



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5090

Requerente: Solidariedade

Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional

Relator: Ministro Roberto Barroso

Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Artigo 13 da Lei federal nº 8.036/90 e artigo 17 da Lei federal nº 8.177/91, que estabelecem a remuneração dos saldos das contas do FGTS pela taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos de poupança (Taxa Referencial). Preliminar. Ausência de impugnação a todo o complexo normativo. As disposições impugnadas e os artigos 12, inciso I, da Lei nº 8.177/91 e 7º, caput, da Lei nº 8.660/93 formam um conjunto normativo indissociável para se compreender a aplicação da Taxa Referencial (TR) aos depósitos de FGTS, de modo que estas últimas regras legais também deveriam ter sido objeto de impugnação pelo requerente. Mérito. Embora desvinculada dos índices inflacionários, a Taxa Referencial (TR) consiste em mecanismo idôneo para remunerar os depósitos de FGTS. Dúplice finalidade do FGTS e prejuízos decorrentes da alteração da taxa impugnada, mormente sobre os contratos firmados do âmbito do Sistema Financeiro de Habitação. Ausência de violação ao direito de propriedade, ao direito ao FGTS e à moralidade administrativa (artigos 5º, inciso XXII; 7º, inciso III; e 37, caput, da Constituição Federal). Manifestação pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido.

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

O Advogado-Geral da União, tendo em vista o disposto no artigo 103, § 3º, da Constituição da República, bem como na Lei nº 9.868/99, vem, respeitosamente, manifestar-se quanto à presente ação direta de inconstitucionalidade.

I – DA AÇÃO DIRETA

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, proposta pelo Solidarietà – SD, tendo por objeto a expressão “*com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança*”, constante do *caput* do artigo 13 da Lei federal nº 8.036, de 11 de maio de 1990¹, bem como o *caput* do artigo 17 da Lei federal nº 8.177, de 1º de março de 1991². O teor das disposições vergastadas encontra-se destacado no texto transcrito a seguir:

Lei federal nº 8.036/90:

“Art. 13. 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.”

Lei federal nº 8.177/91:

“Art. 17. 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

Parágrafo único. As taxas de juros previstas na legislação em vigor do FGTS são mantidas e consideradas como adicionais à remuneração prevista neste artigo”.

O requerente sustenta que os dispositivos impugnados, ao estabelecerem a correção monetária dos depósitos efetuados nas contas vinculadas do FGTS com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança – Taxa Referencial (TR), violariam o direito de propriedade, o direito ao FGTS e a moralidade administrativa, inculpidos,

¹ “Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências.”

² “Estabelece regras para a desindexação da economia e dá outras providências.”

respectivamente, nos artigos 5º, inciso XXII; 7º, inciso III; e 37, *caput*, da Constituição Federal³.

Nessa linha, assevera que o trabalhador seria o proprietário dos valores depositados em sua conta de FGTS, cujo direito de propriedade teria por consequência a correção monetária desses montantes, em observância ao núcleo essencial dos artigos 5º, inciso XXII; e 7º, inciso III, da Carta da República.

Sustenta o autor, nesse contexto, que a Taxa Referencial (TR) não refletiria o real processo inflacionário brasileiro, porque *“desde a sua instituição, a mesma sempre foi fixada ex ante, a partir de critérios técnicos desvencilhados da desvalorização da moeda”* (fl. 18 da petição inicial), de modo que não poderia ser utilizada para o fim de atualização monetária dos depósitos efetuados nas contas vinculadas do FGTS, sob pena de vulnerar o direito constitucional de propriedade.

Outrossim, alega a ocorrência de situação de inconstitucionalidade progressiva de normas jurídicas originariamente válidas, uma vez que, até a vigência da Lei nº 8.036/90, a atualização dos saldos dos depósitos das cadernetas de poupança era feita por índices que refletiam a inflação, mas *“com a edição da Lei Federal nº 8.177/1991 (...), a ‘atualização dos saldos dos*

³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;”

“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;”

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

depósitos da poupança' deixou de se dar por índice de correção monetária e passou a se dar pela TR, a qual, como exposto, inicialmente objetivava ser uma previsão de inflação futura feita pelo mercado financeiro, mas sem nenhuma garantia de correspondência com a inflação empírica verificada no mesmo período.” (fl. 27 da petição inicial).

O requerente menciona, ainda, as Resoluções do Conselho Monetário Nacional nº 2.604/99 e nº 3.354/06, que teriam impactado negativamente na fórmula de cálculo da Taxa Referencial (TR).

Ademais, afirma que haveria enriquecimento ilícito por parte da Caixa Econômica Federal – CEF, na qualidade de agente operador do FGTS, considerando que referida entidade estaria se apropriando dos valores que deveriam ser entregues ao trabalhador a título de correção monetária efetivamente devida, afrontando, com isso, a moralidade administrativa.

Com esteio em tais argumentos, o autor requer a concessão de medida cautelar para suspender os efeitos do *caput* do artigo 17 da Lei federal nº 8.177/1991, bem como da expressão “*com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança*”, constante do *caput* do artigo 13 da Lei federal nº 8.036/1990. E, ainda, “*caso este E. STF entenda necessária, a determinação de que, a partir da sustação acima dos dispositivos ora objurgados, a correção monetária dos depósitos nas contas vinculadas do FGTS seja pelo IPCA-E ou, se não, pelo INPC/IBGE, ou, ainda alternativa e subsidiariamente, por outro índice à escolha deste Pretório Excelso, desde que inflacionário*” (fls. 01/02 da petição de aditamento à inicial).

No mérito, pleiteia a procedência do pedido para que seja declarada a inconstitucionalidade das normas impugnadas e, subsidiariamente, que “*sejam*

declarados inconstitucionais com caráter vinculante, erga omnes a expressão 'com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança' do caput do art. 13 da Lei Federal nº 8.036/1990 e o caput do art. 17 da Lei Federal nº 8.177/1991, com efeitos a partir da edição da Resolução CMN 2.604, de 23/04/1999 – quando o cálculo da TR se desvinculou de seus objetivos iniciais (indicar a previsão do mercado financeiro para a inflação no período futuro escolhido)” (fl. 03 da petição de aditamento à inicial).

Por fim, o autor requer, “*caso este E. STF entenda necessária, a determinação de que, a partir do marco temporal definido pela E. Corte de efeitos da inconstitucionalidade dos dispositivos ora objurgados, a correção monetária dos depósitos nas contas vinculadas do FGTS seja pelo IPCA-E ou, se não, pelo INPC/IBGE, ou ainda alternativa e subsidiariamente, por outro índice à escolha deste Pretório Excelso, desde que inflacionário*” (fl. 02 da petição de aditamento à inicial).

O processo foi despachado pelo Ministro Relator Roberto Barroso, que, nos termos do rito previsto pelo artigo 12 da Lei nº 9.868/99, solicitou informações às autoridades requeridas, bem como determinou a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República.

Em atendimento à solicitação, o Senado Federal defendeu a constitucionalidade das normas impugnadas, argumentando que o FGTS possui regime jurídico específico, sujeito à disciplina legal, de modo que “*nas contas vinculadas ao FGTS os titulares, como sujeitos de direito futuro, têm direito à manutenção monetária de acordo com os patamares legitimamente definidos pelo legislador*” (fl. 11 das informações do requerido).

Afirmou, também, que o enunciado da Súmula nº 459 do Superior

Tribunal de Justiça⁴ reconhece a validade da aplicação da Taxa Referencial (TR) como índice de correção monetária dos débitos de FGTS recolhidos pelo empregador, mas não repassados ao fundo.

Sustentou, ainda, que não cabe ao Poder Judiciário alterar índice de correção monetária previsto em lei, sob pena de atuar como legislador positivo, ofendendo o princípio da separação de Poderes (artigo 2º da Constituição Federal⁵).

Ao final, asseverou que o entendimento manifestado por esse Supremo Tribunal Federal nos autos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4357 e nº 4425 não seria hábil a afastar a utilização da Taxa Referencial (TR) para a remuneração dos depósitos de FGTS, considerando que, em tais julgamentos, essa Corte Suprema entendera, apenas, que o referido índice não se coadunava com o regime constitucional de precatórios, não havendo absoluta recusa quanto à aplicação dos rendimentos da caderneta de poupança como índice definidor de correção monetária.

A Presidência da República, a seu turno, sustentou a improcedência do pedido veiculado pelo requerente, afirmando que a definição do índice de correção monetária aplicável aos saldos de FGTS sujeita-se à disciplina legal, segundo o que dispõe o artigo 48, inciso XIII, da Constituição da República⁶. Alegou que, embora preveja o FGTS como direito dos trabalhadores, a Carta

⁴ Súmula 459: “A Taxa Referencial (TR) é o índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos com o FGTS recolhidos pelo empregador mas não repassados ao fundo.”

⁵ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

⁶ “Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

(...)

XIII - matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações;”

Maior não asseguraria a preservação do valor real dos depósitos efetuados a esse título.

Sustentou, ainda, que o FGTS seria uma espécie de poupança compulsória dos trabalhadores, de forma a socorrê-los em períodos de necessidade devidamente previstos em lei, e não um crédito que precise ser corrigido monetariamente conforme a inflação.

Defendeu a impossibilidade de se aplicar no caso “*as conclusões sobre o uso da TR feitas pelo STF no julgamento das ADIns 4.357 e 4.425, seja porque não há hipótese de quebra de isonomia entre credor e devedor, seja porque não há possibilidade de compensação, seja porque não há enriquecimento indevido de uma das partes litigantes em detrimento da outra, ou, finalmente porque a remissão à ofensa ao direito de propriedade não encontra respaldo na natureza jurídica dos depósitos fundiários*” (fl. 22 das informações da requerida).

Por fim, afirmou que “*a substituição da TR pelo INPC/IPCA para a correção dos depósitos das contas vinculadas foi objeto de Projeto de Lei do Senado (PLS 193/2008), arquivado pelo legislador, após parecer contrário emitido pela Comissão de Assuntos Econômicos. Neste parecer ficou consignado os nefastos efeitos na alteração, nomeadamente, para o financiamento habitacional para a população de baixa renda com recursos do FGTS*”. E mais, que “*a rejeição, pelo Legislativo, de proposta similar ao presente pedido, reforça a impossibilidade do pedido do requerente de invasão por parte do Poder Judiciário no âmbito da competência do Poder Legislativo*” (fls. 23 e 24 das informações da requerida).

O Banco Central do Brasil e a Defensoria Pública da União

requereram seu ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*.

Na sequência, vieram os autos para manifestação do Advogado-Geral da União.

II – DA PRELIMINAR

Cumprе ressaltar, inicialmente, que o autor não se desincumbiu do ônus de impugnar a totalidade do complexo normativo referente aos dispositivos questionados.

Com efeito, conforme se extrai da peça vestibular, o requerente sustenta que as normas impugnadas ofenderiam o disposto nos artigos 5º, inciso XXII; 7º, inciso III; e 37, *caput*, da Constituição Federal porque estabeleceriam a correção monetária dos depósitos efetuados nas contas vinculadas do FGTS pela Taxa Referencial (TR).

Em resumo, alega “*a inconstitucionalidade da utilização da TR como índice de correção monetária, porque de captação apriorística (ex ante) e, como tal, totalmente desvincilhado do real fenômeno inflacionário e não correspondente à real garantia constitucional de propriedade*” (fl. 24 da petição inicial).

Ocorre que as normas hostilizadas apenas determinam que os depósitos efetuados nas contas vinculadas de FGTS serão remunerados pela taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos de poupança. Ou seja, as disposições questionadas não estipulam, por si só, a utilização da Taxa Referencial (TR) como índice de atualização monetária desses valores, limitando-se a prever que os saldos de FGTS serão remunerados com base nos

parâmetros fixados para a atualização da caderneta de poupança. Confira-se, novamente, o texto das normas impugnadas:

Lei federal nº 8.036/90:

“Art. 13. 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.”

Lei federal nº 8.177/91:

“Art. 17. 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

Parágrafo único. As taxas de juros previstas na legislação em vigor do FGTS são mantidas e consideradas como adicionais à remuneração prevista neste artigo.” (grifou-se).

E os parâmetros para a remuneração dos depósitos de poupança, aos quais se referem as disposições hostilizadas, estão previstos pelos artigos 12, inciso I, da Lei federal nº 8.177/91 e, posteriormente, pelo *caput* do artigo 7º da Lei federal nº 8.660/93, os quais, no entanto, não foram objeto de impugnação pelo requerente. Confira-se, a propósito, o teor dos referidos dispositivos legais:

Lei federal nº 8177/91:

“Art. 12. Em cada período de rendimento, os depósitos de poupança serão remunerados:

I - como remuneração básica, por taxa correspondente à acumulação das TRD, no período transcorrido entre o dia do último crédito de rendimento, inclusive, e o dia do crédito de rendimento, exclusive;

II - como remuneração adicional, por juros de: (Redação dada pela Lei nº 12.703, de 2012)

a) 0,5% (cinco décimos por cento) ao mês, enquanto a meta da taxa Selic ao ano, definida pelo Banco Central do Brasil, for superior a 8,5% (oito inteiros e cinco décimos por cento); ou (Redação dada pela Lei nº 12.703, de 2012)

b) 70% (setenta por cento) da meta da taxa Selic ao ano, definida pelo Banco Central do Brasil, mensalizada, vigente na data de início do

período de rendimento, nos demais casos. (Redação dada pela Lei n° 12.703, de 2012)” (grifou-se).

Lei federal n° 8.660/93:

“Art. 7° Os depósitos de poupança têm como remuneração básica a Taxa Referencial - TR relativa à respectiva data de aniversário.

§ 1° O disposto neste artigo aplica-se ao crédito de rendimento realizado a partir do mês de maio de 1993.

§ 2° Para o cálculo do rendimento a ser creditado no mês de maio de 1993 - cadernetas mensais - e, nos meses de maio, junho e julho de 1993 - cadernetas trimestrais -, utiliza-se o critério estabelecido no art. 4°.” (grifou-se).

Registre-se que ao tempo da Lei n° 8.036/90 a Taxa Referencial sequer existia, uma vez que foi instituída pela Medida Provisória n° 294, de 31 de janeiro de 1991⁷. Observa-se, portanto, que a tese exposta na petição inicial, no sentido da inconstitucionalidade da utilização da Taxa Referencial (TR) na espécie, não decorre diretamente das normas impugnadas, as quais se referem, unicamente, à adoção da taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos de poupança para efeito de remuneração dos depósitos de FGTS.

Dessa forma, tem-se que as disposições impugnadas e os artigos 12, inciso I, da Lei n° 8.177/91 e 7°, *caput*, da Lei n° 8.660/93 formam um conjunto normativo indissociável para se compreender a aplicação da Taxa Referencial (TR) aos depósitos de FGTS, de modo que estas últimas regras legais também deveriam ter sido objeto de impugnação pelo requerente.

Note-se que a mera alteração do critério de remuneração da caderneta de poupança previsto pelos artigos 12, inciso I, da Lei n° 8.177/91 e 7°, *caput*, da Lei n° 8.660/93 implicaria, automaticamente, a modificação da taxa de remuneração dos saldos de FGTS (artigo 13 da Lei federal n° 8.036/90 e 17

⁷ “Estabelece regras para a desindexação da economia e dá outras providências.”

da Lei federal nº 8.177/91), o que acarretaria o esvaziamento da pretensão inicial.

Sendo assim, conclui-se que o exame da presente ação direta não prescinde do questionamento dos artigos 12, inciso I, da Lei nº 8.177/91 e 7º, *caput*, da Lei nº 8.660/93, que estipulam a remuneração dos depósitos de poupança pela Taxa Referencial (TR). Daí porque a presente ação direta, nos termos da jurisprudência dessa Suprema Corte, não deve ser conhecida, haja vista a ausência de impugnação de todo o complexo normativo no qual se insere as normas impugnadas. Confira-se:

“A jurisprudência desta Corte é firme no tocante à imprescindibilidade de impugnação dos textos normativos que cuidem da mesma matéria atacada na ação direta. Assim, a demanda não pode ter por objeto o ataque a apenas um dos preceitos contidos no complexo normativo. O sistema de leis vinculadas a determinado tema deve ser combatido em sua íntegra. A razão desse entendimento reside no fato de a eficácia da declaração de inconstitucionalidade alcançar tão-somente o ato impugnado e não o complexo em que ele está inserido. [ADI n. 2.174/DF, Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 07/03/2003; ADI n. 1.187/DF, Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 30/05/1997; ADI n. 2.133/RJ, Ministro ILMAR GALVÃO, DJ de 09/03/2000; ADI n. 2.451/DF, Ministro CELSO DE MELLO, DJ de 01/08/2001; ADI n. 2.972/RO, Ministro CARLOS BRITTO, DJ de 29/10/2003; ADI n. 2.992/MG, Relator Ministro EROS GRAU, DJ de 17/12/2004].”

(ADI nº 972, Relator: Ministro Eros Grau, Decisão Monocrática, Julgamento em 20/06/05, Publicação em 24/06/05; grifou-se).

Constata-se, destarte, a inadmissibilidade da presente ação direta, devendo ser extinta sem a apreciação do mérito.

III – DO MÉRITO

Conforme relatado, o requerente sustenta que as disposições atacadas violariam o direito de propriedade, o direito ao fundo de garantia do

tempo de serviço e a moralidade administrativa, previstos pelos artigos 5º, inciso XXII; 7º, inciso III; e 37, *caput*, da Constituição Federal, considerando que a Taxa Referencial (TR) não seria suficiente para corrigir os depósitos de FGTS ante as distorções provocadas pelo processo inflacionário.

Entretanto, o inconformismo do autor não merece prosperar.

Sobre o tema, sabe-se que a Medida Provisória nº 294, de 31 de janeiro de 1991, posteriormente convertida na Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, instituiu a Taxa Referencial (TR) como instrumento de desindexação da economia, no intuito de combater o repasse automático da inflação passada para o presente – a *inflação inercial*, provocada pelo atrelamento dos mecanismos de correção monetária a índices de preços.

O cálculo da Taxa Referencial (TR) tem por parâmetro as expectativas dos agentes quanto à elevação futura das taxas de juros, contrapondo-se, destarte, à ideia de correção monetária com base na inflação passada. É dizer, a Taxa Referencial (TR) é uma taxa de juros de referência, que foi concebida em meio a um conjunto de medidas de política econômica, visando a desindexação da economia e o combate à inflação⁸.

O artigo 1º da Lei nº 8.177/91 estabelece os parâmetros para o cálculo da Taxa Referencial:

“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,

⁸ Conforme a exposição de motivos que acompanha a Medida Provisória nº 294/91, dentre os fatores estruturais que prejudicam a eficácia dos instrumentos de política econômica, destaca-se o mecanismo de indexação, que, “além de gerar uma enorme rigidez à baixa da taxa de inflação, é responsável por uma vulnerabilidade do sistema econômico a choques exógenos”.

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.”

Desse modo, observa-se que a Taxa Referencial (TR) não consiste em índice de correção monetária, mas em mecanismo de remuneração de capital, que utiliza critérios técnicos e objetivos para traçar uma metodologia de cálculo que leva em consideração todo o complexo macroeconômico, de modo que o sistema financeiro possa alcançar o desejado equilíbrio entre ativos e passivos.

Nesse contexto, por força do disposto no artigo 12 da Lei nº 8.177/91, a remuneração dos depósitos da caderneta de poupança passou a ser efetuada pela Taxa Referencial (TR), assim como a remuneração dos depósitos de FGTS, visto que as normas impugnadas determinam a remuneração dos saldos das contas do FGTS pela taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos de poupança.

Ressalte-se que, diversamente do sustentado pelo requerente, a adoção da Taxa Referencial (TR) como critério para a remuneração dos depósitos de FGTS não viola os direitos constitucionais de propriedade e ao FGTS, insculpidos nos artigos 5º, inciso XXII, e 7º, inciso III, da Constituição Federal.

Isso porque, conquanto inferior ao Índice de Preços ao Consumidor (IPC), a taxa em comento mostra-se razoável para a atualização dos saldos de FGTS. De feito, a Taxa Referencial (TR) é o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança – paradigma para as transações financeiras realizadas no país. Ao lado dela, tem-se a incidência dos juros de 0,5% (zero vírgula cinco por cento) ao mês. A somatória dessas parcelas constitui a remuneração básica da caderneta de poupança.

De um lado, isso reflete a prática de juros simples legais, já concebida desde o Código Civil de 1916, cujo artigo 1.062 dispunha que “a taxa de juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de 6% (seis por cento) ao ano”. De outro, afasta a aplicação do IPCA/IBGE (que, no ano de 2013, foi de 5,91% – cinco vírgula noventa e um por cento), o qual resultaria em aumento exagerado dos saldos de FGTS, em prejuízo do Poder Público, e, de resto, da sociedade, que pagaria uma taxa elevada em razão de seus reflexos sobre as demais operações vinculadas ao referido fundo.

Note-se que no julgamento do Recurso Extraordinário nº 453.740⁹, esse Supremo Tribunal Federal entendeu que os juros de 0,5% (zero vírgula cinco por cento) ao mês – isto é, 6% (seis por cento) ao ano – são adequados para remunerar os débitos dos entes públicos. Nesse sentido, confira-se o entendimento do Ministro Gilmar Mendes¹⁰, Relator de referido recurso, *in verbis*:

“A razão determinante do art. 1º-F da Lei nº 9.494 de 1997 decorreu de tentativa de se pacificar entendimento inadequado que se fazia, e que ao fixar juros em 12% ao ano propiciava aumento de 100% nos valores devidos pela Fazenda, que adequadamente remunerava juros moratórios com base em 6% ao ano, modo também prescrito pelo Código Civil de 1916, vigente à época da Medida Provisória que inseriu o art. 1º-F na Lei nº 9.494, de 1997.”

Ademais, não há que se falar em direito subjetivo à correção monetária dos saldos de FGTS, por índices inflacionários, como consectário lógico do direito de propriedade. Referidas verbas, assim como os depósitos efetuados nas cadernetas de poupança, são remunerados pela Taxa Referencial (TR), sendo que os saldos de FGTS contam ainda com a capitalização de juros de 03% (três por cento) ao ano. Trata-se de mecanismo eleito pelo legislador

⁹ RE nº 453740/RJ, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Julgamento: 28/02/2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: 24-08-2007.

ordinário, no exercício da competência prevista pelo artigo 48, inciso XIII, da Constituição da República¹¹, que tem por escopo assegurar uma remuneração mínima necessária à preservação do poder aquisitivo da moeda.

Registre-se, outrossim, que o FGTS foi concebido pela Lei nº 5.107/66 (atualmente disciplinado pela Lei nº 8.036/90), em substituição ao regime celetista da indenização por tempo de serviço e da estabilidade decenal, com **dupla finalidade**: servir como instrumento de garantia à subsistência dos trabalhadores em caso de dissolução do vínculo empregatício e fomentar políticas públicas por meio do financiamento de programas de habitação popular, de saneamento ambiental e de infraestrutura urbana.

A título de exemplo, o artigo 9º, §§ 2º, 3º e 4º, da Lei nº 8.036/90 determina, expressamente, a aplicação dos recursos do FGTS em habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana. Confira-se a redação dos referidos dispositivos legais, *in verbis*:

“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 infra-estrutura 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.

¹⁰ Excerto do voto proferido pelo Ministro Relator Gilmar Mendes nos autos do RE nº 453740/RJ, Julgamento: 28/02/2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: 24-08-2007.

¹¹ “Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

(...)

XIII - matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações;”

§ 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 infra-estrutura urbana, financiados com recursos do FGTS, deverão ser complementares aos programas habitacionais.”

Dessa forma, constata-se que os depósitos de FGTS não constituem direito absoluto e exclusivo do trabalhador, uma vez que tais recursos estão afetados, também, a finalidades sociais, tais como a construção de habitações populares, saneamento básico e infraestrutura urbana. Assim, para tornar viável a destinação social do fundo, optou-se pela adoção de um sistema de remuneração baseado na Taxa Referencial (TR), tornando possível a concessão de crédito pelo FGTS a custos mais módicos.

É evidente que o equilíbrio do fundo depende do pagamento dos saldos de FGTS aos trabalhadores pela mesma Taxa Referencial (TR), sob pena de se inviabilizar a realização dos programas sociais referidos, em razão da impossibilidade 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 Sistema Financeiro de Habitação.

Nesse ponto, convém transcrever excerto da manifestação do Banco Central do Brasil (fls. 13/14), na presente ação direta, que menciona os efeitos nefastos aos contratos financiados com recursos do FGTS pela eventual substituição da Taxa Referencial (TR) pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA):

“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 previstos. Buscou-se, assim, engendrar

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 de inconstitucionalidade 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 inconstitucionalidade, com a consequente alteração na sistemática da remuneração do Fundo, a sobrevivência do sistema dependeria imperiosamente da revisão de todos os contratos firmados com recursos do FGTS. Isso porque não haveria como remunerar os fundistas em patamares superiores aos que o próprio Fundo auferia 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% e 8,66% ao ano. 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.

(...)

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.” (grifou-se).

Note-se, outrossim, que as consequências danosas advindas da substituição da Taxa Referencial (TR) pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), mormente no que se refere aos contratos de financiamento habitacional para a população de baixa renda, constituíram motivo suficiente para o Senado Federal arquivar o Projeto de Lei nº 193/08, que propunha a referida alteração¹². Sobre o assunto, destaca-se o seguinte

¹² Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=85159. Acesso em 11 abr. 2014.

trecho do parecer elaborado no âmbito da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal¹³:

“O debate sobre a remuneração do FGTS é legítimo. A remuneração dada ao detentor de conta vinculada junto ao fundo, qual seja, de TR mais 3% ao ano é a metade do que recebe a caderneta de poupança e bem menor que a de outros fundos financeiros de mercado. Aliás, vale dizer que, devido a essa baixa rentabilidade, no passado já foram oferecidos aos cotistas outras alternativas de aplicação de seus recursos como as aplicações em ações por meio do FMP Petrobrás I e II e Vale I. Portanto, a primeira vista, a proposição seria meritória, pois estaria corrigindo uma injustiça com o trabalhador detentor da conta vinculada junto ao FGTS.

Todavia, não podemos ignorar a lógica de funcionamento do Fundo, sob pena de acabarmos prejudicando ao mesmo trabalhador que se pretende beneficiar.

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 Disponível em <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/98898.pdf>. Acesso em 11 abr. 2014.

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.”

Em tais condições, constata-se a validade da utilização da Taxa Referencial (TR) como mecanismo de remuneração dos depósitos do FGTS, especialmente em face da dupla finalidade do referido fundo, donde a compatibilidade das normas impugnadas com os artigos 5º, inciso XXII, e 7º, inciso III, da Constituição Federal.

No que se refere à ocorrência de ofensa à moralidade administrativa (artigo 37, *caput*, da Constituição), saliente-se que não se vislumbra na espécie o alegado enriquecimento ilícito por parte da Caixa Econômica Federal – CEF, na qualidade de agente operador do FGTS, em razão da suposta apropriação dos valores que deveriam ser entregues ao trabalhador a título de correção monetária.

De fato, os saldos de FGTS são utilizados, exclusivamente, para custear as despesas específicas do fundo, quais sejam, a poupança destinada à subsistência do trabalhador que rompeu o vínculo empregatício e os projetos de habitação, saneamento e infraestrutura urbana. Em outras palavras, o agente operador do FGTS não retém, em seu próprio proveito, as diferenças decorrentes da aplicação da Taxa Referencial (TR), haja vista que os recursos do FGTS são empregadas no cumprimento das finalidades previstas pela Lei nº 8.036/90.

Ressalte-se, ainda, que os valores auferidos pela Caixa Econômica Federal em relação ao FGTS não decorrem de verbas suprimidas indevidamente dos trabalhadores; a própria Lei nº 8.036/90, em seu artigo 5º, inciso XIII, alínea

“d”¹⁴, prevê a remuneração da entidade pela administração e gestão do Fundo de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FI-FGTS.

Sendo assim, conclui-se pela constitucionalidade das normas impugnadas, também, sob o prisma da moralidade administrativa.

Por fim, na eventualidade de que esse Supremo Tribunal Federal declare a invalidade das normas impugnadas, insta observar que não há espaço, na presente ação direta, para a fixação dos índices de correção monetária sugeridos pelo autor quanto aos depósitos de FGTS. Isso porque, tal providência resultaria na atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, violando o princípio da separação de Poderes (artigo 2º da Constituição Federal).

Ao final da petição de aditamento à inicial (fl. 02), autor requer, *“caso este E. STF entenda necessária, a determinação de que, a partir do marco temporal definido pela E. Corte de efeitos da inconstitucionalidade dos dispositivos ora objurgados, a correção monetária dos depósitos nas contas vinculadas do FGTS seja pelo IPCA-E ou, se não, pelo INPC/IBGE, ou ainda alternativa e subsidiariamente, por outro índice à escolha deste Pretório Excelso, desde que inflacionário”*.

Todavia, decorre dos próprios termos de referido pedido que a providência pretendida não pode ser tomada por esse Supremo Tribunal Federal, sob pena de atuar como legislador positivo e usurpar competência que não lhe é

¹⁴ “Art. 5º Ao Conselho Curador do FGTS compete:

(...)

XIII - em relação ao Fundo de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FI-FGTS:

(...)

d) estabelecer o valor da remuneração da Caixa Econômica Federal pela administração e gestão do FI-FGTS, inclusive a taxa de risco.”

atribuída, consoante farta jurisprudência dessa Excelsa Corte¹⁵. Vale transcrever, a esse respeito, parte da ementa do seguinte julgado:

“(...) O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI FORMAL TRADUZ LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO. - A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. - Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 - RTJ 143/57 - RTJ 146/461-462 - RTJ 153/765 - RTJ 161/739-740 - RTJ 175/1137, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.”

(RE-AgR nº 322.348/SC, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 12/11/2002, Publicação em: 06/12/2002).

De fato, o entendimento acolhido no precedente transcrito amolda-se ao caso em exame, pois estipular o IPCA (ou outro índice de correção monetária) para a remuneração dos depósitos do FGTS por meio de decisão judicial, em detrimento do que dispõe as Leis nº 8.036/90 e nº 8.177/91, significaria estabelecer novos critérios para uma matéria que somente poderia ser legitimamente definida pelo Poder Legislativo.

¹⁵ ADI nº 1.755/DF, Relator: Ministro Nelson Jobim, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 15/10/1998; ADI-AgR nº 2.554/DF, Relator: Ministro Mauricio Correa, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 16/05/2002; AI-AgR nº 687.027/SP, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: 1ª Turma, Julgamento em 23/06/2009; AI-AgR nº 469.332/SP, Relatora: Ministra Ellen Gracie, Órgão Julgador: 2ª Turma, Julgamento em 15/09/2009.

Resta evidente, portanto, que o pedido formulado pelo autor, no sentido de que, caso esse Supremo Tribunal Federal entenda necessário, seja utilizado o IPCA ou outro índice de correção monetária para a remuneração dos depósitos do FGTS, não merece prosperar, eis que o seu deferimento dependeria da atuação dessa Suprema Corte como legislador positivo.

Sabe-se que a correção monetária repercute de modo direto na ordem econômico-financeira, razão pela qual a sua expressa previsão legal é imprescindível. A esse respeito, observe-se o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.465¹⁶, no qual se discutiu, dentre outras questões, a atualização monetária nas demonstrações financeiras das empresas privadas para fins tributários:

“Estou, e deixo explícito, em que - não obstante as considerações feitas sobre o mínimo de realidade exigível da regulação legal no campo de incidência dos diversos tributos -, não há um direito constitucional à indexação real, nem nas relações privadas, nem nas relações de Direito Público, sejam elas tributárias ou de outra natureza. A questão é de Direito Monetário, pois, ampla a liberdade de conformação do legislador para dar, ou não, eficácia jurídica ao fenômeno da perda do valor de compra da moeda.”

Importante também transcrever as ponderações externadas pela Ministra Ellen Gracie em voto proferido por ocasião do julgamento do mencionado Recurso Extraordinário nº 388.312:

“Dado histórico inflacionário é que adveio a preocupação do Constituinte de assegurar a correção monetária de determinadas obrigações, mormente de cunho alimentício, como no caso do salário mínimo (art. 7º, IV), dos vencimentos e dos subsídios (art. 37, X), bem como dos benefícios previdenciários (art. 201, § 2º, e após a EC 20/98, o § 4º). Mas não há decisão política fundamental de indexação automática ampla de toda a economia, o que, aliás, seria descabido. É preciso ter

¹⁶ RE nº 201.465, Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator para o Acórdão: Ministro Nelson Jobim, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 02/05/2002, Publicação em 17/10/2003).

critérios para aplicação de correção monetária, sob pena de vir a contribuir para a perpetuação da cultura inflacionária, o que ocorreria no caso de uma indexação generalizada de todas as referências e obrigações monetárias.

(...)

Também o Ministro Ayres Britto, no artigo 'Regime Constitucional da Correção Monetária', publicado na Revista Trimestral de Direito Público, 14/1996, reconhece que as obrigações em dinheiro sem direta regração constitucional quanto à incidência da correção monetária 'ficam na dependência da expedição de lei federal, pois cabe ao Congresso Nacional legislar sobre 'matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações' (inciso XIII do art. 48, da CF)'.

Cuida-se, efetivamente, de matéria que se situa no plano das políticas econômica e monetária e que se vincula às circunstâncias e à necessidade de recomposição do equilíbrio das relações.

É preciso atentar, ainda, para as peculiaridades das relações tributárias.

Quando cuidamos de tributos cujos fatos geradores são revelações de riqueza do contribuinte, estamos no bojo de relações jurídicas que não têm qualquer caráter sinalagmático ou contraprestacional. É a justiça distributiva - e não cumulativa - que inspira tais obrigações.

Não faz sentido, portanto, qualquer pretensão de equilíbrio econômico ou equivalência entre prestações quando se cuida de impostos. Imposto é dívida de dinheiro, não dívida de valor."

Sendo assim, verifica-se que as normas sob investiva decorrem da atuação do Poder Legislativo, o qual detém competência para legislar sobre matéria financeira, cambial e monetária (artigo 48, inciso XIII, da Constituição Federal) e proceder, no processo de elaboração das leis, à análise das políticas econômicas e monetárias em associação à necessidade de recomposição de valores com vistas ao equilíbrio das relações estabelecidas.

A opção do legislador na hipótese em exame, como visto, foi a utilização da Taxa Referencial (TR) para remunerar os depósitos de FGTS, cujo mecanismo não pode ser legitimamente alterado por meio de decisão judicial, sob pena de violação ao princípio da separação de Poderes.

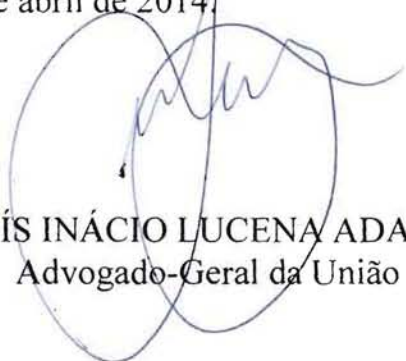
Em tais condições, conclui-se pela constitucionalidade das disposições questionadas.

IV – DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, o Advogado-Geral da União manifesta-se, preliminarmente, pelo não conhecimento da presente ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido veiculado pelo requerente, devendo ser declarada a constitucionalidade do *caput* do artigo 17 da Lei federal nº 8.177, de 1º de março de 1991, bem como da expressão “*com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança*”, constante do *caput* do artigo 13 da Lei federal nº 8.036, de 11 de maio de 1990.

São essas, Excelentíssimo Senhor Relator, as considerações que se tem a fazer em face do artigo 103, § 3º, da Constituição Federal.

Brasília, 14 de abril de 2014



LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS
Advogado-Geral da União



GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA
Secretária-Geral de Contencioso



CHRISTINA FOLTRAN SCUCATO
Advogada da União