



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva

**EXMO.(A) SR.(A) DR.(A) JUIZ(A) FEDERAL DA _____ VARA FEDERAL DE
PORTO ALEGRE DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO GRANDE DO SUL**

A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO por meio dos Defensores Públicos Federais no fim subscritos, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, dispensada a apresentação de mandato, nos termos do art. 44, XI da LC 80/94 e da lei nº 11.448/07, vem, ajuizar a presente:

<p style="text-align: center;">AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA</p>

Em face da **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL**, Empresa Pública Federal, gestora do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, inscrita no CNPJ sob o nº 00.360.305/0001-04, cujos dados são de conhecimento deste MM Juízo, pelos fatos e fundamentos que passa a expender.



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva

I. SÍNTESE FACTUAL

Trata-se de Ação Civil Pública promovida em face da Caixa Econômica Federal, Empresa Pública Federal, gestora do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, **a fim de obter provimento jurisdicional que a condene na obrigação de fazer, qual seja, a de corrigir os depósitos efetuados na conta vinculada do FGTS pelos índices que melhor reflita a inflação a partir de janeiro de 1999.**

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço foi criado pela Lei nº 5.107/66 com o objetivo principal de proteger os empregados demitidos sem justa causa, sendo uma forma de substituição à estabilidade decenal que era trazida na CLT.

Por conta da universalização do sistema do FGTS pela Constituição Federal de 88, todos os empregadores estão obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal.

Estão ainda obrigados a comunicarem mensalmente aos trabalhadores os valores que foram recolhidos ao FGTS e repassar-lhes todas as informações sobre suas contas vinculadas recebidas da Caixa Econômica Federal ou dos bancos depositários.

Atualmente, a matéria é disciplinada pela Lei nº 8.036/90. A legislação estabelece as hipóteses em que pode haver o saque das contas vinculadas por parte do empregador ou, em caso de falecimento, de seus sucessores, as quais estão estampadas no art. 20, da Lei nº 8.036/90.

A Lei 8.036/90 estabelece a necessidade de **correção monetária** do saldo da conta vinculada do trabalhador. Assim, temos a redação do art. 2º:



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva

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.

Ao estabelecer o índice aplicável para garantir à atualização monetária a legislação optou pela aplicação de capitalização anual de juros de 3% mais incidência da Taxa Referencial (TR), taxa também aplicável à atualização da poupança e, à época, favorável ao trabalhador por ser aproximar do índice inflacionário.

No entanto, a referida taxa de correção apresentou defasagem em a partir do ano de 1999, devido a alterações realizadas pelo Banco Central do Brasil. A situação perdura até os dias atuais, de forma que é agravada pela constante redução da Selic, a taxa básica de juros.

A inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário e obtido de forma *ex post*, mostra-se insuscetível de captação apriorística (*ex ante*), tal qual é a Taxa Referencial, de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período).

A ausência de uma taxa de atualização monetária que se mostre capaz de manter o poder de compra da moeda, nos casos do saldo da conta vinculada do FGTS, é uma nítida afronta ao sistema jurídico vigente.

Inicialmente, **há uma própria usurpação da finalidade do FGTS**. O Fundo de Garantia surgiu para substituir a estabilidade decenal e o sistema de indenizações, servindo como uma poupança “compulsória” para amparar o trabalhador em momentos de necessidade, tendo as hipóteses de saque expressamente previstas na legislação.

Ao não atualizar os valores do saldo de acordo com um índice que reflita a inflação, o dinheiro depositado – e que não pode ser sacado para ser investido de outra forma – perde o seu valor do mercado, apesar de manter o valor nominal. **Assim, com**



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva

o passar o tempo, o saldo, desatualizado, não vai conferir ao trabalhador o amparo que deveria, por se encontrar abaixo do valor efetivamente devido. Ou seja, a correção pela TR impede que a própria Lei 8.036/90 atinja a sua finalidade de auxiliar o trabalhador, uma vez que os descontos mensais realizados e depositados em conta vinculada gerida pela CEF não são corretamente atualizados.

Ademais, há uma clara violação ao art. 2º e art. 9º, §2º da Lei 8.036/90, que determinam a necessidade de atualização monetária para a manutenção do poder aquisitivo do trabalhador. Não é mantido, também, o equilíbrio econômico entre as partes, tendo em vista que no momento do saque dos valores, estes terão valor de troca inferior do *quantum* inicialmente depositado.

Há, também, ofensa direta ao art. 5º, XXII, da Constituição Federal de 1988, que garante o direito de propriedade. Por conta do fenômeno da inflação a moeda desvaloriza e, se não corrigida, perde valor. Como o saldo do FGTS integra o patrimônio do trabalhador, a sua não correção implica, por óbvio, na redução da sua propriedade, não obstante a incidência da lei nº 8.036/90 garantindo o direito à atualização.

Ainda, como adiante se demonstrará, a presente demanda está subsidiada em face de recente decisões proferidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 4357, 4372, 4400 e 4425, nas quais foi analisada a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 62/2009, que, em síntese, entendeu o Supremo Tribunal Federal que a TR não pode ser utilizada para fins de atualização monetária, por não refletir o processo inflacionário brasileiro.

Importante destacar que não se está questionando a legalidade da TR como índice, e sim postulando a sua inaplicabilidade quando não for capaz de possibilitar a correção monetária dos depósitos do FGTS, conforme determina a lei 8036/90.

A partir de decisão do Supremo Tribunal Federal, centenas de trabalhadores vêm procurando a Defensoria Pública da União em todo o país buscando a obtenção de provimento judicial no sentido de corrigir prejuízos em suas contas vinculadas ao FGTS.



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva

Isso decorreu em face de um “boom” midiático que noticiou que os trabalhadores que tivessem depósitos em conta do FGTS entre 1999 até os dias atuais, poderiam valer-se de ações judiciais para buscar a substituição do índice de correção monetária do FGTS, qual seja a Taxa Referencial – TR, pelo INPC ou outro índice que melhor refletisse a inflação no período.

Vale ainda referir, inclusive, que o próprio de Setor de Contadoria da Justiça Federal do Rio Grande do Sul disponibilizou um programa para a realização dos cálculos referentes a essa demanda, como se observa na notícia extraída do sítio eletrônico¹, tamanha a procura dos trabalhadores em buscar a tutela jurisdicional para salvaguardar o seu direito.

Não só o direito está amplamente configurado, mas o número expressivo de trabalhadores buscando a correção dos depósitos de suas contas do FGTS perante esta Defensoria Pública da União e por ações individuais no Poder Judiciário justifica o ajuizamento da presente Ação Civil Pública, que busca evitar o acúmulo de demandas, com mesmo objeto e pedido, sobrecarregando não só o Poder Judiciário, mas a própria Defensoria Pública da União.

II. DO DIREITO

II.1 - QUESTÕES PROCESSUAIS RELEVANTES

A) Da Ação Civil Pública como Mecanismos de Economia Processual

O Poder Legislativo, com vistas a *desafogar* o Judiciário e, com isso, contribuir para a celeridade processual, vem editando uma série de normas processuais, ora simplificando procedimentos processuais, ora criando novos mecanismos de apreciação unificada de questões similares.

¹ Disponível em <http://www.jf.jus.br/jf/noticias/2013/outubro/jfrs-lanca-programa-de-calculo-para-acoes-de-fgts-com-base-no-inpc-x-tr>



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva

Neste contexto, as ações coletivas apresentam um importante papel pacificador, e, gradualmente, vem-se alargando o rol de legitimados para a sua propositura, o que se coaduna, inteiramente, com o caráter democrático da República Federativa do Brasil.

A Defensoria Pública da União em todo os Estados tem sido procurada por centenas de trabalhadores que buscam que seus saldos do FGTS sejam atualizados de acordo com um índice capaz de refletir a inflação.

Portanto, não se justifica a interposição de inúmeras ações judiciais, para tratar do mesmo tema, em havendo instrumento processual que representa indiscutível economia para o judiciário e maior eficácia para o jurisdicionado, **além de conferir plena eficácia à norma que garante o amplo acesso ao Poder Judiciário, tal como assegurado por norma constitucional (Art. 5º, XXXV, da CF/88).**

B) Da Legitimidade Ativa da Defensoria Pública da União

A Defensoria Pública, função essencial à promoção da justiça, possui função de relevância no Ordenamento Jurídico, pois é a instituição incumbida de **promover assistência jurídica gratuita e a defesa daqueles grupos sociais mais vulneráveis e desfavorecidos em todos os graus da jurisdição**. Essa ideia está em consonância com o artigo 5º, inciso LXXIV, CF, intrinsecamente ligado ao direito fundamental de **acesso à justiça**, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, CF. É, assim, órgão indispensável à consecução dos objetivos de princípios e normas relativos à igualdade de condições e oportunidades prevista no ordenamento jurídico brasileiro².

Não foi por outra razão, então, que o legislador positivou a legitimidade para o ajuizamento de demandas coletivas pela Defensoria Pública, por meio da Lei nº 11.448/2007.

² SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 607.



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva

Note-se, porém, que mesmo antes daquela alteração, que incluiu expressamente a Defensoria Pública como legitimado para ação civil pública, já era reconhecida tal legitimidade. Veja-se, a propósito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (anterior àquele diploma legal):

REsp 555.111/RJ; Relator(a): Ministro CASTRO FILHO; TERCEIRA TURMA; Julgado em: 05/09/2006; maioria, vencido Ministro Ari Pargendler.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NO JULGADO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA COLETIVA DOS CONSUMIDORES. CONTRATOS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL ATRELADOS A MOEDA ESTRANGEIRA. MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL FRENTE AO DÓLAR NORTE-AMERICANO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO ÓRGÃO ESPECIALIZADO VINCULADO À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO.

I – O NUDECON, órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial.

II - No que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor, expressamente, que incumbe ao “Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

III – Reconhecida a relevância social, ainda que se trate de direitos essencialmente individuais, vislumbra-se o interesse da sociedade na solução coletiva do litígio, seja como forma de atender às políticas judiciárias no sentido de se propiciar a defesa plena do consumidor, com a conseqüente facilitação ao acesso à Justiça, seja para garantir a segurança jurídica em tema de extrema relevância, evitando-se a existência de decisões conflitantes. Recurso especial provido. (original sem grifos)



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva

Após a positivação, com ainda mais razão a jurisprudência cristalizou-se.

Confira-se:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: REsp 912.849/RS, Relator(a): Ministro JOSÉ DELGADO; PRIMEIRA TURMA 26/02/2008; v.u.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSE COLETIVO DOS CONSUMIDORES. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA.

1. A Defensoria Pública tem legitimidade, a teor do art. 82, III, da lei 8.078/90 (Cód. Defesa do Consumidor), para propor ação coletiva visando à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores necessitados. A disposição legal não exige que o órgão da Administração Pública tenha atribuição exclusiva para promover a defesa do consumidor, mas específica, e o art, 4º, XI, da LC 84/90, bem como o art. 3º, parágrafo único, da LC 11.795/02-RS, estabelecem como dever institucional da Defensoria a defesa dos consumidores.

2. APELAÇÃO PROVIDA. (original sem grifos)

Note-se, assim, que tão forte é a relação da Defensoria com a ação civil pública que, após incluir na LACP aquela previsão expressa, o legislador alterou também as funções institucionais da Defensoria Pública, como que a convocar os membros dessa Instituição para uma atuação de caráter metaindividual. Perceba-se o que dispõe a Lei Complementar nº 80/94:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

(...)

VII - promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva

Assentada a legitimidade para ações civis públicas, poderia ainda, numa leitura apressada, surgir a dúvida: a legitimidade da Defensoria para ACP é ampla ou se restringe às hipóteses em que apenas pessoas economicamente hipossuficientes possam se beneficiar? Pode a Defensoria atuar em favor de direitos cujos beneficiários não sejam individualizáveis? Pode demandar em juízo por direitos coletivos em sentido estrito? E por direitos difusos?

Ressalte-se, desde já, que a LACP não condiciona a atuação da Defensoria Pública apenas aos casos em que haja interesse exclusivo de hipossuficientes. Ao inverso: dispensa-lhe o mesmo tratamento dado à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e ao Ministério Público, ou seja, outorga-lhe tal possibilidade independentemente de quaisquer requisitos. Diferente, porém, é o regramento imposto às associações, a quem, além do requisito temporal, impõe-se incluir, dentre suas finalidades sociais, a proteção aos direitos abarcados pela LACP para comprovar legitimidade e pertinência temática.

Daí porque se diz que o tratamento diferenciado, estabelecendo requisitos de atuação para um dos legitimados, importa **silêncio eloquente**, a significar que os demais agentes legitimados não se subordinarão a qualquer restrição de atuação. É o que ocorre com a Defensoria Pública, a quem sempre é facultado agir mesmo quando não houver interesses de hipossuficientes, incumbindo-lhe a tutela de direito metaindividual, apenas mais uma atribuição da instituição para além da defesa individual de sujeitos hipossuficientes.

Faculta-se, assim, à Defensoria Pública agir sempre. Impondo-lhe ainda a função de atuar sempre que pessoas socialmente vulneráveis puderem ser beneficiadas pela demanda. É a concretização do princípio e garantia constitucional do acesso à justiça.

A esse respeito, escute-se Boaventura de Sousa Santos:

Saliente-se, ainda, que a necessidade de comprovação da insuficiência de recursos se aplica exclusivamente às demandas individuais, porquanto, nas ações coletivas, esse requisito resultará naturalmente do objeto da demanda – o pedido



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva

formulado. Bastará que haja indícios de que parte ou boa parte dos assistidos sejam necessitados. (original sem grifos)³

Ainda que se opte por uma interpretação mais restritiva, limitando-se a atuação da Defensoria Pública apenas aos casos em que houver a possibilidade de pessoas socialmente vulneráveis puderem ser beneficiadas pela demanda, é de se ressaltar que a noção de hipossuficiência é ampla, não podendo ser confundida com a ideia de insuficiência de recursos econômicos, mas devendo ser lida como vulnerabilidade social.

A propósito, ouça-se Ada Pellegrini Grinover:

Pois é nesse amplo quadro, delineado pela necessidade de o Estado propiciar condições, a todos, de amplo acesso à justiça que eu vejo situada a garantia da assistência judiciária. E ela também toma uma dimensão mais ampla, que transcende o seu sentido primeiro, clássico e tradicional. **Quando se pensa em assistência judiciária, logo se pensa na assistência aos necessitados, aos economicamente fracos, aos “minus habentes”. É este, sem dúvida, o primeiro aspecto da assistência judiciária: o mais premente, talvez, mas não o único”.**⁴

E continua:

A adequada exegese do art. 134 da CF deve ser pautada pela assistência incondicional aos necessitados, ainda que, de forma indireta e eventual, essa atuação promova a defesa de direitos de indivíduos bem estabelecidos.

Isso porque existem os que são necessitados no plano econômico, mas também existem os necessitados do ponto de vista organizacional. Ou seja, todos aqueles que são socialmente vulneráveis: os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou

³ Santos, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. Revista de Processo, São Paulo, n. 37, jan-mar. 1985, p. 150.

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Assistência Judiciária e Acesso à Justiça, in Novas Tendências do Direito Processual, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2ª ed., 1990, p. 245.

contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente etc. (original sem grifos)⁵

E nem se alegue que tal atribuição não caberia à Defensoria Pública por ser estranha à sua missão institucional. Recorde-se que às Defensorias Públicas foram outorgadas outras funções que extrapolariam sua missão como, aliás, já ocorre com a curadoria especial e a defesa dativa em processo criminal, quando não há interesses sequer metaindividuais de hipossuficientes envolvidos, mas que, nem por isso deixam de ser exercidas com legitimidade indiscutível.

Mesmo que assim não fosse, com muito mais razão a atuação da Defensoria Pública na presente demanda, pois, de qualquer modo, não há dúvidas de que a presente ação venha beneficiar grupos e pessoas hipossuficientes e socialmente vulneráveis.

Se, ainda assim, duvidosa restar a legitimação no presente caso, é de se atentar ao princípio do *in dubio pro legitimatio*, segundo o qual, na dúvida quanto à legitimidade do autor para demandar em juízo por aquele direito, deve-se conhecer da ação. Veja-se, na decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Superior Tribunal de Justiça: REsp 931.513/RS; Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS; Relator(a) p/ Acórdão: Ministro HERMAN BENJAMIN; Primeira Seção; Julgamento: 25/11/2009; maioria, vencidos o Sr. Ministro Relator e a Sra. Ministra Eliana Calmon.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA FÍSICA, MENTAL OU SENSORIAL. SUJEITOS HIPERVULNERÁVEIS. fornecimento de prótese auditiva. Ministério PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA ad causam. LEI 7.347/85 E LEI 7.853/89.

1. Quanto mais democrática uma sociedade, maior e mais livre deve ser o grau de acesso aos tribunais que se espera seja garantido pela Constituição e pela lei à pessoa, individual ou coletivamente.

⁵ Idem. Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil Pública. In: Revista da Defensoria Pública. Ano IV. São Paulo: Nº II. 2011. Disponível na internet em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/RevistaDefensoria.pdf> Acesso: 13 mar. 2013.

2. Na Ação Civil Pública, em caso de dúvida sobre a legitimação para agir de sujeito intermediário – Ministério Público, Defensoria Pública e associações, p. ex. –, sobretudo se estiver em jogo a dignidade da pessoa humana, o juiz deve optar por reconhecê-la e, assim, abrir as portas para a solução judicial de litígios que, a ser diferente, jamais veriam seu dia na Corte.

3. A categoria ético-política, e também jurídica, dos sujeitos vulneráveis inclui um subgrupo de sujeitos hipervulneráveis, entre os quais se destacam, por razões óbvias, as pessoas com deficiência física, sensorial ou mental.

4. É dever de todos salvaguardar, da forma mais completa e eficaz possível, os interesses e direitos das pessoas com deficiência, não sendo à toa que o legislador refere-se a uma "obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade" (Lei 7.853/89, art. 1º, § 2º, grifo acrescentado).

5. Na exegese da Lei 7.853/89, o juiz precisa ficar atento ao comando do legislador quanto à finalidade maior da lei-quadro, ou seja, assegurar "o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência, e sua efetiva integração social" (art. 1º, *caput*, grifo acrescentado).

[...]

7. A própria Lei 7.853/89 se encarrega de dispor que, na sua "aplicação e interpretação", devem ser considerados "os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito e dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito" (art. 1º, § 1º).

[...]

9. A tutela dos interesses e direitos dos hipervulneráveis é de inafastável e evidente conteúdo social, mesmo quando a Ação Civil Pública, no seu resultado imediato, aparenta amparar uma única pessoa apenas. É que, nesses casos, a ação é pública, não por referência à quantidade dos sujeitos afetados ou beneficiados, em linha direta, pela providência judicial (= critério quantitativo dos beneficiários imediatos), mas em decorrência da própria natureza da relação jurídica-base de inclusão social imperativa. **Tal perspectiva – que se apóia no pacto jurídico-político da sociedade, apreendido em sua globalidade e nos bens e valores ético-políticos que o abrigam e o legitimam – realça a necessidade e a indeclinabilidade de proteção jurídica especial a toda uma categoria de indivíduos (= critério qualitativo dos beneficiários**

diretos), acomodando um feixe de obrigações vocalizadas como jus cogens.

10. Ao se proteger o hipervulnerável, a rigor quem verdadeiramente acaba beneficiada é a própria sociedade, porquanto espera o respeito ao pacto coletivo de inclusão social imperativa, que lhe é caro, não por sua faceta patrimonial, mas precisamente por abraçar a dimensão intangível e humanista dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Assegurar a inclusão judicial (isto é, reconhecer a legitimação para agir) dessas pessoas hipervulneráveis, inclusive dos sujeitos intermediários a quem incumbe representá-las, corresponde a não deixar nenhuma ao relento da Justiça por falta de porta-voz de seus direitos ofendidos.

[...]

12. A possibilidade, retórica ou real, de gestão individualizada desses direitos (até o extremo dramático de o sujeito, in concreto, nada reclamar) não os transforma de indisponíveis (porque juridicamente irrenunciáveis in abstracto) em disponíveis e de indivisíveis em divisíveis, com nome e sobrenome. Será um equívoco pretender lê-los a partir da cartilha da autonomia privada ou do *ius dispositivum*, pois a ninguém é dado abrir mão da sua dignidade como ser humano, o que equivaleria, por presunção absoluta, a maltratar a dignidade de todos, indistintamente.

[...]

15. Recurso Especial não provido. (grifou-se)

Por tudo quanto foi exposto, incontestemente no presente caso a legitimidade da Defensoria Pública, que tem por função a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, não apenas economicamente, mas também os do ponto de vista estrutural, ou seja, socialmente vulneráveis.

C) Do Cabimento da Ação Civil Pública em Demandas que Versem sobre Índice de Correção Monetária do FGTS



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva

Desde logo, há de se esclarecer que o objeto da presente demanda é condenar a Caixa Econômica Federal-CEF, em obrigação de fazer, no sentido de que realize a correção monetária do FGTS por um índice apto a refletir as perdas inflacionárias do poder de compras da moeda. Assim, é imperioso concluir que não está a se discutir o alcance, a veiculação, a forma ou justeza do FGTS, o que se busca e a tutela específica, obrigando a Caixa Econômica Federal a corrigir o FGTS por intermédio de outro índice que não a Taxa Referencial, como adiante será tratado.

Em conformidade com o parágrafo único do art. 1º, da Lei nº 7.347/1985, estabeleceu-se que não podem ser objetos de Ação Civil Pública matérias que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados, *in verbis*:

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

Inicialmente, há que se ressaltar que sobre o tema manifestou-se expressamente e em decisão exarada em **março/2013** o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao julgar em **Arguição de Inconstitucionalidade nº 5017624-08.2012.404.0000**, a legitimidade do MPF para ajuizar ações civis públicas sobre FGTS, entendendo ser inconstitucional o parágrafo único do referido art. 1º, no tocante à vedação de cabimento de ACP para veicular pretensão que envolva o FGTS, **quando a questão se referir a direito dos empregados**. Segue a ementa:

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ARTIGO 1º, § ÚNICO, DA LEI 7.347/85. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 127 E 129 DA CF. O § único, do artigo 1º, da Lei nº Lei nº 7.347/85 é inconstitucional, no tocante a vedação do cabimento da ação civil pública para veicular pretensões que envolvam o Fundo de

Garantia do Tempo de Serviço - **FGTS quando a questão se referir aos direitos dos empregados**, por ofensa aos artigos 127 e 129, III, da Constituição Federal. (Arguição de Inconstitucionalidade nº 5017624-08.2012.404.0000, Rel. Des. Fed. Maria Lúcia Luiz Leiria, Suscitante, 3ª turma do TRF4, decisão em 19/12/2012)

Entendeu o Tribunal Regional Federal, em conformidade com o TST, que o instituto jurídico do FGTS possui natureza dúplici: ***de salário diferido*** (em relação ao empregado) e ***de espécie análoga a tributo*** (em relação ao empregador). Tendo o FGTS também a faceta de um direito social, deve o mesmo estar abrangido nos interesses difusos e coletivos, objetos de ação civil pública. Vejamos:

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, atualmente regido pela Lei nº 8.036, de 1990, tem acento constitucional, no artigo 7º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Constitui-se, pois, em um direito social do trabalhador, espécie do gênero direito fundamental.

*Com efeito, os direitos sociais são liberdades ou prestações positivas que têm por escopo beneficiar os hipossuficientes, assegurando-lhes situação de vantagem, direta ou indireta, a partir da realização da igualdade real. Funciona como um pecúlio acumulado, uma espécie de reserva do trabalhador ou poupança particular, com o fito de suprir despesas excepcionais não acobertadas pelo salário, v.g, casos de doença grave, aquisição de casa própria, etc. **Por isso, envolve um complexo de depósitos em contas bancárias de que são titulares os empregados, cuja responsabilidade fica a cargo dos empregadores.** (Constituição Federal Anotada, Uadi Lammêgo Bulos, ed. Saraiva, 2007).*

*Conforme reiterado entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, o FGTS tem natureza dúplici - ***de salário diferido*** (em relação ao empregado) e ***de espécie análoga a tributo*** (em relação ao empregador) - conforme RR-9895500-43.2004.5.09.0016, Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, DEJT 07/05/2010.*

(...)

*Ou seja, **a pretensão não é questionar a higidez da ação civil pública como meio para discussão do recolhimento do FGTS**, mas a possibilidade de utilizá-la para discutir as hipóteses de seu levantamento por seu 'proprietário/beneficiário'.*

A toda evidência, a alteração legislativa provocada pela já referida Medida Provisória, não pode prevalecer nas situações em que

estejam previstos os requisitos constitucionais para propositura da ação civil pública. Entendo que o legislador infraconstitucional ao mencionar indiscriminadamente o FGTS, acabou por restringir indevidamente a atuação do MPF e a defesa do trabalhador. (grifou-se)

Efetivamente, para análise do referido diploma legal, é imprescindível ter conhecimento do caráter multidimensional que possui a natureza jurídica do FGTS. Como bem explicita Fábio Lopes Fernandes⁶, com base nos ensinamentos de Maurício Godinho Delgado, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço pode gerar relações jurídicas próprias, as quais são distintas, porém complementares, a saber:

[1] Relação Empregatícia: nesse vínculo, o empregador está obrigado a efetuar recolhimentos mensais, bem como, eventualmente, obrigado a efetuar o acréscimo pecuniário na rescisão. O empregado, nesse caso, é credor.

[2] Relação Jurídica entre o Empregador e o Estado: aqui, o empregador tem a obrigação de efetuar os recolhimentos, em contrapartida que o Estado tem o direito de vê-los adimplidos, sob pena de cobrar sanções impostas legalmente (**Impossibilidade de ACP**).

[3] Relação Jurídica entre o Estado e a Comunidade: a partir dos recursos recolhidos a título de FGTS, o Estado atua como gestor e aplicador desses investimentos em áreas como habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana, benefícios que são usufruídos pela comunidade.

Especificamente, importa ao caso concreto a diferenciação dos dois primeiros vínculos. Isso porque, no que tange ao ângulo empregador-Estado, o FGTS, a partir da CRFB/1988, passou a ser considerado tributo⁷, visto ser prestação pecuniária compulsória, de cunho obrigatório, em moeda ou em cujo valor nela se possa exprimir, não constituindo sanção de ato ilícito, instituído em lei e cobrado mediante atividade administrativa vinculada

⁶ FERNANDES, Fábio Lopes. *O FGTS como objeto da Ação Civil Pública*. In: Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 44, n. 74, p. 147-156, jul./dez.2006. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_74/Fabio_Fernandes.pdf>, acesso em 22/07/2013

⁷ Nesse sentido: RE 138.284/CE e ADI-MC 2.556/DF.



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva

(satisfeitos os requisitos exigidos pelo art. 3º, do CTN). Embora haja a possibilidade de levantamento do FGTS, essa hipótese não desfigura seu caráter tributário, já que enquanto não concretizada a situação, seu valor é aplicado em finalidades públicas.

Por outro lado, sob o enfoque do vínculo trabalhador-empregador, o FGTS constitui crédito trabalhista, criado com a poupança forçada do trabalhador, pronta a atendê-lo em situações excepcionais, previstas em lei, durante o vínculo empregatício ou na cessação do contrato. Desse modo, tal garantia atende o art. 7º, inc. III, da CRFB: direito social do trabalho.

Nota-se que tal diferenciação é de suma importância para o presente caso, pois a partir dela verifica-se ser possível ou não o ajuizamento de ação civil pública – questionamento que possivelmente venha a ser arguido pela Caixa Econômica Federal.

A finalidade da Lei nº 7.347/85 é obstar tão-somente a propositura de ações civis públicas que questionem o FGTS enquanto tributo, porque nesse caso a ação poderia ser instrumentalizada com feição de ação direta de inconstitucionalidade.

Ao contrário, a ação civil pública que tem o condão de discutir o FGTS enquanto crédito trabalhista é plenamente possível. Dessa forma, uma ação que vise obrigar empresas a efetuar, no prazo legal, o depósito do FGTS não se enquadra no art. 1º, parágrafo único, da Lei da Ação Civil Pública, porquanto se trata de direito social decorrente do vínculo empregatício.

Por oportuno, ressalta-se o esclarecimento de Fábio Lopes Fernandes⁸ sobre a origem do parágrafo único do art. 1º, da Lei da Ação Civil Pública:

A alteração do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública foi dada pela Medida Provisória nº 1.984-19, de 29 de junho de 2000 e suas sucessivas reedições, posteriormente, encampada pela Medida Provisória nº 2.102-26, de 27 de dezembro de 2000, até a reedição 32, quando foi abarcada pela Medida Provisória nº 2.180-33, de 28

⁸ FERNANDES, Fábio Lopes. *O FGTS como objeto da Ação Civil Pública*. In: Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 44, n. 74, p. 147-156, jul./dez.2006. p. 149.

de junho de 2001, reeditada até a 35ª versão, a qual continua em vigor.

A edição da Medida Provisória nº 1.984-19 ocorreu na época em que o Ministério Público Federal e os sindicatos representativos das categorias profissionais estavam ajuizando ações civis públicas para obrigar a União Federal e a Caixa Econômica Federal a creditar aos titulares das contas vinculadas do FGTS os expurgos inflacionários.

Também é contemporâneo da Medida Provisória o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal pelo RE 213.631/MG, publicado em 07 de abril de 2000, cujo acórdão tratava da impossibilidade da cobrança de taxa de iluminação pública por via da ação civil pública. Ainda no STF, em maio de 2000, já se tinha iniciado o julgamento do RE 226.855/RS, no qual foram definidos os expurgos inflacionários aplicáveis.

Assim, a inserção do parágrafo único do art. 1º, da Lei da Ação Civil Pública, pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001, evidencia que o único propósito é obstar o ajuizamento da Ação Civil Pública para questionar tributos, bem como o FGTS nessa qualidade.

A propósito do tema, convém referir que foi apresentado Projeto de Lei nº 5.100/2005⁹, do Deputado Maurício Rands (PT/PE), cujo objetivo é alterar a redação do parágrafo único do art. 1º, da LACP, no seguinte sentido:

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos e contribuições previdenciárias, cujos benefícios podem ser individualmente determinados.

Essa proposta visa facilitar o manejo da ação civil pública para as associações civis, sindicatos (desde que previsto em seu estatuto social), restaurando o efeito erga omnes das sentenças civis públicas, contribuindo, assim, com o funcionamento do Judiciário.

⁹ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=283231>>, Acesso em 22/07/2013.

Porém, tem o intuito de continuar impedindo a veiculação de matérias concernentes a tributos e contribuições previdenciárias por razões de Estado.

Logo, o fundamento é evitar apenas aquelas ações civis públicas que questionem o FGTS enquanto tributo, e não enquanto direito do trabalhador. E, direito social que é, pode ser pleiteado por esse instrumento judicial em razão do interesse difuso e coletivo.

Por tal razão, o presente pleito coletivo busca prestigiar o método teleológico [axiológico]¹⁰, ou seja, a solução da lide estará em aferir “o fim a que a norma se dirige”, impondo no ato de interpretação a observância da finalidade da lei, tendo como norte as exigências sociais, fazendo do direito uma ponte na busca das exigências sociais e o bem comum.

Nessa linha de raciocínio, Carlos Maximiliano¹¹ adverte que:

O fim da norma jurídica não é constante, eterno, único. Valerá como justificativa deste asserto o fato, referido por vezes, de corresponder o sistema de hermenêutica às ideias vitoriosas a respeito da concepção do próprio Direito. Este é normativo; acha-se no seu conteúdo, previstos, definidos, assegurados, os fins da vida do homem na sociedade. Realizá-los é um bem, juridicamente protegido

Ainda versando sobre o método interpretativo teleológico, o citado autor indica que “deve-se conferir ao texto normativo um sentido que **resulte da lei em favor e não em prejuízo de quem ela visa proteger**”, **nessa ordem de ideia, o fim da norma jurídica é sempre um valor cuja preservação ou atualização o legislador teve em vista garantir.**

Convém esclarecer que a finalidade da instituição do FGTS foi proporcionar uma reserva de numerário ao empregado para quando fosse dispensado da empresa, podendo sacar o FGTS inclusive em outras hipóteses previstas na lei. Segundo Sérgio Pinto Martins é

¹⁰ Esse método consiste na busca da finalidade das normas jurídicas tentando adequá-las aos critérios atuais, pois o Direito por ser uma ciência primariamente normativa ou finalística sua interpretação há de ser na essência teleológica. O interprete ou aplicador da norma jurídica, desse modo sempre terá em vista o fim da lei, ou seja, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática.

¹¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. São Paulo: Forense, 2002, p. 125



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva

“apenas uma poupança para o trabalhador” servindo a amparar o proletário em momentos previstos em lei.

Assim, com esteio no método hermenêutico teleológico, a aplicação dos índices que melhor reflitam a inflação para fins de correção monetária do FGTS, corresponde a fulcro legal, servindo de aporte a conformação da justiça nos planos fático e jurídico.

Portanto, inviabilizar o manejo de ação civil pública que diga respeito ao FGTS, independentemente de sua natureza, é obstar o acesso ao direito fundamental, constitucionalmente previsto.

Diante do exposto, resta clara a necessidade de diferenciar a natureza dúplice do FGTS e, conseqüentemente, possibilitar a sua proteção via ação civil pública, para o bem estar e efetivação do direito social do trabalhador insculpido no art. 7º, inc. III, da Constituição da República.

D) Da Interrupção da Prescrição para as Ações Individuais Não Ajuizadas

Conforme estabelece o art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, não ocorrerá litispendência entre as ações individuais e coletivas fundadas no mesmo objeto, sendo facultado aos titulares dos direitos individuais optarem por suspender suas demandas, aguardando eventual beneficiamento de decisão favorável transitada em julgado na ação coletiva.

Trata-se, pois, de regramento atinente às demandas individuais propostas anteriormente ao ajuizamento da ação coletiva. Não obstante, há que se atentar para a situação referente ao curso do prazo prescricional das pretensões individuais cujas ações não foram propostas ao tempo da propositura da Ação Civil Pública.

Parece absurdo pretender que o titular do direito individual tenha que ingressar com a sua ação no Poder Judiciário, para depois requerer a suspensão do processo até o

julgamento final da demanda coletiva, valendo-se do art. 104, do CDC, a fim de evitar que sofra os efeitos do curso do prazo prescricional da sua pretensão. Ora, milhares de ações seriam propostas na Justiça, e acabariam suspensas, onerando não só o Poder Judiciário, mas a Defensoria Pública da União e as próprias partes.

No presente caso, em que o direito pretendido na presente ação envolve milhões de trabalhadores, a situação seria caótica.

Embora a legislação não tenha referido explicitamente que o prazo prescricional das pretensões individuais não propostas fique interrompido (ou suspenso) com a citação válida em Ação Civil Pública, é decorrência lógica do sistema que o mesmo ocorra diante da extensão *in utilibus* da coisa julgada coletiva ao plano individual. Assim, em poucas linhas trataram do tema Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr¹²:

A propositura de uma ação coletiva interrompe o prazo prescricional para a ação individual?

A resposta é evidentemente positiva. Não pode restar dúvida que sim. Isto porque em razão da ampliação ope legis do objeto do processo coletivo, com a extensão in utilibus da coisa julgada coletiva ao plano individual serão afetados os titulares do direito individual independentemente de terem proposto ou não demanda em nome próprio até o momento, os efeitos serão muito similares ao da sentença penal condenatória, bastando liquidação e execução dos valores eventualmente aferidos.

De outra sorte, não se pode falar em preservação da estabilidade das relações sociais (uma das 'funções' da prescrição), já que, frente à propositura e ao eventual sucesso da ação coletiva, estas relações estão longe de estarem consolidadas. (grifo no original)

Imperioso também referir que o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, proposto por Antônio Gidi, prevê expressamente a questão da interrupção do prazo prescricional das ações individuais não propostas na data do ajuizamento da ação coletiva:

¹² JUNIOR DIDIER, Fredie; JUNIOR ZANETI, Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo. 4. ed. Salvador: Editora jus Podivm, 2013, p. 306.

8. A propositura da ação coletiva interromperá o prazo prescricional das pretensões individuais e transindividuais relacionadas com a controvérsia coletiva.

8.1 O prazo prescricional recomençará a correr a partir da notificação ao grupo da decisão transitada em julgado. (Vide art. 16.1)

Quando trata do **Regime da Prescrição em Ações Coletivas**, Sérgio Cruz Arenhart¹³ assim desenvolveu com propriedade o assunto, no que tange às demandas individuais não ajuizadas:

“Esta parece ser, de fato, a melhor solução, porque elimina o risco de, na expectativa do resultado da ação coletiva, possa o indivíduo ver prescrito (no caso de improcedência daquela) seu pleito individual. Esse risco, obviamente, induz o indivíduo, por precaução, a ajuizar sua ação própria – a despeito da ação coletiva – porque sabe que outra conduta pode resultar em prejuízo irreparável para si. Isso, conseqüentemente, faz com que o objetivo de reduzir a quantidade de ações repetidas ante o Judiciário não seja alcançado, pondo ainda em risco a tentativa de dar tratamento uniforme às pretensões de massa. O problema, então, está em saber se essa solução pode ser aceita segundo o direito atual. Parece que sim, ao menos em parte. Recorde-se que, no sistema atual, proposta a ação coletiva sobre interesses individuais homogêneos, os autores de ações individuais já ajuizadas devem ser comunicados para que possam exercer o pedido de suspensão de suas demandas, a fim de se beneficiar da sentença coletiva (art. 104, do CDC). Já quanto àqueles que não propuseram ainda sua ação individual, a ação coletiva resulta em coisa julgada, apenas no caso de procedência, não prejudicando o indivíduo no caso de improcedência da demanda coletiva (art. 103, III, e § 2º, do CDC). Desse modo, em relação aos titulares de direito individual que não propuseram ação própria para demandar seus interesses, pode-se reconhecer um regime especial de “suspensão de pretensão”. Afinal, sua pretensão está sendo exercida na ação coletiva, pelo legitimado extraordinário, de modo que, em caso de sucesso desta demanda, a pretensão individual estará satisfeita; em caso, porém, de insucesso, não há prejuízo ao indivíduo, que pode buscar por via própria a satisfação de seu interesse. Essa “condicionalidade” a que está sujeita a pretensão individual faz com que, ao menos até o

¹³ Disponível em http://www.academia.edu/219170/O_regime_da_prescricao_em_acoes_coletivas. Consulta em 30/01/2014.



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva

juízo (final) da ação coletiva, tal pretensão se mantenha em estado latente, no aguardo da manifestação judicial.

Apenas se recusada a tutela no plano coletivo, é que haverá novamente o interesse do indivíduo em buscar, por demanda própria, a satisfação de sua pretensão. Isso implica a necessária suspensão do prazo prescricional, para estes interesses, na pendência da ação coletiva.

Nesse sentido já decidiu o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região adotando a tese de que a citação em processo coletivo interrompe a prescrição para as ações individuais, mesmo que seja julgada posteriormente extinta sem resolução do mérito:

“SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. REGIME PRECEDENTE À LEI Nº 8.213, DE 1991. ATUALIZAÇÃO PELAS ORTN/OTN. SÚMULA 02 DO TRF DA 4ª REGIÃO. No regime precedente à Lei nº 8.213, de 1991, os salários-de-contribuição, anteriores aos doze últimos, deviam ser corrigidos pela variação das ORTN/OTN. PROCESSO COLETIVO. CITAÇÃO. EFEITO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. AÇÕES INDIVIDUAIS DOS SUBSTITUÍDOS. A citação realizada em processo coletivo interrompe a prescrição para as ações individuais dos substituídos, ainda que venha ele a ser julgado extinto sem resolução do mérito”. TRF 4º APELAÇÃO CÍVEL nº 2007.70.01.005360-5, QUINTA TURMA, Rel. RÔMULO PIZZOLATTI, D.E. 12/08/2008)

Portanto, a melhor interpretação, de forma a integrar o microsistema de tutela coletiva, é considerar que a citação válida para as ações de cunho coletivo interrompe o prazo prescricional das ações individuais que veiculam a mesma controvérsia, retroagindo seus efeitos a data da propositura da ação.

Desse modo, requer-se seja reconhecida expressamente, e *ab initio*, a decretação da interrupção ou suspensão da prescrição para as ações individuais não ajuizadas ao tempo da presente ação, conforme o entendimento de Vossa Excelência, como forma de evitar infundado pânico na população, bem como objetivando evitar a corrida desenfreada ao

Poder Judiciário, sob o argumento do receio da incidência da prescrição.

E) Da Legitimidade Passiva da Caixa Econômica Federal

A questão não merece maiores digressões, pois se encontra pacificada em nossos tribunais, tendo sido sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça:

Súmula nº 249 - STJ: A Caixa Econômica Federal tem legitimidade passiva para integrar processo em que se discute correção monetária do FGTS.

Eventual alegação da Caixa Econômica Federal sobre a caracterização de litisconsórcio passivo necessário da União e do BACEN, tampouco merecerá acolhida, já que foi pacificado pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, mediante a edição do verbete de Súmula nº 56:

Súmula nº 56 – TRF4 - Somente a Caixa Econômica Federal tem legitimidade passiva nas ações que objetivam a correção monetária das contas vinculadas do FGTS.

Mostra-se, pois, incontroversa a legitimidade passiva da CEF a figurar no polo passivo da presente demanda.

F) Abrangência Territorial da Decisão: Âmbito Nacional

O art. 16 da Lei 7.347/85, com redação dada pela Lei 9.494/97, limitou a competência do juiz de primeira instância para julgamento das ações civis públicas, estabelecendo que "a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator...".

O art. 2º-A da última Lei citada prescreve:

Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

No entanto, **a limitação territorial aos limites subjetivos da coisa julgada não pode ser aplicada às ações coletivas**. Ao restringir a abrangência dos efeitos da sentença de procedência proferida em ação civil pública aos limites da competência territorial do órgão prolator, a Lei 9.494 de 10.09.1997 confundiu os limites subjetivos da coisa julgada *erga omnes* com os da jurisdição e da competência, que nada tem a ver com o tema.

A interpretação literal - e equivocada - do dispositivo aludido significa que, se diversos atos iguais ou semelhantes, que produzem idênticos efeitos, são praticados em vários Estados ou Municípios, a competência deve ser dos vários juízes, cada um competente em relação aos atos praticados e danos sofridos na sua comarca (Justiça Estadual) ou subseção judiciária (Justiça Federal). Assim, não poderia ser admitido que ocorra a extensão da competência de qualquer juiz, para que a sua sentença proferida *erga omnes* alcance os réus em todo o território nacional.

Dessa forma, a decisão do juiz na ação civil coletiva ficaria restrita aos limites territoriais de sua competência, não podendo abranger todo o território nacional/ estadual ou outro, não integrante de sua jurisdição. Todavia, a norma aludida não pode assim ser interpretada.

Neste sentido cabe transcrever as elucidações de Leonel Ricardo Barros¹⁴:

A necessidade de reconhecimento de maior extensão aos efeitos da sentença coletiva é conseqüenciada da indivisibilidade dos interesses tutelados (material ou processual [no caso específico dos direito individuais]), tornando impossível cindir os efeitos da decisão judicial, pois a lesão a um interessado implica lesão a todo, e o proveito a um a todos beneficia. É a indivisibilidade do objeto que determina a extensão dos efeitos do julgado a quem não foi “

¹⁴LEONEL, Ricardo Barros. Manual do processo coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 259.

parte” no sentido processual, mas figura como titular dos interesses em conflito.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região¹⁵ decidiu no sentido de que a competência referida não está ligada à organização judiciária, mas, à extensão do dano:

(...) A regra do art. 16 da Lei 7.347/85 deve ser interpretada em sintonia com os preceitos contidos na Lei 8.078/90, entendendo-se que os "limites da competência territorial do órgão prolator", de que fala o referido dispositivo, não são aqueles fixados na regra de organização judiciária, mas, sim, aqueles previstos no art. 93 do Código de Defesa do Consumidor. Assim: a) quando o dano for de âmbito local, isto é, restrito aos limites de uma comarca ou circunscrição judiciária, a sentença não produzirá efeitos além dos próprios limites territoriais da comarca ou circunscrição; b) quando o dano for de âmbito regional, assim considerado o que se estende por mais de um município, dentro do mesmo Estado ou não, ou for de âmbito nacional, estendendo-se por expressiva parcela do território brasileiro, a competência será do foro de qualquer das capitais ou do Distrito Federal, e a sentença produzirá os seus efeitos sobre toda a área prejudicada (...).

Inclusive, a 4ª turma do STJ se manifestou recentemente a cerca da possibilidade de abrangência nacional da decisão proferida em demanda coletiva:

PROCESSO CIVIL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMITES SUBJETIVOS DA SENTENÇA. COISA JULGADA. CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. 1. **A sentença genérica proferida na ação civil coletiva** ajuizada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, que condenou o Banco do Brasil ao pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança ocorridos em janeiro de 1989, **dispôs que seus efeitos teriam abrangência nacional, erga omnes. Não cabe, após o trânsito em julgado, questionar a legalidade da determinação, em face da regra do art. 16 da Lei 7.347/85 com a redação dada pela Lei 9.494/97,** questão expressamente repelida pelo acórdão

¹⁵ Nesse sentido, conferir: AG 2006.04.00.026331-1/SC, Rel. Min. Ricardo Teixeira do Valle Pereira, DJU 01/11/2006, p. 766/768.



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva

que julgou os embargos de declaração opostos ao acórdão na apelação. Precedente: REsp 1243887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe 12/12/2011. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ , Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: **05/03/2013**, T4 - QUARTA TURMA)

Adotando-se interpretação diversa da exposta, seria necessário reconhecer a inconstitucionalidade da limitação da atuação jurisdicional, com base no art. 5º, XXXV, da CF, uma vez que a própria Carta Magna reconhece o direito à ação coletiva, podendo reunir, como substituídas, pessoas com sede em vários Estados da federação.

Portanto, dependendo do caso concreto, os efeitos da decisão podem abranger todo o território nacional **ou local diverso da jurisdição do juízo**, quando o dano se perpetuar em mais de um município, dentro ou não de mesmo Estado.

Nesse passo, considerando que a TR não foi capaz de garantir a correção monetária dos depósitos nas contas do FGTS de milhões de trabalhadores, portanto sendo dano que extrapola a jurisdição desta respectiva subseção judiciária, a resolução do impasse no que tange a abrangência da decisão em sede da presente ação civil pública deverá estar amparada na aplicação subsidiária da norma contida no artigo 93 da Lei nº 8.078/90, emprego consentido expressamente pelo artigo 21 da Lei nº 7.347/85, segundo o qual:

Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, à luz do dispositivo supracitado (art. 93 da lei nº 8.078/90) e admitindo-se a transcendência da dimensão, bem como dos reflexos dos danos para **todo território nacional**, pugna-se que a decisão a ser proferida nestes autos não reste adstrita a uma única região/ âmbito da jurisdição deste MM. Juízo, mas a todo o país.

II.2. MÉRITO

A) Do Fundo De Garantia Por Tempo De Serviço - FGTS

O Direito do Trabalho Brasileiro, desde a instauração do modelo *justralhista* tradicional no país, nas décadas de 1930 e 1940, apresentou algumas alterações significativas no que tange o tratamento jurídico conferido à extinção do contrato de trabalho¹⁶. Inicialmente, dentro de um contexto de exercício unilateral da faculdade de rompimento do contrato pelo empregador, o que tivemos foi uma maior restrição à extinção destes contratos e, posteriormente, um cenário que alargou as possibilidades de rompimento da relação trabalhista.

O modelo celetista clássico impunha fortes restrições às vontades empresariais quanto à ruptura desmotivada do contrato de emprego. Previa este modelo a combinação de duas sistemáticas: em primeiro lugar, a presença de indenizações crescentes em virtude do tempo de serviço, em situações de dispensas desmotivadas anteriores a dez anos; em segundo lugar, a presença da estabilidade no emprego, após dez anos de serviço junto ao mesmo empregador. Desta forma, uma vez adquirida a estabilidade, surgia um obstáculo jurídico intransponível, em nome do princípio da continuidade da relação de emprego.

O modelo de estabilidade decenal sofreu severas críticas, que encontraram o cenário político ideal no regime autoritário instaurado em 1964 e na ideologia neoliberal. Assim, foi instaurado um regime alternativo ao modelo celetista, que buscava flexibilizar o rompimento unilateral do contato de emprego.

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS foi criado pela Lei nº 5.107/66, **buscando assegurar aos empregados uma garantia pelo tempo de serviço prestado às empresas**. O referido sistema surgiu como uma alternativa ao regime de estabilidade e indenização por tempo de serviço consoante os Capítulos V e VII, Título IV, da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT.¹⁷

¹⁶ MARTINS, SÉRGIO PINTO. Direito do Trabalho. P. 463

¹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. P.1061



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva

Este sistema previa o direito ao empregado, despedido sem justa causa, de receber do empregador uma indenização equivalente a uma remuneração para cada ano de trabalho efetivo ou fração igual ou superior a seis meses.

No modelo do Fundo, o empregado teria direito a depósitos mensais em sua conta vinculada, no montante de 8% do seu salário mensal. Com a opção pelo sistema do FGTS do empregado estaria, automaticamente, excluído do sistema de indenizações crescentes e da estabilidade decenal. Entretanto, o empregado teria direito ao saque do FGTS no caso de sua dispensa desmotivada, com o acréscimo de multa, além de em outras hipóteses que foram trazidas pela lei.

A Constituição Federal de 1988, através do art. 7º, incisos I e III¹⁸, foi responsável por universalizar o FGTS e, conseqüentemente, revogar o sistema celetista clássico. Assim, a um só tempo retirou a exigência de opção pelo FGTS, fazendo deste um direito inerente a todo o contrato empregatício, e eliminou o antigo sistema indenizatório e de estabilidade dos celetistas.

Em 11 de maio de 1990, foi sancionada a Lei nº 8.036, em vigor até hoje, que regulamentou o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. **O FGTS passa a ser constituído pelos saldos das contas vinculadas e a outros recursos a ele incorporados, devendo ser aplicados com atualização monetária e juros, de modo a assegurar a cobertura de suas obrigações¹⁹, de modo que cabe à Caixa Econômica Federal, nos moldes do art. 4º da Lei do FGTS, o papel de Agente Operador.**

O Fundo passa a ter, então, como finalidade precípua de amparar os trabalhadores em casos de extinção do contrato de emprego ou em outras hipóteses previstas em lei. Forma-se, com as parcelas depositadas no FGTS, uma espécie de poupança para o trabalhador, de forma a compensá-lo pelo fim da estabilidade decenal. **A diferença para a**

¹⁸ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

III – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

¹⁹ Cf. art. 2º da Lei 8.036/91

poupança comum reside, especialmente, pela impossibilidade do trabalhador dispor livremente dos valores, ficando o saque, regra geral, restrito às hipóteses legais.

Ademais, no período em que a primeira Lei do FGTS foi editada (1966), o Governo Militar trouxe dentre suas poucas elogiadas diretrizes de atuação, a criação do programa de financiamento habitacional, que possibilita aos brasileiros a oportunidade de adquirir um imóvel próprio. Ocorre que não existia o dinheiro para custear o Sistema Financeiro de Habitação(SFH)²⁰. Assim, uma das propostas de criação do FGTS era a de que se utilizassem seus depósitos no referido SFH.

Destarte, **enquanto por um lado, o FGTS serve como um fundo de reserva para situações emergências do empregado, por outro, os recursos obtidos são alocados para o cumprimento de políticas setoriais de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana estabelecida pelo Governo Federal.**

Nestes termos, inclusive, dispõe o art. 9º da Lei 8.036/91:

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.

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

²⁰ http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/atriplicedimensaodanaturezajuridica.pdf



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva

§ 4º Os projetos de **saneamento básico e infra-estrutura urbana**, financiados com recursos do FGTS, deverão ser **complementares aos programas habitacionais**. (grifou-se)

Diante deste cenário, tem surgido o questionamento a cerca **da “remuneração mínima necessária à preservação do poder aquisitivo da moeda”**, nos termos em que passamos a aduzir.

B) Da Correção Monetária Do Saldo Através Da Taxa Referencial (TR)

A Constituição Federal de 1988 foi responsável por consolidar o sistema do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Através deste sistema, como já foi aqui abordado, o empregador deveria repassar ao fundo o montante de 8% sobre o salário do empregador. Os valores serviriam como uma poupança para o trabalhador, de forma que este só poderia sacá-los em um dos casos previstos em lei, ou por meio de medida judicial, sob o fundamento de que as hipóteses não são taxativas.

A Lei nº 8.036/90 dispôs sobre o FGTS, regulamentando a sua gestão e diretrizes. Neste sentido, em diversos momentos, a Lei aborda a necessidade de correção monetária do saldo do trabalhador, como forma de manutenção do poder aquisitivo da moeda. Dispõe a Lei:

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.

§ 1º Constituem recursos incorporados ao FGTS, nos termos do *caput* deste artigo:

- a) eventuais saldos apurados nos termos do art. 12, § 4º;
- b) dotações orçamentárias específicas;
- c) resultados das aplicações dos recursos do FGTS;
- d) **multas, correção monetária e juros moratórios devidos**;
- e) demais receitas patrimoniais e financeiras.

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.**

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.**

A correção monetária consiste em um ajuste contábil periódico de certos valores na economia tendo como base, especialmente, o valor da inflação de um período e realizado com o intuito de compensar a perda do valor da moeda, mantendo o seu poder de compra. Neste sentido, dispõe a Resolução nº 750/1993 do Conselho Federal de Contabilidade:

Art. 7º O Princípio do Registro pelo Valor Original determina que os componentes do patrimônio devem ser inicialmente registrados pelos valores originais das transações, expressos em moeda nacional.

§ 2º São resultantes da adoção da atualização monetária:

I – a moeda, embora aceita universalmente como medida de valor, **não representa unidade constante em termos do poder aquisitivo;**

II – **para que a avaliação do patrimônio possa manter os valores das transações originais, é necessário atualizar sua expressão formal em moeda nacional, a fim de que permaneçam substantivamente corretos os valores dos componentes patrimoniais e, por consequência, o do Patrimônio Líquido;** e

III – a atualização monetária não representa nova avaliação, **mas tão somente o ajustamento dos valores originais para determinada data,** mediante a aplicação de indexadores ou outros elementos aptos

a traduzir a variação do poder aquisitivo da moeda nacional em um dado período.²¹

Fica claro, então, que **é imprescindível a atualização do valor do saldo do FGTS de forma que o trabalhador possa manter o seu poder de compra**, uma vez que a moeda, pura e simples, não é capaz de exprimir o seu poder aquisitivo.

Neste diapasão, a inflação é um conceito econômico que representa o aumento persistente e generalizado do preço de uma cesta de produtos em um país ou região durante um período definido de tempo. No caso, é a inflação a responsável por determinar a variação do poder de compra do consumidor.

Se, por exemplo, uma cesta de produtos custa R\$ 100 reais em julho e passa a ser vendida por R\$ 150 reais em agosto, verifica-se uma inflação de 50% no mês. Ela também representa a queda do poder aquisitivo do nosso dinheiro em relação a elevação dos preços de bens e serviços. Quando a inflação está em um nível muito baixo, ocorre a estabilização dos preços, e assim, o valor dos produtos não aumenta²². Todavia, quando a inflação encontra-se em um nível relativamente alto, o poder de compra do trabalhador é reduzido. A inflação acumulado no Brasil, por exemplo, chegou a **5,91%** no ano de 2013, um índice considerado alarmante pelos economistas²³.

No Brasil, por exemplo, existem vários índices que medem a inflação e são referenciais. Os principais são: IGP ou Índice Geral de Preços (calculado pela Fundação Getúlio Vargas), IPC ou Índice de Preços Ao Consumidor (medido pela FIPE – Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas), INPC ou Índice Nacional de Preços ao Consumidor (medido pelo IBGE) e IPCA ou Índice de Preços ao Consumidor Amplo (também calculado pelo IBGE).

Diante do cenário apresentado, resta evidente que o saldo do FGTS deveria ser atualizado com base em um indexador que fosse capaz de refletir as perdas inflacionárias no

²¹ Disponível em: <http://www.cosif.com.br/mostra.asp?arquivo=rescfc750principios>

²² Disponível em: <http://www.oeconomista.com.br/inflacao-o-que-e-e-como-se-forma/>

²³ Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-brasil,inflacao-oficial-acelera-para-0-92-em-dezembro-e-fecha-2013-em-5-91,174920,0.htm>

valor da moeda, garantindo a manutenção do seu poder aquisitivo. **Inclusive, a aplicação de qualquer índice de atualização monetária incapaz de, efetivamente, corrigir a moeda e manter o seu poder aquisitivo, representa uma violação ao art. 9º, §2º da Lei nº 8.036/90.**

Entretanto, o trabalhador brasileiro vem sofrendo com a constante desvalorização do saldo do FGTS, sem poder fazer nada a respeito, uma vez que somente pode movimentar a conta via de regra nas hipóteses previstas na legislação.

O saldo do FGTS é movimentado através de dois índices. O primeiro é o índice de 3% ao ano, referente a capitalização de juros prevista no art. 13 da Lei 8.036/90. **O segundo índice, que deveria ser o responsável pela atualização monetária, é a Taxa Referencial (TR).** Esta taxa surgiu em 1991, através da Lei nº 8.117/91, conhecida como Plano Collor II, como uma forma de desindexar a economia, e através desta se tornou o índice aplicável para a correção do saldo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, conforme dispôs o art. 17:

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.

A TR é calculada com base na Taxa Básica Financeira (TBF)²⁴. A TBF, em suma, é obtida através da média de juros pagos pelos 20 maiores bancos, nos casos de Certificado de Depósito Bancário (CDB) e Recibo de Depósito Bancário (RDB). Assim, o TBF é baseado no **custo das operações financeiras, funcionando como um medidor de juros, estando intrinsecamente atrelada à taxa Selic.**

²⁴ Resolução 3354 – Banco Central do Brasil.



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva

Para se chegar da TBF a TR é necessária a aplicação de um “reductor”, que teria como função expurgar os efeitos da tributação e da taxa real histórica de juros da economia. Todavia, desde a Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 3.354/2006, o reductor tem índices pré-fixados, **sendo arbitrado pelo Banco Central a depender do patamar em que se encontre a TBF**, jamais podendo resultar em um coeficiente inferior à zero. Diante desse cenário, o reductor deixou de exercer a sua função de expurgar da média das taxas de juros do mercado os efeitos da tributação.

Até 1999, quando a Selic encontrava-se em um patamar elevado, o cálculo do TR resultava em um índice bem próximo ao da inflação mensal, de forma que a correção através do TR era plenamente capaz de garantir a correta atualização monetária e a consequente manutenção do poder aquisitivo da moeda, conforme dispõe o art. 9º da Lei 8.036/91.

Em 1999 houve uma brusca mudança no cenário econômico, de forma a gerar uma redução da taxa de juros, impactando diretamente sobre o cálculo da TBF e da TR. Desta forma, o período pós-1999 é um marco importante no que diz respeito à TR, porque no campo macroeconômico houve o fim do regime de câmbio administrado e a adoção da taxa de câmbio flutuante.

Essa alteração tem impacto nas taxas de juros (e por consequência na TR) porque, com o fim da necessidade de “defender” a taxa de câmbio pré-determinada pela equipe econômica, houve uma redução importante no patamar da taxa de juros Selic (a taxa básica da economia brasileira). Assim, se consideradas as taxas mensais anualizadas da Selic – que nos anos de 1998 e 1999 foram de 25,6% e 23,0%, respectivamente – em 2000 houve redução para 16,2%, e a partir daí, diminuiu progressivamente até atingir 8,2% em 2012, ou seja, menos de um terço do percentual de 1998²⁵.

Outro motivador para que a TR, a partir de 1999, tenha se distanciado dos demais índices foi em face de decisão do BACEN, por meio da Resolução nº 2604, de

²⁵ Disponível em: <http://www.dieese.org.br/notatecnica/2013/notaTec125FGTSeTR.pdf>

23/04/1999 (a primeira TR nessa nova metodologia foi referente a 01/06/1999 - art. 3º da Res. 2.604/99) acerca da aplicação de um redutor da fórmula de cálculo da TR.

A redução da taxa de juros a partir de 1999, a criação do redutor em 1999, e a alteração na fórmula do redutor aplicado a TBF através da Resolução CMN 3.354/06, impactaram negativamente no TR. Assim, como se pode ver das pesquisas que seguem em anexo, o TR tem rendido muito abaixo da inflação.

No ano de 2003 a diferença entre a TR e o INPC – responsável por medir a variação de preços e, consequente, a inflação – foi de 10,4%. Em 2012 a TR fechou o ano com média de 0,29%, enquanto a inflação oficial do ano de 2012 foi de 5,84%. O mais impressionante, todavia, ocorreu em 2013. **Enquanto a inflação oficial fechou o ano em 5,91%, o TR permaneceu, até agosto de 2013, em 0,0%, fechando o ano em 0,19%.**

Assim, como se vê da tabela abaixo, há uma forte dissonância entre a TR e o INPC/IPCA-E, responsáveis pela medição da inflação:

Ano	TR	INPC	IPCA-E
1999	5,7295%	8,43%	8,92%
2000	2,0960%	5,27%	6,03%
2001	2,2852%	9,44%	7,51%
2002	2,8023%	14,74%	11,98%
2003	4,6485%	10,38%	9,86%
2004	1,8184%	6,13%	7,53%
2005	2,8335%	5,05%	5,87%
2006	2,0377%	2,81%	2,95%
2007	1,4452%	5,15%	4,36%
2008	1,6348%	6,48%	6,10%
2009	0,7090%	4,11%	4,18%
2010	0,6887	6,46%	5,79%
2011	1,2079%	6,07%	6,55%



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva

2012	0,2897%	6,19%	5,77%
2013	0,1910%	5,56%	5,84%

A propósito do tema, convém transcrever os termos da sentença proferida pelo MM. Juiz Federal Márcio José de Aguiar Barbosa, da Subseção Judiciária de Pouso Alegre/MG, no processo nº **3279-88.2013.4.01.3810**, de 16/01/2014, que magistralmente explicou o fenômeno econômico envolvido:

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: $(1 + TR) = (1 + RB) / (1 + JR)$, 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: $(1 + TR) = (1 + TBF) / (1 + JR)$, 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 idéia 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)1:

(...)

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.

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.
(grifou-se)*

Fica evidente a impossibilidade da Taxa Referencial, ou, até mesmo, da TBF, ser utilizada como índice de correção monetária. Estes índices apenas são capazes de avaliar a

variação do custo das aplicações financeiras. Este, inclusive, foi o posicionamento adotado pelo MM. Juiz Federal Substituto, Diego Viegas Vêras²⁶:

*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.***

A Taxa Referencial, assim, se mostra insuficiente para garantir a manutenção do poder de compra do empregado. Inclusive, vale ressaltar, que devido a impossibilidade de saque do valor exceto nas hipóteses previstas na legislação, impede que o empregado busque outras formas de garantir um melhor rendimento daqueles valores, o que já não ocorre em uma poupança comum.

Ademais, a impossibilidade da utilização do TR como indexador para a atualização monetária já foi sedimentada, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal, como veremos adiante.

C) Das Ações Diretas De Inconstitucionalidade nºs 493 e 4.357

O Supremo Tribunal Federal, em duas oportunidades distintas, avaliou a utilização da Taxa Referencial como índice de correção de monetária, entendendo, em ambas, pela sua impossibilidade.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493 foi proposta pelo Procurador Geral da República e teve como objeto a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 18, caput, §§ 1º e 4º, art. 20, 21, parágrafo único, 23 e parágrafos, e 24 e parágrafos, da Lei nº 8.036/90.

²⁶ (PROCEDIMENTO COMUM DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL Nº 5009533-35.2013.404.7002/PR, DJ 15/01/2014).

Esta Lei, nos moldes em que foi criada, determinava a alteração dos indexadores estabelecidos contratualmente antes de 1986, definindo a Taxa Referencial como índice aplicável.

Apesar do julgamento do STF ter analisado, primordialmente, a questão do direito adquirido, em diversos momentos houve a apreciação da fixação da TR como indexador aplicável. Neste sentido:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE . - Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado . - O disposto no artigo 5, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do S.T.F. . - Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. **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. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5, XXXVI, da Carta Magna . - Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP). Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, "caput" e parágrafos 1 e 4; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1 de maio de 1991.(STF - ADI: 493 DF , Relator: Min. MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 25/06/1992, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 04-09-1992 PP-14089 EMENT VOL-01674-02 PP-00260 RTJ VOL-00143-03 PP-00724)**

Ademais, asseverou o Ministro Marco Aurélio em seu voto:

Constatei cerca de vinte e duas áreas em que há a incidência da "TR" como simples fator de indexação, como simples parcela que

tem a função de repor – se é que repõe, porque quase sempre os índices divulgados ficam aquém da inflação – o poder aquisitivo da moeda. (grifou-se)

Essa manifestação do STF, ainda que de forma tímida, foi capaz de indicar a impossibilidade de incidência da TR como índice de correção monetária. Todavia, a grande mudança no entendimento ocorreu quando da análise das ADIs 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425, onde se buscou a alteração do índice de correção monetária dos precatórios.

Neste sentido, ficou consolidado o seguinte entendimento:

CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS, QUANDO ORIUNDOS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CF, ART. 5º, CAPUT). INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO. OFENSA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE DIREITO (CF, ART. 1º, CAPUT), AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES (CF, ART. 2º), AO POSTULADO DA ISONOMIA (CF, ART. 5º, CAPUT), À GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL (CF, ART. 5º, XXXV) E AO DIREITO ADQUIRIDO E À COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI). PEDIDO JULGADO PROCEDENTE EM PARTE.

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

promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período). 6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, *caput*) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (*ex vi* do art. 161, §1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão “*independentemente de sua natureza*”, contida no art. 100, §12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário. (...) 9. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente em parte.

Traz-se, por oportuno, as palavras do Min. Luiz Fux, que assim argumentou:

Quanto à disciplina da correção monetária dos créditos inscritos em precatórios, a EC nº 62/09 fixou como critério o 'índice oficial de remuneração da caderneta de poupança'. Ocorre que o referencial adotado não é idôneo a mensurar a variação do poder aquisitivo da moeda. Isso porque a remuneração da caderneta de poupança, regida pelo art. 12 da Lei nº 8.177/91, com atual redação dada pela Lei nº 12.703/2012, é fixada ex ante, a partir de critérios técnicos em nada relacionados com a inflação empiricamente considerada. Já se sabe, na data de hoje, quanto irá render a caderneta de poupança. E é natural que seja assim, afinal a poupança é uma alternativa de investimento de baixo risco, no qual o investidor consegue prever com segurança a margem de retorno do seu capital.

A inflação, por outro lado, é fenômeno econômico insuscetível de captação apriorística. O máximo que se consegue é estimá-la para certo período, mas jamais fixá-la de antemão. Daí por que os índices criados especialmente para captar o fenômeno inflacionário são sempre definidos em momentos posteriores ao período analisado, como ocorre com o Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), e o Índice de Preços ao Consumidor (IPC), divulgado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). A razão disso é clara: a inflação é sempre constatada em apuração ex post, de sorte que todo índice definido ex ante é incapaz de refletir a efetiva variação de preços

que caracteriza a inflação. É o que ocorre na hipótese dos autos. A prevalecer o critério adotado pela EC nº 62/09, os créditos inscritos em precatórios seriam atualizados por índices pré-fixados e independentes da real flutuação de preços apurada no período de referência. Assim, o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança não é critério adequado para refletir o fenômeno inflacionário.

Destaco que nesse juízo não levo em conta qualquer consideração técnico-econômica que implique usurpação pelo Supremo Tribunal Federal de competência própria de órgãos especializados. Não se trata de definição judicial de índice de correção. Essa circunstância, já rechaçada pela jurisprudência da Casa, evidentemente transcenderia as capacidades institucionais do Poder Judiciário. Não obstante, a hipótese aqui é outra.

Diz respeito à idoneidade lógica do índice fixado pelo constituinte reformador para capturar a inflação, e não do valor específico que deve assumir o índice para determinado período. Reitero: não se pode quantificar, em definitivo, um fenômeno essencialmente empírico antes mesmo da sua ocorrência. A inadequação do índice aqui é autoevidente.

*Corroborar essa conclusão reportagem esclarecedora veiculada em 21 de janeiro de 2013 pelo jornal especializado Valor Econômico. Na matéria intitulada 'Cuidado com a inflação', o periódico aponta que 'o rendimento da poupança perdeu para a inflação oficial, medida pelo IPCA, mês a mês desde setembro de 2012. E ilustra: 'Quem investiu R\$1mil na caderneta em 31 de junho [de 2012], fechou o ano com poder de compra equivalente a R\$996,40. Ganham da inflação apenas os depósitos feitos na caderneta antes de 4 de maio, com retorno de 6%. Para os outros, vale a nova regra, definida no ano passado, de rendimento equivalente a 70% da meta para a Selic, ou seja, de 5,075%'. **Em suma: há manifesta discrepância entre o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança e o fenômeno inflacionário, de modo que o primeiro não se presta a capturar o segundo.** O meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é, portanto, inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período).*

(...)

Assentada a premissa quanto à inadequação do aludido índice, mister enfrentar a natureza do direito à correção monetária. Na linha já exposta pelo i. Min. relator, 'a finalidade da correção monetária, enquanto instituto de Direito Constitucional, não é deixar mais rico o beneficiário, nem mais pobre o sujeito passivo de uma dada obrigação de pagamento. É deixá-los tal como qualitativamente se encontravam, no momento em que se formou a relação obrigacional'. Daí que a correção monetária de valores no tempo é circunstância que decorre diretamente do núcleo essencial do direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII). Corrigem-se valores nominais para que permaneçam com o mesmo valor econômico ao longo do tempo, diante da inflação. A ideia é simplesmente preservar o direito original em sua genuína extensão. Nesse sentido, o direito à correção monetária é reflexo imediato da proteção da propriedade. Deixar de atualizar valores pecuniários ou atualizá-los segundo critérios evidentemente incapazes de capturar o fenômeno inflacionário representa aniquilar o direito propriedade em seu núcleo essencial.

Tal constatação implica a pronúncia de inconstitucionalidade parcial da EC nº 62/09 de modo a afastar a expressão 'índice oficial de remuneração da caderneta de poupança' introduzida no §12 do art. 100 da Lei Maior como critério de correção monetária dos créditos inscritos em precatório, por violação ao direito fundamental de propriedade (art. 5º, XII, CF/88), inegável limite material ao poder de reforma da Constituição (art. 60, §4º, IV, CF/88). (grifou-se)

A decisão da Corte Constitucional, portanto, em caso semelhante a do presente **reconheceu a inconstitucionalidade da aplicação da TR como índice de correção monetária.**

O posicionamento do STF teve como base a violação ao direito de propriedade e a impossibilidade de fixação de critério *ex-ante* para a correção monetária.



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva

C.1) Do direito de propriedade

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu art. 5º, XXII, o direito de propriedade. **Considerando que o FGTS é um pecúlio de natureza constitucional e compulsória, a que todos os trabalhadores estão obrigatoriamente vinculados, inexistente a possibilidade de portabilidade**, ou seja, do trabalhador vir a escolher o melhor fundo, que lhe garanta maior rentabilidade, como ocorre nos fundos de previdência privada ou fundos de investimento. Para tanto, o trabalhador que titulariza uma conta do FGTS está obrigatoriamente vinculado às suas regras, sem qualquer poder de escolha.

Inegavelmente, **ao ser efetivado o depósito na sua conta do FGTS, este valor passa a pertencer ao patrimônio do trabalhador**, tanto assim que o saldo em conta, em caso de seu falecimento, será repassado aos dependentes previdenciários ou na falta deste aos seus sucessores. No caso, não há restituição à empresa depositante ou à própria CEF. Assim prevê o art. 20, IV, da Lei nº 8.036/90:

Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações:

IV - falecimento do trabalhador, **sendo o saldo pago a seus dependentes**, para esse fim habilitados perante a Previdência Social, segundo o critério adotado para a concessão de pensões por morte. **Na falta de dependentes, farão jus ao recebimento do saldo da conta vinculada os seus sucessores** previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, expedido a requerimento do interessado, independente de inventário ou arrolamento.

Desse modo, o fato de a TR não atender ao comando legal de atualizar monetariamente os depósitos efetivados na conta do FGTS, e não tendo o titular qualquer possibilidade de escolha quanto ao melhor meio remuneratório dessa conta, **evidencia-se a violação ao direito constitucional de propriedade do trabalhador**, na perspectiva de que a não ocorrência de atualização monetária dos valores depositados em sua conta do FGTS atinge o seu patrimônio.

Por toda a obviedade, nenhum trabalhador iria suportar manter os valores destinados a sua segurança financeira em uma conta com atualização zero, se assim pudesse escolher.

Dispõe, assim, a doutrina do Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

Constitui autêntico truísmo ressaltar que, hodiernamente, coexistem, lado a lado, o valor da moeda, conferido pelo Estado, e o seu valor de troca interno e externo. **Enquanto o valor nominal da moeda se mostra inalterável, salvo decisão em contrário do próprio Estado, o seu valor de troca sofre alterações intrínsecas em virtude do processo inflacionário ou de outros fatores que influem na sua relação com outros padrões monetários.** (...) Como o significado patrimonial do dinheiro decorre, fundamentalmente, de seu poder de compra, torna-se inevitável reconhecer que a garantia constitucional que se pretende assegurar a essas posições patrimoniais há de alcançar, necessária e inevitavelmente, esse valor de troca. (...)

A amplitude conferida modernamente ao conceito constitucional de propriedade e a ideia de que os valores de índole patrimonial, inclusive depósitos bancários e outros direitos análogos, são abrangidos por essa garantia estão a exigir, efetivamente, que eventual alteração do padrão monetário seja contemplada, igualmente, como problema concernente à garantia constitucional da propriedade.²⁷

A ausência de atualização monetária do saldo do FGTS, uma vez que o TR não é capaz de manter o poder de compra do trabalhador, caracteriza violação ao direito de propriedade insculpido no art. 5º, XXII, da CRFB.

Desta forma, fica claro que é necessária a atualização da moeda com um índice que seja capaz de repor as perdas inflacionárias, mantendo o valor de troca da moeda e, conseqüentemente, preservando o patrimônio constante no saldo do FGTS.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 2008, p. 434

C.2) Da TR como critério *ex ante*

Outro ponto ressaltado pelo STF foi a impossibilidade de utilização de um critério de correção monetária estabelecido *ex ante*. A atualização monetária tem como objetivo recuperar as perdas no poder de compra. Todavia, para a constatação do *quantum* a ser corrigido, deve-se, primeiro, esperar que se passe um lapso temporal.

A economia é, naturalmente, variável. Em questão de poucas horas, como já se viu na história mundial, uma moeda pode supervalorizar ou se desvalorizar. Assim, é impossível definir, de forma antecipada, qual será a variação daquela moeda.

Assim sendo, não se pode definir como critério de correção monetária um índice que seja aplicado para o futuro, como ocorre com a TR. A Taxa Referencial é divulgada antes daquela mês, tendo a sua aplicação projetada para o futuro. Este cálculo, obviamente, não é capaz de prever as variações do mercado econômico e a real taxa de (des)valorização da moeda.

O Supremo Tribunal Federal, com base nesta argumentação, rejeitou a possibilidade da utilização da TR para a correção monetária, uma vez que o fenômeno da inflação é captada através de um fenômeno *ex post*. Ou seja, espera-se que determinado mês chegue ao fim para se calcular qual foi a variação inflacionária naquele período.

Dessa forma, entendeu o STF que somente haverá atualização monetária se for adotado um critério *ex post* capaz de refletir a variação da inflação e, conseqüentemente, a perda do poder aquisitivo da moeda.

Vale ressaltar que até o presente momento, o Supremo Tribunal Federal não decidiu sobre a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ou seja, não definiu qual seria o melhor índice a ser aplicado na correção dos precatórios, mas é inquestionável que a TR não foi considerada como índice apto a traduzir a inflação do período.



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva

Portanto, por ser o FGTS um pecúlio de natureza constitucional, de caráter obrigatório, cujas hipóteses de levantamento são restritas, não resta outra alternativa senão garantir a todos trabalhadores e sucessores de titulares de contas do FGTS, a correção dos valores depositados mediante a aplicação de índices que melhor reflitam a inflação.

D) Do Enriquecimento Ilícito da Caixa Econômica Federal

A Taxa Referencial, utilizada pela Caixa Econômica Federal como índice de correção monetária, além de atualizar abaixo dos índices da inflação, implica no enriquecimento ilícito da CEF.

O DIEESE, através da Nota Técnica 125 de julho de 2013, abordou a questão do desempenho financeiro do FGTS e a remuneração dos cotistas. Segundo o estudo, a arrecadação do FGTS, desde 2000, tem saldo positivo, e, ainda:

Com base em estudo elaborado pela Consultoria Legislativa do Senado¹², valendo-se de informações fornecidas pela CEF é possível confrontar o retorno recebido pelo FGTS e retorno pago aos cotistas, entre 2000 e 2011 (Quadro 2).

QUADRO 2
Taxas de Retorno do FGTS e INPC. 2000-2011

Anos	INPC	Retorno		
		FGTS	Cotistas FGTS	Diferença p.p.
2000	5,27	9,5	5,1	4,4
2001	9,44	10,7	5,3	5,4
2002	14,74	11,8	5,7	6,1
2003	10,38	14,6	7,6	7,0
2004	6,13	10,5	4,8	5,7
2005	5,05	12,6	5,8	6,8
2006	2,81	10,9	5	5,9
2007	5,15	9,2	4,4	4,8
2008	6,48	9,7	4,6	5,1
2009	4,11	8,2	3,7	4,5
2010	6,46	8,0	3,7	4,3
2011	6,07	9,0	4,2	4,8



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva

Fonte: INPC-IBGE; CEF – Consultoria Legislativa do
Senado.

Elaboração: DIEESE

No quadro 2, ficam evidentes as diferenças entre o retorno das aplicações do FGTS, e o retorno dos cotistas indicando claramente “que há uma forte discrepância entre o rendimento do Fundo e o rendimento dos cotistas.” Ou seja, o rendimento das aplicações dos recursos do fundo é bem superior ao rendimento pago aos titulares do fundo. Além disso, o quadro mostra também que o rendimento dos cotistas (Juros +TR) tem sido inferior à inflação no período.

Vale ressaltar, ainda, que a taxa de retorno dos cotistas abrange a capitalização de juros de 3% prevista na legislação. **Ao não atualizar corretamente o saldo do FGTS, a Caixa acaba por se apropriar de parcela do saldo do empregado, parcela esta que deveria ter sido repassa à ele pela correção monetária e não o foi.**

Assim, percebe-se que há um enriquecimento indevido da CEF ante a atualização monetária com base no TR.

Por fim, com base nos dados trazidos pela DIEESE, não prospera a tese que sendo o FGTS o principal *funding* de recursos para a política habitacional e outras políticas públicas, a alteração da correção monetária irá sobrecarregar todo esse sistema. Importante trazer à fundamentação a importante análise realizada pelo MM. Juiz Federal Substituto, Diego Viegas Vêras, quando prolator da sentença proferida no processo nº 5009533-35.2013.404.7002/PR, em 15-01-2014:

*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. Ou seja, 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.** (Grifou-se)

Eventual argumentação no sentido de que os recursos oriundos dos depósitos do FGTS são utilizados para a efetivação de políticas públicas, fato é que os juros aplicados às contas do FGTS são de 3% ao ano, enquanto os juros dos programas do Governo são superiores (5% a 8,66% ao ano), como se observa facilmente no sítio eletrônico da instituição Ré (www.cef.gov.br). Como bem afirmou o magistrado: “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”.

Portanto, ante todos os argumentos aqui expostos, percebe-se que a utilização da Taxa Referencial como índice de remuneração não é capaz de gerar a atualização monetária prevista na própria Lei nº 8.036/90, de forma a ofender o direito à propriedade. **Assim, é essencial a apreciação da matéria pelo poder judiciário, a fim de que este possa sanar o problema da atualização monetária do saldo da conta vinculada do trabalhador, determinando que a Caixa Econômica Federal corrija o índice aplicável desde janeiro de 1999.**

Por fim, cumpre destacar que em consonância com todo o exposto apresentando anteriormente, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, o poder executivo reconhecendo a impossibilidade de correção monetária (manutenção do poder aquisitivo dos precatórios) pela TR, estabeleceu na Lei de Diretrizes Orçamentárias do presente ano (Lei nº 12.919/2013) 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.**

Observa-se que a LDO para 2013 trazia a seguinte previsão:

Art. 27. A atualização monetária dos precatórios, determinada no [§ 12 do art. 100 da Constituição](#), inclusive em relação às causas trabalhistas, previdenciárias e de acidente do trabalho, observará, no exercício de 2013:



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva

I - para as requisições expedidas até 1º de julho de 2009, a variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - Especial - IPCA-E do IBGE; e

II - para as requisições expedidas a partir de 2 de julho de 2009, a **remuneração básica das cadernetas de poupança**. (grifou-se)

III - DOS PEDIDOS

Diante do exposto, requer que seja julgada procedente a presente Ação Civil Pública, haja vista que a Taxa Referencial não representa índice de correção monetária capaz de repor as perdas inflacionárias no saldo da conta vinculada do FGTS.

3.1 - Pedidos Preliminares

- a) seja recebida a petição inicial, reconhecendo-se desde já a **abrangência nacional** da presente Ação Civil Pública;
- b) **intimação pessoal** da Defensoria Pública da União, de todos os atos processuais e a contagem dos **prazos processuais em dobro**, na forma do inciso I do art. 44 da Lei Complementar nº 80/94;
- c) a **citação** da Caixa Econômica Federal para, querendo, apresentar resposta no prazo legal, sob pena de revelia;
- d) após a citação válida, **seja declarada a interrupção da prescrição das pretensões individuais com o mesmo objeto da presente Ação Civil Pública**;
- d) **intimação** do representante do Ministério Público Federal (LACP, art. 5º, § 1º).



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva

3.2- Pedidos principais:

NO MÉRITO:

a) Seja **julgado procedente o pedido**, condenando-se a CEF:

a.1) a **recalcular a correção dos depósitos das contas do FGTS** a partir de janeiro de 1999, substituindo-se a atualização da TR ou pelo INPC, ou IPCA-E, ou o índice utilizado pelo STF para a modulação dos efeitos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425, ou outro que melhor reflita a inflação;

a.2) que o recálculo determinado seja realizado nas contas, cujos depósitos não tenham sido levantados até a data da recomposição, assim como no caso de depósitos levantados entre janeiro/1999 até a data da recomposição, tanto na pessoa dos titulares das contas, como, em caso de falecimento, aos seus dependentes legais ou sucessores;

b) a incidência de juros de mora em 1% ao mês, a partir da citação, até o efetivo pagamento, além de todos os demais acréscimos legais devidos;

c) seja a questão analisada à luz das normas constitucionais, infraconstitucionais, **para fins de pré-questionamento**.

MEIOS DE PROVA:

a) solicita-se, por fim, o **julgamento antecipado da lide**; ou



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva

b) pugna-se, **alternativamente e por eventualidade**, desde já, pela **produção** de todos os **meios de prova** em direito admitidos, especialmente o documental.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00.

Nestes termos, pede deferimento.

Porto Alegre, 03 de fevereiro de 2014.

Átila Ribeiro Dias
Defensor Público Federal

Fernanda Hahn
Defensora Pública Federal