

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO, DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL,**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) N° 5.090/DF

RELATOR: MINISTRO ROBERTO BARROSO

REQUERENTE: PARTIDO SOLIDARIEDADE

REQUERIDOS: PRESIDENTE DA REPÚBLICA e CONGRESSO NACIONAL

BANCO CENTRAL DO BRASIL, Autarquia Federal criada pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (CGC/MF: 00.038.166/0001-05), com sede no SBS, Quadra 3, bloco “B”, Edifício-Sede, nesta Capital, **por seu Procurador-Geral** (Lei 9.650, de 27 de maio de 1998, art. 4º, I), vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, na forma das razões a seguir explicitadas, na qualidade de órgão executor da regulação do sistema financeiro nacional (art. 9º a 11 da Lei nº 4.595, de 1964), requerer sua admissão nos autos da ação direta de inconstitucionalidade 5090/DF, **como amicus curiae** (art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999).

**I – LEGITIMIDADE PARA INGRESSO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL COMO
AMICUS CURIAE**

2. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Solidariedade, para que sejam declarados inconstitucionais o art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036, 11 de maio de 1990, e o art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, que estipulam a Taxa Referencial (TR) como índice de remuneração dos saldos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), ao fundamento de que tal taxa “*não pode ser utilizada para fins de atualização monetária, por não refletir o processo inflacionário brasileiro*”.

3. O resultado da presente ação de controle abstrato de constitucionalidade terá importantes repercussões sobre o Sistema Financeiro Nacional, tendo em conta que, além de ser o índice legal de remuneração dos saldos do FGTS, a TR é largamente utilizada como índice de remuneração em diversos setores da economia,

especialmente nas operações de poupança e nas entabuladas no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação (SFH).

4. Ainda no que diz respeito à TR, cumpre salientar que, nos termos do art. 1º da Lei nº 8.177, de 1991¹, a regulamentação desse índice compete ao Conselho Monetário Nacional (CMN), sendo o Banco Central do Brasil responsável por calcular a TR a partir de metodologia aprovada por aquele órgão.

5. Demonstrada a importância da TR para o funcionamento do Sistema Financeiro Nacional, cuja supervisão encontra-se encartada entre as missões institucionais do Banco Central do Brasil, e somando-se o fato de que seu cálculo compete a esta Autarquia, está justificada a sua intervenção na qualidade de *amicus curiae* na presente ação de controle abstrato de constitucionalidade.

6. Por fim, enfatiza-se a tempestividade do pedido de ingresso como *amicus curiae*, em ordem a evidenciar que se mostra oportuna a admissão do Banco Central como terceiro nos autos da ação direta em referência. Com efeito, conforme pronunciamento recente do ilustre ministro Celso de Mello, em pedido de intervenção formulado por esta Autarquia, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já definiu que o pedido deve ser “*deduzido antes da inclusão em pauta do processo em referência, para efeito de seu julgamento final (ADI 4.071-AgR/DF, Rel. Min. MENEZES DIREITO)*.”² No caso em exame, o feito não foi ainda pautado; daí a manifesta tempestividade do pleito ora formulado.

II – SÍNTESE DOS FUNDAMENTOS INVOCADOS NA PETIÇÃO INICIAL

7. O Partido Solidariedade, com o escopo de fundamentar seu pleito para que sejam declarados inconstitucionais o art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036, 11 de maio de 1990, e o art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, que estipulam a TR como índice de remuneração dos saldos do FGTS, lança mão dos seguintes argumentos:

- a) os saldos das contas vinculadas do FGTS seriam de **propriedade** dos trabalhadores em nome dos quais foram abertas as contas;
- b) enquanto propriedade dos trabalhadores, esses créditos estariam albergados pela **proteção constitucional ao direito de propriedade**, insculpido no art. 5º, inciso XXII, da Constituição da República;

¹ “Art. 1º O Banco Central do Brasil divulgará Taxa Referencial (TR), calculada a partir da remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos, caixas econômicas, ou dos títulos públicos federais, estaduais e municipais, de acordo com metodologia a ser aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, no prazo de sessenta dias, e enviada ao conhecimento do Senado Federal.”

² STF, Tribunal Pleno, ADI(MC) nº 5.022/RO, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática prolatada em 16.10.2013, DJe de 23.10.2013.

- c) dessa proteção constitucional à propriedade decorreria a **necessidade de se manter atualizado o valor de compra dos saldos** das contas vinculadas, diante dos efeitos deletérios da inflação;
- d) como a **TR não estaria remunerando os saldos** das contas de FGTS **segundo os índices que, na visão do Autor, melhor refletem a inflação**, o mandamento constitucional acima descrito não estaria sendo cumprido, o que, ademais, atentaria contra a própria eficácia do direito ao FGTS;
- e) o Pretório Excelso teria decidido, no julgamento das **ADIs nº 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425** que a **TR não pode ser utilizada para fins de correção monetária**, por não refletir o processo inflacionário brasileiro.

8. Apoiado nessas assertivas, o Solidariedade vislumbra, nos dispositivos legais que preveem a adoção da TR como índice de remuneração dos depósitos de FGTS, ofensa às seguintes disposições constitucionais: art. 5º, inciso XXII (por violação a direito de propriedade); ao art. 7º, inciso III (por violação ao direito ao FGTS); e ao art. 37, *caput* (por violação ao princípio da moralidade administrativa).

III – ORIGEM E FINS DO FGTS

9. Antes de adentrar no mérito da presente ADI, julga-se necessário tecer breves considerações sobre o instituto do FGTS.

10. O FGTS, instituído pela Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, surgiu em substituição ao regime celetista da indenização por tempo de serviço e da estabilidade decenal. De 1966 a 1988, foi facultativo (em tese, o empregado fazia a opção pelo regime), e, a partir da Constituição de 1988, tornou-se obrigatório para todos os empregados, substituindo definitivamente o regime celetista. Atualmente, o FGTS encontra-se positivado no art. 7º, III, da Constituição Federal, que, por sua vez, foi regulamentado pela Lei nº 8.036, de 1990, que estabelece todo o delineamento jurídico do instituto.

11. O FGTS é “*um depósito bancário destinado a formar uma poupança para o trabalhador, que poderá ser sacada nas hipóteses previstas na lei, principalmente quando é dispensado por justa causa. Outrossim, servem os depósitos como forma de financiamento para a aquisição de moradia pelo Sistema Financeiro Nacional*

³”.

12. Nos termos do art. 2º da Lei 8.036, de 1990, o FGTS é formado por recursos advindos de contribuições mensais, efetuadas pelos empregadores em nome dos seus empregados, no valor equivalente a 8% (oito por cento) das remunerações que lhes são pagas ou devidas. Constituem, ainda, recursos do Fundo:

³ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 25ª Edição. Editora Atlas. São Paulo. pg. 443.

- a) dotações orçamentárias específicas;
- b) resultados de aplicações dos recursos do FGTS;
- c) multas, correção monetária e juros devidos; e
- d) demais receitas financeiras e operacionais.

13.
de 1990, dispõe:

No que diz respeito à aplicação dos recursos do FGTS, a Lei nº 8.036, “Art. 6º Ao Ministério da Ação Social, na qualidade de gestor da aplicação do FGTS, compete:

[...]

IV - acompanhar a execução dos programas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana, decorrentes de aplicação de recursos do FGTS, implementados pela CEF;

[...]

VI - subsidiar o Conselho Curador com estudos técnicos necessários ao aprimoramento operacional dos programas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana;

VII - definir as metas a serem alcançadas nos programas de habitação popular, saneamento.

[...]

Art. 9º As aplicações com recursos do FGTS poderão ser realizadas diretamente pela Caixa Econômica Federal e pelos demais órgãos integrantes do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, exclusivamente segundo critérios fixados pelo Conselho Curador do FGTS, em operações que preencham os seguintes requisitos:

[...]

§ 2º Os recursos do FGTS deverão ser aplicados em habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana. As disponibilidades financeiras devem ser mantidas em volume que satisfaça as condições de liquidez e remuneração mínima necessária à preservação do poder aquisitivo da moeda.

§ 3º O programa de aplicações deverá destinar, no mínimo, 60 (sessenta) por cento para investimentos em habitação popular.

§ 4º Os projetos de saneamento básico e infraestrutura urbana, financiados com recursos do FGTS, deverão ser complementares aos programas habitacionais.”.

14. Do que foi dito até aqui, depreende-se que **o FGTS foi concebido para ter dupla finalidade**. Além de servir como instrumento de garantia de pagamento aos trabalhadores das indenizações em caso de dissolução do vínculo empregatício, o Fundo tem por finalidade também fomentar políticas públicas por meio do **financiamento de programas de habitação popular, de saneamento ambiental e de infraestrutura urbana**. Enfim, o trabalhador ganha “nas duas pontas”. É dizer, garante-se a indenização por demissão sem justa causa e, com a finalidade de garantir uma “remuneração mínima necessária à preservação do poder aquisitivo da moeda”, os recursos são aplicados no financiamento de projetos com forte apelo social e com ganhos para o trabalhador, como nas hipóteses de

financiamento habitacional ao amparo do SFH, bem como mediante a geração de novos postos de trabalho.

15. Nesse particular, sobre a função de fomento de políticas públicas do FGTS, Maurício Godinho Delgado⁴ posiciona-se no seguinte sentido:

“O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, embora preservando nítida natureza trabalhista, também consubstancia, em seu conjunto global e indiferenciado de depósitos, um fundo social de orientação variada, que se especifica expressamente na ordem jurídica.

[...]

Além disso, o Fundo de Garantia, considerado na globalidade de seus valores, constitui um fundo social dirigido a viabilizar, financeiramente, ‘a execução de programas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana’ (art. 6º, IV, VI e VII; art. 9º, § 2º, Lei n. 8.036/90).

Essa conformação diversificada e a destinação social do FGTS, que existem sem confronto com sua importante dimensão justrabalhista, conferem a ele caráter de um instituto efetivamente complexo, dotado de múltiplas dimensões, que não podem ser descuradas do operador jurídico”.

16. Desse modo, impõe-se que a discussão posta na presente ADI seja travada sem se descurar dessa **finalidade polivalente do FGTS**, que consiste em assegurar ao trabalhador um benefício pecuniário a ser usufruído nos casos previstos em lei, bem como de ser um importante instrumento de implementação de políticas públicas com assento constitucional, mediante a concessão, inclusive, de benefícios diretos e indiretos ao trabalhador.

17. Feitas essas considerações, passa-se enfrentar o mérito da presente ADI.

IV – O PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DOS PODERES COMO ÓBICE AO PLEITO DO AUTOR

18. O direito ao FGTS encontra-se positivado no art. 7º, III, da Constituição da República, nos seguintes termos:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

III - fundo de garantia do tempo de serviço”.

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 10ª Edição. Editora LTR. São Paulo. pg. 1212, grifos nossos.

19. Buscando subsídios na doutrina constitucionalista, pode-se afirmar que o FGTS é um direito fundamental que tem por finalidade atenuar desigualdades materiais no seio da sociedade, seja, como dito, assegurando um pecúlio aos trabalhadores nos casos previstos em lei, seja por meio do fomento de políticas sociais.

20. Os direitos fundamentais de dimensão social, ou simplesmente direitos sociais, caracterizam-se por exigir do Estado uma prestação, que pode ser de índole material e jurídica. No primeiro caso, cabe ao Estado fornecer meios materiais, como bens e serviços, a quem de direito, enquanto que no caso de prestações jurídicas cumpre ao Estado editar normas destinadas a regulamentar o direito previsto na norma constitucional.

21. Tendo em conta que o Poder Constituinte Originário foi lacônico ao estabelecer o direito ao FGTS, pode-se afirmar que o FGTS é um direito fundamental cuja efetivação demanda, eminentemente, um dever de prestação jurídica por parte do Estado, consistente na emissão de normas que o institua, organize, estabeleça seus fins.

22. Considerando o arcabouço constitucional do País, especificamente no que diz respeito à tripartição de poderes, a edição dessas normas encontra-se no âmbito de competência típica do Poder Legislativo, pois é quem possui a atribuição legislativa, que encerra o processo de criação, modificação e revogação das espécies normativas.

23. **Cumprindo seu dever constitucional, o Congresso Nacional editou a Lei nº 8.036, de 1990, conferindo uma nova disciplina ao FGTS e detalhando todo o delineamento jurídico do instituto, inclusive estipulando a TR como índice de renumeração dos saldos das contas vinculadas ao Fundo.**

24. Nesse passo, segundo referido diploma legislativo, os depósitos efetuados nas contas vinculadas deveriam ser corrigidos e seguir os **mesmos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança**, com o acréscimo de juros capitalizados à razão de 3% ao ano. Em seguida, a Lei nº 8.177, de 1991, determinou que, a partir de fevereiro de 1991, os saldos das contas do FGTS devem ser **“remunerados”** (e não mais “corrigidos”) pela taxa aplicável à remuneração básica da poupança, mantido o adicional de 3% ao ano.

25. Como se verifica, houve uma decisão legislativa no sentido de adotar, para a remuneração das contas do FGTS, o mesmo critério de remuneração básica escolhido para a poupança, mudando, apenas, a remuneração adicional, que a legislação do FGTS fixa em 3% ao ano⁵.

⁵ Como se sabe, a Medida Provisória nº 567, de 3 de maio de 2012, convertida na Lei nº 12.703, de 7 de agosto de 2012, criou um sistema “de teto” para a remuneração adicional das contas de poupança, ao alterar o art. 12, inciso II, da Lei nº 8.177, de 1991. Assim, a partir da nova legislação, a remuneração adicional das poupanças passou a ser a seguinte: (a) 0,5% ao mês, enquanto a meta da taxa do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) ao ano for superior a 8,5%; ou (b) 70% da meta da taxa Selic ao ano, mensalizada, vigente na data de início do período de rendimento, enquanto a meta da taxa Selic ao ano for igual ou inferior a 8,5%. No

26. Desse modo, **está-se diante de uma decisão legal e soberana do Parlamento, que vige há mais de duas décadas**, no sentido de adotar a TR como parâmetro para a remuneração das contas do FGTS. Eventual provimento do pedido da parte autora ensejaria ofensa à competência legislativa e violação ao preceito contido no art. 2º da Constituição da República que garante a independência dos Poderes da União.

27. Bem por isso, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 124.864/PR (DJ de 28.09.98), assentou, como noção fundamental, o entendimento de que o poder liberatório da moeda decorre de lei, só podendo ser atualizado por índice a que a lei reconheça essa faculdade, *verbis*:

“A correção monetária, em nosso direito, está sujeita ao princípio da legalidade estrita, constituindo seu primeiro pressuposto a existência de lei formal que a institua. Se o Estado democrático de direito adotou o princípio do nominalismo monetário, estabelecendo o valor legal da moeda, é juridicamente inadmissível que esta (moeda) tenha, ‘pari passu’, um valor econômico sem autorização legal. Só a lei é o instrumento adequado para instituir a correção monetária.” (trecho da ementa do REsp 124864/PR, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, Rel. p/ Acórdão Min. DEMÓCRITO REINALDO, 1ª SEÇÃO, julgado em 24.6.1998, DJ 28.9.1998, p. 3).

28. Nessa mesma trilha de intelecção, o Ministro Eros Grau, desse Supremo Tribunal Federal, ao ensejo do voto que proferiu no julgamento da Ação Originária nº 1.157/PI, ressaltou, nos seguintes termos, a impossibilidade de inovações extralegais no que concerne à questão da correção monetária:

“Por outro lado, lembraria que o direito brasileiro adotou o nominalismo. Vale dizer, entre nós prevalece o enunciado quantitativo da moeda que, em virtude de lei, é o padrão de valor, tendo curso legal quando da constituição da obrigação. Digo mais: como a indexação implica a exclusão do nominalismo, que é a regra geral, a sua utilização somente poderia ser admitida nos expressos termos da lei. Fora dessas hipóteses ela não pode ser aplicada. É precisamente o caso dos autos.
[...] temo, inclusive, pela própria estabilidade do mercado. Se nos desatarmos a indexar, a atribuir correção monetária e a transformarmos a exceção em regra, colocamos o mercado --- que é tão prezado aqui, neste Tribunal ---, em risco. O rompimento da regra do nominalismo instala a insegurança nos mercados.” (STF, Pleno, AO nº 1157-4/PI, Rel. Min. GILMAR MENDES, j. 25.10.2006, DJ 16.3.2007, p. 21 – sem grifos no original).

29. Como se vê, é a função legislativa que, em caráter geral e abstrato, há de estabelecer, ou não, correções monetárias para os diversos casos. Evita-se, com o respeito à

entanto, essa alteração não interfere na forma de remuneração adicional dos saldos do FGTS, que será sempre de 3% ao ano.

decisão legal acerca do valor da moeda e dos mecanismos eventualmente concebidos para sua reposição, uma disputa descoordenada entre este ou aquele índice a que, afinal, considerada a sua precariedade intrínseca, jamais se poderá atribuir, por mais interessante que isso pareça a determinado agente ou grupo econômico, a condição de índice “verdadeiro”, capaz de expressar aquilo que se desejaria proclamar como inflação “real” – ou inflação “empírica”, segundo os termos do autor desta ADI –, fruto de um imperativo econômico “natural”, autônomo, preexistente e subordinante da validade da decisão política expressa na lei. Não há, em suma, algo inadmissível como uma espécie de “direito natural” a este ou àquele indicador econômico sobre a ordem legal republicana.

30. Em suma, não há direito fundamental à correção monetária ou uma espécie de direito adquirido à inflação. Os agentes econômicos e os cidadãos, nas relações contratuais informadas por normas marcadamente de ordem pública, não têm o direito assegurado de eleger um índice de correção monetária que melhor lhes convenha, sob pena de desordem econômica, uma realidade que seria francamente afrontosa à Constituição. Isso seria admitir que o ordenamento pátrio abraçou não o nominalismo, mas a poligamia monetária, no magistério expressivo do Professor Arnoldo Wald.

31. Nesse contexto, a legislação de regência (art. 9º, § 2º, da Lei nº 8.036, de 1990), garantiu aos trabalhadores que os saldos das contas receberiam uma “remuneração mínima necessária à preservação do poder de compra do poder aquisitivo da moeda”. E a própria lei cuidou de explicitar como se daria essa **remuneração mínima**. Tendo em mira que as contas vinculadas ao FGTS têm a finalidade de “formar uma poupança para o trabalhador”⁶, o legislador vinculou essa remuneração mínima ao sistema de remuneração básico dos depósitos de poupança, acrescidos de juros capitalizados de 3% ao ano⁷. Tanto assim que, uma vez alterada a forma de remuneração mínima incidente sobre a poupança, a legislação também cuidou de alterar a forma de estipêndio incidente sobre os saldos do FGTS. Merece realce, inclusive, que o contexto da política econômica e monetária era de desindexação da economia, como parte dos esforços estatais para vencer o fenômeno inflacionário, razão pela qual a lei já não traz no seu texto referência alguma à expressão “correção monetária” ou “atualização inflacionária”⁸.

32. Essa forma de remuneração, como se fez questão de destacar, ademais, está atrelada também à realização de políticas sociais, bem como à viabilização de benefícios diretos e indiretos ao trabalhador mediante a concessão de créditos para a aquisição de imóveis por meio do SFH e da criação de novos postos de trabalho. **Bem por isso, a**

⁶ MARTINS, Sérgio Pinto, ob. cit., pg. 443.

⁷ “Os depósitos efetuados nas contas vinculadas serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança e capitalização juros de (três) por cento ao ano”. Art. 13 da Lei nº 8.036, de 1990.

⁸ “A partir de fevereiro de 1991, os saldos das contas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) passam a ser remunerados pela taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos de poupança com data de aniversário no dia 1º, observada a periodicidade mensal para remuneração.” Art. 17 da Lei nº 8.177, de 1991.

eventual procedência da demanda teria o efeito concomitante de esvaziar o conteúdo do art. 13 da Lei nº 8.036, de 1990, o qual determina a remuneração dos saldos do FGTS pelos mesmos índices de remuneração básica dos depósitos de poupança.

33. Oportuno salientar, por fim, que não se pode acusar o Congresso Nacional de se omitir na análise do assunto, tendo em conta que pretensão semelhante à veiculada na presente ação já foi objeto de apreciação pelo Poder Legislativo, a quem cabe, como dito, promover as devidas alterações no ordenamento jurídico em vigor. Trata-se do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 193 de 2008, que pretendia a substituição da TR pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) para a remuneração dos depósitos de FGTS. **Referido projeto foi arquivado após parecer desfavorável da Comissão de Assuntos Econômicos da mencionada Casa Legislativa, que ressaltou o efeito danoso que tal alteração iria produzir sobre os contratos de financiamento habitacional para a população de baixa renda, com reflexos nefastos para a política de acesso à moradia.**⁹

34. Diante do que foi exposto até aqui, vislumbra-se que a estipulação do índice de remuneração dos saldos do FGTS encontra-se no âmbito de competência do Poder Legislativo, sendo vedado ao Poder Judiciário se imiscuir em tal assunto, de modo que a pretensão veiculada na presente ADI deve ser julgada improcedente.

V – DA AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE: A IMPERATIVA APLICAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE SOBRE OS RECURSOS DO FGTS E SEUS REFLEXOS SOBRE OS CONTORNOS JURÍDICOS DO INSTITUTO

35. O maior equívoco da tese autoral pode ser encontrado já em suas primeiras linhas, quando se declina a premissa fundamental de toda a argumentação deduzida na petição inicial da presente ADI.

36. Com efeito, a despeito de apresentar o FGTS (até então, corretamente) como um “*instituto jurídico complexo, multidimensional*”, que “*gera relações jurídicas distintas, mas complementares*”, que compreendem relações entre trabalhador, empregador e Estado, a petição inicial afirma (agora já de maneira desacertada) que somente interessa para o deslinde da presente ADI as relações de natureza empregatícia. Afirma-se, com todas as letras, que somente interessa para o exame da constitucionalidade da sistemática da remuneração das contas vinculadas do FGTS o fato de que os depósitos fundiários constituem créditos trabalhistas. É fundamentalmente baseado nessa premissa equivocada que o autor afirma a existência de um direito de propriedade que estaria sendo violado pelos dispositivos legais que preveem a adoção da TR como índice de referência para a remuneração básica de tais “créditos”.

⁹ No item 52 desta manifestação foram transcritos trechos do Parecer aprovado na Comissão que embasou o voto de rejeição do projeto (Disponível em: <<http://goo.gl/CF9Xvq>>. Acesso em: 5 mar. 2014).

37. O que se observa da argumentação autoral, é que toda a tese da constitucionalidade está baseada na convicção distorcida de que os depósitos de FGTS integram o espectro de um **direito de propriedade absoluto**, que exigiria, sem qualquer condição ou limitação, a remuneração das contas vinculadas sempre em patamares superiores ao que chama de “inflação empírica”. É de se ver, nesse contexto, que **a petição inicial considera o FGTS como se fosse uma modalidade qualquer de investimento, cujo único proveito concreto ao trabalhador seria o de prover-lhe rendimentos.**

38. **Nada mais equivocado, pois revela, como se demonstrará, uma perspectiva limitada e individualista do papel do Fundo.** Em primeiro lugar, porque nenhum direito é absoluto e vigora ao arrepio do restante do ordenamento jurídico. Em segundo lugar, porque, se, por um lado, é verdade que as contas vinculadas de FGTS são de titularidade de cada trabalhador, por outro lado, **é preciso reconhecer que os saldos das contas não aproveitam apenas aos seus titulares e estão afetados a outras finalidades constitucionais que condicionaram e orientaram a própria concepção atual Fundo de Garantia.**

39. O fato é que o FGTS, atualmente regido pela Lei nº 8.036, de 1990, foi concebido pela Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, em substituição ao regime celetista da indenização por tempo de serviço e da estabilidade decenal. Ele foi concebido, como já demonstrado, para ter dupla finalidade: (i) além de servir como instrumento de garantia ao pagamento das indenizações aos trabalhadores em caso de dissolução do vínculo empregatício, o Fundo tem por finalidade (ii) fomentar políticas públicas por meio do financiamento de programas de habitação popular, de saneamento ambiental e de infraestrutura urbana. **É justamente por isso que o FGTS foi concebido na forma de um grande e único fundo, e não como diversos fundos geridos por cada empresa ou trabalhador.** Nesse particular, vale trazer à baila este trecho da exposição de motivos da Lei nº 5.107, de 1966, que o criou:

“23. Em termos econômico-financeiros, a economia do país deverá ainda beneficiar-se largamente pelas aplicações no Plano Nacional da Habitação, permitindo-se que este disponha dos recursos na escala necessária ao atendimento da demanda habitacional existente, decorrente do aumento da população e do déficit acumulado há longo tempo. Esta e as demais aplicações, dirigidas em consonância com o planejamento econômico, ao desenvolvimento do país, deverão, além disso, contribuir substancialmente para a criação de novos empregos elevando-se a demanda de mão-de-obra, e proporcionando-se, assim, aumento da real estabilidade dos empregados”.

40. Desde a sua criação, os recursos do FGTS têm sido, portanto, a **principal fonte para, em cumprimento a direitos fundamentais previstos na Constituição, propiciar a implementação de políticas e programas de Estado nos setores de habitação popular, saneamento ambiental e infraestrutura**, gerando ao longo de suas quase cinco décadas de existência importantes benefícios para a população brasileira,

priorizando principalmente as camadas mais humildes da população. Eis alguns dados extraídos das Demonstrações Contábeis do FGTS (Relatório de Administração – Exercício 2012)¹⁰, que bem evidenciam o que se afirma:

- Para a **área de habitação popular**, foram contratadas operações no montante de R\$ 37,6 bilhões, beneficiando cerca de 2,08 milhões de pessoas e gerando 1,2 milhão de empregos;
- Ainda na área de **habitação popular**, o FGTS proporcionou descontos para aquisição de moradia própria pela população de baixa renda, assumindo obrigações de R\$ 6,65 bilhões, beneficiando 359.514 famílias, sendo metade dessas operações contratadas por famílias com renda bruta mensal entre 1 e 2 salários mínimos;
- Na **área de saneamento básico** foram contratadas operações no valor de R\$ 546 milhões, beneficiando cerca de 2,7 milhões de pessoas e gerando 31.720 empregos;
- Na área de **infraestrutura** foram contratadas operações no valor de R\$ 693 milhões, beneficiando cerca de 4,1 milhões de pessoas e gerando 48.781 empregos;

41. A partir desse caráter duplice do FGTS, que, como dito, não pode jamais ser negligenciado pelo intérprete, pode-se afirmar que, a despeito de integrar o patrimônio dos trabalhadores, **os saldos do Fundo acham-se vinculados a uma finalidade social**.

42. Em termos constitucionais, isto equivale a dizer que, se, por um lado, é possível invocar o direito de propriedade para resguardar certos interesses dos fundistas, por outro, é **imperativa a incidência do princípio da função social da propriedade, preconizado nos artigos 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III, ambos da Constituição, de modo a que se tome a destinação social dos recursos do FGTS como um importante elemento de ponderação em todo o juízo hermenêutico que se faça sobre o regramento jurídico acerca do FGTS**.

43. **Foi justamente em vista da função social** do instituto que a sociedade brasileira, por meio de seus legítimos representantes no Congresso Nacional, **deliberou por conceber a atual sistemática legal de remuneração das contas vinculadas**, com o fito de permitir que os recursos beneficiem, de forma parcimoniosa, toda a sociedade brasileira¹¹.

¹⁰ Disponível em: <<http://goo.gl/KjLjKm>>. Acesso em 25 fev. 2014.

¹¹ “*Esses parâmetros não foram escolhidos ao acaso, e foram estabelecidos de forma que mantivesse o equilíbrio econômico financeiro do FGTS. Como se sabe, os recursos do Fundo são destinados em sua grande maioria a financiamentos ou programas habitacionais no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, que*

44. A aplicação do princípio constitucional da função social da propriedade a tais recursos tem o efeito de fazer transcender o prisma de análise, fazendo com que se veja o FGTS sob uma perspectiva coletiva, que necessariamente relativizam pretensões de cunho individualizado e afastam interesses de uma minoria movida pela expectativa de ganhos fáceis, notadamente quando instigada por entidades, inclusive sindicais e partidárias, que promovem a cultura das ações em massa em tempos de estabilidade monetária.

45. Não se pode perder de vista que, para além do interesse daquele trabalhador específico, há o interesse social presente na destinação dos recursos a programas habitacionais que beneficiam os próprios fundistas (que pode até tomar crédito do FGTS em patamares superiores aos saldos que possui em sua conta vinculada).

46. A todo o bônus, no entanto, deve corresponder um ônus. Não há recursos infinitos para satisfazer a pretensões infinitas. E foi justamente para tornar viável essa destinação social do FGTS – à qual a sociedade brasileira decidiu aderir, por livre e espontânea vontade de seus representantes parlamentares – que se decidiu pela adoção de uma sistemática de remuneração baseada na TR. Esta foi a fórmula encontrada para manter minimamente viável a concessão de crédito por parte do FGTS a custos mais módicos. Não há como empregar os recursos na concessão de créditos menos onerosos e, ao mesmo tempo, pretender pagar aos fundistas uma remuneração muito superior à cobrada dos tomadores. Por certo, a conta não fecharia.

47. Vale pontuar que, viabilizada essa destinação social de especial relevo dos recursos fundiários, abre-se caminho para que o FGTS sirva como importante instrumento para a **efetividade de direitos sociais como moradia e saúde, o que expressa o imperativo de concretude que se deve conferir ao conteúdo programático da Constituição**.

48. A função social aqui pugnada, longe de ser algo etéreo e programático, demonstra, de forma inofismável, que a **conformação jurídica do instituto está nitidamente baseada na premissa de que os recursos das contas de FGTS não devem atender apenas aos interesses de seus respectivos titulares, mas ao de toda a coletividade dos trabalhadores**. Nesse contexto, falar em violação a direito de propriedade importa necessariamente em ignorar por completo a própria essência do FGTS, tratando-o como direito individual e absoluto, quando não, como um simples investimento, algo que a própria Constituição elegeu como direito social e que, portanto, milita em favor de toda a coletividade.

normalmente seguem os parâmetros da poupança, até porque boa parte dos recursos que alimentam o SFH também se origina da poupança. Além disso, as taxas de juros dos empréstimos ou financiamentos concedidos com recursos fundiários são extremamente reduzidas, o que faz com que a taxa de juros que remunera os depósitos dos fundistas, de onde provêm esses recursos, não possa ser maior do que o patamar atual sem que o equilíbrio do sistema se quebre". (JANTALIA, Fabiano. Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. São Paulo: LTR, 2008, pg. 109-110, negritos acrescidos).

VI – DA AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO AO FGTS (ART. 7º, INCISO III, CRFB): A VISÃO RESTRITA ACERCA DO PRÓPRIO CONTEÚDO DO DIREITO QUE SE TEM POR VIOLADO E SEUS EFEITOS DELETÉRIOS SOBRE A EFETIVIDADE DO INSTITUTO

49. Outro importante equívoco cometido pelo partido autor da ADI está em deduzir de um suposto descompasso entre a remuneração dos saldos da conta vinculada e os índices de inflação “real” uma suposta negação do próprio direito ao FGTS.

50. Nesse aspecto, o que parece ter orientado a tese autoral é a convicção não declarada de que o FGTS seria um mero conjunto de contas vinculadas, no qual os titulares das contas seriam simples detentores de créditos contra a Caixa Econômica Federal. Nada mais superficial.

51. No esteio do que já se expôs, é importante frisar que o FGTS não pode jamais ser analisado sob enfoque eminentemente individualista, como se circunscrito fosse a um mero conjunto de contas vinculadas, cujos recursos tutelam apenas direitos privados e individuais relacionados ao fundista. **Fosse esse o propósito, nem sequer haveria a necessidade de se constituir o FGTS na forma de um grande e único fundo:** bastaria permitir que o pagamento das indenizações por tempo de serviço fosse feito diretamente pelos próprios empregadores. E mais: **se individual fosse a perspectiva jurídica do instituto, a contratação de operações de crédito junto ao Fundo teria como limite o saldo da conta vinculada de seu titular, o que não ocorre atualmente.**

52. Atenta às múltiplas finalidades do instituto, o que fez a Lei nº 8.036, de 1990, foi conceber um arcabouço econômico-financeiro para o FGTS que tornasse viável o cumprimento de todos os seus objetivos constitucionalmente previstos¹². Buscou-se, assim, engendar um construto que, primordialmente, viabilizasse a atuação do FGTS como fonte de recursos para o financiamento de habitação, saneamento básico e infraestrutura para o máximo possível de trabalhadores. Ao fim e ao cabo, os objetivos foram completamente opostos aos sustentados pelo autor: **visou-se, em verdade, à maior amplitude e ao maior alcance do direito ao FGTS.**

53. Nesse ponto, cumpre fazer uma importante digressão a respeito dos possíveis efeitos que podem advir da declaração da constitucionalidade dos dispositivos ora impugnados sobre os contratos de financiamento firmados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação (SFH), cujos índices de remuneração estão atrelados aos do FGTS. **Fato é que, caso julgada procedente a presente ação direta de constitucionalidade, com a consequente alteração na sistemática da remuneração do Fundo, a sobrevivência do sistema dependeria imperiosamente da revisão de todos os contratos firmados com**

¹² Nesse passo, lembre-se que o FGTS foi criado nos anos 1960. É anterior, portanto, à própria Constituição de 1988. Na oportunidade em que foi “constitucionalizado” já se contemplava, portanto, o caráter dúplice do Fundo.

recursos do FGTS. Isso porque não haveria como remunerar os fundistas em patamares superiores aos que o próprio Fundo aufere a título de receitas.

54. Para se ter a noção do impacto da modificação do índice, por exemplo, com a substituição da TR pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), estima-se que haveria um aumento das taxas de financiamento de aproximadamente 11% ao ano, taxas hoje que variam entre 6% a 8,66% ao ano¹³. Tal revisão, por certo, tornaria as operações de crédito do FGTS mais onerosas, e, por conseguinte, financeiramente inviáveis e inacessíveis a significativa parcela da população, porquanto menos favorecida.

55. Como salientado em item precedente, pretensão semelhante à veiculada na presente ação já foi objeto de apreciação pelo Poder Legislativo. No PLS nº 193 de 2008, discutiu-se justamente a substituição da TR pelo IPCA para a remuneração dos depósitos de FGTS. Após intensos debates, a proposição foi arquivada, tendo recebido **parecer desfavorável da Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) no Senado**, que ressaltou o efeito danoso que tal alteração iria produzir sobre os contratos de financiamento habitacional para a população de baixa renda, com reflexos nefastos para a política de acesso à moradia. Eis um trecho das razões adotadas no citado parecer:

“Destaco que qualquer reavaliação do FGTS sempre deve ser feita tendo em vista o difícil equilíbrio que o Fundo deve atingir entre os interesses dos depositantes e dos beneficiários dos programas que são executados com seus recursos. E mais: devemos lembrar que, na maioria das vezes, o depositante e o beneficiário são a mesma pessoa.

O fato é que 85% das contas vinculadas do FGTS têm saldo médio inferior a R\$ 1.000,00. Isso se deve ao fato dos recursos já terem sido sacados para serem utilizados principalmente na contratação de crédito para aquisição da casa própria. Com efeito, entre 2010 e 2011 foi realizado 1,7 milhão de saques dessas contas, com um total de quase R\$ 12 bilhões de recursos do FGTS utilizados pelos mutuários para habitação.

A alteração ora proposta teria um grave efeito oneroso sobre os contratos de financiamento imobiliário, pois implicariam na revisão desses contratos a fim de garantir o equilíbrio financeiro do Fundo.

Calcula-se que a substituição da TR pelo IPCA como índice de correção das contas vinculadas, como é proposto, implicará na elevação da taxa média dos contratos de financiamento imobiliário de 6% para até 11% ao ano, impossibilitando, inclusive, financiamentos especiais do FGTS com índices de até 5% ao ano que não poderiam mais subsistir.

Considerando que, do crédito habitacional originado entre janeiro e julho de 2011, 83,5% do valor total (R\$ 6,3 Bilhões) fora destinado as famílias com renda até 5 (cinco) salários mínimos e 87,2% dos contratos firmados foram celebrados por mutuários que percebem renda familiar até R\$ 2.725,00, podemos constatar também que seria a população de menor renda a maior prejudicada.

¹³ Vide Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos referido no item 31 desta manifestação.

Ou seja, a despeito da boa intenção original manifesta no projeto em tela, estaríamos, na verdade, promovendo um amplo inadimplemento dessas famílias, com o risco real de perda da casa própria e retrocesso nas conquistas da política habitacional nos últimos anos.

Importante lembrar também que não são só os titulares de contas junto ao FGTS que têm acesso ao crédito para aquisição da casa própria. Num país em que o emprego informal, sem carteira assinada, é uma realidade, podemos prever que além do cotista, uma parcela expressiva da população seria prejudicada, inclusive porque o recurso é utilizado também para as políticas de saneamento e de infra-estrutura. Vale dizer que nos últimos 8 anos R\$ 120,2 Bilhões em recursos foram destinados a essas finalidades, gerando 6 milhões de empregos e beneficiando 147 milhões de pessoas” (grifou-se).

56. **Curiosamente, a declaração de inconstitucionalidade pretendida pelo Partido Solidariedade, caso acolhida por este Excelso Pretório, teria efeito diametralmente oposto ao que se alega buscar, pois teria como consequência uma drástica redução das possibilidades do FGTS de continuar a prover crédito em condições favoráveis para as operações de financiamento dos programas de acesso à moradia, ao saneamento básico e à infraestrutura no âmbito do SFH, ao menos nos patamares hoje praticados.**

57. É dizer, prestigiando uma perspectiva individualista do direito ao Fundo, prejudica-se – ou quase se aniquila – a perspectiva social deste mesmo direito que, alegadamente, se pretenderia preservar com a ação.

58. **Em palavras mais diretas: somente uma visão predisposta a uma leitura obtusa, quiçá calcada em dividendos eleitorais imediatos, pode ignorar a mal disfarçada contradição entre o pretexto utilizado como fundamento da ADI e seus reais efeitos deletérios sobre a sociedade e a classe trabalhadora, cuja proteção ousa-se alegar como motivo para o ajuizamento da ação.** Isso porque, como já explicado, o prejuízo, na verdade, seria do próprio trabalhador, em especial, no momento da aquisição de sua moradia ou no acesso aos serviços essenciais de saneamento, coleta e tratamento de resíduos, mobilidade urbana e demais benefícios e programas atualmente financiados com recursos do FGTS¹⁴.

59. **Nítida, pois, é a consequência desastrosa e o impacto negativo do acolhimento de uma pretensão como essa na presente ADI, em um País onde a sociedade carece de cerca de 5,4 milhões de habitações¹⁵, sendo o FGTS o maior agente fomentador das políticas habitacionais.**

¹⁴ Isso sem mencionar os números de postos de trabalho criados com a implementação dessas políticas.

¹⁵ Disponível em: <http://goo.gl/HeOrVe>. Acesso em 5 de março de 2014.

60. Diante do exposto, nota-se que não há respaldo algum para a alegação de violação ao direito ao FGTS. No esteio das linhas anteriores, a atual sistemática de remuneração, baseada na TR, busca justamente contribuir para a ampliação do acesso ao direito ao FGTS, na medida em que torna financeiramente viável a contratação de operações de crédito por trabalhadores com renda mais baixa ou sem acesso sequer ao emprego formal.

VII – DA AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: A AUSÊNCIA DE QUALQUER PROVEITO FINANCIERO GOVERNAMENTAL DECORRENTE DA SISTEMÁTICA DE REMUNERAÇÃO DOS DEPÓSITOS FUNDIÁRIOS

61. Outro grave equívoco no qual incorre a petição inicial desta ADI consubstancia-se na alegação de que a manutenção da TR como índice de remuneração das contas vinculadas importaria enriquecimento ilícito por parte do agente operador do FGTS, qual seja, a Caixa Econômica Federal.

62. Uma síntese dessa lastimável e pouco responsável argumentação está na afirmação lançada na petição inicial, no sentido de que “*ao não atualizar corretamente o saldo do FGTS, a CEF acaba por se apropriar de parcela do saldo do empregado, parcela esta que deveria ter sido repassa[da] ao último pela correção monetária e não foi*”.

63. A argumentação autoral, no entanto, não resiste a um simplório exame das próprias disposições da Lei nº 8.036, de 1990, e a um estudo minimamente superficial da dinâmica de funcionamento do FGTS.

64. Em verdade, nem a CEF nem qualquer outro ente ou órgão governamental tiram qualquer proveito ou benefício, direto ou indireto, da sistemática de remuneração legalmente definida para as contas vinculadas do FGTS. Como agente operador do Fundo, a CEF tem suas atribuições definidas primordialmente no art. 7º da Lei nº 8.036, de 1990, cabendo-lhe, neste particular, apenas “*centralizar os recursos do FGTS, manter e controlar as contas vinculadas*” (inciso I). Nesse sentido, a CEF só faz o que lhe é determinado, seja pelo Conselho Curador do Fundo, seja pelo Ministério das Cidades (que é o gestor das aplicações) ou ainda pela própria Lei nº 8.036, de 1990.

65. No que tange à remuneração das contas, a CEF, para o fiel cumprimento dos ditames do citado art. 7º, inciso I, credita mensalmente, em cada conta vinculada, os juros e a remuneração básica (denominados tecnicamente e de forma conjunta como “*parcela JAM*”), segundo os parâmetros definidos no art. 13 da lei de regência do instituto, com recursos oriundos do próprio patrimônio do FGTS. Ou seja, a fonte (*funding*) de recursos para o crédito mensal de juros e remuneração dos saldos é o próprio FGTS. Nem a CEF, nem a União vertem um centavo que seja para honrar esses créditos mensais aos titulares das contas. Não há, portanto, proveito ou perda alguma por parte de um ou de outro na adoção desta ou daquela forma de remuneração. **No arcabouço econômico-financeiro do Fundo, a adoção deste ou daquele índice de remuneração repercutirá única e**

exclusivamente sobre o patrimônio do próprio FGTS, afetando, por conseguinte, sua capacidade para honrar seus compromissos com os titulares das contas vinculadas.

66. Em se tratando de alocação e aplicação de recursos, sua atividade circunscreve-se a implementar as decisões do Ministério das Cidades, atual gestor de tais aplicações, “*de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Curador*” (inciso II).

67. Importante destacar ainda que a remuneração da CEF é fixada pelo próprio Conselho Curador do FGTS (cf. art. 5º, inciso VIII), no qual, por sinal, têm assento as principais Centrais Sindicais. E essa remuneração devida à CEF, por certo, em nada é afetada pelo índice de remuneração aplicável às contas vinculadas, o qual, ademais, é fixado em lei. Nesse sentido, o que faz o agente é cumprir o disposto na lei de regência do instituto, o que, além de afastar por completo a alegação de ofensa à moralidade administrativa, ainda milita em favor de outro princípio constitucional impingido à Administração, qual seja, o **princípio da legalidade**.

68. Assim sendo, é absolutamente insubstancial a alegação de que algum ente governamental se apropria de recursos do FGTS na sistemática legalmente vigente e, portanto, completamente desprovida de respaldo a alegação de violação ao preceito contido no art. 37, *caput*, da Constituição da República, **argumento que desserve ao debate e que se presta apenas como ponto de partida a orquestrar um ambiente propício a desvios demagógicos das questões do bom Direito para a seara vaga e manobrável dos estereótipos simplórios e convenientes**.

VIII – DA REAL DE REPERCUSSÃO DA RATIO DECIDENDI ADOTADA NAS ADI'S Nº 4357, Nº 4372, Nº 4400 E Nº 4425 SOBRE A MATÉRIA CONTROVERTIDA NESTA ADI: A MANUTENÇÃO DO CRITÉRIO DE REMUNERAÇÃO EM VIGOR COMO ELEMENTO ESSENCIAL À EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

69. Ao contrário do sustentado pelo Partido Solidariedade em sua peça inicial, o julgamento proferido nas ADIs nº 4.357, nº 4.372, nº 4.400 e nº 4.425, não causa nenhuma repercussão sobre o índice de remuneração dos saldos do FGTS.

70. Nos precedentes referidos, esse Egrégio Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro, de 2009, e afastou a expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”, introduzido no § 12 do art. 100 da Constituição¹⁶. Na parte que interessa, a ementa do acórdão está vazada nos seguintes termos:

¹⁶ “Art.100.

[...]

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples

“DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL N° 62/2009. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5º, XXII).”

[...]

5. A atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança viola o direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) na medida em que é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. A inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insusceptível de captação apriorística (ex-ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período).”

71. Ocorre que, como dito anteriormente, a discussão posta na presente ação direta de inconstitucionalidade deve ser travada sem se descurar do caráter dúblice do FGTS, consistente em assegurar um benefício individual ao trabalhador, bem como de ser um importante instrumento de fomento de políticas públicas. **Essa natureza polivalente e transcendental do Fundo impede qualquer comparação entre os regimes jurídicos do FGTS e o julgado referente ao precatório, o qual, conforme consta da própria ementa, versa apenas sobre a preservação do “valor real do crédito de que é titular o cidadão”.** É dizer: a preocupação do precedente é exclusivamente com os interesses individuais dos cidadãos portadores de título judicial contra a Fazenda Pública.

72. Com efeito, o precatório é o instrumento pelo qual o Poder Judiciário requisita, à Fazenda Pública, o pagamento a que esta tenha sido condenada em processo judicial. **Desse modo, fácil perceber que o precatório é um documento representativo de uma simples relação jurídica de débito e crédito, sendo sujeitos dessa relação o Estado (devedor) e o particular (credor).** Tendo em conta a natureza da relação jurídica representada pelo precatório, o Supremo Tribunal Federal entendeu que deveria ser observado o princípio da isonomia, de modo a sujeitar o Estado e o particular, independentemente do polo ocupado na relação creditícia, à mesma disciplina jurídica quanto aos juros moratórios.

73. Assim, os índices de atualização e de juros dos valores dos precatórios deverão ser os mesmos utilizados pela respectiva Fazenda Pública na cobrança de seus créditos. Nesse sentido, o voto do Ministro Luiz Fux, relator do precedente em apreço, quando tratou do tema juros moratórios:

no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.”

“Sem embargo das diferentes visões sobre o tema, a análise da constitucionalidade do dispositivo requer atenção à tese jurídica encampada pela Corte no julgamento do RE nº 453.740, rel. Min. Gilmar Mendes. Naquela oportunidade, discutia-se a constitucionalidade da antiga redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, que estabelecia que ‘os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano’. O cerne da controvérsia era saber se o aludido patamar de juros violava o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput), na medida em que o Código Civil, ao remeter à legislação tributária, fixa, como regra geral, o percentual de doze por cento ao ano para fins de compensação da mora (ex vi do seu art. 406 c/c art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional). Diante desse cenário, enquanto os devedores em geral se sujeitariam ao Código Civil e ao Código Tributário Nacional, a Administração Pública, quando estivesse em mora perante seus servidores e empregados, estaria obrigada a pagar juros pela metade do percentual codificado, configurando suposto privilégio odioso.

Pois bem. Postas as teses jurídica perante a Corte, prevaleceu o entendimento do relator quanto ao referencial de isonomia que deve presidir as relações entre Estado e particulares. Consoante suas razões, o relevante é investigar a igualdade em cada relação jurídica específica (e.g., tributária, estatutária, processual, contratual etc.), e não a partir de uma dicotomia genérica entre Poder Público/cidadão. Assim é que o Estado e o particular devem estar sujeitos à mesma disciplina em matéria de juros no contexto de uma relação jurídica de igual natureza. Nesse sentido, o STF afirmou a constitucionalidade da limitação de seis por cento ao ano como índice de juros moratórios de verbas devidas a servidores e empregados públicos, desde que reconhecido que a limitação ‘também deverá ser observada pela Fazenda Pública, na cobrança de seus créditos, decorrentes de verbas remuneratórias indevidamente pagas a servidores e empregados públicos, fixando-se juros moratórios em 6% ao ano, de modo que o crédito e o débito tenham tratamento idêntico, entre a Fazenda Pública e seus empregados e servidores, no tocante à fixação de juros moratórios’.”.

74. A lógica preconizada quanto aos juros de mora deve ser aplicada também no que diz respeito ao índice de correção monetária. Desse modo, deve-se conferir tratamento jurídico isonômico para o credor e o devedor. Como se passa a demonstrar, é justamente a aplicação desse entendimento que determinará, no caso do FGTS, que seja mantida a remuneração com base na TR.

75. **Pois bem, no caso do Fundo, o influxo do princípio da isonomia impõe que o índice de remuneração dos seus saldos seja o mesmo utilizado nos contratos firmados com seus recursos, como ocorre no âmbito do SFH.** Referidos contratos, como dito, possuem cláusulas estabelecendo a atualização das prestações com base no índice aplicável aos saldos do FGTS, qual seja, a TR. A relação de isonomia e paridade entre

captação e concessão de crédito exige a remuneração com base na TR. É justamente a aplicação de qualquer outro índice que importaria em violação ao princípio isonômico e, por consequência, ao precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos das ADIs nº 4.357, nº 4.372, nº 4.400 e nº 4.425.

76. Em síntese, a declaração de inconstitucionalidade da TR para a remuneração e atualização de precatórios, embora, num primeiro golpe de vista (e de sagacidade), possa aparentemente favorecer o autor da presente ADI, em verdade, quando compreendida a *ratio decidendi* do julgado, vê-se que ela prestigia, no caso do FGTS, justamente a remuneração atual pela TR. **E assim é porque o FGTS sempre foi pensado com um caráter dúplice. Desse modo, somente se admitiria a alteração do índice de remuneração dos fundistas na hipótese em que fossem modificados também os índices aplicáveis aos contratos firmados no âmbito do SFH, que justamente remuneram os saldos dos fundos.**

77. Daí por que não se pode admitir que, num exercício ponderativo, o princípio constitucional do direito de propriedade prevaleça sob os princípios constitucionais de justiça social vinculados ao Fundo. É preciso buscar a conciliação prática entre os princípios em confronto, sem permitir que uma perspectiva aniquile a outra.

IX – O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA COMO ÓBICE AO PLEITO DO AUTOR

78. A declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos ora impugnados, por esse Egrégio Supremo Tribunal Federal, abrirá caminho para a revisão de todos os contratos de financiamento habitacional firmados entre mutuários e instituições financeiras. Isso porque, como dito, referidos contratos possuem cláusulas estabelecendo a atualização das prestações com base no índice aplicável aos saldos do FGTS.

79. Em geral, tais cláusulas possuem a seguinte redação: “*remuneração dos recursos que sirvam de lastro à sua concessão*” ou “*reajuste do saldo devedor mediante a aplicação de coeficiente de atualização monetária idêntico ao utilizado para o reajustamento dos saldos das contas vinculadas ao FGTS*”.

80. Sendo assim, a substituição da TR pelo IPCA ou outro índice abriria a imediata possibilidade de alteração dos contratos já firmados, prejudicando o cumprimento das obrigações e fragilizando o crédito concedido.

81. Ademais, abrir caminho para a alteração da forma de remuneração dos depósitos do FGTS significaria a quebra da segurança jurídica dos contratos de mútuo habitacional, além de gerar uma provável desestabilização econômico-financeira, com consequências traumáticas para o Sistema Financeiro Nacional e a sociedade como um todo.

82. Além disso, deve ser levado em consideração o fato de ser expressivo o percentual de recursos do Fundo destinados ao financiamento de obras habitacionais, de saneamento e infraestrutura da União, Estados e Municípios, que são, historicamente, os tomadores de recursos mais regulares do FGTS.

83. Determinar a substituição da TR por um índice de preços de maior percentual, ao arrepio do que determinado pelo legislador, e desvinculado do contexto de atuação político-social do Estado, daria ensejo a uma cadeia de consequências que provocariam, em última análise, a ampliação da dívida dos entes federados, tomadores de empréstimos para a realização de projetos sociais de habitação e saneamento básico, em montante superior ao limite previsto pela Lei de Responsabilidade Fiscal, com grave violação às diretrizes fundantes que informam o capítulo da Constituição Federal dedicado à disciplina das finanças públicas.

84. Ante o exposto, é fácil perceber que, caso fosse acolhido o pleito veiculado na presente ação declaratória de inconstitucionalidade, hipótese admitida apenas para argumentar, o princípio da segurança jurídica seria frontalmente ferido, além do que adviriam externalidades fortemente negativas para a economia e a sociedade brasileiras.

X – DA AUSÊNCIA DE *PERICULUM IN MORA* E OS NEFASTOS EFEITOS DA CONCESSÃO DA CAUTELAR PLEITEADA: A LONGA VIGÊNCIA DAS NORMAS IMPUGNADAS E A INJUSTIFICÁVEL SUSPENSÃO DE SEUS EFEITOS

85. Por fim, quanto ao pedido de cautelar, cumpre salientar que o art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036, de 1990, e o art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177, de 1991, imputados como inconstitucionais nesta ação, **vigem há mais de vinte e três anos, fato suficiente, por si só, para afastar qualquer alegação de *periculum in mora*.**

86. Desse modo, eventual deferimento da medida cautelar pleiteada pelo requerente para suspender a eficácia dos dispositivos legais resultaria em grave insegurança jurídica, e criaria um ambiente de incerteza em torno da questão referente à utilização da TR como índice de remuneração base dos saldos. Eventual concessão de medida cautelar na forma pretendida pela requerente, qual seja, para suspender a eficácia do art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036, de 1990, e do art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177, de 1991, poderia prejudicar o bom andamento das relações contratuais vinculadas ao FGTS, possivelmente com inúmeros questionamentos judiciais acerca tanto da interpretação, quanto da própria validade dos contratos firmados neste período.

87. Para J. J. Gomes Canotilho, a segurança jurídica, elemento essencial ao Estado de Direito, se desenvolve em torno dos conceitos de estabilidade e previsibilidade. Quanto ao primeiro, no que diz respeito às decisões dos poderes públicos, uma vez realizadas “[...] não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes”. Quanto ao

segundo, refere-se à “[...] *exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos*”¹⁷.

88. Eventual concessão da medida cautelar para a suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados retiraria a previsibilidade dos negócios jurídicos constituídos durante o período de vigência dos normativos impugnados, **ocasionando incerteza, tanto por parte das instituições financeiras, quanto por parte dos tomadores de empréstimos, acerca dos efeitos jurídicos do texto legal que seria considerado ineficaz.**

89. Além disso, o longo transcurso de vigência e de efetiva aplicação do art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036, de 1990, e do art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177, de 1991, desautoriza a concessão da medida cautelar, tendo em vista inexistir no caso o *periculum in mora*, requisito necessário e que tornaria possível, em tese, o deferimento da liminar.

90. Tal afirmação respalda-se em precedentes desse colendo Supremo Tribunal Federal, segundo os quais devem ser indeferidos os pedidos de liminar em ação direta de inconstitucionalidade em razão do longo transcurso de tempo de vigência da norma tida por inconstitucional.¹⁸

91. Em boa verdade, em razão do longo tempo de vigência dos dispositivos legais atacados por esta ação direta, nas circunstâncias presentes, **é justamente o julgamento da medida cautelar e a possibilidade de sua concessão que teria o efeito de trazer insegurança àqueles negócios jurídicos firmados sob a égide do art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036, de 1990, e do art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177, de 1991**, pois os contratos firmados poderiam ser suspensos ou desfeitos. Ou seja, a continuidade do julgamento do pedido cautelar e seu eventual deferimento poderiam trazer resultados maléficos ao sistema financeiro nacional e, consequentemente, a toda a sociedade. **Fica caracterizado, assim, o *periculum in mora* reverso, situação que embarga a retomada do julgamento da liminar pleiteada.**

92. Ressalta-se, ademais, que o efeito que se pretende com a medida cautelar, qual seja, a suspensão da eficácia do art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036, de 1990, e do art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177, de 1991, pode perfeitamente ser conseguido no julgamento de mérito da ação direta de inconstitucionalidade, no qual a Corte poderia, de modo definitivo – portanto em ordem a oferecer maior segurança jurídica aos jurisdicionados – inclusive, à luz do art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, “*restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.*”

¹⁷ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 264.

¹⁸ Nesse sentido, por todos, *vide* STF, Tribunal Pleno, ADI nº 1.923 MC, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Rel. p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, j. em 1º.8.2007, DJe-106 de 21.9.2007.

93. Não há motivo, portanto, para que se julgue o pedido de concessão de medida cautelar, quer pelo longo decurso de tempo que a norma tachada de inconstitucional vige, quer pela inutilidade do procedimento, haja vista o julgamento de mérito da ação permite o atingimento do mesmo resultado prático.

XI – PREJUDICIALIDADE DA MEDIDA CAUTELAR. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL NOS AUTOS DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.381.683/PE

94. Ainda no contexto da medida cautelar pretendida pelo partido autor da presente ADI, convém ter presente a concessão de medida em sentido oposto pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça no exercício de competência constitucional de defesa da legislação infraconstitucional, conforme previsão contida no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República.

95. Com efeito, nos autos do Recurso Especial (REsp) nº 1.381.683/PE, o ilustre Ministro Benedito Gonçalves, à luz da jurisprudência daquela Corte, considerando as previsões contidas no art. 543-C do Código de Processo Civil (CPC) e a multiplicidade de ações sobre o tema, determinou que a matéria relativa ao afastamento da “*TR como índice de correção monetária dos saldos das contas de FGTS, a fim de preservar o valor real da moeda*” fosse submetida ao rito do chamado recursos especiais repetitivos, “*a fim de que a controvérsia seja dirimida no âmbito da Primeira Seção do STJ*”¹⁹. Como consequência dessa afetação ao rito uniformizador do recurso especial repetitivo, foi determinada a suspensão do julgamento dos demais recursos especiais relativos à matéria.

96. Posteriormente, em atendimento a pedido formulado pela CEF, no qual foi relatada a existência, naquela data, de mais de 50.000 (cinquenta mil) ações alusivas ao tema nos mais diversos órgãos do Poder Judiciário, houve por bem Sua Excelência, o Ministro Benedito Gonçalves, em ato de bom senso em ordem a revelar compreensão da necessidade de uma decisão uniformizadora sobre a questão, em estender os efeitos da decisão primeira para “*todas ações judiciais, individuais e coletivas, sobre o tema [...] até o final julgamento deste processo [o REsp nº 1.381.683/PE] pela Primeira Seção, como representativo da controvérsia, pelo rito do art. 543-C do CPC.*”²⁰

97. Ora, é certo que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça não poderia vincular o Supremo Tribunal Federal, notadamente no curso de ação objetiva de controle de constitucionalidade. Também não se imagina uma inversão na ordem estabelecida pela hermenêutica constitucional, a fim de estipular que a compreensão constitucional da

¹⁹ À Primeira Seção competente apreciar as questões de direito público em geral, conforme art. 9º, § 1º, inciso XIV, do RISTJ. STJ, REsp nº 1.381.683/PE, rel. Min. Benedito Gonçalves, decisão monocrática proferida em 19.2.2014, DJe de 21.2.2014.

²⁰ STJ, REsp nº 1.381.683/PE, rel. Min. Benedito Gonçalves, decisão monocrática proferida em 25.2.2014, DJe de 26.2.2014.

matéria deve se dar à luz do entendimento que se tenha sobre a legislação infraconstitucional de modo a inverter o critério de interpretação conforme.

98. O que se argumenta, de maneira bastante simples e direta, é que está totalmente prejudicado o pedido de medida cautelar com a pretensão de firmar, à partida, que as normas atacadas seriam inconstitucionais e, por isso, seria imperiosa a concessão de cautelar para, segundo os termos do autor, “*em verdadeiro viés inibitório, para que cessasse esta agressão inconstitucional e mensal prejudicial aos trabalhadores beneficiários do Fundo de Garantia*”. Isso porque a medida deferida pelo ilustre Ministro Benedito Gonçalves preserva a tutela dos direitos dos trabalhadores para a hipótese – admitida apenas em razão do princípio da eventualidade – de procedência dos pleitos formulados. Senão, veja-se.

99. Segundo informações colhidas da própria decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, naquela data, a CEF já computava mais de 50.000 (cinquenta) mil ações movidas contra si. Muitas delas, inclusive os autos em que proferida a própria decisão suspensiva (o REsp nº 1.381.683/PE), certamente são ações civis públicas (ACPs), com o propósito de abrigar inúmeros trabalhadores. Segundo informações obtidas do sítio eletrônico da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, ao menos uma dessas ações tem caráter nacional, suficiente para beneficiar todos os trabalhadores, inclusive aqueles que ainda não ajuizaram ações individuais, movida que foi pela Defensoria Pública da União com essa finalidade²¹.

100. Em tais circunstâncias, já não há como falar em *periculum in mora*: o pleito cautelar encontra-se completamente esvaziado ou prejudicado. Todas as decisões proferidas haverão de observar aquilo que for determinado pelo Superior Tribunal de Justiça, por força do disposto no art. 543-C, § 7º, inciso II, e § 8º, do Código de Processo Civil. Ou seja, haverá de se estabelecer uma decisão uniformizadora sobre o tema, sob a perspectiva infraconstitucional. E obviamente o Superior Tribunal de Justiça levará em conta aquilo que for determinado pelo Supremo Tribunal Federal em caráter vinculante, *erga omnes* e definitivo ao final. Enfim, já não haveria nem mesmo o suposto risco de lesão a direito ou a pretensão de direito alegado pelo autor da ADI que justifique, neste momento, a concessão da medida cautelar.

XII – PEDIDOS

101. Conforme assinalado, de forma bastante apropriada, por esse Supremo Tribunal Federal em decisão monocrática já referida, deve-se “assegurar ao ‘amicus curiae’, *mais* do que o simples ingresso formal no processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, a possibilidade de exercer o direito de fazer sustentações orais perante

²¹ Refere-se à ACP nº 5008379-42.2014.404.7100/RS, em curso na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul. No juízo de admissão da referida ACP, o magistrado fez questão de consignar o seguinte: “é de ser reconhecida a abrangência nacional da presente demanda, sobretudo pela inquestionável proliferação de demandas da espécie já há alguns meses em todo o país.” Decisão disponível em: <<http://goo.gl/CJW9Xc>>. Acesso em 5.3.2014.

esta Suprema Corte (ADI 2.777-QO/SP e RISTF, art. 131, § 3º) além de dispor da faculdade de submeter, ao Relator da causa, propostas de requisição de informações adicionais, de designação de perito ou comissão de peritos, para que emita parecer sobre questões decorrentes do litígio, de convocação de audiências públicas e, até mesmo, a prerrogativa de recorrer da decisão que tenha denegado o seu pedido de admissão no processo de controle normativo abstrato, como esta Corte tem reiteradamente reconhecido.”²²

102. Portanto, o Banco Central requer, preliminarmente, a admissão de sua intervenção nos autos desta ADI na qualidade de *amicus curiae*, eis que, como visto, possui legitimação adequada e poderá fornecer subsídios relevantes para o julgamento da causa.

103. Devidamente admitida a intervenção desta Autarquia, na sequência, roga-se a Vossa Excelência que declare a prejudicialidade da medida cautelar, consoante previsão contida no art. 21, inciso IX, do RISTF.

104. Declarada a prejudicialidade da medida cautelar solicitada, que se dê cumprimento ao rito previsto na Lei nº 9.868, de 1999, para a apreciação definitiva da ação direta, sendo, ao final, julgado improcedente o pedido formulado pelo partido autor e **declarada a constitucionalidade do art. 13, caput, da Lei nº 8.036, de 1990, e do art. 17, caput, da Lei nº 8.177, de 1991**, tendo em conta os fundamentos aduzidos nesta petição, que são, em síntese, os seguintes:

- (i) o pedido veiculado na presente ADI afronta o princípio da separação dos poderes, insculpido no art. 2º da Constituição da República;
- (ii) o direito de propriedade vinculado ao FGTS exige o atendimento da função social que lhe é legalmente atribuída, que, por sua vez, demanda uma remuneração de base adequada ao atendimento dessas finalidades sociais;
- (iii) a aplicação de qualquer outro índice de remuneração importaria em descumprimento dos preceitos sociais ligados ao Fundo, razão pela qual projeto de lei em sentido próximo ao pretendido nesta ADI mereceu deliberação contrária do Senado Federal;
- (iv) sob outra ótica, não há qualquer violação ao princípio da moralidade, pois a CEF é mero agente operador do FGTS, e os valores que recebe não têm relação com a forma de remuneração do Fundo;

²² STF, Tribunal Pleno, ADI(MC) nº 5.022/RO, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática prolatada em 16.10.2013, DJe de 23.10.2013, grifos do original.

(v) a aplicação do *ratio* subjacente ao julgamento da ADI nº 4.425 importa na manutenção da remuneração com base na TR, com a finalidade de manter a isonomia na relação entre captação e concessão de créditos vinculados ao SFH; e

(vi) a procedência do pedido do autor encontra óbice no princípio da segurança jurídica, tendo em vista a repercussão em milhões de contratos firmados no âmbito do SFH.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, 11 de março de 2014.

ISAAC SIDNEY MENEZES FERREIRA
Procurador-Geral do Banco Central

ERASTO VILLA-VERDE DE CARVALHO FILHO
Subprocurador-Geral - OAB/DF 9.393
Câmara de Contencioso Judicial e Execuções Fiscais

FLAVIO JOSÉ ROMAN
Procurador-Chefe - OAB/DF 15.934
Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes

FABIANO JANTALIA BARBOSA
Procurador - OAB/DF 22.232
Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes

JOSÉ AUGUSTO SANSONI SOARES
Procurador - OAB/MG 112.318
Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes

“DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE”
(Ordem de Serviço nº 4.474, de 1º de julho de 2009, da PGBCB/CC2PG)