



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 3.458/AsJConst/SAJ/PGR

Ação direta de inconstitucionalidade 5.090/DF

Relator: Ministro **Roberto Barroso**

Requerente: Solidariedade

Interessados: Presidente da República
Congresso Nacional

Ação direta de inconstitucionalidade. Índice de atualização monetária dos depósitos efetuados nas contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Taxa Referencial (TR).

I – Preliminares. Adequada impugnação do complexo normativo pertinente. Impossibilidade jurídica do pedido de fixação de índice de correção monetária. Não conhecimento da ação.

II – Mérito. Não ocorrência de violação ao direito de propriedade, ao direito ao FGTS e ao princípio da moralidade administrativa. Inexistência de direito constitucional a atualização monetária automática. Espaço legítimo de conformação legislativa dos direitos previstos na Constituição. Competência da União para legislar sobre Direito Monetário. Contexto histórico dos planos econômicos. Inviabilidade de extrair diretamente da ordem constitucional direito a atualização monetária por indexador que preserve o valor real da moeda de forma direta e automática e de o Poder Judiciário eleger determinado índice de correção, em lugar do legislador.

Parecer pelo não conhecimento da ação ou, caso conhecida, pela improcedência do pedido.

I. RELATÓRIO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo partido SOLIDARIEDADE contra trecho do art. 13, *caput*, da Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, e contra o art. 17, *caput*, da Lei 8.177, de 1º de março de 1991.

Eis o teor dos dispositivos impugnados:

Lei 8.036/1990:

Art. 13. Os depósitos efetuados nas contas vinculadas serão corrigidos monetariamente **com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança** e capitalização juros de (três) por cento ao ano.

Lei 8.177/1991:

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

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

O requerente alegou que a utilização da Taxa Referencial (TR) como índice de correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) viola o direito de propriedade, o direito dos trabalhadores ao FGTS e o princípio da moralidade administrativa (arts. 5º, inciso XXII, 7º, inciso III, e 37, *caput*, da Constituição). Sustentou que o FGTS constitui propriedade do trabalhador, e sua expressão econômica deve ser preservada ao longo do tempo em face da infla-

ção, a fim de proteger o núcleo essencial dos direitos referidos. Afirmou, ainda, que a diferença entre a TR e a inflação é indevidamente apropriada pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, contrariando a moralidade administrativa.

Segundo o autor, a TR, que atualiza os depósitos em cadernetas de poupança, não pode ser utilizada como índice de correção monetária do FGTS, por não refletir o processo inflacionário. Admitiu que, embora em 1990 essa taxa se aproximasse da inflação, começou a apresentar defasagem a partir de 1999, em razão de alterações promovidas na sua fórmula de cálculo, o que se agravou com a redução da taxa SELIC (Sistema Especial de Liquidação e de Custódia). Sustentou que a forma original de cálculo da TR fora desenhada para indicar previsão do mercado financeiro para a inflação em período futuro escolhido e que sua metodologia foi alterada e restringiu a taxa para impedir que a caderneta de poupança concorresse com outras aplicações financeiras (itens 42-59 da petição inicial).

De acordo com a inicial, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar as ações diretas de inconstitucionalidade 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425, declarou a inconstitucionalidade do § 12 do art. 100 da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional 62, de 9 de dezembro de 2009, na parte de acordo com a qual a atualização dos valores de requisitórios, entre expedição e pagamento, se faria pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, ou seja, pela TR (itens 60-66).

Sustentou que, neste caso, a inconstitucionalidade é progressiva. Em 1990 e 1991, quando a TR foi criada e aplicada à correção monetária do FGTS, duas particularidades tornavam o cálculo da taxa mais próximo da atualização monetária: (i) a base de cálculo do imposto de renda sobre aplicações financeiras era apenas o rendimento real; (ii) o rendimento real líquido, descontado do imposto de renda, era bem superior a 0,5% ao mês, que equivale à taxa de juros remuneratórios da caderneta de poupança. Dessa maneira, naquele momento, não havia prejuízo aos titulares de depósitos no FGTS. Contudo, a partir de 1999, três fatores mudaram o cenário: (i) abrupta redução da taxa de juros reais; (ii) aplicação de redutor do cálculo da TR; e (iii) alteração da fórmula do redutor aplicado à Taxa Básica Financeira (TBF).¹ Segundo estudo do DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE), as perdas acumuladas de 1999 a 2013 nas contas do FGTS seriam de 48,3%.

Argumentou, ainda, que os juros de 3%, previstos na parte final do *caput* do art. 13 da Lei 8.036/1990, não podem ser considerados para medir a correção monetária, pois sua natureza é remuneratória. Desse modo, na prática, o titular do fundo precisa contratar financiamento no SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO (SFH), com juros muito superiores àqueles com os quais seu montante depositado no FGTS foi remunerado.

¹ A Taxa Básica Financeira (TBF) foi criada pela Medida Provisória 1.053, de 30 de junho de 1995, sucessivamente reeditada até a de número 2.074-73, de 25 de janeiro de 2001, convertida Lei 10.192, de 14 de fevereiro de 2001. Segundo a requerente, a TBF é definida como a média de remuneração bruta mensal da amostra de títulos do mercado financeiro.

Por fim, requereu medida cautelar, sustentando que o *periculum in mora* consistiria na defasagem mensal da TR em relação ao processo inflacionário, acumulando perdas de R\$ 27 bilhões em 2013 e de R\$ 6,8 bilhões apenas nos dois primeiros meses de 2014 (itens 114-147 da petição inicial). Requereu declaração de inconstitucionalidade da expressão “com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança”, do art. 13, *caput*, da Lei 8.039/1990, e da integralidade do art. 17, *caput*, da Lei 8.177/1991. Alternativa e subsidiariamente, requereu que a declaração de inconstitucionalidade seja pronunciada com efeitos a partir de 23 de abril de 1999, data da publicação da Resolução 2.604, do CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL.

Em 13 de fevereiro de 2014, o requerente emendou a petição inicial, a fim de incluir pedido de determinação de utilização provisória do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC) ou de outro índice de inflação para correção monetária dos depósitos do FGTS, até a edição de ato normativo federal que fixe índice idôneo para esse fim (peça 22).

Foi adotado o rito do art. 12 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999 (peça 29).

O SENADO FEDERAL, em informações, ressaltou a natureza estatutária do FGTS, em contraposição à natureza contratual da conta bancária privada, cujo titular pode dispor dos recursos depositados sem restrições, em conformidade com precedente do STF (recurso

extraordinário 226.855).² Invocou, ainda, o enunciado 459 da súmula do Superior Tribunal de Justiça (STJ): “A Taxa Referencial (TR) é o índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos com o FGTS recolhidos pelo empregador mas não repassados ao fundo”.³ Trouxe precedentes em que o STJ afirmou a impossibilidade de o Judiciário fixar índice de correção monetária à revelia do legislador. Por fim, manifestou-se pela improcedência da ação (peça 39).

Nas informações, a PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA pugnou pela improcedência do pedido. Com referência ao pedido de fixação de índice diverso de correção monetária, sustentou não caber ao Judiciário inovar positivamente no ordenamento jurídico. Alegou não haver direito constitucional à correção real do valor da moeda. No mérito, sustentou inexistir ofensa ao direito de propriedade, ao direito ao FGTS e ao princípio da moralidade administrativa (peça 49).

Juntou-se parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que propôs realização de audiências públicas para debater a matéria. Preliminarmente, aduziu que declaração de inconstitucionalidade das normas objeto da ação deixaria os depósitos nas contas do FGTS sem indexação, visto que os índices substituídos pela TR não mais existem. No mérito, argumentou não haver ofensa

2 STF. Plenário. Recurso Extraordinário 226.855/RS. Relator: Ministro Moreira Alves. 31 ago. 2000, maioria. **Diário da Justiça** de 13/10/2000, p. 20; **RTJ**, vol. 174-03, p. 916.

3 STJ. Primeira Seção. Enunciado 459 da Súmula do STJ. 25 ago. 2010. **Diário da Justiça eletrônico** de 8/9/2010; **RSTJ**, vol. 219, p. 729.

ao direito de propriedade, pois os depósitos no FGTS se vinculam à função social do fundo. Sustentou tampouco haver violação ao direito ao FGTS, cuja regulamentação se faz em nível infraconstitucional. Por fim, expôs que a moralidade administrativa não foi vulnerada, em razão das finalidades ético-públicas do fundo.

A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO suscitou preliminar de ausência de impugnação a todo o complexo normativo, visto que as normas atacadas apenas determinam que os depósitos das contas do FGTS serão remunerados pela taxa de remuneração básica da caderneta de poupança. Segundo alega, deveriam ter sido impugnados também os dispositivos legais que fixam a TR como índice de remuneração da poupança: o art. 12, inciso I, da Lei 8.177/1991 e, a partir de maio de 1993, o art. 7º, *caput*, da Lei 8.660, de 28 de maio de 1993.⁴ No mérito, manifestou-se pela improcedência do pedido, por ser razoável a atualização dos saldos do FGTS pela TR, por inexistir direito subjetivo a correção monetária igual à inflação e por se tratar de decisão afeta ao processo legislativo (peça 52).

4 Lei 8.177/1991, art. 12. Em cada período de rendimento, os depósitos de poupança serão remunerados:

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

Lei 8.660/1993, art. 7º Os depósitos de poupança têm como remuneração básica a Taxa Referencial – TR relativa à respectiva data de aniversário.

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

Foram admitidos os seguintes *amici curiæ*: BANCO CENTRAL DO BRASIL, DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO e CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (peças 29 e 56).

O BANCO CENTRAL DO BRASIL argumentou pela improcedência dos pedidos, com base no seguinte: (i) não há direito fundamental a correção monetária “real”; (ii) a fixação de índice de remuneração dos saldos do FGTS compete ao Legislativo, não ao Judiciário; (iii) o direito de propriedade dos titulares das contas do FGTS sujeita-se à função social da aplicação desses recursos; (iv) a atual configuração do fundo permite sua sustentabilidade, oferecendo taxas de financiamento entre 6% e 8,66% ao ano, que seriam elevadas a aproximadamente 11% ao ano, caso o índice de correção fosse o IPCA; (v) o princípio da segurança jurídica recomenda a manutenção do regime atual do FGTS, em razão dos inúmeros contratos a ele vinculados (peças 24 a 28).

A respeito da manifestação do BANCO CENTRAL DO BRASIL, o requerente contrapôs os seguintes fatos, noticiados pela mídia nacional: (i) nos últimos três anos, a União utilizou “R\$ 15,6 milhões do FGTS para comprar computadores, impressoras e outros equipamentos de informática para integrar seu patrimônio”; (ii) a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, anualmente, “percebe 1% das contas do FGTS a título de agente administrador, o equivalente a R\$ 3,64 bilhões de reais” (peças 33 a 35).

A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO formulou pedido de sustentação oral e apresentou manifestação pela procedência da ação, sob

os seguintes fundamentos: (i) a Constituição não atribui ao FGTS finalidade de custear desenvolvimento de políticas públicas do Governo Federal; (ii) a lei não poderia ter alterado a finalidade constitucional do FGTS para fomentar políticas públicas à custa dos recursos dos trabalhadores; (iii) a incidência de contribuição para o FGTS configuraria confisco, na medida em que a alta carga tributária já deveria ser suficiente para custeio das políticas públicas; (iv) os saldos dos depósitos das contas vinculadas do fundo são de propriedade dos titulares (art. 7º, inciso III, da Constituição, e arts. 2º, 17 e 20, inciso IV, da Lei 8.036/1990); (v) a correção monetária decorre diretamente do núcleo essencial do direito à propriedade, em face dos efeitos corrosivos da inflação; (vi) o STF decidiu, na ADI 4.425, pela “impossibilidade jurídica da utilização do índice de remuneração da caderneta de poupança como critério de correção monetária”; (vii) a deficiente atualização monetária dos saldos das contas vinculadas do FGTS implica diminuição do grau de eficácia das normas constitucionais e supralegais de proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa (arts. 7º, inciso I, da Constituição, e 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e Convenção 158 da ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO) (peças 41 a 47).

A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (CAIXA), agente operador do FGTS (art. 4º da Lei 8.036/1990), manifestou-se pela improcedência, do seguinte modo: (i) o FGTS tem natureza multidimensional, abrangendo direito trabalhista e fundo de destinação social; (ii) a remuneração do FGTS limita-se ao patrimônio do próprio

fundo, que conta com possibilidades limitadas de financiamento e que será impactado no caso de alteração no índice de correção; (iii) a TR foi instituída em 1991 no intuito de desvincular as obrigações civis e fiscais dos índices de preços, a fim de combater a alta inflação da década de 1990 mediante desindexação da economia; (iv) a utilização do IPCA ou do INPC para atualização das contas vinculadas afetaria diversos contratos do SFH e lhe prejudicaria o equilíbrio econômico;⁵ (v) o crédito imobiliário financiado com recursos do FGTS garante taxas mais baixas e destina-se a mutuários de baixa renda, que perderiam essa fonte de financiamento; (vi) haveria prejuízo para custeio de obras públicas relacionadas a habitação, saneamento e infraestrutura da União, dos Estados e dos Municípios, as quais contaram, em 2012, com R\$ 5 bilhões do FGTS; (vii) a contribuição para o FGTS decorre de depósito do empregador, não sendo descontada da remuneração do empregado; (viii) a CAIXA não define os índices de correções das contas individuais e dos contratos firmados com recursos do fundo, de maneira que o risco da procedência desta ação oneraria o próprio FGTS e, reflexamente, os atores que utilizam os recursos do fundo (peças 54 e 55).

Por fim, em 25 de fevereiro de 2014 o Ministro BENEDITO GONÇALVES, da Primeira Seção do STJ, determinou a suspensão da

5 A Caixa Econômica Federal estima que dois terços dos contratos de financiamento habitacional que são realizados com recursos do FGTS são firmados por titulares de contas vinculadas do fundo, que se beneficiariam de índice mais favorável na atualização dos depósitos, porém seriam prejudicados por reajustes dos seus financiamentos mediante índice menos favorável (página 13 da manifestação).

tramitação de todas as ações mais quais se discuta a possibilidade de afastamento da TR como índice de correção monetária dos saldos das contas de FGTS.⁶

II. PRELIMINARES

II.1. IMPUGNAÇÃO A TODO O COMPLEXO NORMATIVO

A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO alegou que a ação tem por objeto apenas os dispositivos que vinculam a remuneração dos depósitos das contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) à taxa de remuneração básica da caderneta de poupança, mas deveria impugnar também as normas que definem esse índice, quais sejam: o art. 12, inciso I, da Lei 8.177, de 1º de março de 1991, e o art. 7º, *caput*, da Lei 8.660, de 28 de maio de 1993 (a partir de maio de 1993, conforme o seu art. 7º, § 1º):

Lei 8.177/1991:

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

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

Lei 8.660/1993:

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

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

6 STJ. Decisão monocrática. Recurso Especial 1.381.683/PE. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. 25 fev. 2014. DJe de 26/2/2014.

A preliminar não merece ser acolhida.

O objeto da ação limita-se à utilização da Taxa Referencial (TR) na atualização monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, o que foi estabelecido exatamente pelos dispositivos indicados na petição inicial: o art. 13, *caput*, da Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, e o art. 17, *caput*, da Lei 8.177/1991 (a partir de fevereiro de 1991):

Lei 8.036/1990:

Art. 13. Os depósitos efetuados nas contas vinculadas serão corrigidos monetariamente **com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança** e capitalização juros de (três) por cento ao ano.

Lei 8.177/1991:

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

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

O fim almejado pelo requerente seria plenamente atendido com a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos atacados nesta ação – e com a fixação de novo índice –, sem precisar afastar do ordenamento jurídico a taxa de remuneração da caderneta de poupança, que não é aqui autonomamente discutida.

A atualização monetária dos depósitos na caderneta de poupança e os efeitos decorrentes dos sucessivos planos econômicos são temas discutidos na arguição de descumprimento de preceito

fundamental 165 e nos recursos extraordinários 591.797, 626.307, 631.363 e 632.212, cujo julgamento conjunto teve início em novembro de 2013.⁷

II.2. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Das informações e manifestações dos autos, deduz-se a alegação de preliminar de impossibilidade jurídica do pedido relativo à fixação judicial de índice de atualização monetária.

Trata-se de condição da ação, cujo acolhimento resulta em extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil). A doutrina, contudo, reconhece que sua apreciação pode envolver, em certos casos, certo juízo do mérito da demanda, daí as inúmeras críticas à escolha legislativa nesse ponto.⁸ Por essa razão, as considerações feitas neste parecer sobre a preliminar e sobre o mérito vinculam-se reciprocamente.

A instituição do Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) para corrigir o FGTS foi objeto do Projeto de Lei do Senado (PLS) 193/2008, como mencionado em algumas manifestações deste processo. A proposta recebeu parecer favorável da COMISSÃO DE ASSUNTOS SOCIAIS (CAS), porém foi arquivada em 2012 na COMISSÃO DE ASSUNTOS ECONÔMICOS (CAE).⁹

⁷ STF Informativo semanal. Número 730. Brasília: STF, 25 a 29/11/2013.

⁸ A título de exemplo: DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. 1. 15ª ed. Salvador: JusPodium, 2013, pp. 232-238.

⁹ Senado Federal. Comissão de Assuntos Econômicos. Parecer 71/2012, pela rejeição do PLS 193/2008. Relatora: Senadora Marta Suplicy. 7 fev. 2012, maioria. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em: 16 maio 2014.

Na CÂMARA DOS DEPUTADOS tramitam atualmente diversos projetos sobre o assunto. Por exemplo, os PLs 4.566/2008, 6.979/2013 e 7.037/2014 buscam alterar o índice de atualização monetária do FGTS, na forma como pretende o requerente. Há outras propostas, como a do PL 6.247/2009, que objetiva compensar, mediante aporte de recursos públicos, a diferença entre a correção dos saldos das contas vinculadas do FGTS e a inflação. Deputados ainda discutem outros projetos com essa temática.¹⁰

O debate possui importante componente político e apresenta espaço para amadurecimento no processo legislativo, próprio para a tomada de decisões políticas dessa natureza. A apreciação judicial nesses casos deve ser cuidadosa e autocontida, com foco no respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais e às regras constitucionais concernentes ao processo legislativo.

Sustenta o requerente que a opção legislativa pela TR é inconstitucional, em razão da perda patrimonial decorrente da inflação. Uma abordagem possível do pleito consideraria tratar-se de alegação de inconstitucionalidade por omissão parcial, ante a realização incompleta do alegado direito à preservação do valor aquisitivo dos saldos das contas vinculadas do FGTS.

O reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão parcial leva o julgador a paradoxo: (i) pronunciar a nulidade da norma agravaria a própria inconstitucionalidade declarada, por transfor-

¹⁰ Projetos apensados ao 4.566/2008: 6.247/2009, 6.945/2010, 3.263/2012, 1.222/2011, 5.744/2013, 2.312/2011, 3.438/2012, 4.173/2012, 6.607/2013, 6.771/2013, 6.979/2013 e 7.037/2014.

mar a omissão parcial em total; (ii) o Poder Judiciário, se decidir preencher a lacuna legislativa, poderá incorrer em ato inconstitucional, por violação à divisão funcional dos poderes.

Essa peculiaridade processual foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 1996, no julgamento da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 1.439, relativa à insuficiência do valor do salário mínimo (R\$ 112,00, na época) para satisfazer as necessidades vitais básicas proclamadas pelo art. 7º, inciso IV, da Constituição: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Não obstante tenha reconhecido a procedência do argumento, o Tribunal não conheceu da ação, por entender impossível a conversão de ADI em ADI por omissão.¹¹ Segundo o Ministro CELSO DE MELLO (páginas 100-101):

A hipótese versada nos presentes autos refere-se – como já precedentemente enfatizado – a uma alegação de típica situação de inconstitucionalidade por omissão parcial, eis que o Poder Público, considerado o valor que estipulou para o salário mínimo, cumpriu, de maneira imperfeita e insatisfatória, o encargo que lhe foi imposto pela própria Constituição. Ocorre, no entanto, que os Partidos autores, sustentando que as normas impugnadas violaram o princípio da preservação do poder de compra do salário mínimo, pretendem, não o reconhecimento de uma situação de omissão parcial do Poder Público, mas a própria declaração de inconstitucionalidade das regras ora questionadas, postulando, até mesmo, “a

11 STF. Plenário. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.439/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. 22 maio 1996, unânime. DJ de 30/5/1996, p. 28. No mesmo sentido: STF. Plenário. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.458/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. 23 maio 1996, unânime. DJ de 20/9/1996, p. 34.531.

exclusão dos dispositivos retromencionados do arcabouço jurídico pátrio” (fls. 8).

Ora, muito embora a ação direta de inconstitucionalidade (por comportamento positivo do Estado) e a ação de inconstitucionalidade por omissão qualifiquem-se como instrumentos de controle abstrato de constitucionalidade, possuem, ambas, características próprias, finalidades específicas e pressupostos especiais, que as distinguem, claramente, uma da outra.

Na oportunidade, o Min. MOREIRA ALVES não conheceu da ação por falta de interesse de agir (p. 115):

Daí a razão pela qual esta ação não pode ser conhecida, porque, neste caso, falta esse interesse objetivo, pois o que se está pretendendo é que se retire da totalidade das pessoas que recebem salário-mínimo, R\$ 112,00, e se lhes dê em seu lugar R\$ 100,00, o que obviamente piora, e piora bastante, a situação daqueles que já acham insuficientes R\$ 112,00.

Por mais que as técnicas de decisão em sede de controle de omissões inconstitucionais tenham evoluído significativamente no Brasil nos últimos anos, este caso apresenta dificuldades que precisam ser consideradas.

Em primeiro lugar, nos últimos vinte anos houve conformação econômica do FGTS, do Sistema Financeiro de Habitação (SFH) e da aplicação dos recursos pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Milhares de contratos, cuja execução pode chegar a 35 anos, celebraram-se para aquisição de imóvel destinado a moradia, com taxas de financiamento decorrentes da atual configuração do FGTS.

A revisão de parte sensível do sistema deve considerá-lo globalmente, sob pena de o tornar insustentável, mesmo no curto prazo. Daí a importância de manter esse debate na arena política,

onde é possível rearranjo institucional do acordo político em torno do regime do FGTS, da destinação de seus recursos, da forma de remuneração dos titulares das contas vinculadas e dos atores sociais que arcarão com perdas que essa reforma possa trazer.

Ainda que o pedido de declaração de inconstitucionalidade seja julgado procedente, com exclusão do texto legal impugnado, o STF deparará com a segunda parte do pedido: a fixação de índice que reflita o processo inflacionário. Diversos índices podem ser citados, com suas particularidades quanto à forma de cálculo, periodicidade, valor e aplicação prática.

O Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), do INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE), busca calcular a inflação no mercado varejista e indica o aumento de custo de vida da população com renda mensal de até seis salários mínimos. Sua fórmula atribui peso maior à variação de preços de alimentos, gás de cozinha e passagens de ônibus do que o Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), que considera o impacto do preço de 465 itens no custo de vida de famílias com renda mensal de um a 40 salários mínimos, residentes em onze regiões metropolitanas. A inflação dos bens mais consumidos pela classe média – como automóveis e combustíveis – tem impacto maior no IPCA do que no INPC.

O próprio IPCA subdivide-se em outros dois índices: Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E),

com periodicidade trimestral, utilizado para reajustes de imposto predial e territorial urbano (IPTU); e Índice de Preços ao Consumidor Amplo-15 (IPCA-15), com periodicidade quinzenal.

A FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV) calcula o Índice Geral de Preços (IGP), que busca registrar a inflação de matérias-primas agrícolas e industriais e de bens e serviços finais, a partir da média de três índices: Índice de Preços por Atacado (IPA), com peso de 60%; Índice de Preços ao Consumidor (IPC), com peso de 30%; e Índice Nacional de Custos da Construção (INCC), com peso de 10%.

Calcula-se o IPA com dados de capitais onde há indústrias. O IPC refere-se à inflação de itens de habitação, alimentação, transporte, saúde e cuidados pessoais, educação, leitura e recreação, vestuário e despesas diversas, tais como cartórios, loterias e internet, com base em dados de sete capitais brasileiras. Por fim, o INCC considera itens da construção civil, como materiais, mão de obra e serviços, em doze capitais. Assim como o IPCA, o IGP subdivide-se em outros índices, diferentes em periodicidade: Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna (IGP-DI), referente a cada mês cheio; Índice Geral de Preços do Mercado (IGP-M), para o período entre o dia 21 de um mês e o dia 20 do mês seguinte; e Índice Geral de Preços 10 (IGP-10), referente à variação de preços entre o dia 11 de um mês e o dia 10 do mês seguinte.

Há outros índices ainda, como os divulgados pela FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS (FIPE), entidade de direito

privado criada em 1973 para apoiar o DEPARTAMENTO DE ECONOMIA DA FACULDADE DE ECONOMIA, ADMINISTRAÇÃO E CONTABILIDADE da UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (FEA-USP). Tais índices partem de dados e fórmulas distintas, de maneira que são aplicados em situações diferentes, o que impede apontar um parâmetro como “oficial” ou como o mais “correto”. Aliás, no portal eletrônico do BANCO CENTRAL DO BRASIL, existe informação expressa da inexistência de índice oficial de inflação no País:

No Brasil, não há um índice oficial para inflação de períodos passados. A inflação é medida por meio de diversos índices, divulgados por várias instituições, tais como o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a Fundação Getúlio Vargas (FGV), a Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE).

É possível consultar as séries históricas de vários desses índices no Sistema Gerenciador de Séries Temporais. [...] ¹²

Isso decorreu da desindexação da economia, a que se refere a Lei 8.177, de 1º de março de 1991, que adveio da conversão da Medida Provisória 294, de 31 de janeiro de 1991. A instituição da TR objetivou justamente desvincular reajustes de preços da inflação, a chamada desindexação.

Em alguns casos, o próprio legislador reconheceu a necessidade de compensar as perdas advindas dessa crise inflacionária e dos sucessivos planos econômicos. Foi o caso, por exemplo, do acordo instituído pela Lei Complementar 110, de 29 de junho de

12 Banco Central do Brasil. **Índices de inflação**. Disponível em: http://www.bcb.gov.br/pre/portalCidadao/indecon/indice_inflacao.asp?idPai=PORTALBCB. Acesso em: 22 maio 2014.

2001, cujo art. 4º previu autorização do crédito de complemento de atualização monetária relativo a alguns dos planos econômicos:

Art. 4º. Fica a Caixa Econômica Federal autorizada a creditar nas contas vinculadas do FGTS, a expensas do próprio Fundo, o complemento de atualização monetária resultante da aplicação, cumulativa, dos percentuais de dezesseis inteiros e sessenta e quatro centésimos por cento e de quarenta e quatro inteiros e oito décimos por cento, sobre os saldos das contas mantidas, respectivamente, no período de 1º de dezembro de 1988 a 28 de fevereiro de 1989 e durante o mês de abril de 1990, desde que: [...]

A validade desses acordos foi reconhecida pela jurisprudência¹³ e por fim chancelada pela súmula vinculante 1 do STF:

Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001.¹⁴

Outro exemplo de compensação legal das perdas inflacionárias foi a dedução admitida na determinação do lucro real para incidência do imposto de renda das pessoas jurídicas, prevista no art. 3º da Lei 8.200, de 28 de junho de 1991:

13 STF. Plenário. Recurso Extraordinário 418.918/RJ. Relator: Ministra Ellen Gracie. 30 março 2005, maioria. **DJ** de 1º/7/2005, p. 7; **RLTR**, v. 69, n. 8, 2005, p. 983-992; **RTJ**, vol. 195-01, p. 321. STF Primeira Turma. Embargos de Declaração no Agravo Regimental Recurso Extraordinário 427.801/RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 25 out. 2005, unânime. **DJ** de 2/12/2005, p. 13; **RDECTRAB**, v. 12, n. 138, 2006, p. 171-172; **LEXSTF**, v. 28, n. 325, 2006, p. 311-313. STF Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 431.363/RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 29/11/2005, unânime. **DJ** de 16/12/2005, p. 107.

14 STF. Plenário. Súmula Vinculante 1. 30 maio 2007, unânime. **DJe** 31, de 6/6/2007, p. 1; **DJ** de 6/6/2007, p. 1; **DOU** de 6/6/2007, p. 1.

Art. 3º. A parcela da correção monetária das demonstrações financeiras, relativa ao período-base de 1990, que corresponder à diferença verificada no ano de 1990 entra a variação do Índice de Preços ao Consumidor (IPC) e a variação do BTN Fiscal, terá o seguinte tratamento fiscal:

I – poderá ser deduzida, na determinação do lucro real, em seis anos-calendário, a partir de 1993, à razão de 25% em 1993 e de 15% ao ano, de 1994 a 1998, quando se tratar de saldo devedor. (Redação dada pela Lei nº 8.682, de 1993)

II – será computada na determinação do lucro real, a partir do período-base de 1993, de acordo com o critério utilizado para a determinação do lucro inflacionário realizado, quando se tratar de saldo credor.

Esse dispositivo foi interpretado pelo STF como “favor fiscal ditado por opção política legislativa” no recurso extraordinário 201.465, julgado pelo Plenário em 2002:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI 8.200/91 (ART. 3º, I, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 8.682/93). CONSTITUCIONALIDADE. A Lei 8.200/91, (1) em nenhum momento, modificou a disciplina da base de cálculo do imposto de renda referente ao balanço de 1990, (2) nem determinou a aplicação, ao período-base de 1990, da variação do IPC; (3) tão somente reconheceu os efeitos econômicos decorrentes da metodologia de cálculo da correção monetária. O art. 3º, I (L. 8.200/91), prevendo hipótese nova de dedução na determinação do lucro real, constituiu-se como favor fiscal ditado por opção política legislativa. Inocorrência, no caso, de empréstimo compulsório. Recurso conhecido e provido.¹⁵

15 STF. Plenário. Recurso Extraordinário 201.465/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Nelson Jobim. 2 maio 2002, maioria. DJ de 17/10/2003, p. 14.

Tal precedente foi citado pelo Min. CELSO DE MELLO, na Segunda Turma, ao sustentar que compete aos Poderes Executivo e Legislativo a fixação do fator de atualização monetária:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA TRIBUTÁRIA – SUBSTITUIÇÃO LEGAL DOS FATORES DE INDEXAÇÃO – ALEGADA OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADQUIRIDO E DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA – INOCORRÊNCIA – SIMPLES ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM MAJORAÇÃO DO TRIBUTO – RECURSO IMPROVIDO. – Não se revela lícito, ao Poder Judiciário, atuar na anômala condição de legislador positivo, para, em assim agindo, proceder à substituição de um fator de indexação, definido em lei, por outro, resultante de determinação judicial. Se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. Precedentes. – A modificação dos fatores de indexação, com base em legislação superveniente, não constitui desrespeito a situações jurídicas consolidadas (CF, art. 5º, XXXVI), nem transgressão ao postulado da não-surpresa, instrumentalmente garantido pela cláusula da anterioridade tributária (CF, art. 150, III, *b*). – O Estado não pode legislar abusivamente, eis que todas as normas emanadas do Poder Público – tratando-se, ou não, de matéria tributária – devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV). O postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Hipótese em que a legislação tributária reveste-se do necessário coeficiente de razoabilidade. Precedentes.¹⁶

16 STF. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 200.844/PR. Relator: Ministro Celso de Mello. 25 jun. 2002. DJ de 16/8/2002, p. 92; RTJ, vol. 195-02, p. 635.

Em 2011, esse entendimento foi reafirmado pelo Plenário no julgamento do RE 388.312:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL E ECONÔMICO. CORREÇÃO MONETÁRIA DAS TABELAS DO IMPOSTO DE RENDA. LEI N. 9.250/1995. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR E CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E DO NÃO CONFISCO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, A ELE NEGADO PROVIMENTO. 1. [...] 3. Conforme jurisprudência reiterada deste Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário autorizar a correção monetária da tabela progressiva do imposto de renda na ausência de previsão legal nesse sentido. Entendimento cujo fundamento é o uso regular do poder estatal de organizar a vida econômica e financeira do país no espaço próprio das competências dos Poderes Executivo e Legislativo. 4. Recurso extraordinário conhecido em parte e, na parte conhecida, a ele negado provimento.¹⁷

Em novembro de 2013, o Plenário reanalisou esses precedentes no julgamento dos REs 208.526, 256.304, 215.811 e 221.142, relatoria do Min. MARCO AURÉLIO. Neles, discutiam-se critérios de atualização monetária das demonstrações financeiras definidos no Plano Verão, de 1989. As empresas recorrentes alegavam ampliação artificial da base de cálculo do imposto de renda, decorrente de baixo índice de correção, atrelado à Obrigação do Tesouro Nacional (OTN), com incidência de imposto sobre lucro fictício.

A distorcida atualização monetária mantinha relação direta com normas constitucionais tributárias, como os princípios da ir-

17 STF. Plenário. Recurso Extraordinário 388.312/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relatora para o Acórdão: Ministra Cármen Lúcia. 1º ago. 2011. DJe-195, de 11/10/2011.

retroatividade tributária e da capacidade contributiva, o conceito de renda real e a vedação de confisco. Deu-se provimento ao recurso, por maioria, e declarou-se a inconstitucionalidade do art. 30, § 1º, da Lei 7.730, de 31 de janeiro de 1989, e do art. 30 da Lei 7.799, de 10 de julho de 1989, que estabeleceram o valor de NCz\$ 6,92 (cruzados novos) como balizador da correção monetária das demonstrações financeiras de pessoas jurídicas para o ano-base de 1989 e para os subsequentes. Ressalvas e conclusões dos votos vencidos foram registradas no informativo do STF:

Os Ministros Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski fizeram ressalva no sentido de não caber ao STF estipular o índice aplicável. Vencidos os Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux e Gilmar Mendes, que desproviavam os recursos. Anotavam que seria defeso ao Judiciário substituir-se ao Legislativo para fixar índices de correção monetária diversos daqueles estabelecidos em lei. Salientavam, também, que a alteração do critério legal para a indexação das demonstrações financeiras das pessoas jurídicas, nos moldes em que [fora] realizada pela legislação questionada, não seria equiparável a majoração de tributo. Registravam, também, não haver direito constitucional à observância de determinado índice de correção monetária.¹⁸

No tocante ao efeito repristinatório decorrente da declaração de inconstitucionalidade, naquela sessão de julgamento, o advogado interveio para ressaltar que o pedido da parte almejava impedir a revogação do índice anterior pela lei que se queria afastar. Em consequência, a fixação do índice aplicável em cada caso caberia ao juízo da execução, não ao STF.

18 STF. Informativo semanal. Número 729. **Plano Verão: IRPJ e correção monetária de balanço** – 12. Brasília, STF: 18 a 22/11/2013.

Isso não ocorre nesta ação direta. Na hipótese de procedência do pedido, o efeito repristinatório da decisão geraria situação peculiar. A TR substituiu o Bônus do Tesouro Nacional (BTN), conforme bem relatou o Min. MAURÍCIO CORRÊA, em voto-vista no RE 226.855 (p. 972-973):

36. Por fim, resta examinar a questão referente ao Plano Collor II – atualização dos saldos do FGTS existentes no mês de fevereiro de 1991, a ser creditada em 1º de março de 1991.

37. No que tange a essa parte, concluiu o relator que no final de 1990 vigorava a Lei nº 8.088/90, que dispunha ser o BTN o índice de atualização desses saldos.

38. Argumenta que, editada em 1º de fevereiro de 1991 a MP nº 294 (convertida na Lei nº 8.177, de 4 de março de 1991), extinguiu-se o BTN, que foi substituído pela TR. Como essa norma entrou em vigor no início de fevereiro de 1991, sua aplicação é imediata. Daí concluir que o extraordinário interposto pela Caixa Econômica Federal devia ser provido, para afastar a atualização dos saldos pelo BTN, por ser aplicável a Taxa Referencial (TR). Assim sendo, conheceu do recurso e deu-lhe provimento.

39. Não há dúvida [de] que, extinto o BTN (Lei nº 8.088/90, artigo 3º, II) pela MP nº 294/91 (artigo 5º), a atualização dos saldos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço passaram a ter como parâmetro o mesmo índice utilizado para os saldos das cadernetas de poupança (Lei nº 7.738/89), sendo que a correção, antes realizada trimestralmente, tornou-se mensal (Lei nº 7.839/89). Desse modo, a partir da edição dessa medida provisória (294), a correção monetária dos saldos do FGTS, em 1º de março de 1991, seria feita pela TR, e não mais pela BTN.

O BTN foi extinto pela própria Lei 8.177/1991, com outros índices:

Art. 3º. Ficam extintos a partir de 1º de fevereiro de 1991:

I – o BTN Fiscal instituído pela Lei nº 7.799, de 10 de julho de 1989;

II – o Bônus do Tesouro Nacional (BTN) de que trata o art. 5º da Lei nº 7.777, de 19 de junho de 1989, assegurada a liquidação dos títulos em circulação, nos seus respectivos vencimentos;

III – o Maior Valor de Referência (MVR) e as demais unidades de conta assemelhadas que são atualizadas, direta ou indiretamente, por índice de preços.

Parágrafo único. O valor do BTN e do BTN Fiscal destinado à conversão para cruzeiros dos contratos extintos na data de publicação da medida provisória que deu origem a esta lei, assim como para efeitos fiscais, é de Cr\$ 126,8621.

Por conseguinte, não existe índice do BTN passível de aplicar a partir de fevereiro de 1991, no lugar da TR, de modo que a declaração de inconstitucionalidade pretendida geraria vácuo normativo completo, não passível de complementação por meio do efeito repristinatório.

Portanto, é impossível a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos, com efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, dadas a extinção do BTN e a incompetência técnica do STF para definição de índice inflacionário válido a partir da data da decisão.

Em suma, o STF não detém condições técnicas necessárias para definir índice apto a atualizar monetariamente os saldos das contas vinculadas do FGTS. O instituto da atualização monetária tem conformação infraconstitucional, a partir do resultado das forças políticas atuantes no processo legiferante, naturalmente com amparo em considerações de política econômica. Esse tema será mais bem desenvolvido no tópico atinente ao mérito da demanda.

Por essas razões, opina pelo não conhecimento da ação, por impossibilidade jurídica do pedido.

III. MÉRITO

No mérito, o pedido é improcedente.

O tema sobre o qual se controverte repousa em saber se a atualização dos depósitos das contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) por meio da Taxa Referencial (TR) – inferior aos índices que medem a inflação – viola o direito à propriedade, o direito ao FGTS e o princípio da moralidade administrativa.

III.1. O FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO (FGTS)

O FGTS foi criado pela Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966, com a finalidade de proteger empregados demitidos sem justa causa, em substituição à estabilidade decenal anteriormente prevista na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que gerou, ao longo dos anos, formidável passivo trabalhista.¹⁹

A adesão ao regime era facultativa desde 1966, mediante opção do empregado. A partir de 1988, a Constituição previu o FGTS como direito social dos trabalhadores (art. 7º, inciso III),²⁰ o

19 JANTALIA, Fabiano. *Fundo de Garantia do Tempo de Serviço*. São Paulo: LTr, 2008, p. 42.

20 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] III – fundo de garantia do tempo de serviço; [...].

qual passou a ser regido pela Lei 7.839, de 12 de outubro de 1989, e tornou-se obrigatório a todos os empregadores (art. 13).

Atualmente, encontra-se o FGTS disciplinado pela Lei 8.036, de 11 de maio de 1990. Seus recursos compõem-se, ordinariamente, do depósito mensal, por parte do empregador, da importância correspondente a 8% da remuneração de cada trabalhador, em conta vinculada (art. 15).

FABIANO JANTALIA propõe os seguintes parâmetros para conceitualização do FGTS:

Na construção de um conceito para o FGTS, é necessário ponderar também que, apesar de muito se falar acerca da destinação dos recursos do Fundo para habitação, saneamento e infra-estrutura – o que, aliás, hoje está expresso no art. 9º, § 2º, da Lei 8.036/90 – sua criação teve um matiz primordialmente individual, objetivando, em primeiro lugar, estruturar um lastro ao pagamento de indenização por tempo de serviço, proporcionando a garantia de recebimento dos valores pelo trabalhador.

[...]

Conjugando os variados aspectos suscitados, pode-se definir o FGTS como um fundo de natureza financeira, composto pelo saldo das contas individuais dos trabalhadores e outros recursos a ele incorporados por força de lei, destinado ao custeio do regime da indenização por tempo de serviço.²¹

Feita esta resumida introdução, examinam-se as alegações de inconstitucionalidade.

21 JANTALIA, Fabiano. *Fundo de Garantia do Tempo de Serviço*. São Paulo: LTr, 2008, p. 48.

III.2. DIREITO AO FGTS

O direito constitucional ao FGTS não foi violado. Não obstante a Constituição haja inserido o fundo no rol de direitos trabalhistas (art. 7º, III), é pertinente a observação de FABIANO JANTALIA de que o direito fundamental constitucionalmente protegido refere-se à indenização por tempo de serviço – de natureza trabalhista –, não ao fundo em si:

O núcleo do direito previsto no art. 7º, inciso III, da Carta vigente é a **indenização por tempo de serviço**, que o Constituinte determinou que fosse custeada na forma de um fundo. A crítica pode parecer desnecessariamente minuciosa, mas repercute de forma decisiva sobre a natureza jurídica do instituto, evitando que se conceba que o FGTS, o instituto hoje nominado em lei própria, é o direito trabalhista de que trata a Carta Maior. Na verdade, e é bom que se frise, o direito trabalhista constitucionalmente assegurado é a indenização por tempo de serviço, sendo o FGTS (ou qualquer outro fundo que atenda a essa finalidade) **mero instrumento** (aliás, de natureza civil) utilizado para dar cumprimento e efetividade ao direito a essa indenização.²²

Esse direito o regulamenta a Lei 8.036/1990, cujo art. 20 prevê as hipóteses de movimentação da conta pelo titular, das quais se destacam as seguintes: despedida sem justa causa, inclusive a indireta, por culpa recíproca ou por força maior; extinção normal do contrato a termo; extinção da empresa; aposentadoria; falecimento, caso em que o saldo se destina aos dependentes previdenciários ou sucessores civis; aquisição de imóvel para moradia por meio do Sistema Financeiro da Habitação (SFH); câncer, AIDS e doença

²²JANTALIA, Fabiano. **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço**. São Paulo: LTr, 2008, p. 51.

grave que cause estágio terminal; idade igual ou superior a 60 anos; necessidade pessoal advinda de desastre natural.

Os trabalhadores titulares de contas do FGTS contam com essa proteção no caso de certos imprevistos, notadamente a despedida sem justa causa. Segundo as demonstrações contábeis do FGTS, os saques nas contas vinculadas no exercício de 2012 totalizaram mais de R\$ 65 bilhões, com a seguinte discriminação: (i) demissão sem justa causa: R\$ 41 bilhões (63%); (ii) aposentadoria: R\$ 9 bilhões (14%); (iii) moradia: R\$ 8,5 bilhões (13%); (iv) inatividade da conta: quase R\$ 900 milhões (1,4%); (v) doenças previstas na lei: R\$ 500 milhões (0,4%); (vi) demais modalidades: R\$ 4,6 bilhões (7,2%).²³

Não há, portanto, violação ao núcleo essencial do direito consagrado no inciso III do art. 7º da Constituição, ou seja, o direito trabalhista à indenização por tempo de serviço.

III.3. APLICAÇÃO DOS RECURSOS DO FGTS

Não impressiona a alegação da DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO de que a Constituição não atribuiu ao FGTS a finalidade de custear políticas públicas de habitação, saneamento e infraestrutura. Segundo a Lei 8.036/1990, a aplicação desses recursos deve obedecer a diversas regras de investimento e garantia:

²³ Caixa Econômica Federal. Relatórios e Balanços do FGTS. Exercício de 2012. Disponível em: www.caixa.gov.br. Acesso em: 15 maio 2014.

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

I – estabelecer as diretrizes e os programas de alocação de todos os recursos do FGTS, de acordo com os critérios definidos nesta lei, em consonância com a **política nacional de desenvolvimento urbano** e as **políticas setoriais de habitação popular, saneamento básico e infra-estrutura urbana** estabelecidas pelo Governo Federal; [...].

Art. 7º. À Caixa Econômica Federal, na qualidade de agente operador, cabe: [...]

III – definir os procedimentos operacionais necessários à **execução dos programas de habitação popular, saneamento básico e infra-estrutura urbana**, estabelecidos pelo Conselho Curador com base nas normas e diretrizes de aplicação elaboradas pelo Ministério da Ação Social;

IV – elaborar as análises jurídica e econômico-financeira dos **projetos de habitação popular, infra-estrutura urbana e saneamento básico** a serem financiados com recursos do FGTS; [...].

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:

I – garantias: [...]

II – **correção monetária igual à das contas vinculadas;**

III – **taxa de juros média mínima, por projeto, de 3 (três) por cento ao ano;**

IV – **prazo máximo de trinta anos.**

§ 1º. A rentabilidade média das aplicações deverá ser suficiente à cobertura de todos os custos incorridos pelo Fundo e ainda à formação de reserva técnica para o atendimento de gastos eventuais não previstos, sendo da Caixa Econômica Federal o risco de crédito.

§ 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 ([...]) por cento para investimentos em habitação popular.**

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

[...]

Art. 10. O Conselho Curador fixará diretrizes e estabelecerá critérios técnicos para as aplicações dos recursos do FGTS, visando:

I – exigir a participação dos contratantes de financiamentos nos investimentos a serem realizados;

II – assegurar o cumprimento, por parte dos contratantes inadimplentes, das obrigações decorrentes dos financiamentos obtidos;

III – evitar distorções na aplicação entre as regiões do País, considerando para tanto a demanda habitacional, a população e outros indicadores sociais.

Em primeiro lugar, tais dispositivos não foram impugnados, de maneira que sua compatibilidade com a Constituição não pode ser apreciada nesta ação direta. Em segundo, um fundo deve necessariamente ser dinâmico, ou seja, seus recursos precisam ser aplicados em investimentos para gerar remuneração de seus investidores, com juros e correção monetária.

A opção política pela aplicação dos recursos do FGTS no setor habitacional advém da vinculação histórica entre as relações de trabalho, a industrialização, a urbanização e os problemas sociais de moradia urbana. A esse respeito, EDUARDO GABRIEL SAAD ressalta que, nas primeiras décadas do século XX, o êxodo rural pressio-

nou o Brasil a enfrentar o problema habitacional, inicialmente sem planejamento, que passou a tomar forma nas décadas de 1940 e 1960, por meio de diversos programas governamentais que levaram ao Sistema Financeiro de Habitação (SFH).²⁴ O crescimento intensivo das cidades amplia, evidentemente, as demandas por serviços de saneamento e infraestrutura urbana, o que justifica a complementariedade dos investimentos nessas duas áreas.

Ao afirmar a natureza condominial do FGTS, FABIANO JANTALIA anota:

A natureza condominial do FGTS decorre precisamente do fato de ele ser constituído na forma de um fundo, o que, ressalvada sua destinação imposta por lei, não o deixa muito distante dos fundos de pensão tradicionais. O segredo do modelo adotado é que, embora todos os trabalhadores sejam beneficiados mensalmente com os recolhimentos compulsórios de seus empregadores, **nem todos os beneficiados sacam seus saldos ao mesmo tempo, ficando assim sempre disponível uma soma para investimentos**, que a lei, no caso do FGTS, impõe que sejam direcionados ao fomento de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura.²⁵

Desse modo, a característica de “poupança forçada” do FGTS, garantida pelas hipóteses taxativas de movimentação da conta, permite reduzir a liquidez dos depósitos para o respectivo titular, de maneira a favorecer a aplicação dos recursos e, conseqüentemente, a geração de rendimentos e a execução da política habitacional, com baixas taxas de financiamento. Essa foi a sistemática histórica-

24 SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários à Lei do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço: Lei n. 8.036, de 11.5.90*. São Paulo: LTr, 1991, pp. 116-120.

25 JANTALIA, Fabiano. *Fundo de Garantia do Tempo de Serviço*. São Paulo: LTr, 2008, p. 52; destaques acrescentados.

mente encontrada pelo legislador e pelo Executivo para, de um lado, assegurar o direito à indenização do tempo de serviço e, de outro, equacionar o direito à moradia dos trabalhadores, especialmente os de baixa renda.

III.4. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Não há violação ao princípio da moralidade administrativa devido a suposta apropriação, pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, da diferença entre a inflação e a TR no tocante às contas vinculadas do FGTS.

A CAIXA é apenas agente operador da aplicação dos recursos do fundo, nos termos da lei, dos regulamentos e das diretrizes estabelecidas pelo CONSELHO CURADOR DO FGTS. Não lhe assiste direito de dispor dos recursos em seu próprio interesse, tampouco definir índices de correção monetária a serem utilizados.

Por fim, a taxa de administração devida ao agente operador não é imoral, por se tratar de contrapartida aos ônus envolvidos e ao risco de crédito assumido pela CEF, como ocorre em outras relações financeiras (art. 9º, § 1º, da Lei 8.036/1990).²⁶

26 Art. 9º, § 1º A rentabilidade média das aplicações deverá ser suficiente à cobertura de todos os custos incorridos pelo Fundo e ainda à formação de reserva técnica para o atendimento de gastos eventuais não previstos, sendo da Caixa Econômica Federal o risco de crédito.

III.5. A TR E A JURISPRUDÊNCIA DO STF

Em 1992, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI 493, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, e decidiu que a Taxa Referencial não é índice de correção monetária, por não refletir a variação do poder aquisitivo da moeda decorrente do processo inflacionário.²⁷ O Min. MOREIRA ALVES delimitou a controvérsia da seguinte forma (p. 312-313):

2. Fixados esses princípios, passo a examinar os dispositivos impugnados.

Dizem eles respeito, objetivamente, a contratos celebrados anteriormente à entrada em vigor da Medida Provisória nº 294, que foi publicada em 1º de fevereiro de 1991, e que veio a ser convertida na Lei nº 8.177, de 1º de março seguinte. E alteram o modo de atualização do valor dos saldos devedores e das prestações, a partir de fevereiro de 1991, nesses contratos que são celebrados entre as entidades integrantes dos sistemas financeiros de habitação e particulares.

Alega-se que essas alterações violam a garantia constitucional de que a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito.

Já nas informações e na defesa produzida pela Advocacia-Geral da União sustenta-se que essa ofensa não ocorre, porquanto: [...]

e) a taxa referencial (TR) é mero indexador, e foi introduzida em nosso direito para a sincronização dos efeitos da inflação com a equação econômico-financeira das relações estabelecidas no sistema financeiro de habitação, o que se obteve com a substituição da indexação pela inflação passada pela correção das prestações pela inflação esperada;

f) as leis monetárias, abrangendo a definição, extinção e criação tanto da moeda de pagamento como da moeda de conta – ou seja, do indexador e seus limites de aplicação má-

27 STF. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade 493/DF. Relator: Ministro Moreira Alves. 25 jun. 1992, maioria. DJ de 4/9/1992, p. 14.089; RTJ vol. 143-03, p. 724.

ximo e mínimo – têm efeito imediato, por serem normas de direito público; não ferem direito adquirido, pois inexistem direitos das partes à manutenção do padrão monetário ou indexador; [...].

Demonstrou, em seguida, que a TR não reflete a desvalorização da moeda, motivo pelo qual não deve ser tida como índice de atualização monetária (p. 319-320):

[...] a TR é a taxa que resulta, com a utilização das complexas e sucessivas fórmulas contidas na Resolução nº 1085 do Conselho Monetário Nacional, do cálculo da taxa média ponderada da remuneração dos CDB/RDB das vinte instituições selecionadas, expurgada esta de dois por cento que representam genericamente o valor da tributação e da “taxa real histórica de juros da economia” embutidos nessa remuneração.

Seria a TR índice de correção monetária, e, portanto, índice de desvalorização da moeda, se inequivocamente essa taxa média ponderada da remuneração dos CDB/RDB com o expurgo de 2% fosse constituída apenas do valor correspondente à desvalorização esperada da moeda em virtude da inflação. Em se tratando, porém, de taxa de remuneração de títulos para efeito de captação de recursos por parte de entidades financeiras, isso não ocorre por causa dos diversos fatores que influem na fixação do custo do dinheiro a ser captado.

Com esse argumento, afastou o debate concernente à aplicação imediata das normas que alteram índice de correção monetária, pois esse não seria o caso da TR. Entendeu que a aplicação retroativa de nova taxa de reajuste de saldos devedores violava o ato jurídico perfeito, no que foi acompanhado pela maioria do Tribunal.

Não houve, portanto, declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos que determinam a incidência da TR.

Em 2013, o STF apreciou a constitucionalidade das alterações promovidas pela Emenda Constitucional 62, de 9 de dezembro de 2009, no sistema de pagamento e parcelamento de precatórios. O tema foi analisado em quatro ações. O mérito foi julgado nas ADIs 4.357 e 4.425. Por sua vez, as ADIs 4.372 e 4.400 foram extintas por ilegitimidade ativa *ad causam*.²⁸

No que interessa por ora, declarou-se a inconstitucionalidade da expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”, constante do art. 100, § 12, da Constituição e do art. 97, §§ 1º, inciso II, e 16, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), inseridos pela emenda:

Constituição:

Art. 100. [...]

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo **índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança**, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

ADCT:

Art. 97. [...]

28 STF. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.400/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Relator para Acórdão: Ministro Marco Aurélio. 6 mar. 2013. DJe-194 de 3/10/2013. STF. Informativo de Jurisprudência. Número 697. Brasília: STF, 4 a 8/3/2013.

§ 1º. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios sujeitos ao regime especial de que trata este artigo optarão, por meio de ato do Poder Executivo: [...]

II – pela adoção do regime especial pelo prazo de até 15 ([...]) anos, caso em que o percentual a ser depositado na conta especial a que se refere o § 2º deste artigo corresponderá, anualmente, ao saldo total dos precatórios devidos, acrescido do **índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança** e de juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança para fins de compensação da mora, excluída a incidência de juros compensatórios, diminuído das amortizações e dividido pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento. [...]

§ 16. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo **índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança**, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

Até o momento foi publicado apenas o acórdão da ADI 4.425.²⁹ O relator, Min. AYRES BRITTO, sustentou:

19. [...] Se há um direito subjetivo à correção monetária de determinado crédito, direito que, como visto, não difere do crédito originário, **fica evidente que o reajuste há de corresponder ao preciso índice de desvalorização da moeda, ao cabo de um certo período; quer dizer, conhecido que seja o índice de depreciação do valor real da moeda – a cada período legalmente estabelecido para a respectiva medição –, é ele que por inteiro vai recair sobre a expressão financeira do instituto jurídico protegido com a cláusula de permanente atualização monetária. É o mesmo que dizer: medido que seja o tamanho da inflação**

29 STF. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.425/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Relator para Acórdão: Ministro Luiz Fux. 14 mar. 2013. DJe-251 de 19/12/2013.

num dado período, tem-se, naturalmente, o percentual de defasagem ou de efetiva perda de poder aquisitivo da moeda que vai servir de critério matemático para a necessária preservação do valor real do bem ou direito constitucionalmente protegido. [...]

21. O que se conclui, portanto, é que o § 12 do art. 100 da Constituição acabou por artificializar o conceito de atualização monetária. Conceito que está ontologicamente associado à manutenção do **valor real** da moeda. Valor real que só se mantém pela aplicação de índice que reflita a desvalorização dessa moeda em determinado período. Ora, se a correção monetária dos valores inscritos em precatório deixa de corresponder à perda do poder aquisitivo da moeda, o direito reconhecido por sentença judicial transitada em julgado será satisfeito de forma excessiva ou, de revés, deficitária. **Em ambas as hipóteses, com enriquecimento ilícito de uma das partes da relação jurídica.** E não é difícil constatar que a parte prejudicada, no caso, será, quase que invariavelmente, o credor da Fazenda Pública. Basta ver que, nos últimos quinze anos (1996 a 2010), enquanto a TR (taxa de remuneração da poupança) foi de 55,77%, a inflação foi de 97,85%, de acordo com o IPCA.

Na mesma linha, o Min. LUIZ FUX afirmou:

[...] 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.

[...]

Não bastasse essa constatação, é de se ver que o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu que a Taxa Referencial não reflete a perda do poder aquisitivo da moeda. Ao julgar a ADIn 493, rel. Min. Moreira Alves, o plenário desta Corte entendeu que o aludido índice não foi criado para captar a variação de preços na economia, daí ser insuscetível de operar como critério de atualização monetária. [...]

[...] 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.

Esse entendimento foi acompanhado pelos Ministros CELSO DE MELLO, MARCO AURÉLIO, RICARDO LEWANDOWSKI, JOAQUIM BARBOSA, CÁRMEN LÚCIA e ROSA WEBER, vencidos os Ministros GILMAR MENDES, TEORI ZAVASCKI e DIAS TOFFOLI, que julgavam o pedido totalmente improcedente.

Embora se tenha afirmado, no julgamento, que a TR não é adequada para atualização monetária, não se discutiu a competência constitucional do legislador para dispor sobre Direito Monetário. O principal elemento de diferença entre aquele caso e esta ação reside no momento da edição do ato normativo impugnado: enquanto a Emenda Constitucional 69 data de 2012, as Leis 8.036 e 8.177 são de 1990 e 1991, antes mesmo do Plano Real (com a Medida Provisória 434, de 27 de fevereiro de 1994), que possibilitou a estabilização da economia e a contenção da inflação.

O próprio contexto histórico sugere interpretação condizente com as circunstâncias econômicas e políticas que levaram à edição das referidas normas.

III.6. CONSTITUIÇÃO, ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA

E DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE

A Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 1, de 17 de outubro de 1969, previa a “cláusula de exata correção monetária” para os casos de desapropriação:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 22. É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no artigo 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título de dívida pública, **com cláusula de exata correção monetária**. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

Art. 161. A União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, **com cláusula de exata correção monetária**, resgatáveis no prazo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas.

Não é difícil perceber por que essa expressão foi abandonada na Constituição de 1988, que preferiu referir-se a esse reajuste monetário como “atualização monetária”, “preservação do poder aquisitivo” ou, ainda, “preservação do valor real”. É o caso, por exemplo, do salário mínimo (art. 7º, inciso IV), da remuneração no

setor público (art. 37, X), dos benefícios previdenciários (art. 40, §§ 8º e 17, e art. 201, §§ 3º e 4º), da indenização decorrente de desapropriação (arts. 182, § 4º, III, e 184, *caput*) e dos precatórios (art. 100, §§ 5º e 12).

Mesmo nessas hipóteses, que contam com expressa determinação constitucional de preservação do valor real da moeda, a atualização monetária não é automática. Há necessária intervenção do legislador, ao qual compete dispor, mediante lei federal, sobre o sistema monetário (arts. 22, VI, e 48, XIII). Em outras palavras, é indispensável, em regra, a *interpositio legislatoris*.

O tema foi debatido pelo Plenário do STF em 2011, no julgamento do já referido RE 388.312 (p. 154-155 e 165-166):

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: [...]

11. Tenho que não cabe ao Poder Judiciário proceder à atualização pretendida, conforme assentado em vários precedentes deste Supremo Tribunal Federal [...].

12. Em efeito, o entendimento segundo o qual o Poder Judiciário não pode impor atualização monetária na ausência de previsão legal nesse sentido tem por fundamento o uso regular do poder estatal na organização da vida econômica e financeira do país, no espaço próprio das competências dos Poderes Executivo e Legislativo.

Ora, quando da edição da Lei n. 9.250/95, o Brasil experimentava a recém-adquirida estabilidade econômica advinda da implantação do Plano Real, após décadas de inflação crônica e de sucessivos planos econômicos fracassados, com resultados traumáticos para a sociedade brasileira.

Uma das realizações desse plano econômico foi exatamente a quebra da cultura inflacionária desenvolvida com sistemática indexação. [...]

Assim, permitir que o Poder Judiciário aplique correção monetária em tributo [a] que a lei não o fez importa, em última análise, negar a possibilidade de implementação de políticas econômicas ativas, cuja realização – ensina nosso colega, Ministro Eros Grau, em trabalho doutrinário primoroso – “*constitui dever do Estado e direito reivindicável pela sociedade*” (in *A Ordem Econômica na Constituição de 1988. Interpretação e crítica. 11ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 256*).

13. Poucos temas têm repercussão tão drástica na ordem econômico-financeira quanto o da correção monetária, **motivo pelo qual a sua efetivação não prescinde de expressa previsão legal.**

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE: [...]

Dado o histórico inflacionário é que adveio a preocupação do Constituinte de assegurar a correção monetária de determinadas obrigações, mormente de cunho alimentício, como no caso do salário mínimo (art. 7º, IV), dos vencimentos e dos subsídios (art. 37, X), bem como dos benefícios previdenciários (art. 201, § 2º, e, após a EC 20/98, o § 4º).

Mas não há uma decisão política fundamental de indexação automática ampla de toda a economia, o que, aliás, seria descabido. É preciso ter critérios para a aplicação de correção monetária, sob pena de vir a contribuir para a perpetuação da cultura inflacionária, o que ocorreria no caso de uma indexação generalizada de todas referências e obrigações monetárias. [...]

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

Cuida-se, efetivamente, de matéria que se situa no plano das políticas econômica e monetária e que se vincula às circuns-

tâncias e à necessidade de recomposição do equilíbrio das relações.³⁰

Ambas as ministras citaram trecho do voto do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE proferido em 2002, no RE 201.465, na parte em que afirmava não existir direito constitucional à indexação real (p. 434-435):

Estou, e deixo explícito, em que – não obstante as considerações feitas sobre o mínimo de realidade exigível da regulação legal no campo de incidência dos diversos tributos –, **não há um direito constitucional à indexação real, nem nas relações privadas, nem nas relações de Direito Público, sejam elas tributárias ou de outra natureza. A questão é de Direito Monetário, pois, [e é] ampla a liberdade de conformação do legislador para dar, ou não, eficácia jurídica ao fenômeno da perda do valor de compra da moeda.** É certo que a jurisprudência do Tribunal, no final dos anos sessenta e no começo dos setenta, chegou à generalização do princípio da correção monetária. Fê-lo, no entanto, num quadro em que se multiplicavam as leis específicas determinantes da correção, e, no qual, a indexação poderia ser considerada um princípio geral do Direito Positivo brasileiro. Por isso, pelo que eu chamaria de extensão analógica para salvar o princípio da isonomia, o Tribunal estendeu a correção monetária àqueles campos residuais, nos quais ela não era prevista expressamente.

O caso, no entanto – convenceram-me os votos do eminente Relator e dos Ministros ILMAR GALVÃO e CARLOS VELLOSO –, tem um dado absolutamente peculiar: a Lei nº 8.200 vale por um reconhecimento legal de que seria devida a possibilidade de compensação, na demonstração financeira do exercício seguinte, de um índice que, conforme a visão do próprio legislador monetário e o quadro da época, não

30 STF. Plenário. Recurso Extraordinário 388.312/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relatora para o acórdão: Ministra Cármen Lúcia. 1º ago. 2011. DJe-195, de 11/10/2011.

expressara com fidelidade a verdadeira situação patrimonial das empresas, nem a realidade da sua renda.³¹

O Min. ILMAR GALVÃO manifestara-se no mesmo sentido (p. 425-427):

[...] A questão, então, é saber se o legislador, na nova lei, reconheceu ter o contribuinte um direito malferido, reparando o efeito anterior; ou se pode estabelecer o índice de correção monetária que quiser e depois conceder favores fiscais. Esse é o problema. Sabemos não haver, realmente, direito a índice de inflação, de correção monetária. Jamais poderemos dizer que a lei está errada, que o índice não corresponde à realidade. [...]

O problema, no caso, é saber se se está diante de um direito ou de um favor. É uma questão a ser examinada. [...]

Não vejo, no caso, um direito à indexação, mas sim que a lei veio reparar um gravame, reconhecendo o direito de o contribuinte não ter essas demonstrações corrigidas pelo IPC naquele ano. É realmente difícil, é uma questão de opção.

Naquele julgamento, o Min. ILMAR GALVÃO manteve-se fiel ao entendimento que externara em 2000 no RE 226.855, pertinente ao FGTS (p. 937-939):

O que se tem, no caso, na verdade, é um fundo criado com a finalidade de compensar o efeito jurídico da estabilidade, suprimido ao contrato de trabalho.

De natureza obviamente institucional, nada impede a alteração, por lei, dos seus elementos conformadores, entre eles as contribuições que lhe são destinadas, a remuneração das contas, os critérios de atualização monetária dos respectivos valores e as condições de levantamento dos recursos.

Não se trata de fundo suscetível de ser complementado por empregadores ou pelo Poder Público, razão pela qual os re-

31 STF Plenário. Recurso Extraordinário 201.465/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Nelson Jobim. 2 maio 2002, maioria. DJ de 17/10/2003, p. 14.

recursos destinados à remuneração e à atualização das respectivas contas não de ser obtidos mediante aplicação dos valores acumulados em operações econômicas, ao mesmo tempo, de baixo risco e de rendimentos bastantes à preservação do necessário equilíbrio entre as contas ativas e passivas, requisito indispensável à própria subsistência do Fundo.

Essa circunstância afasta, de pronto, a hipótese de atualização dos saldos das contas vinculadas segundo critérios outros que não a aplicação dos índices oficiais de correção monetária, únicos possíveis de serem exigidos, em contrapartida, dos tomadores de recursos do Fundo.

Inexiste, por isso mesmo, norma jurídica que imponha o dever de preservação do valor real dos saldos das referidas contas, garantia que, entre nós, não contempla sequer os salários.

É sabido, por outro lado, que a inflação no Brasil tem sido combatida, nos últimos tempos, por meio da implantação de planos de estabilização econômica que se têm caracterizado especialmente por abruptos congelamentos de preços, implementados por via de alterações introduzidas no sistema monetário, a que não poderiam ficar imunes fundos institucionais como o de que se trata.

Não há falar, pois, em direito adquirido à correção monetária das contas vinculadas ao FGTS, em face de novo índice fixado no bojo de tais planos econômicos, ainda que instituído no curso do prazo aquisitivo do direito, para ter vigência na data do próximo crédito de rendimentos [...]. Com efeito, não haveria de se falar, em circunstância tal, em direito adquirido a índice já extinto ou a percentuais apurados com base em dispositivos legais revogados antes do momento de sua aplicação.³²

Naquele julgamento, um parecer do Professor LUÍS ROBERTO BARROSO – hoje relator desta ação direta de inconstitucionalidade – foi citado nos votos dos Ministros MARCO AURÉLIO (p. 1.006-1.009), SEPÚLVEDA PERTENCE (p. 1.054-1.058) e NÉRI DA

³² STF, Plenário. Recurso Extraordinário 226.855/RS. Relator: Ministro Moreira Alves. 31 ago. 2000, maioria. DJ de 13/10/2000, p. 20; RTJ, vol. 174-03, p. 916.

SILVEIRA (p. 1.074-1.075). Nele, analisaram-se as condições de aquisição do direito à atualização monetária segundo os índices vigentes nas décadas de 1980 e 1990, para definir, à luz da legislação infraconstitucional, qual seria aplicável a cada caso concreto. Não se pode negar que a definição do índice depende da intervenção do legislador e das demais entidades legitimadas a definir a política macroeconômica e monetária do governo.

Não parece haver mecanismo jurídico apropriado para extrair disciplina do instituto diretamente da Constituição, muito menos para que isso se faça por meio de decisão judicial em controle concentrado de constitucionalidade.

As alegações de vulneração do direito fundamental de propriedade, embora sedutoras, não procedem.

Além do direito de propriedade, a Constituição também protege a estabilidade do sistema econômico brasileiro, indiscutivelmente vinculada à estabilidade monetária. A moeda, além de seu nítido valor econômico *stricto sensu*, apresenta relevante valor social e político e costuma servir de instrumento da própria soberania nacional, exercida pelos poderes republicanos constituídos. A validade dos dispositivos legais impugnados decorre da prerrogativa constitucional de o Estado instituir políticas econômicas ativas, mediante leis editadas nos limites da competência legislativa para dispor sobre Direito Monetário.

Trata-se, em última análise, da conformação infraconstitucional dos direitos e preceitos estabelecidos na Constituição. Como se

sabe, os direitos fundamentais não são absolutos,³³ de maneira que o direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII) se deve compatibilizar com outros direitos e com a regulamentação legal dos demais institutos jurídicos relacionados – como é o caso da moeda.

Em conclusão, a Constituição da República de 1988 não contém decisão política fundamental no sentido da atualização monetária por meio de indexador que preserve o valor real da moeda de forma direta e automática nem com base nela há como o Poder Judiciário eleger determinado índice de correção, em lugar do legislador.

Desse modo, o pedido é inteiramente improcedente.

IV. CONCLUSÃO

Ante o exposto, o parecer é pelo não conhecimento da ação ou, caso conhecida, pela improcedência do pedido.

Brasília (DF), 28 de maio de 2014.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República

RJMB/WS/AMJ – Par.WS/1.761/2014

33 SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 5º, *caput*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013, pp. 200-201.