence de direito.

A indisponibilidade dos valores ou a proibição de que o trabalhador possa livremente valer-se daquele importe não retira dele a condição de detentor daqueles valores, os quais, mediante as causas legais especificadas, poderão ser manejados por seu real detentor. Tal afirmação é possível vez que depositados os valores referentes ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) ninguém senão o trabalhador poderá deste valor se valer, havendo apenas restrições quanto ao momento do acesso a tais valores.

Neste sentido se pontua que se o valor veio a fazer parte do patrimônio do sujeito na constância do casamento haverá de compor a meação, sendo o momento do depósito na conta vinculada preponderante para a determinação da comunicabilidade patrimonial. Pondera-se, ainda, que este valor que se encontra depositado na conta vinculada do trabalhador tanto já compõe seu patrimônio, ainda que não tenha livre disposição dele, que quando do seu falecimento fará parte da meação e também do patrimônio a ser partilhado.

Embargos de declaração. Julgamento baseado em fundamento errônea da qualificação dos réus com herdeiros necessários. Acolhimento com efeitos infringentes. Habilitação de companheira em arrolamento. Sentença de parcial procedência. Reconhecimento da união estável a partir de data posterior à aquisição de bem imóvel pelo falecido. Meação não reconhecida. Direito da companheira na condição de sucessora, conforme Lei 8.971/94. Usufruto viual e Direito real reconhecido, conforme Lei 9278/96. FGTS. Reconhecimento da companheira devidamente habilitada perante o 1NSS. Embargos conhecidos e providos, com efeito modificativo. (EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº: 9131954-85.2001.8.26.0000/50001 - 213.938.4/3-01 - TJSP; 29/04/2011)

"RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL - DIREITO PREVIDENCIÁRIO - SALDO DE FGTS E PIS/PASEP - PEDIDO DE MEAÇÃO - PROCEDÊNCIA . Uma vez reconhecida a união estável, ainda que existam herdeiros legítimos e/ou necessários já incluídos como beneficiários do Sistema de Previdência Social, a divisão há de ser feita entre todos os que, por lei, tem o direito reconhecido de concorrer ao acervo, incluindo-se aí a companheira legalmente reconhecida; sendo certo, ainda, que os valores referentes ao saldo de FGTS e PIS/PASEP também deverão ser objeto de meação entre o companheiro, uma vez provada a sua condição". (TJMG, Número do processo: 1.0027.04.004668- 5/001(1), Relator: Des. Geraldo Augusto)

Ante a estas afirmações, as questões suscitadas anteriormente podem ser facilmente respondidas:

a) *O valor do FGTS é liberado antes do casamento, mas a aquisição do bem se deu depois do casamento ou da união estável – neste caso a aquisição do bem se deu na constância do casamento contudo com valores que o sujeito já possuía antes de casar-se, motivo pelo qual não haveria a comunicabilidade*

deste bem vez que haveria de ser tido como um bem sub-rogado, o qual, nos termos do art. 1.659, I do Código Civil, não se comunicam. Ainda que não se entendesse ser hipótese da aplicação da figura da sub-rogação, seria também possível posicionar-se pela incomunicabilidade baseado no fato de se tratar de bem cuja aquisição teve por título uma causa anterior ao casamento (art. 1.661 do Código Civil);

b) O valor do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) é liberado na constância do casamento e a aquisição do bem se dá neste instante, mas o período trabalhado ou maior parte dele se deu antes do casamento ou união estável – neste caso o bem adquirido comporá o patrimônio comum de forma parcial, na medida de equivalência entre o valor auferido a título de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) no período em que o casamento transcorreu, vez que a parcela do valor que se refere ao período anterior ao casamento não se comunica, entrando na condição de bem sub-rogado (art. 1.659, I do Código Civil) ou decorrente de causa anterior ao casamento (art. 1.661 do Código Civil);

c) A liberação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) se deu na constância do casamento ou união estável e o período trabalhado também transcorreu durante estes – esta revela a situação de mais fácil solução, vez que a importância ou os valores utilizados para a aquisição do bem foram adquiridos pelo trabalhador já na constância do casamento, motivo pelo qual o que com ele foi adquirido virá a compor o patrimônio comum do casal, nos termos do art. 1.658 e 1.660, I do Código Civil;

d) A liberação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) ocorreu após o término do casamento ou da união estável mas o período trabalhado foi, na sua totalidade ou em grande parte, na constância do casamento ou da união estável – ainda que o recebimento dos valores ou a aquisição do bem tenha ocorrido após o término do casamento, esta se deu com bem comum do casal, vez que o importe usado para a aquisição do bem foi valor que passou a fazer parte do patrimônio comum do casal com a efetivação do depósito junta a conta vinculada.

As soluções apresentadas se mostram perfeitamente adequadas no que concerne ao aspecto técnico, contudo seria possível se questionar como se efetivaria a partilha dos valores referentes ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) caso o sujeito não tivesse acesso a ele quando da dissolução do casamento ou da união estável, contudo isso não se mostra como óbice à aplicação da lei, sendo possível que se consigne tal situação no ato da dissolução da união e seja a Caixa Econômica Federal notificada por ofício para que o valor devido seja entregue ao outro cônjuge quando o trabalhador vier a ter total liberdade para levantamento do importe depositado.

Evidencia-se, também, no presente caso, que nada impede que ocorra a compensação entre os valores depositados na conta vinculada do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) do marido/companheiro e da mulher/companheira caso ambos tenham importes existentes na em suas contas junto a Caixa Econômica Federal.

Desta forma é de se entender pela possibilidade de partilha do valor referente ao FGTS ainda que o trabalhador não tenha tido acesso a ele, vez que já é seu efetivo detentor desde o instante em que este é depositado em sua conta vinculada.

Apenas a guisa de esclarecimento, caso a empresa não tenha efetivado os devidos depósitos não haverá o que se partilhar em sede de meação, contudo caso o trabalhador venha a conseguir judicialmente a realização do depósito, ainda que a aquisição se tenha efetivado após a data do término do casamento haverá de se considerar a data em que ele deveria ter sido feito e a partilha levará em consideração esse momento.

4 CONCLUSÃO

As relações patrimoniais que envolvem o casamento e a união estável são deveras importante, não podendo ser em nenhum momento

marginalizadas, ainda que se tenha em mente que o casamento venha a ser a constituição de uma sociedade lastrada no amor e no afeto de duas pessoas.

Não há como se pensar em casamento sem seus efeitos patrimoniais, sendo certo que a figura do regime de bens é elemento essencial para a constituição do matrimônio e da união estável, vez que estes sempre estão acompanhado de determinações de cunho patrimonial que o irão reger.

A comunhão de vidas estabelecida pelo casamento e pela união estável gera, como consequência, a possibilidade de uma comunhão patrimonial, dependendo do regime de bens estabelecido pelos nubentes, sendo certo que os parâmetros de tal comunicabilidade estão estabelecidos no ordenamento jurídico de forma clara, não se olvidando que a própria lei permite que os nubentes firmem alguns aspectos através do pacto antenupcial.

Fixado o regime da Comunhão Parcial de Bens ou da Comunhão Universal de Bens surge o questionamento acerca da comunicabilidade, e neste diapasão, de grande relevância a figura dos proventos do trabalho de casa cônjuge.

Neste aspecto é de se pontuar que não se comunicam os proventos do trabalho enquanto na sua origem, contudo a partir do instante em que passam a fazer parte do patrimônio do trabalhador já configuram-se como bens e como tal passam a compor o acervo comum dos cônjuges, independentemente de terem ou não sido convertidos em outros bens após a percepção do salário.

Analisando, os aspectos relacionados ao preconizado pelo Direito do Trabalho, o trabalhador é um beneficiário do FGTS, o que significa que o valor dele percebido integrará o seu patrimônio.

Considerando, a discussão que se coloca em torno da matéria tributária, resta claro que o FGTS é um tributo quanto a sua natureza jurídica, cuja espécie é contribuição social. Mediante o exposto, pode-se afirmar que o empregador é o contribuinte, e o trabalhador o beneficiário do FGTS, bem como o valor dele decorrente se insere no patrimônio do empregado.

Neste contexto revela-se a questão dos valores referentes ao FGTS de cada trabalhador, sendo de se entender que este, em que pese a sua indisponibilidade, passam a compor o patrimônio do trabalhador no momento em que o empregador realiza o seu depósito na conta vinculada, passando, desde então, ser bem comum do casal e, portanto, passível de integrar a meação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANDÃO. Débora Vanessa Caus. **Regime de Bens no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. DOMINGOS, Terezinha de Oliveira. **O Regime Obrigatório da Separação de Bens e o Capitalismo Humanista** *in* **Anais do XIX Congresso Nacional do Conpedi/Florianópolis (out.2010)**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>. p. 3857 - 3879. Acesso em: 08.abr.2012.

DUTRA, Homero A. BRAGANHOLO, Beatriz H. **A incomunicabilidade dos proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge nos regimes de comunhão**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=478>. Acesso em: 20.fev.2012.

DIAS. Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

DINIZ. Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIUZA. César, **Direito Civil – Curso Completo**. 13ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GAGLIANO. Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO. Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, vol. VI – Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo, Saraiva, 2011.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume VI – Direito de Família**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

LAGRASTA NETO. Caetano. **Direito de Família**. São Paulo: Malheiros, 2000.

LISBOA. Roberto Senise. **Manual de Direito Civil – Direito de Família e Sucessões**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

LÔBO. Paulo Luiz Netto. **Famílias**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. **O Preço do Afeto** in **A Ética da Convivência Familiar e a sua Efetividade no Cotidiano dos Tribunais**. Coord. Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de Direito do trabalho. Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 7ª ed. São Paulo, RT, 2009.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira; ROMAR, Carla Tereza Martins. **CLT e Legislação Comentada em Vigor**. 8º Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MAGNO, Octávio Bueno. **Primeiras Lições de Direito do Trabalho**. 3ª Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

REALE, Miguel. **Função Social da Família**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc.htm> . Acesso em: 18.ago.2011

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Introdução ao Direito de Família**. São Paulo. RT, 2003.

SABBAG, Eduardo, **Manual de Direito Tributário**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

SANTOS, Francisco Claudio de Almeida. **Os Proventos do Trabalho e o Regime de Bens in Família e Responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família**. Coord. por Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

TAVARES, Macedo Tavares. **Fundamentos de Direito Tributário**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Volume VI – Direito de Família**. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Código Civil Interpretado**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2011.

ZULIANI, Enio Santarelli, **Direito de Família e Responsabilidade Civil in Revista da AASP**. Nº 112. Julho de 2011.