

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR - ADI 5090 - DR.
LUÍS ROBERTO BARROSO**

Processo: ADI 5090

Origem: **DF - DISTRITO FEDERAL**
Relator: **MIN. ROBERTO BARROSO**
REQTE. (S) **PARTIDO DA SOLIDARIEDADE**
ADV. (A/S) **TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA E OUTRO (A/S)**
INTDO. (A/S) **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
INTDO. (A/S) **CONGRESSO NACIONAL**
ADV. (A/S) **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
AM. CURIAE. **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF**
AM. CURIAE. **DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO**

OBJETO: MANIFESTAÇÃO DE "AMICUS CURIAE" - AFBNDES

ASSOCIAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL - AFBNDES, associação de classe sem fins lucrativos estabelecida nesta cidade à Avenida República do Chile, nº 100, sobreloja/mezanino, Centro, Rio de Janeiro - RJ, inscrita no CNPJ sob o nº 33.984.550/0001-41, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, por seus advogados abaixo assinados, com escritório profissional na Avenida Rio Branco, 156, sala 1736, Centro, Rio de Janeiro-RJ, onde receberá todas as comunicações dos atos processuais, servindo o mesmo para os fins descritos no inciso I, do art. 39 do CPC, respeitosamente, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade acima referida, requerer sua admissão no feito, na qualidade de "AMICUS CURIAE", para tanto dizendo e requerendo o quanto segue:

DA ADMISSÃO DO AMICUS CURIAE

Versam os autos deste RESP em destaque acerca da temática da correção dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, em face da Taxa Referencial - TR.

Este Colendo Superior Tribunal de Justiça submeteu o feito ao regime dos **recursos repetitivos**, em conformidade com o art. 543-C do Código de Processo Civil.

Assim, a decisão a ser proferida nestes autos, potencialmente, deverá atingir a generalidade dos trabalhadores vinculados ao sistema do FGTS, dentre os quais se destacam aqueles representados pela Requerente em ações judiciais que colimam o mesmo objetivo, cujo andamento se encontra em anexo.

Daí pretender o peticionário, presentemente, sua admissão no feito, na condição de **amicus curiae**, com base no art. 530-C, §4º, do CPC e no art. 3º, I, da Resolução STJ n. 08/2008 do STJ.

DA LEGITIMIDADE ATIVA DA AFBNDES

Estatui o art. 5º, XXI DA CR/88:

"XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;"

O STF em interpretação do dispositivo em comento consolidou sua jurisprudência no seguinte sentido:

"A representação prevista no inciso XXI do art. 5º da CF surge regular quando autorizada a entidade associativa a agir judicial ou extrajudicialmente mediante deliberação em assembleia.

Descabe exigir instrumentos de mandatos subscritos pelos associados." (RE 192.305, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 15-12-1998, Segunda Turma, DJ de 21-5-1999.) **No mesmo sentido: MS 23.879**, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, julgamento em 3-10-2001, Plenário, DJ de 16-11-2001.

Em idêntico sentido, o seguinte aresto, verbi gratia:

"DA ILEGITIMIDADE ATIVA. Defende a CEF a ilegitimidade ativa do Sindicato autor sob o argumento de que o mesmo não traz qualquer autorização expressa de seus representados, ou mesmo Ata de Assembleia Geral que tenha deliberado e autorizado o ajuizamento da presente demanda. **Já é pacífico na jurisprudência que os sindicatos, atuando como substitutos processuais de seus filiados, prescindem da autorização expressa dos seus representados para defender em juízo os direitos e interesses dos integrantes da respectiva categoria.** Cite-se, como exemplo, a seguinte ementa, com grifos nossos: [...] (cf.: STF, RE ns. 193.503/SP e 210.029/RS e STJ, EREsp 1.103.434/RS, DJe 29.08.2011). (...)(AC 00086698020054036100 - 1064755 - Desembargadora Federal Regina Costa - Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região - e-DJF3 Judicial 1 data

23.08.2012). Afasto, assim, a alegação de ilegitimidade ativa."

Nesse contexto, é inegável a legitimidade da Associação em destaque para seu ingresso como AMICUS CURIAE e para o ajuizamento de demandas em nome dos seus representados apontadas no anexo.

Da PREVISÃO DE CORREÇÃO MONETÁRIA DOS DEPÓSITOS DO FGTS

O FGTS foi criado pela lei 5.107, de 13/09/1966, com objetivo de facultar ao trabalhador a opção por formar um patrimônio com contribuições mensais do empregador, em substituição às regras de estabilidade no emprego previstas nos capítulos V e VII do Título IV da CLT. Trazia duas vantagens principais: 1) não exigia o prazo mínimo de permanência no emprego para a estabilidade (10 anos, pela CLT); 2) permitia uma indenização proporcional ao tempo de serviço quase sempre superior a uma remuneração por ano trabalhado (parâmetro então utilizado), uma vez que a alíquota de 8% sobre as 12 remunerações mensais de um ano (mais o 13º) e a taxa de juros remuneratória de 3% ao ano superam - no decorrer de 12 meses - o valor de uma remuneração mensal.

Para os empregadores, tinha a vantagem de permitir a livre dispensa dos trabalhadores, independente de justa causa ou do tempo de serviço, e a possibilidade de irem paulatinamente formando o fundo devido na dispensa com módicas contribuições mensais de 8% sobre a remuneração, ao invés de terem que desembolsar o valor total da indenização trabalhista no momento da dispensa. Para o Governo, significou uma das muitas medidas que geraram a poupança que financiou o chamado "Milagre Econômico Brasileiro" do final dos anos 60 e anos 70, quando, com forte presença estatal e investimentos em infraestrutura e habitação, o País cresceu a taxas "chinesas" de até 14% ao ano, durante mais de uma década.

Desde a primeira legislação, houve a preocupação de assegurar às contas vinculadas a correção monetária, o que se vê já no art. 3º da lei 5.107/66, fato incomum na época - quando ainda não havia generalização da correção monetária, como ocorreu nas décadas seguintes. Isso se

deve ao fato de que o FGTS foi criado para ser um fundo de longo prazo, cujos saques eram limitados a poucas hipóteses, pelo que a recomposição das perdas inflacionárias tornava-se imperativa, pois os beneficiários poderiam demorar anos ou décadas até poderem sacar seus recursos e, se não houvesse recomposição das perdas inflacionárias, os valores depositados poderiam se tornar exíguos.

Nessa época, portanto, o FGTS tinha tríplice função: 1) pecúlio opcional do empregado formado por contribuições do empregador; 2) seguro-desemprego substitutivo da estabilidade prevista na CLT, título IV, capítulos V e VII; e 3) indenização pela despedida arbitrária.

A partir da CR/88 houve uma alteração substancial no FGTS. O art. 7º e seus incisos I, II e III, da CR/88, estabeleceram como direitos independentes do trabalhador: a indenização por despedida arbitrária (I), o seguro-desemprego público, de natureza previdenciária (II) e o fundo de garantia do tempo de serviço obrigatório (III).

Dessa forma, a partir da CR/88 - regulamentada pela lei 8.036/90 - o FGTS perdeu as funções de "seguro-desemprego" e de "indenização pela despedida sem justa causa", assumidas, respectivamente, pelo atual "seguro-desemprego" (Lei 7.988/90 e alterações) e pela multa do art. 10 do ADCT-CR/88 (com as alterações da legislação complementar). Manteve sua função de pecúlio do trabalhador formado por contribuições do empregador, porém não mais facultativo: **o FGTS se tornou um pecúlio obrigatório. Não há mais opção: todos os empregados são beneficiários e filiados obrigatórios do FGTS.**

O Fundo é gerido e administrado a partir das normas e diretrizes do Conselho Curador e os recursos fundiários, por expressa previsão legislativa, são utilizados para financiar investimentos sociais nas áreas de habitação, saneamento e infraestrutura urbana (artigo 9º, §§2º e 3º, da Lei 8.036/90).

Além de ser um **pecúlio obrigatório** cujas hipóteses de levantamento são bastante restritas e quase sempre vinculadas à extinção do contrato de trabalho ou aquisição/financiamento da casa própria (art. 20 da lei

8.036/90), o FGTS tem uma importante distinção em relação a outros pecúlios privados e poupanças /aplicações realizadas no mercado financeiro: **o FGTS NÃO TEM PORTABILIDADE.**

Ao contrário de outras opções postas à disposição de empregados e patrões para formar pecúlios ou poupanças, como os fundos de previdência privada ou as aplicações em caderneta de poupança, fundos de investimento, títulos públicos ou privados, o titular do FGTS não tem possibilidade de transferir seus recursos para aplicações mais rentáveis, mais bem geridas ou mais seguras. Ainda que sua remuneração seja muito insatisfatória ou que o titular da conta do FGTS discorde das políticas de gestão do fundo ou que se atemorize quanto a sua solidez, **não há o que fazer, o titular do FGTS não pode transferir ou sacar seus recursos e aplicá-los em outra modalidade disponível de poupança ou previdência.**

Essas três características - **obrigatoriedade, ausência de portabilidade e prazo longo/indeterminado** - que têm base constitucional e legal, tornam ainda mais importante a questão da recomposição do seu valor *vis a vis* os efeitos corrosivos da inflação sobre a moeda na qual os depósitos são realizados: o saldo do FGTS, enquanto pecúlio obrigatório, não portátil, por prazo indeterminado e previsto constitucionalmente, é uma obrigação de valor devida pela instituição operadora ao trabalhador titular da conta vinculada, protegida constitucional e legalmente dos efeitos inflacionários sobre a moeda.

Sem embargo dessas considerações, é certo que o FGTS tem uma natureza jurídica constitucional de derradeiro direito social.

"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;"

Tal direito deflui diretamente dos preceitos dos arts. 1º e 3º da CF:

"Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

Não é ocioso dizer que os direitos sociais são interligados a outros direitos fundamentais, gozando de todos os meios e instrumentos que os tornam efetivos, inclusive a exigibilidade judicial.

Com efeito, todo o elenco dos direitos sociais é passível de ser demandado em juízo, podendo ter como objeto

sanções, reparações ou providências que impeçam transgressões pelo Poder Público ou por particulares.

Por exemplo, a contaminação do meio ambiente, inclusive do trabalho, importa em violação do direito à saúde; a despedida injustificada viola os princípios básicos do Direito do Trabalho e a discriminação viola o direito à igualdade.

Esses espectros do desrespeito aos direitos fundamentais sociais são *justiciables* assim como as omissões na sua observância e implementação por particulares e pelo Estado. Como ocorre com os direitos civis e políticos, que se caracterizam por um complexo de prestações negativas e positivas, na esfera dos direitos sociais também há "direitos prestacionais" (*derechos-prestación*), envolvendo obrigações de fazer e não fazer.

A garantia dos direitos sociais só se torna realmente efetiva quando assegurada a sua adequada *justiciabilidad*, entendida esta como a possibilidade de exigir em juízo o cumprimento das prestações que deles são resultantes.

Portanto, o que qualificará a existência de um direito social como um direito plenamente garantido não é apenas o cumprimento pelo Estado e pelos particulares, mas a existência de um poder para fazer atuar o direito fundamental em caso de seu descumprimento.

Nesse passo é relevante, para fins do que se exporá a seguir, destacar que é impossível deixar de notar sua feição obrigacional de natureza contratual e a obrigação de natureza institucional de que reveste o FGTS.

No primeiro, existe uma aceitação mútua entre os contratantes sobre os termos do contrato (*pacta sunt servanda*), sendo que o fruto desta contratação favorecerá apenas a estes. No segundo caso, do fundo de natureza institucional do FGTS, a contratação se opera de forma **cogente**, indo muito além de um mero contrato de adesão por exemplo, comum na área do direito do consumidor. É dizer: o trabalhador não tem a opção de não se filiar.

O fruto da contratação, ainda, não favorecerá apenas os

contratantes (banco e titular da conta) indo além, para também financiar projetos de interesse social (daí a natureza institucional), e o valor existente na conta somente poderá ser utilizado pelo titular quando ocorrer uma hipótese de saque (ou de negociação, como a compra de ações, ou sua utilização no financiamento para aquisição da casa própria).

Reside aqui, a nosso ver, dois pontos de fundamental importância a serem considerados, e que podem ser resumidos na seguinte proposição: o empregador foi **obrigado** a depositar o FGTS na conta vinculada **do trabalhador**.

Primeira premissa: A conta vinculada é (ou deveria ser) **do trabalhador**, apenas do trabalhador. Não do trabalhador e do governo. Para isto ela foi criada, para proteger o trabalhador da situação de desemprego.

Segunda premissa: O trabalhador é **obrigado** a manter o dinheiro na conta vinculada, estando sujeito às hipóteses de saque.

A CEF é gestora desse fundo (art. 4º da lei 8036/90) e tem dever legal de cumprir fielmente seu desiderato e não deixar desamparados aqueles que deveriam ser protegidos pelo Fundo, quais sejam, os trabalhadores.

Da leitura do art. 2º da Lei do FGTS (Lei 8.306/90), que o FGTS deve ser aplicado com atualização monetária e juros, veja:

"Art. 2º. O FGTS é constituído pelos saldos das contas vinculadas a que se refere esta lei e outros recursos a ele incorporados, devendo ser aplicados com atualização monetária e juros, de modo a assegurar a cobertura de suas obrigações."

A atualização monetária está invariavelmente relacionada à correção do poder de compra do dinheiro; que é medida e acompanhada através dos índices de Inflação. Dessa forma

para que haja atualização monetária, indubitavelmente é necessária a correção dos valores através dos índices de inflação.

Nos termos do art. 17 da Lei 8.177/91, os saldos nas contas de FGTS serão remunerados pela taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos de poupança, veja:

"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."

O art. 12 da mesma lei estabelece como remuneração básica dos depósitos de poupança a TR:

"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;"

De sua leitura ficou determinado que aos saldos das contas do FGTS passaria a ser aplicado a taxa aplicável aos depósitos de poupança, ou seja, a TR, mantidas as taxas de juros previstas na legislação própria do FGTS, qual seja, a taxa de 3% de juros anuais, conforme já supra exposto.

Saliente-se que o art. 13 da lei 8.036/90, expressamente, se adéqua a esse entendimento, uma vez que afirma a necessidade de "correção monetária" sobre os depósitos

efetuados no FGTS - reproduzindo expressão utilizada em todas as leis que regularam o FGTS desde a Lei 5.107/1966. Na época de sua edição(1990), seguindo também a legislação precedente, **o art. 13 da lei 8.036/90 vinculou a correção monetária à atualização monetária das cadernetas de poupança, que na época eram corrigidas por índices de preço**, circunstância que se alteraria a partir da edição da lei 8.177/1991.

Nesta mesma Lei, estão definidos os parâmetros para fixação da Taxa Referencial (TR) e da Taxa Referência Diária (TRD), nos seguintes termos:

"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.

(...)

§ 3º. Enquanto não aprovada a metodologia de cálculo de que trata este artigo, o Banco Central do Brasil fixará a TR.

Art. 2º. O Banco Central do Brasil divulgará, para cada dia útil, a Taxa Referencial Diária (TRD), correspondendo

seu valor diário à distribuição pro rata dia da TR fixada para o mês corrente.

§ 1º. Enquanto não divulgada a TR relativa ao mês corrente, o valor da TRD será fixado pelo Banco Central do Brasil com base em estimativa daquela taxa.

§ 2º. Divulgada a TR, a fixação da TRD nos dias úteis restantes do mês deve ser realizada de forma tal que a TRD acumulada entre o 1º dia útil do mês e o 1º dia útil do mês subsequente seja igual à TR do mês corrente."

Entre os anos de 1991 e 1999 a TR superou a inflação, corrigindo os valores depositados. Entretanto a partir de 1999, a TR passou a não acompanhar a inflação, o que naturalmente passou a defasar o poder de compra dos saldos do FGTS, conforme se verifica na tabela abaixo:

ANO	TR Acumulada	IPCA Acumulada
1991	335,51%	472,69%
1992	1156,22%	1119,09%
1993	2474,73%	2477,15%
1994	951,19%	916,43%
1995	31,62%	22,41%
1996	9,56%	9,56%
1997	9,78%	5,22%
1998	7,79%	1,66%
1999	5,73%	8,94%
2000	2,10%	5,97%
2001	2,29%	7,67%
2002	2,80%	12,53%
2003	4,65%	9,30%
2004	1,82%	7,60%
2005	2,83%	5,69%
2006	2,04%	3,14%

2007	1,45%	4,45%
2008	1,63%	5,90%
2009	0,71%	4,31%
2010	0,69%	5,90%
2011	1,21%	6,50%
2012	0,29%	5,83%
2013	0,19%	5,91%

Ou seja: como se vê, por lei, os saldos do FGTS são corrigidos pela TR, entretanto desde 1999, a TR tem sido menor que a inflação, o que significa que o poder de compra do dinheiro do cotista do FGTS acaba corroído pelo aumento dos preços.

Não se pode discutir, portanto, que é legal a aplicação da TR como índice de correção dos saldos do FGTS. De fato, há lei vigente que prevê tal aplicação. No entanto, há que se analisar, de fato, se a legalidade é capaz de afastar o fato de que o índice previsto na norma não é capaz de 'corrigir monetariamente' o saldo dos depósitos de FGTS, como expressamente previsto na Lei 8.036/90, nos seus artigos 2º e 13.

A Lei, portanto, dispõe que o fundo deverá ser corrigido monetariamente e a correção monetária não representa qualquer acréscimo, mas simples recomposição do valor da moeda corroído pelo processo inflacionário (STJ, REsp nº 1.191.868, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 15/06/2010 e p. 22/06/2010).

De seu turno, a taxa referencial é calculada com base na taxa média dos CDB's prefixados pelos 30 maiores bancos do país, método que, obviamente, nada reflete da inflação real, entendida como a perda do poder aquisitivo do dinheiro depositado nas contas do FGTS.

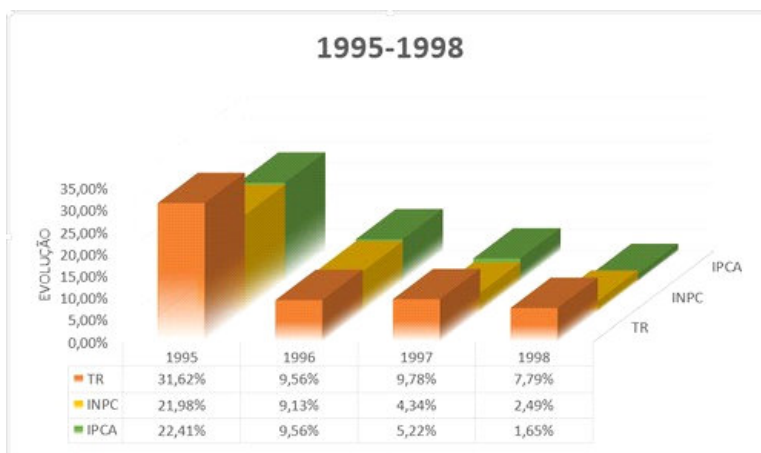
Mas não é só isso. Antes de se chegar ao número definitivo, nos termos da Resolução nº 3.354, ainda é preciso aplicar **um redutor (!)** na taxa referencial, o que faz com que, atualmente - com a inflação invariavelmente na casa dos 0,X - a TR seja de **0,00% desde setembro de 2012.**

Então repare na diferença entre a já citada forma de apuração da TR, e a forma de apuração do IPCA do IBGE: O Sistema Nacional de Preços ao Consumidor – SNIPC efetua a produção contínua e sistemática de índices de preços ao consumidor tendo como unidade de coleta estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços, concessionária de serviços públicos e domicílios (para levantamento de aluguel e condomínio). **A população-objetivo do IPCA abrange as famílias com rendimentos mensais compreendidos entre 1 (hum) e 40 (quarenta) salários-mínimos, qualquer que seja a fonte de rendimentos, e residentes nas áreas urbanas das regiões (isso equivale a aproximadamente 90% das famílias brasileiras).**

Durante algum tempo a TR manteve certa equivalência com os índices do IBGE, o que ocorreu, ao menos em parte, porque o redutor se baseava em variáveis mais coerentes (expurgo dos juros e da tributação, ou só da tributação) porém, acredita-se que à partir de 1999 a TR passou a ser manipulada abusivamente para confiscar o dinheiro do trabalhador e o aplicar (desviar?) em projetos do governo.

Vejamos então, em amparo a esta tese, o primeiro gráfico, que compreende o período de 1991 à 1994, e que reflete uma época durante a qual a TR apresentava uma sadia equivalência em relação aos medidores de inflação.

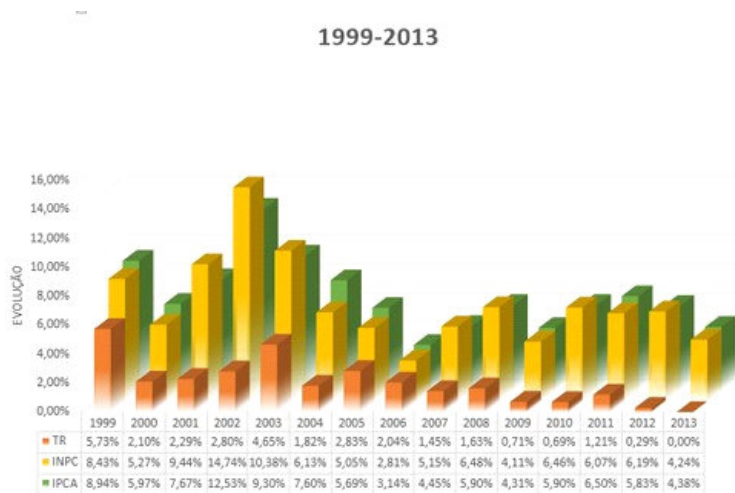
Na sequência, vejamos o que ocorre no período de 1995 à 1998:



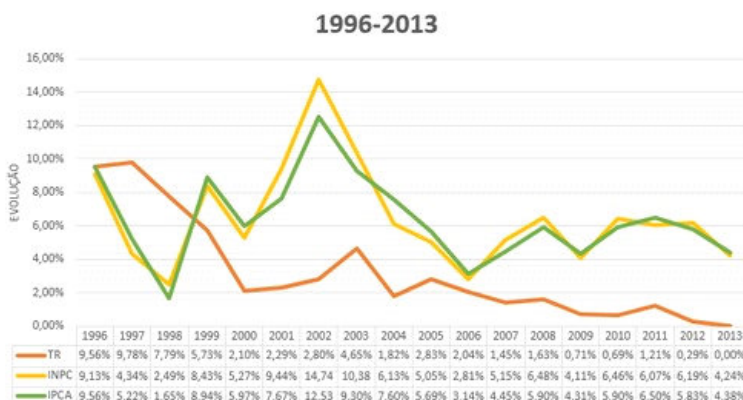
Percebe-se, curiosamente, que nos anos de 1995, 1997 e 1998, a TR foi consideravelmente **maior** do que os índices medidores de inflação do IBGE.

A impressão é a de que alguma coisa “saiu errada” na forma de cálculo imaginada pelo governo. Acabou se tornando muita “vantagem” para o trabalhador, e isto devia estar prejudicando os projetos do **SFH** além de possuir reflexos macroeconômicos.

Então veio a mudança:



Vejamos então de outra perspectiva:



Veja que após o primeiro mergulho em queda livre a ponta da linha da TR vai decaindo consistentemente em relação

aos índices do IBGE, e por fim, não tendo mais para onde "fugir", parece arremeter contra seu próprio índice irrazoável (0,0%), apenas sendo "detida" pela linha da tabela que se inicia.

O principal motivo de se tratar de uma situação injusta, é demonstrado com clareza pelo maior jurista brasileiro de todos os tempos, Pontes de Miranda, na seguinte passagem de seu Tratado de Direito Privado:

"1. PRELIMINARES. De começo, é preciso advertir-se que **as correções do valor monetário de modo nenhum são causas de rentabilidade, o que se corrigiu foi o valor da moeda, e não o do bem.**" (Tratado de Direito Privado, Tomo XLII, fls. 9.476, Pontes de Miranda)

Na mesma linha foi o voto do Douto Ministro Ayres Brito durante a sessão de julgamento da ADI 4.357:

32:03 "[...] **Não é isso. Ao menos nos termos do que visa a constituição na matéria, ninguém enriquece, ninguém empobrece, por efeito de correção monetária. Porque a dívida que tem seu valor atualizado, ainda é a mesma dívida. Sendo assim, impõe-se a compreensão de que com a correção monetária, a constituição manda que as coisas mudem, para que nada mude.[...]**" (Transcrição informal, um trecho do voto do Ministro Relator, Ayres Brito desta sessão de julgamento da no julgamento da **ADI 4.357**)

O que se pretende, com a atualização monetária, é corrigir o valor da moeda, e os únicos índices existentes, aptos para tanto por não serem definidos *ex anter*, são os do IBGE. Ou isso, ou então se reconhece que **não existe um índice de correção monetária no país.**

Para se manter a coerência em aceitar a TR como índice de correção dos saldos do FGTS, é preciso declarar de uma vez a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.036/90, posto que este prevê, expressamente, a incidência de atualização monetária para os saldos. Dizer que o trabalhador não tem direito à atualização porque a natureza do fundo é "institucional" é o mesmo que dizer, *data maxima venia*, o seguinte: - *Seu dinheiro é tão importante que você não merece correção monetária.*

Ao mesmo tempo, e como se verá adiante em detalhe, o rendimento do fundo é muito superior à correção dos saldos, e é aqui que reside a verdadeira *beleza do sistema*.

Hoje, o rendimento do FGTS é de apenas e tão somente **0,247% de juros, e 0,0% de correção monetária ao mês**. Nenhum rendimento é tão ruim assim. A própria poupança, em que pese também utilizar a TR, paga juros de mais de 0,5% ao mês (6,17% ao ano mais a TR, atualmente), com uma diferença fundamental: quem deposita o dinheiro na poupança o fez porque quis, e pode sacar o dinheiro quando bem entender, enquanto o trabalhador é obrigado a ver depositado, e assim mantido o seu dinheiro, até que ocorra alguma hipótese de saque.

Quem, afinal, necessita de maior proteção?

Porque, *data venia*, a natureza do fundo pode ser dúplice, mas que se faça então *justiça social* com o rendimento, após descontada a inflação (e os juros ínfimos de 0,247 ao mês).

Uma matéria recente do SBT Brasil demonstrou a diferença brutal entre o "rendimento" do FGTS e a inflação nos últimos 15 anos:



Agora compare o rendimento dos últimos anos para quem foi obrigado a ficar com seu dinheiro no FGTS, e de quem aplicou nas ações da Vale e da Petrobrás:



A mesma matéria ainda informa que a partir do ano que vem será possível investir até 30% do valor do fundo numa outra aplicação que poderá render "até o dobro do que hoje em dia" (o que, convenhamos, não parece lá muito difícil).

Será, talvez, uma reação da CEF ao julgamento da ADI 4.357 e à enxurrada de ações, pensando estrategicamente na possibilidade de se considerar, no âmbito da racionalidade das decisões judiciais (sim, lá no futuro), que eles estão "fazendo o possível"?

De qualquer forma, segundo o economista ouvido ao final da reportagem, ainda que essa ideia (de aplicar parte do dinheiro do fundo em empresas diversas para se obter um rendimento maior) dê certo, o máximo que poderá acontecer é que ao final de dois ou três anos o trabalhador empate com a inflação.

Atualmente seria melhor excluir os juros (3% a.a.), e ficar apenas com a correção de um dos índices do IBGE. Quem sabe, talvez, não se venha a concluir, um dia, que o FGTS, por ter natureza institucional, não deva ter direito a juros, mas apenas à correção monetária, apurada, contudo, corretamente por índices medidores de inflação.

Seria muito mais coerente do que se dizer que os rendimentos do FGTS têm direito à correção monetária, mas que tudo bem se ela for baseada numa média dos juros, e ainda que seja manipulada discricionariamente pelo governo para ficar sempre em 0,0%.

A propósito, consideramos 0,0% uma afronta, um abuso e uma vergonha para todos nós brasileiros.

INCONSTITUCIONALIDADE DO REDUTOR EM DESAPREÇO AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À PROPRIEDADE.

É por todos sabido que a Constituição assegura a proteção do Direito de Propriedade. Tal diretriz se aplica ao caso concreto, quando se nota que a fórmula de cálculo adotada pelo Governo Federal para correção das contas do FGTS usa deslealmente de um redutor que na prática impede a correção monetária efetiva do saldo fundiário.

Srs. Ministros! Como negar na prática que à manifesta inconstitucionalidade neste ato?

A evolução que determinou a instalação do quadro atual foi narrada com perfeição pelo Douto Juiz Federal Luiz Augusto Iamassaki Fiorentini, no julgado mais promissor que tivemos até o momento, e ao qual foi baseada a notícia anterior.

"Inicialmente, a Resolução Bacen/CMN 1.805, de 27/03/1991, determinava a coleta de uma amostra das 30 maiores instituições financeiras e que se calculasse a média das taxas de juros praticadas pelas 20 maiores; sobre essa média ponderada de remuneração seria aplicado o redutor de 2 pontos percentuais mensais, a fim de expurgar os efeitos da tributação e da taxa real histórica de juros da economia (art. 3º, inc. III). Posteriormente, a Resolução 1979, de 30/04/1993, fixou esse redutor em 1,5 ponto percentual mensal para os meses de maio e junho de 1993, 1,3 p.p.m. para o mês de julho de 1993, e 1,2 p.p.m. a partir de agosto de 1993.

A Resolução 2.075, de 26/05/1994, alterou a forma de cálculo dessa média de remuneração, e fixou o redutor em 1,2 p.p.m., mas agora mencionando apenas a taxa média real histórica de juros da economia, não mais se falando em expurgo da tributação. Posteriormente, esse redutor foi alterado para 1,6 p.p.m. pela Resolução 2.083, de 30/06/1994.

A partir da Resolução 2.097, de 27/07/1994, passou-se a calcular a TR com base na TBF. Essa resolução voltou a mencionar que o redutor se destinava a expurgar do cálculo os efeitos da tributação e a taxa real de juros da economia.

Com a Resolução 2.437, de 30/10/1997, passou-se a não mais explicitar a finalidade do redutor, cuidando-se apenas de estipular sua forma de apuração, metodologia esta que se mantém até os dias atuais, com pequenas alterações não significativas para o que interessa à Resolução da presente demanda.

Atualmente, a fórmula de cálculo da TR está regulamentada na Resolução CMN nº 3.354/2006 (com alterações posteriores). Consiste, basicamente, em dois passos: 1) calcula-se a Taxa Básica Financeira (TBF) da economia a partir da remuneração mensal média dos Certificados e Recibos de Depósitos Bancários emitidos a taxas de mercado prefixadas, com prazo de 30 a 35 dias corridos, praticados pelas 20 maiores instituições financeiras captadoras de tais recursos (até a Res/CMN 4.240/2013 a amostra era composta pelas 30 maiores instituições); 2) aplica-se à TBF um redutor, que pode ser ou não parcialmente arbitrado pelo Bacen, dependendo do

patamar da TBF (a fórmula consta do art. 5º da Res/CMN 3.354/2006). A aplicação do redutor não poderá resultar em coeficiente inferior a zero.

A primeira conclusão que se pode extrair da análise de todas essas normas mencionadas é que, até a Resolução 2.437, de 30/10/1997, essa regulamentação incluía no redutor a "taxa real de juros da economia", parcela não prevista na lei de regência, que permite apenas o expurgo dos tributos ("impostos", no dizer do art. 1º da Lei 8.177/1991)."

(Juizado Especial Federal Cível da 3ª Região, Presidente Prudente, Processo nº 0000305-36.2013.4.03.6328 - Juizado/Cível Juiz (a) Federal Titular: Luiz Augusto Iamassaki Fiorentini, publicado em 24 de novembro de 2013)

A Taxa Básica Financeira foi criada para remunerar operações no mercado financeiro com prazo igual ou superior a 60 dias (CDBs e RDBs), utilizando-se para tanto dos índices das trinta maiores instituições financeiras do país.

Vejamos então, de início, o que diz um dos maiores especialistas sobre o tema, o parecerista jurídico-econômico-financeiro, especialista em liquidação de sentença e cálculos judiciais, extrajudiciais e de precatórios, criador da tabela uniforme de fatores de atualização monetária para a Justiça Estadual aprovada no 11º ENCOGE, engenheiro, advogado e pós-graduado em contabilidade, Gilberto Melo:

"A TR (Taxa Referencial) e a TBF (Taxa Básica Financeira) que a origina, são indexadores que se diferenciam dos demais por dois aspectos:

- Pela fonte dos dados. O grande leque de indexadores existentes no nosso país baseia-se, via dios, resultando nos chamados índices de preço ao consumidor. A TBF reflete índices de variação do custo do dinheiro, das aplicações financeiras. A TR, por sua vez, corresponde à TBF diminuída de um redutor que é definido pela vonte regra, no comportamento dos preços de uma cesta de produtos de consumo mediante determinados critérade do executivo e não pela variação da inflação ou índices de preço. Prova inconteste de que a TR é uma taxa que nada tem a ver com inflação ou com juros, é que ela às vezes é igual a zero.

- Pela antecipação da divulgação. Ao contrário dos índices de preços em geral que são divulgados após a apuração da real evolução dos preços no mês anterior, a TR e a TBF refletem o custo de aplicações financeira para o mês seguinte. São, portanto, divulgadas de forma antecipada, ao contrário dos indexadores baseados em índices de preços, que são divulgados de forma postecipada, após o decurso de

cada mês, refletido a variação havida naquele mês."

Na sentença ficou assentado que:

"Entretanto, é inelutável concluir que o redutor aplicado na forma de cálculo da TR não cumpre o papel legalmente a ele destinado, que seria o de expurgar da média das taxas de juros do mercado os efeitos da tributação (art. 1º da Lei 8.177/1991). Analisando as séries históricas da TR e da TBF, desde julho de 1997, extraídas do sítio do Bacen na internet

([https://www3.bcb.gov.br/sqspub/localizarseries/localizarSeries.do?](https://www3.bcb.gov.br/sqspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries)

[method=prepararTelaLocalizarSeries](https://www3.bcb.gov.br/sqspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries)), vê-se que, a partir do ano de 1999, o redutor sempre representou mais de 75% da TBF, chegando ao patamar de 100% na maioria dos dias desde julho de 2012 (a TBF e a TR são calculadas diariamente, embora os veículos de comunicação costumem divulgar apenas seus valores mensais).

Ora, não é crível que os tributos incidentes nas operações financeiras de captação de CDB e RDB representem patamares tão altos. Aliás, quando o redutor é de 100%, deveria se concluir que os tributos abrangeram a totalidade do rendimento, o que não é razoável...

(Juizado Especial Federal Cível

da 3ª Região, Presidente Prudente, Processo nº 0000305-36.2013.4.03.6328 - Juizado/Cível Juiz (a) Federal Titular: Luiz Augusto Iamassaki Fiorentini, publicado em 24 de novembro de 2013)

A CADERNETA DE POUPANÇA A PARTIR DE 1991 E A TR: A NECESSÁRIA DESINDEXAÇÃO DA ECONOMIA E A DESVINCULAÇÃO DA INFLAÇÃO PASSADA E FUTURA EM RAZÃO DA PORTABILIDADE E FACULTATIVIDADE DA CADERNETA.

A lei 8.177/91 - uma das medidas do chamado "Plano Collor II" - promoveu diversas medidas de desindexação da economia que foram mantidas e aperfeiçoadas no "Plano Real", dentre as quais a substituição da ubíqua correção monetária das cadernetas de poupança por uma remuneração básica não mais atrelada à inflação passada, mas, inicialmente, à previsão feita pelo mercado financeiro de inflação futura: a taxa referencial ou TR.

Como estabelecido no art. 1º da lei 8.177/91, o cálculo da taxa referencial de cada dia seria feito a partir da média das remunerações mensais dos títulos públicos e privados negociados no mercado financeiro naquele dia.

A razão econômica por trás dessa metodologia é muito simples: as taxas mensais de remuneração dos títulos no mercado financeiro em determinada data, em condições normais, representam a previsão consensualmente feita pelo mercado financeiro da inflação para aquele período (inflação futura) acrescida de uma taxa real de juros também para o mesmo período. A taxa real de juros (isto é, a parte da remuneração da aplicação financeira que supera a inflação no mesmo período), normalmente, tem certa estabilidade durante grandes períodos e, basicamente, é controlada pelo BACEN e por sua política monetária.

Portanto, bastaria que a metodologia de cálculo da taxa referencial se adequasse às previsões de taxa real de

juros médias em cada período para que o valor da TR se aproximasse da previsão de inflação futura do mercado financeiro. Desse modo, teoricamente, a TR foi criada para remunerar as cadernetas de poupança com a expectativa de inflação futura no período de aplicação, no lugar da inflação passada.

Desindexava-se assim a caderneta de poupança (principal ativo financeiro na época) dos índices de inflação passada.

Nessa época havia ainda duas outras particularidades do mercado financeiro que tornavam o cálculo da TR mais fácil e mais próximo dessa previsão teórica: 1) o imposto de renda incidente sobre as aplicações financeiras tinha como base de cálculo apenas o "rendimento real", isto é, acima da inflação, e diversos foram os índices de correção monetária utilizados pelo Fisco (OTN, BTN, BTN-fiscal e, por fim, UFIR) para identificar o "rendimento real"; 2) o rendimento real líquido (isto é, descontado do IR) das aplicações era bem superior a 0,5% ao mês, que sempre foi a taxa de juros remuneratórios da poupança.

Essas duas particularidades permitiam que o cálculo da TR fosse feito de forma bem simples. Se considerarmos "RB" o rendimento bruto médio dos títulos, "IF" a inflação futura prevista pelo mercado e "JR" os juros reais mensais médios, teríamos: $(1 + RB) = (1 + IF) \times (1 + JR)$. Para saber a previsão de inflação futura (IF), teríamos $(1 + IF) = (1 + RB) / (1 + JR)$.

A metodologia inicial do Banco Central para cálculo da TR era bem simples: bastava estimar a taxa de juros reais na economia por um determinado fator (chamaremos de **JR**) e calcular: $(1 + TR) = (1 + RB) / (1 + \mathbf{JR})$, onde RB era a média da remuneração bruta mensal da amostra de títulos públicos e privados.

A partir de 1995, com a primeira edição da MP 2.074-73 (MP 1.053, de 30/06/1995), que viria se tornar a lei 10.192/2001, foi criada a TBF - taxa básica financeira - definida como a média de remuneração bruta mensal da amostra de títulos do mercado financeiro e o cálculo da TR passou a se vincular à TBF pela fórmula simples: $(1 + TR) = (1 + TBF) / (1 + \mathbf{JR})$, e o fator **JR** foi sendo

alterado pelas resoluções do CMN para se adequar às previsões de juros reais.

A partir de 1996 (lei 8.981/95), o imposto de renda sobre as aplicações financeiras passou a ser calculado não mais sobre a remuneração real (descontada a inflação), mas sobre a remuneração total das aplicações, abandonando-se paulatinamente a utilização da UFIR como indexador no âmbito fiscal, e, com a estabilização promovida pelo Plano Real, as taxas de juros reais começaram a ceder.

Esses dois fatores fizeram com que o cálculo da TR tivesse que se modificar, pois não havia mais a garantia de que o rendimento líquido das aplicações financeiras fosse sempre superar a previsão de inflação futura mais uma taxa de juros de 0,5% ao mês. Com efeito, é possível demonstrar que, com a cobrança do IR sobre o total da remuneração da aplicação financeira, quanto maior a inflação e quanto menor a taxa de juros reais, maior a parcela dos juros reais que seria paga ao Fisco como imposto de renda - e, portanto, menor a taxa de juros reais líquida do período. A taxa de juros reais líquida poderia cair abaixo dos juros da poupança.

Na hipótese de a taxa de juros reais líquida das aplicações financeiras ficar abaixo da taxa de juros da poupança, haveria uma migração em massa dos investidores dos títulos públicos e privados para a caderneta de poupança, provocando grandes transtornos no mercado financeiro e na dívida pública. Fazia-se necessário adequar o cálculo da TR de modo que a remuneração total da poupança (TR + 0,5% ao mês) não superasse a remuneração líquida média dos títulos públicos e privados.

Inicialmente, com a Resolução CMN 2.387/97, o fator (1+ **JR**) foi substituído simplesmente pelo fator **R**, vinculado à própria TBF por um cálculo um pouco mais complexo e utilizando dois parâmetros, "**a**" e "**b**" determinados no normativo.

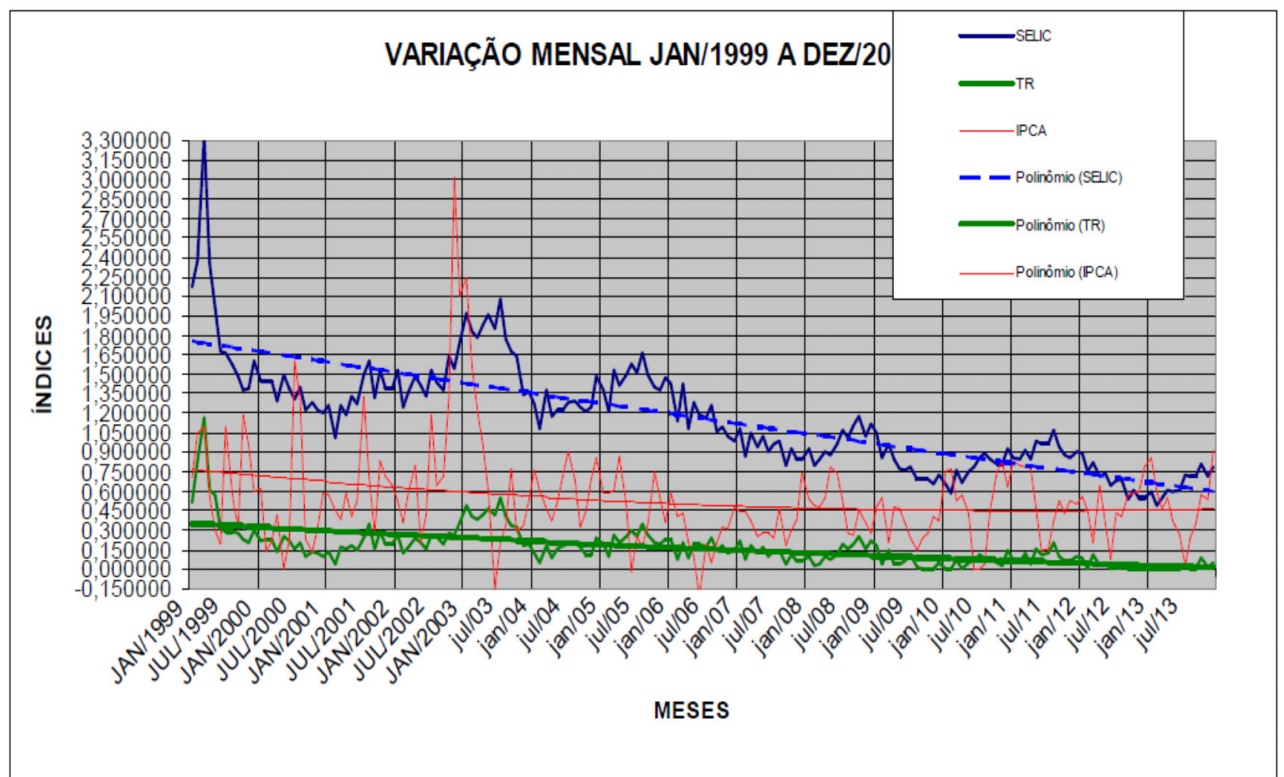
A partir da **Resolução CMN 2.604, de 23/04/1999**, o fator **R** passou a se vincular à TBF e à taxa de juros da poupança pela fórmula $R = a + b \times TBF$, onde "**a**" sempre foi 1,005 (fator referente à taxa de juros mensais da poupança) e

"b" foi sendo alterado à medida que as taxas de juros brutas caíam ao longo do tempo. A primeira TR nessa nova metodologia foi referente a 01/06/1999 (art. 3º da Res. 2.604/99).

O fator "b", fixado inicialmente em 0,48, foi sendo reduzido até que, na redação atual da Resolução 3.354/2007, para TBF abaixo de 11%, esse fator "b" tem sido discricionariamente fixado pelo BACEN.

Com tal metodologia, o cálculo da TR se desvinculou de seus objetivos iniciais (indicar a previsão do mercado financeiro para a inflação no período futuro escolhido) para se ater tão somente à necessidade de impedir que a poupança concorra com outras aplicações financeiras.

O gráfico abaixo dá uma ideia do histórico da SELIC, do IPCA (IBGE) e da TR de janeiro/1999 a dezembro/2013 (linhas irregulares), com os respectivos polinômios de aproximação (linhas suaves):



Vê-se que há uma queda contínua dos índices mensais da

SELIC e da TR, com a TR tendendo a zero e alcançando esse valor nulo em 2012, enquanto o IPCA tem inicialmente um movimento de queda (que se percebe no polinômio de aproximação, pois os índices mensais são muito irregulares) até chegar próximo à média de 0,45% ao mês por volta de 2006, mantendo-se nesse nível médio desde então.

Olhando as curvas dos índices do IPCA e da TR (curvas irregulares, a da TR quase sempre abaixo do IPCA que é a linha mais irregular) verifica-se que até meados de 1999 as duas curvas estavam praticamente sobrepostas (índices mensais muito próximos) e a partir do segundo semestre de 1999 há um descolamento, com os índices da TR quase sempre muito inferiores ao IPCA, chegando ao final do período com TR igual ou muito próxima de 0%. O descolamento se deu, basicamente, a partir da metodologia iniciada pela Resolução CMN nº 2.604, de 23/04/1999, com efeitos a partir de 01/06/1999. (NOTA: Dados obtidos no site do BACEN, nas séries temporais: <https://www3.bcb.gov.br/sqspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>)

Em resumo, a remuneração básica das cadernetas de poupança, que desde sua criação no final dos anos 60 tinha sido realizada por algum índice de inflação passada, foi substituída pela TR por força da lei 8.177/91, num movimento de desindexação da economia, inicialmente substituindo a inflação passada pela previsão de inflação futura - objetivo do cálculo da TR nos seus primórdios - e, posteriormente, desvinculando-se totalmente também da inflação futura, pelas sucessivas metodologias de cálculo desse índice financeiro.

Se já quando de sua introdução a TR não mais podia ser utilizada como índice de correção monetária (pois mesmo como "previsão de inflação futura" ela jamais pôde antecipar, de forma matematicamente precisa, essa inflação e, portanto, não podia ser utilizada como tal) e isso foi reconhecido pelo E. STF no julgamento da ADIN 493-0/DF, no último sesquidécênio ela se desvinculou totalmente de qualquer correlação com a inflação passada ou futura, não podendo jamais servir como índice de correção monetária e de manutenção do valor real de

direitos e obrigações, como reconhecido pelo E. STF nos recentes julgamentos das ADI 4357/DF, ADI 4372/DF, ADI 4400/DF, ADI 4425/DF, que afastaram a utilização da TR para correção das dívidas judiciais como estabelecido na EC 62/09 e na lei 11960/09.

Há dois importantes pontos a se observar.

Em primeiro lugar, a metodologia da TR fixada no art. 1º da lei 8.177/91 é ampla o suficiente para permitir que sucessivos e distintos cálculos normatizados pelas resoluções do CMN sejam consideradas válidas, pois em nenhum momento a lei 8.177/91 estabelece a obrigatoriedade de a TR se vincular a uma "previsão de inflação futura" ou algo semelhante - apesar de que esse era seu fundamento do ponto de vista estritamente econômico, quando da publicação da lei 8.177/91.

Em segundo lugar, as alterações realizadas no cálculo da TR e que finalizaram por reduzi-la a algo próximo de zero, tiveram como fundamento o fato de que as cadernetas de poupança e as demais aplicações financeiras são portáteis, intercambiáveis, concorrem entre si pelos recursos dos aplicadores: não há nenhuma ilegitimidade ou invalidade evidente em reduzir a remuneração básica da poupança a percentuais ínfimos, pois o poupador pode, a qualquer tempo, retirar seus recursos da caderneta de poupança e colocá-los em outra aplicação financeira, se não estiver satisfeito. Além disso, as cadernetas de poupança podem ser sacadas a qualquer tempo e rendem mensalmente, são típicas aplicações de curtíssimo prazo, que permitem esse livre trânsito de recursos, se a rentabilidade ficar a desejar.

Isto é, para a caderneta de poupança, a TR calculada da forma atual não é inválida nem ilegítima. Mas tais características de livre portabilidade, de curtíssimo prazo e de facultatividade da poupança são exatamente opostas às características do FGTS, como já analisado anteriormente.

A INCONSTITUCIONALIZAÇÃO PROGRESSIVA DO ART. 13 DA LEI 8.036/90 C/C ARTS. 1º E 17 DA LEI 8.177/91.

Verificada a desigualdade/desproporção entre a TR e de outra banda, o IPCA-E e o INPC, passa-se a analisar a real função da correção monetária em cotejo com o princípio constitucional do direito à propriedade (art. 5º, XXII, da Carta Magna).

O dinamismo do Direito e da vida social que ele regula impõem, em certos casos, a necessidade de verificar a existência ou não de validade e legitimidade atuais de normas que, na sua origem, eram perfeitamente válidas e legítimas.

Isso porque situações concretas da vida social e normatizações paralelas que incidem sobre os mesmos fatos originalmente tratados pela norma primitiva podem fazer com que seus objetivos se desvirtuem, seus fins, inicialmente válidos e legítimos, passem a se opor à Constituição e seus princípios.

Oriunda da teoria constitucionalista alemã e já sufragada pelo E. STF em alguns julgados (v.g. HC 70.514/SP, RE 147.776, RE 135.328/SP), é a construção doutrinária chamada de "inconstitucionalidade progressiva" ou progressivo processo de inconstitucionalização de normas jurídicas originariamente válidas.

É a situação dos autos. O art. 13 da lei 8.036/90, ao estabelecer que *"Os depósitos efetuados nas contas vinculadas serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança e capitalização de juros de (três) por cento ao ano"*, claramente objetivava dar continuidade ao princípio estabelecido desde a lei 5.107/66 de que **o pecúlio representado pelo FGTS é uma obrigação de valor, imune aos efeitos corrosivos da inflação, sujeito a correção monetária de seus depósitos e ainda vencendo juros remuneratórios "reais" (acima da inflação) de 3% ao ano.**

Não apenas dava continuidade à tradição do FGTS, como densificava de forma válida, conforme a Constituição, o

direito trabalhista fixado no art. 7º, III, da CR/88, que previu o pecúlio obrigatório do fundo de garantia. Tratando-se de **pecúlio obrigatório, não portátil, a ser usufruído após longo prazo de sua formação**, é mais razoável a interpretação de que a **norma constitucional contém implicitamente a obrigatoriedade de que o valor desse fundo seja protegido da corrosão inflacionária**.

À época da publicação da lei 8.036/90, a "*atualização dos saldos dos depósitos de poupança*" também era feita por índices de inflação. Fica claro que o art. 13 da lei 8.036/90, ao vincular a correção do FGTS à da poupança, visava à plena proteção do FGTS quanto aos efeitos corrosivos da inflação.

Com a edição da lei 8.177/91, que criou a TR no seu art. 1º e no seu art. 17 estabeleceu que para fins do art. 13 da lei 8.036/90 a TR aplicável ao FGTS seria aquela calculada no dia primeiro de cada mês, as coisas já começam a tomar uma forma distinta.

A "*atualização dos saldos dos depósitos da poupança*" deixa de se dar por índice de correção monetária e passa a se dar pela TR, com metodologia a ser fixada por órgão administrativo, inicialmente objetivando ser uma previsão implícita de inflação futura feita pelo mercado financeiro, mas sem nenhuma garantia de que tal metodologia se manteria - como não se manteve. **A necessidade de adequar a TR aos novos tempos de reduzidos juros reais e alteração no cálculo do imposto de renda das aplicações financeiras, fez com que ela fosse reduzida a ponto de se tornar praticamente nula, para evitar que houvesse uma fuga de recursos das aplicações financeiras para a caderneta de poupança.**

Isto é, progressivamente, o art. 13 da lei 8.036/90, c/c art. 17 da lei 8.177/91 e com o art. 1º da lei 8.177/91, deixou de garantir ao FGTS a recomposição das perdas inflacionárias, sujeitando o FGTS a perdas consideráveis em relação à inflação. As tabelas abaixo dão uma ideia das imensas perdas incorridas e do caráter progressivo, da aceleração da perda do FGTS em relação à inflação medida por vários índices (a remuneração do FGTS nesses cálculos inclui a correção e os juros):

COMPARAÇÃO ENTRE FGTS E ÍNDICES DE PREÇO

01/07/1994 = 1000,00 - Valores corrigidos ate 01/01/2014

FGTS	INPC	IPCA	IGP-M	
4.890,29	4.564,84	4.450,60	5.836,80	<== Valor corrigido
	7,13%	9,88%	-16,22%	<== Ganho/Perda (+/-) Acumulado em %
	0,35%	0,48%	-0,90%	<== Ganho/Perda (+/-) Por ano em %

COMPARAÇÃO ENTRE FGTS E ÍNDICES DE PREÇO

01/01/2003 = 1000,00 - Valores corrigidos ate 01/01/2014

FGTS	INPC	IPCA	IGP-M	
1.645,47	1.867,56	1.870,51	1.987,67	<== Valor corrigido
	-11,89%	-12,03%	-17,22%	<== Ganho/Perda (+/-) Acumulado em %
	-1,14%	-1,16%	-1,70%	<== Ganho/Perda (+/-) Por ano em %

COMPARAÇÃO ENTRE FGTS E ÍNDICES DE PREÇO

01/01/2011 = 1000,00 - Valores corrigidos ate 01/01/2014

FGTS	INPC	IPCA	IGP-M	
1.111,25	1.189,21	1.193,84	1.195,69	<== Valor corrigido
	-6,56%	-6,92%	-7,06%	<== Ganho/Perda (+/-) Acumulado em %
	-2,23%	-2,36%	-2,41%	<== Ganho/Perda (+/-) Por ano em %

Em todas as tabelas, considera-se um depósito de R\$1.000,00 feito em 01/07/1994 (início do Plano Real), 01/01/2003 (início do governo Lula) e 01/01/2011 (início do governo Dilma). Na primeira coluna à esquerda, está o valor atualizado desse depósito no FGTS (com correção e juros) e o mesmo valor atualizado por 3 índices de preço (INPC e IPCA, do IBGE, e IGP-M da FGV), até 01/01/2014.

Na segunda linha das tabelas, o ganho ou perda acumulado da remuneração total do FGTS em relação aos índices. Na terceira linha, o ganho ou perda anual do FGTS em relação a cada índice.

Observa-se que a remuneração total do FGTS (incluindo juros) é inferior ao IGP-M em todos os períodos e essa perda vai se acentuando com o passar do tempo: de 07/1994 a 01/2014 a perda anual é de **- 0,9%**, de 01/2003 a 01/2014 a perda anual é de **-1,7%** e no governo Dilma a perda chega a **-2,41%** ao ano.

No caso dos índices do IBGE, no período desde o Plano Real há um pequeno ganho real anual **(+0,35% e +0,48%,**

respectivamente), que se transforma em perdas reais anuais a partir do governo Lula (-1,14% e -1,16%) e que são aumentadas no governo Dilma (-2,23% e -2,36%).

Em termos econômicos, isso quer dizer que **a taxa de juros reais do FGTS** - que a lei prevê em **+3%** ao ano - **está NEGATIVA**: os beneficiários do FGTS estão perdendo da inflação ano a ano e essa perda tem se acelerado, chegando a **-2,36%** ao ano no governo Dilma, nos últimos 3 anos, pelo IPCA/ IBGE.

Mesmo se considerarmos o período desde o Plano Real (primeira tabela) e os índices de preço do IBGE, os ganhos reais (acima da inflação) de +0,35% e +0,48% ao ano, respectivamente, são muito inferiores àquilo que a lei prevê, **+3% ao ano**.

Está claro que fatores alheios ao legislador da lei 8.036/90 fizeram com que o art. 13 progressivamente se tornasse inconstitucional, na parte em que vincula a correção monetária das contas do FGTS aos índices de atualização da poupança e estes, por sua vez, passam a ser calculados por metodologia prevista nos arts. 1º e 17 da lei 8.177/91, que não mais garante a recomposição das perdas inflacionárias.

Como se viu no tópico anterior, a metodologia iniciada pela Resolução CMN 2.604, de 23/04/1999, com efeitos a partir de 01/06/1999, deu início ao descolamento da TR dos índices de inflação, sendo esse o momento que se deve considerar para fixar a recomposição das contas do FGTS.

DA INADEQUAÇÃO DA TR COMO ÍNDICE PARA RECOMPOR PERDAS INFLACIONÁRIAS RECONHECIDAS PELAS ADI 4.357/DF E ADI 493-0/DF.

Há um consenso no sentido de que a TR é um índice *injusto*, por não recompor a perda inflacionária, nos termos do que restou decidido na ADI 4.375 e na ADI 493, como passaremos a detalhar a seguir.

Nestas ações diretas de inconstitucionalidade restou assentado que a TR NÃO É O ÍNDICE ADEQUADO PARA RECOMPOR PERDAS INFLACIONÁRIAS.

Esta decisão do Supremo Tribunal Federal não tratou exatamente da mesma matéria (o acórdão ainda não foi publicado, estando pendente de decisão sobre a modulação dos efeitos temporais, o que, inclusive, já começou), mas se referiu, especificamente, à correção do valor dos precatórios no bojo da Emenda Constitucional nº 62, declarando a inconstitucionalidade da expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança" do parágrafo 12 do art. 100 da Constituição Federal.

Este entendimento foi recentemente reafirmado pela Segunda Turma do STF, sob a relatoria da Ministra Carmen Lúcia, no Julgamento do RE 747.742 nos seguintes termos:

*[...] 3. Como afirmado na decisão agravada, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.357, Relator o Ministro Luiz Fux, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal **declarou a inconstitucionalidade da expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança"**, constante do § 12 do art. 100 da Constituição da República (acrescentado pela Emenda Constitucional n. 62/2009[...])*

Fato é que mesmo a ADI 4.375 não tratando especificamente do assunto FGTS, o entendimento poderá ser aplicado reflexamente, tendo em vista que o mesmo índice é utilizado para a correção dos saldos do FGTS.

E como o argumento principal parece (já que o acórdão ainda não foi publicado) ser o mesmo da ADI 493 (i.e.: de que a TR não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda), então *ubi eadem est ratio, ibi ide jus* (a mesma razão autoriza o mesmo direito).

O STF também analisou a natureza da TR na sempre citada (em ações desta natureza) ADI 493-0/DF, onde ficou

assentado o relevante entendimento paradigma no sentido de que "A Taxa Referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda."

Este foi o resultado da ADI 493:

"[...] NO MÉRITO, POR MAIORIA DE VOTOS, O TRIBUNAL JULGOU A AÇÃO PROCEDENTE, IN TOTUM, DECLARANDO A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 18, PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.177, DE 1º DE MARÇO DE 1991, [...]"

Eis o artigo inconstitucional, destacado na parte de interesse:

Art. 18. Os saldos devedores e as prestações dos contratos celebrados até 24 de novembro de 1986 por entidades integrantes dos Sistemas Financeiros da Habitação e do Saneamento (SFH e SFS), com cláusula de atualização monetária pela variação da UPC, da OTN, do Salário Mínimo ou do Salário Mínimo de Referência, passam, a partir de fevereiro de 1991, **a ser atualizados pela taxa aplicável à remuneração básica dos Depósitos de Poupança com data de aniversário no dia 1º**, mantidas a periodicidade e as taxas de juros estabelecidas contratualmente. (Vide ADIN nº 493-0, de 1992)

§ 1º Os saldos devedores e as prestações dos contratos celebrados no período de 25 de

novembro de 1986 a 31 de janeiro de 1991 pelas entidades mencionadas neste artigo, com recursos de depósitos de poupança, passam, a partir de fevereiro de 1991, **a ser atualizados mensalmente pela taxa aplicável à remuneração básica dos Depósitos de Poupança** com data de aniversário no dia de assinatura dos respectivos contratos. (Vide ADIN nº 493-0, de 1992)

[...]

Seguem alguns trechos interessantes do julgamento da cautelar (mantida posteriormente através da decisão citada acima em parte):

[...]

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES -(RELATOR) - Imagine V. Exa. que a legislação tivesse extinto os índices de desindexação e se não houvesse estabelecido a TR para, em certos casos, ser usada no lugar deles. Como ficaria? Uma de duas: ou seria inconstitucional acabar com os índices, ou, então, obviamente, deixariam esses índices de existir. Com a adoção da TR, o problema que surgiu foi o de saber se ela é, ou não, índice de atualização monetária, e, não o sendo, se pode ser usada como se o fosse. Essa questão, porém, não pode ser resolvida em julgamento de pedido de liminar.

Do que percebe-se claramente, pelo menos a meu ver, salvo melhor juízo, que ainda que não se trate, especificamente, da mesma natureza jurídica (contratos do SFH X depósitos do FGTS), a razão de decidir é basicamente a mesma (na ação decidida e naquela que se pretende que assim o seja): a **falta de atualização monetária** ocasionada pela aplicação da TR.

Desta forma deve ser considerada, a decisão contida na ADI 4.357, que em consonância com o entendimento estabelecido na ADI 493, e ao que está expressamente

previsto no artigo 2º da Lei do FGTS, formam um arcabouço jurídico bastante robusto para determinar a viabilidade desta ação.

Não há outro entendimento que dali possa exsurgir, tendo em vista o comando emergente do art. 2º. da Lei do FGTS, que determina escorreita atualização monetária das contas fundiárias.

E nem se venha a opor como óbice eventual natureza jurídica dissonante entre o precatório e o FGTS eis que ambos tem alçada constitucional e natureza alimentar, destinados ao bem-estar dos seus destinatários.

Também não se alvitre que tal fundamentação esteja equivocada, eis que decorre, mais uma, do próprio STF que reconhece, por óbvio, que a garantia constitucional do direito à propriedade se estende também à correção monetária:

"Impossibilidade jurídica da utilização do índice de remuneração da caderneta de poupança como critério de correção monetária. Violação ao direito fundamental de propriedade. Inadequação manifesta entre meios e fins.11:04"

(Transcrição informal, realizada e destacada por mim, de um trecho da **EMENTA DO ACÓRDÃO DA ADI 4.357** na parte tocante à atualização monetária, lida pelo Ministro **Luiz Fux** no plenário da sessão de julgamento sobre a modulação dos efeitos - vide abaixo)

Gize-se que dois dos trechos mais relevantes que encontramos durante as sessões de julgamento, o primeiro do Ministro Relator Carlos Ayres Brito, e o segundo do Ministro que o sucedeu na relatoria, Luiz Fux.

A ementa do acórdão, na parte tocante à atualização monetária:

09:33 "Direito Constitucional.
Regime de Execução da Fazenda

Pública mediante precatório.
Emenda Constitucional
nº 62/2009.

Inconstitucionalidade formal
não configurada. [...] 10:50
- **Impossibilidade jurídica da
utilização do índice de
remuneração da caderneta de
poupança como critério de
correção monetária. Violação ao
direito fundamental de
propriedade. Inadequação
manifesta entre meios e
fins.** 11:46 - Pedido julgado
procedente em parte - Item I
[...] 15:03 **V - 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, 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 insuscetível de
captação apriorística ex
anter, de modo que o meio
escolhido pelo legislador
constituente de remuneração da
caderneta de poupança é
inidôneo a promover o fim a que
se destina o precatório, que é
traduzir a inflação do
período."** 15:48 (Transcrição
informal, realizada e destacada
por mim, da **EMENTA DO ACÓRDÃO
DA ADI 4.357** na parte tocante à
atualização monetária, lida
pelo Ministro **Luiz Fux** no
plenário desta sessão de
julgamento)

E, abaixo, dois trechos bastante relevantes:

34:31* [...] A finalidade da correção monetária, enquanto instituto de direito constitucional, não é deixar mais rico o beneficiário, nem mais pobre o sujeito passivo, é deixá-los tal como qualitativamente se encontravam no momento em que se formou a relação obrigacional, daí me parecer correto ajuizar que a correção monetária constitui verdadeiro direito subjetivo do credor, seja ele público, ou então privado. Não porém uma nova categoria de direito subjetivo sobreposta àquela de receber uma prestação obrigacional em dinheiro. O direito mesmo à percepção da originária paga é que só existe em plenitude se monetariamente corrigido, donde a correção monetária constituir-se em elemento do direito subjetivo de uma determinada paga em dinheiro. Não há dois direitos portanto, mas um único direito, de receber corrigidamente um valor em dinheiro, pois que sem a correção monetária, o titular do direito só recebe mutilada ou parcialmente, enquanto o sujeito passivo da obrigação, correlatamente, desta obrigação apenas se desincumbe de modo reduzido. Presidente, eu teço aqui muitas outras considerações sobre o instituto da correção monetária, mas vou me permitir ultrapassar, me dispensar da leitura. O que

determinou a Emenda 62? Que a atualização monetária dos débitos inscritos em precatórios após sua expedição e o efetivo pagamento se dará pelo índice oficial da remuneração básica da caderneta de poupança, índice que, segundo já assentou esse Supremo Tribunal Federal na ADIn 493 não reflete a perda de poder aquisitivo da moeda. Eu cito decisão no RE 175678 da relatoria do Ministro Carlos Veloso, em nota de rodapé, eu desenvolvo a análise dos precedentes da Casa, cito passagem do minucioso voto do Ministro Moreira Alves na ADIn 493, mas de cuja leitura também, senhor presidente, vou me dispensar. 36:44 O que se conclui, portanto, é que o parágrafo 2º do artigo 100 da Constituição acabou por **artificializar o conceito de [pensa] não vou dizer... eu vou dizer, terminou por amesquinhar o conceito de atualização monetária**, conceito que está ontologicamente associado à manutenção do valor real da moeda, valor real que só se mantém pela aplicação de índice que reflita a desvalorização desta moeda em determinado período. [... específico sobre precatórios] 39:26*

[...] **Qualquer ideia de incidência mutilada da correção monetária, isto é, qualquer tentativa de aplica-la à partir de um 'percentualizado' redutor, caracteriza fraude**

à constituição. [...] (Transcrição informal, realizada por mim, do douto venerando do Ministro Relator, **Ayres Brito**, nesta sessão do julgamento da **ADI 4.357**)

1:03:31* [...] Ocorre que o referencial adotado não é idôneo a mensurar a variação do poder aquisitivo da moeda. Não estou falando novidade nenhuma. Isto porque a remuneração da caderneta de poupança é regida pelo artigo 12 da Lei 8.177 [...] é fixada ex ante à partir de critérios técnicos em nada relacionados com a inflação empiricamente considerada. [...] 01:04:18* [...] A inflação, por outro lado, é fenômeno econômico insuscetível de captação apriorística. Isso em todos os manuais de economia, a primeira frase é esta. E nós que nem temos este conhecimento interdisciplinar sabemos, digamos assim, como usa o Ministro Gilmar Mendes, sabemos, por que até as pedras sabem, segundo ele. (Transcrição informal do venerando voto do Ministro Relator (após a aposentadoria do Ministro Ayres Brito) Luiz Fux, nesta sessão de julgamento da **ADI 4.357**)

**DA MANIFESTA DISTINÇÃO ENTRE A APLICAÇÃO DA TR NO FGTS E
DEMAIS FINALIDADES DO FUNDO. INEXISTÊNCIA DE FLEXIBILIDADE
NO TRATAMENTO DESIGUAL ENTRE OS BENEFICIADOS. VIOLAÇÃO AO
PRINCÍPIO DA ISONOMIA CONSTITUCIONAL.**

É a mais pura FALÁCIA, data máxima vênica, a argumentação no sentido de que o índice de correção dos saldos da conta do FGTS devem ser mantidos, pois suas verbas são utilizadas para concessão de mútuos concedidos na área educacional, habitacional, de infra-estrutura urbana, os quais são remunerados também pela TR, estando ao largo de apreciação pelo Judiciário por ser uma questão atinente à política econômica do Estado.

De modo idêntico falece de razão argumentar que a eventual procedência da demanda prejudicará tais políticas públicas.

Ainda que exista tal paralelismo quanto ao índice de correção monetária, não há qualquer paralelismo em relação aos juros aplicados.

Veja-se: com a TR ostentando seus índices praticamente zerados desde o ano de 2009, os saldos das contas do FGTS acabaram sendo remunerados tão somente pelos juros anuais de 3% previstos na Lei 8.036/90. Ou seja, os juros que deveriam, supostamente, remunerar o capital, não são sequer suficientes para repor o poder de compra perdido pela inflação acumulada.

Há que se verificar quais dos programas instituídos pelo Governo Federal e operacionalizados pela CEF, quer seja de financiamento estudantil, habitacional ou de infraestrutura em que há cobrança de juros de 3% ao ano. Segundo informações do sítio eletrônico da ré (www.cef.gov.br), a taxa cobrada no programa 'Minha casa melhor' é de 5% ao ano, enquanto do programa 'Minha casa minha vida' vão de 5% a 8,66% ao ano. Não há, pois, qualquer paralelismo quanto trata-se de taxa de juros aplicadas.

Ou seja, no sistema atual o governo busca implementar projetos subsidiados às custas da baixa remuneração e quase nula atualização monetária dos saldos das contas do

Fundo de Garantia.

Inexiste, no sistema atual, qualquer remuneração aos saldos das contas do FGTS. Pelo contrário, pois os juros de 3% ao ano sequer são suficientes para repor a desvalorização da moeda no período.

Não se desconhece que o FGTS possui relevante papel social na prática das políticas públicas no Brasil, mas não há que se olvidar que historicamente sua criação teve por objeto dar ao trabalhador estabilidade no trabalho e alguma segurança financeira em caso de demissão sem justa causa, em substituição à antiga estabilidade decenal. Os valores depositados à sua ordem no FGTS, ainda que realizados pelo empregador, pertencem ao empregado, que não obstante não possa fazer livre movimentação de sua conta, é seu titular e destinatário final.

O saldo do FGTS pode ser sacado, de acordo com o art. 20, inciso V, da Lei 8.039/90, para ser utilizado como *pagamento de parte das prestações decorrentes de financiamento habitacional concedido no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação.*

Vemos, portanto, a hipótese absurda de que o trabalhador, tendo o saldo da sua conta de FGTS corroído pela inflação, não dispor do suficiente para adquirir a casa própria, de forma a necessitar firmar contrato pelo SFH (o qual foi financiado às suas expensas), para pagar juros muito superiores àqueles com os quais foi remunerado. O dinheiro que lhe foi subtraído pela má remuneração de sua conta, então, deverá ser tomado emprestado daquele que o subtraiu, mediante pagamento de juros.

Não há então como salvar-se a nulidade do ato, eis que para uns há a efetiva correção monetária e o pagamento de juros e para outros não.

À evidência há tratamento discriminatório irrazoável ao arrepio da Carta Política de 1988.

DOS ÍNDICES QUE A JURISPRUDÊNCIA ENTENDE SEREM POSSÍVEIS DE UTILIZADOS ALTERNATIVAMENTE: IPCA-E OU INPC.

Tem-se, em resumo, que a Lei nº 8.036/90, lei específica do FGTS, determina que ao saldo de suas contas deve ser obrigatoriamente aplicado índice de correção monetária. Não sendo a Taxa Referencial (TR), índice disposto pela Lei 8.177/91, hábil a atualizar monetariamente tais saldos, e estando tal índice em lei não específica do FGTS, entende-se que como inconstitucional a utilização da TR para tal fim, subsistindo a necessidade de aplicar-se índice de correção monetária que reflita a inflação do período, tal como prevê a Lei nº 8.036/90.

Como dito alhures, os índices que atualmente têm refletido a variação inflacionária brasileira são o INPC e o IPCA-E.

Assim, resta analisar qual índice deverá ser adotado para fins de correção dos saldos do FGTS.

Tendo em conta que a Corte Constitucional ainda não decidiu sobre a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do uso da TR na correção dos precatórios e dívidas da Fazenda Pública, bem como em razão de ser vedado o *non liquet* (art. 126 do CPC), tem-se que UM índice possível de ser aplicável à atualização monetária, em substituição à Taxa Referencial, deve ser o IPCA-E ao invés do INPC, calhando transcrever as suas formas de cálculos e abrangências, consoante previsto no sítio eletrônico (http://www.portalbrasil.net/ipca_e.htm, <http://www.portalbrasil.net/inpc.htm>, acessos em 15/01/2014), a saber, respectivamente:

O que compõe o IPCA-E:

Por determinação legal (Medida Provisória número 812, de 30 de dezembro de 1994), o IPCA - Série Especial está sendo divulgado trimestralmente pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, baseado nos índices do IPCA-15. O Portal Brasil apresenta na tabela também avariação mensal - apenas para efeito de estatística e estimativa

futura do índice . A sua validade e aplicabilidade, entretanto, é trimestral. Este índice é aqui informado apenas para subsidiar expectativas de acúmulos trimestrais ou entre períodos.

O IPCA/IBGE verifica as variações dos custos com os gastos das pessoas que ganham de um a quarenta salários mínimos nas regiões metropolitanas de Belém, Belo Horizonte, Brasília, Curitiba, Fortaleza, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro, Salvador, São Paulo e município de Goiânia. O Sistema Nacional de Preços ao Consumidor - SNIPC efetua a produção contínua e sistemática de índices de preços ao consumidor, tendo como unidade de coleta estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços, concessionária de serviços públicos e domicílios (para levantamento de aluguel e condomínio).

O IPCA/E utiliza, para sua composição de cálculo, os seguintes setores: alimentação e bebidas, habitação, artigos de residência, vestuário, transportes, saúde e cuidados pessoais, despesas pessoais, educação e comunicação.

O que compõe o INPC/IBGE:

O INPC/IBGE foi criado inicialmente com o objetivo de orientar os reajustes de salários dos trabalhadores. O Sistema Nacional de Preços ao Consumidor - SNIPC efetua a produção contínua e sistemática de índices de preços ao consumidor tendo como unidade de coleta estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços, concessionária de serviços públicos e domicílios (para levantamento de aluguel e condomínio). A população objetivo do INPC abrange as famílias com rendimentos mensais compreendidos entre 1 (hum) e 5 (cinco) salários-mínimos (aproximadamente 50% das famílias brasileiras), cujo chefe é assalariado em sua ocupação principal e residente nas áreas urbanas das regiões, qualquer que seja a fonte de rendimentos, e demais residentes nas áreas urbanas das regiões metropolitanas abrangidas.

Abrangência geográfica: Regiões metropolitanas de Belém, Fortaleza, Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo, Curitiba e Porto Alegre, Brasília e município de Goiânia.

Calculado pelo IBGE entre os dias 1º e 30 de cada mês, compõe-se do cruzamento de dois parâmetros: a pesquisa de preços nas onze regiões de maior produção econômica, cruzada com a Pesquisa de Orçamento Familiar (POF).

Janeiro/2012 - Alterações Significativas: A partir de janeiro/2012 o INPC passou a ser calculado com base nos valores de despesa obtidos na Pesquisa de Orçamentos Familiares - POF 2008-2009. A POF é realizada a cada cinco anos pelo IBGE em todo o território brasileiro o que permite atualizar os pesos (participação relativa do valor da despesa de um item consumido em relação à despesa total) dos produtos e serviços nos orçamentos das famílias. De julho de 2006 à dezembro de 2011 a base dos índices de preços ao consumidor era a POF de 2002-2003.

Outra mudança importante: Até 31.12.2011 eram consideradas no cálculo as famílias com rendimento de 1 à 6 salários mínimos. A partir de 01.01.2012 isso diminuiu (de 1 à 5 salários mínimos) em função da elevação real da renda do brasileiro evitando, assim, desvirtuação da faixa salarial.

Vê-se, pois que, enquanto o INPC abrange as famílias com rendimentos mensais entre 1 a 5 salários mínimos e é calculado pelo IBGE com base em pesquisa de preços nas 11 regiões de maior produção econômica cruzada com a Pesquisa de Orçamento Familiar (POF) - encontro de 2 parâmetros, o IPCA-E, por sua vez, alcança o patamar familiar de 1 a 40 salários mínimos é calculado também IBGE de forma direta, abrangendo os seguintes setores: alimentação e bebidas, habitação, artigos de residência, vestuário, transportes, saúde e cuidados pessoais, despesas pessoais, educação e comunicação, sendo este último (IPCA-E) mais abrangente e refletindo a real inflação nos principais setores econômicos que influenciam os gastos familiares de forma real (sem interferência da POF a qual pode ficar congelada por 5 anos, diversamente do que ocorre na fórmula de cálculo do INPC que deve ser cruzada com aquela pesquisa).

Não bastasse a eleição de tal índice pelos Tribunais Pátrios, a Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2014 (Lei

12.919/2013), previu no seu artigo 27 que os precatórios no ano de 2014 serão corrigidos pelo IPCA-E do IBGE:

Art. 27. A atualização monetária dos precatórios, determinada no §12 do art. 100 da Constituição Federal, inclusive em relação às causas trabalhistas, previdenciárias e de acidente do trabalho, observará, no exercício de 2014, a variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - Especial - IPCA-E do IBGE.

Corroborando, ainda, a eleição de tal índice, importa consignar que em sessão ordinária do Conselho da Justiça Federal - CNJ, ocorrida em 25/11/2011, foi aprovado o novo 'Manual de Cálculos da Justiça Federal' onde passa a incidir o IPCA-e como indexador de Correção Monetária para as sentenças condenatórias em geral, conforme se pode verificar no sítio do cjf na internet (www.cjf.jus.br).

A despeito disso é certo que o INPC é o índice oficial de reajuste dos benefícios previdenciários pagos pelo Governo Federal.

DA POSSIBILIDADE DE substituição do índice pelo Poder Judiciário. DA INAFASTABILIDADE DE JURISDIÇÃO. DO DEVER LEGAL DE DECISÃO IMPOSTO PELA LEI DE INTRODUÇÃO AO DIREITO BRASILEIRO. DO CONTEÚDO DECLARATÓRIO DA DECISÃO.

Não vemos óbice ao deferimento de eventual pleito nesse sentido, eis que situação semelhante, inclusive, já foi autorizada pelo próprio STF.

No RE 747.742, relacionado a ADI 4.375, a Ministra Carmen Lúcia, em sede de decisão monocrática datada de

07/06/2013, determinou que:

5. Pelo exposto, dou parcial provimento a este recurso extraordinário (art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil e art. 21, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) para reafirmar a inconstitucionalidade da expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança", constante do § 12 do art. 100 da Constituição da República e **determinar que o Tribunal de origem julgue como de direito quanto à aplicação de outro índice que não a taxa referencial (TR).**

Isto, aliás, não é novidade, este caso é merecedor de comparação com o dos expurgos inflacionários dos planos econômicos (Verão, Collor I e II) lembrando que existe sim, salvo melhor juízo, um substancial precedente onde o índice de correção foi expressamente alterado pelo poder judiciário.

A semelhança entre esta ação revisional do FGTS e a dos expurgos inflacionários começa pela natureza das obrigações, ambas vinculadas a regime público, sendo outro forte ponto de ligação o fato de ambas versarem sobre índices de correção monetária.

Eis, então, o primeiro precedente encontrado nesta nova linha de pesquisa:

FGTS - CORREÇÃO MONETÁRIA DO DEPÓSITOS - INAPLICABILIDADE DA TR - SUBSTITUIÇÃO DO ÍNDICE - IPC. A taxa referencial (TR) não pode ser utilizada como índice de correção monetária da moeda, devendo o montante ser atualizado pelo IPC. Recurso improvido. (STJ -

AgRg no Ag: 412184 DF
2001/0122589-3, Relator: Ministra
LAURITA VAZ, Data de Julgamento:
11/12/2001, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO,
Data de Publicação: DJ 26.05.2003
p. 254)

E no inteiro teor desta decisão, bastante valiosa já pelo conteúdo ementado, tomamos então conhecimento do mais importante, a meu ver, precedente para esta ação revisional, consubstanciado na Súmula 252 do E. Tribunal da Cidadania - STJ:

Os saldos das contas do FGTS, pela legislação infraconstitucional, são corrigidos em 42,72% (IPC) quanto às perdas de janeiro de 1989 e 44,80% (IPC) quanto às de abril de 1990, acolhidos pelo STJ os índices de 18,02% (LBC) quanto às perdas de junho de 1987, de 5,38% (BTN) para maio de 1990 e 7,00% (TR) para fevereiro de 1991, de acordo como entendimento do STF (RE 226.855-7/RS)

Ou seja, no caso dos expurgos o STJ determinou, **expressamente**, a utilização de **outros índices** para a correção do FGTS.

Cumprе apontar o relevo de uma recente decisão do STJ, a qual nos demonstra que o **STJ já está aplicando o entendimento da ADI 4.357** nas condenações impostas à fazenda pública, e **determinando a alteração do índice para o IPCA:**

VERBAS REMUNERATÓRIAS.
CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DEVIDOS
PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE
ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA
LEI 9.494/97. **DECLARAÇÃO DE**
INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR
ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF). 1. O
art. 1º-F da Lei 9.494/97, com
redação conferida pela

Lei 11.960/2009, que trouxe novo regramento para a atualização monetária e juros devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicado, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir ao período anterior a sua vigência. 2. "Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente" (REsp 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe 2.2.2012). 3. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/09, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97, ao examinar a ADIn 4.357/DF, Rel. Min. Ayres Britto. **4. A Suprema Corte declarou inconstitucional a expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança" contida no § 12 do art. 100 da CF/88. Assim entendeu porque a taxa básica de remuneração da poupança não mede a inflação acumulada do período e, portanto, não pode servir de parâmetro para a correção monetária a ser aplicada aos débitos da Fazenda Pública.** 5. Igualmente reconheceu a inconstitucionalidade da expressão "independentemente de sua

natureza" quando os débitos fazendários ostentarem natureza tributária. Isso porque, quando credora a Fazenda de dívida de natureza tributária, incidem os juros pela taxa Selic como compensação pela mora, devendo esse mesmo índice, por força do princípio da equidade, ser aplicado quando for ela devedora nas repetições de indébito tributário. 6. Como o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09, praticamente reproduz a norma do § 12 do art. 100 da CF/88, o Supremo declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, desse dispositivo legal. 7. **Tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09: (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas.** 8. O Relator da ADIn no Supremo, Min. Ayres Britto, não especificou qual deveria ser o índice de correção monetária adotado. Todavia, há importante referência no voto vista do Min. Luiz Fux, quando Sua Excelência aponta para o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), do Instituto Brasileiro de Geografia

e Estatística, que ora se adota. 9. No caso concreto, como a condenação imposta à Fazenda não é de natureza tributária, os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09. **Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período.** 10. Agravo regimental provido em parte. (STJ, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 15/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA)

Depois da ADI 4.357 (logicamente), talvez este seja o julgado mais importante até agora, porque **definiu o índice em substituição: o IPCA.**

Este é o artigo da Lei 11.960/09 (**que foi julgado inconstitucional por arrastamento**):

Art. 5º O art. 1º-F da Lei no 9.494, de 10 de setembro de 1997, introduzido pelo art. 4º da Medida Provisória no 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação:
Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, **dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de**

poupança.

Perceba, então, a semelhança deste artigo com o questionado artigo 13 da lei 8.036/90 (Lei do FGTS):

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.

Mas não termina por aqui. Existem outras hipóteses em que se admite a substituição do índice:

TRIBUTÁRIO. DÉBITOS ORIUNDOS DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PARCELAMENTO. INCIDÊNCIA DA TAXA REFERENCIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. SUBSTITUIÇÃO DA TR PELO IPC. **1. O IPC deve ser utilizado em substituição à TR/TRD, como fator de correção monetária, para que se evite o enriquecimento ilícito, dado o reconhecimento da inconstitucionalidade pelo e. STF, da utilização da TR/TRD, como fator de correção monetária.** Precedentes desta Corte. 2. Apelação provida. (TRF-1 - AC: 11006 GO 1997.01.00.011006-9, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL, Data de Julgamento: 10/10/2005, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: 11/11/2005 DJ p.123)

A substituição também aparece no STJ:

TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC -

INEXISTÊNCIA - DECADÊNCIA NÃO
CONFIGURADA - AUSÊNCIA DE
PAGAMENTO ANTECIPADO - TERMO
INICIAL - ART. 173, I, DO CTN -
CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA
- **EXCLUSÃO DA TAXA REFERENCIAL
(TR) COMO FATOR DE CORREÇÃO
MONETÁRIA - SUBSTITUIÇÃO POR
OUTROÍNDICE - POSSIBILIDADE -**
LIQUIDEZ E CERTEZA. [...] 4. A
substituição do índice de correção
monetária constante da certidão de
dívida ativa não afeta a sua
liquidez de certeza, porquanto
possível, através de simples
cálculos matemáticos, apurar-se o
valor do débito tributário, dando
ensejo ao prosseguimento da
execução fiscal. Desnecessidade de
anulação da CDA. Agravo regimental
improvido. (STJ - AgRg no REsp:
1191505 RS 2010/0074340-7,
Relator: Ministro HUMBERTO
MARTINS, Data de Julgamento:
02/09/2010, T2 - SEGUNDA TURMA,
Data de Publicação: DJe
22/09/2010)
"EMBARGOS DECLARATÓRIOS. RECURSO
ESPECIAL. FUNGIBILIDADE.
RECEBIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL.
EXECUÇÃO FISCAL. ATUALIZAÇÃO DO
DÉBITO. APELO NOBRE
PROVIDO. **SUBSTITUIÇÃO DA TR PELO
INPC.** ALEGAÇÃO DE REFORMATIO IN
PEJUS. MANUTENÇÃO
INPC. **JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL PELA
IMPRESTABILIDADE DA TR COMO ÍNDICE
DE CORREÇÃO.** PRESERVAÇÃO DO VALOR
DA MOEDA. NECESSIDADE.
IMPOSSIBILIDADE LOCUPLETAMENTO SEM
CAUSA PELO CONTRIBUINTE [...] 4. **A
taxa referencial - TR, instituída
pela Lei n.º 8.177/91, consoante
jurisprudência do E. STJ, não se**

presta à correção monetária de débitos fiscais (Precedentes: REsp n.º 692.731 - RS, Relator Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJ de 01º de agosto de 2005; REsp n.º 204.533 - RJ, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Segunda Turma, DJ de 06 de junho de 2005; REsp n.º 489.159 - SC, Relatora Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ de 04 de outubro de 2004).[...]"

Agora vamos pensar um pouco: se a TR não reflete a atualização monetária, e o artigo 2º da Lei do FGTS prescreve especificamente que o saldo deverá conter "atualização monetária"; se o Poder Judiciário alterou o índice de correção no caso dos expurgos inflacionários; se alterou para os contratos do SFH até certo período (ADI 493); e se alterou para todos os débitos da fazenda pública, onde está, então, o verdadeiro motivo de não se aplicar a mesma ratio aos saldos de FGTS?

Em seu Tratado de Direito Privado, Tomo XLII, fls. 9.476, o memorável jurista Pontes de Miranda já alertava que:

"Outro ponto, que é de relevância, é o de se exigir às leis de correção da moeda (correção monetária, *senso próprio*) e de correção do valor monetário que observem o princípio de isonomia, que está no art. 141, § 12, da Constituição de 1946, como o primeiro princípio fundamental, isto é, como o princípio inicial da Declaração de Direitos.

Para finalizar este tópico, coloquemos para reflexão o que prescreve o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal:

"A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;"

Tal artigo está corporificado diretamente na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto 4567/42, com redação da Lei 12376/2010), onde se lê:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Ora, é inegável a analogia entre o afastamento da TR da correção de precatórios e o afastamento da mesma à correção do FGTS. De outro giro, também inegável o fim social de ambos os institutos e a proteção constitucional ao direito de propriedade encartada na Constituição (art. 5º. XXII e LIV).

Ora, se a finalidade do FGTS é proteger o trabalhador do imprevisto, o que será, então, mais justo e de necessária proteção do que a **situação de desemprego do cidadão que contribuiu para um fundo institucional (e que ajudou outras pessoas a adquirirem suas casas próprias!)?**

Logo, para nós não faz sentido nenhum que se até para o recebimento de **precatórios** a TR seja considerada inconstitucional, que para a correção monetária da **proteção do trabalhador** se utilize de uma ficção jurídica

(natureza institucional), deixando ao desabrigo a própria espinha dorsal da sociedade.

Mais que isso considerando a característica de direito social do FGTS e sua relação imbricada com os direitos fundamentais é certo que este deve ser efetivamente protegido pelo Poder Judiciário, em respeito ao art. 1o., III e IV, art. 3o. e incisos, art. 7o. III da CF.

DA MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL JUNTO AO STJ

O Ministério Público Federal já esposou tese semelhante ao aqui afirmado, razão pela qual requeremos a juntada de tal documento, mormente termos ciência do brilho e do respeito que merece a manifestação do PGR junto a esta Corte com ela não podemos concordar.

DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

EM FACE DO EXPOSTO, requer:

a) a admissão da Requerente na qualidade de *amicus curiae*;

b) a juntada aos autos da presente manifestação e sua consideração, na oportunidade processual;

c) a concessão de prazo para sustentação oral de suas razões, quando do julgamento colegiado;

d) a juntada dos documentos anexos;

d) ao final, tendo em vista o que já decidido pelo E. STF no caso da lei 11.960/09 e o fato de o FGTS ser um **pecúlio constitucional obrigatório, não portátil e de**

longo prazo, cuja garantia de recomposição das perdas inflacionárias está implícita na disposição do art. 7º, III, da CR/88, que assegura esse direito trabalhista fundamental a todos os trabalhadores, é de se **declarar inconstitucional**, pelo menos desde a superveniência dos efeitos da Resolução CMN 2.604, de 23/04/1999, a vinculação da correção monetária do FGTS à TR, conforme art. 13 da lei 8.036/90 c/c arts. 1º e 17 da lei 8.177/91, sob pena de violação à isonomia constitucional, ao direito de propriedade e à inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, II, XXII, XXXVI e LIV).

Pede Juntada e Deferimento.

Rio de Janeiro, 04/06/2014.

ANA LÚCIA DINIZ COSTA
OAB/RJ 119.793

VICTOR PINHEIRO MARQUES
OAB/RJ 185.631

LUIZ EDUARDO ABILIO BASTOS
OAB/RJ 129.401

ANTERO LUIZ CUNHA
OAB/RJ 54.127