

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DO 3º VARA FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE FEIRA DE SANTANA, ESTADO FEDERADO DA BAHIA

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CAIXA, instituição financeira sob a forma de empresa pública, com personalidade jurídica de direito privado, criada pelo Decreto-lei n.º 759/69, regendo-se por seu estatuto aprovado pelo Decreto n.º 5.056/2004, com sede em Brasília (DF), Superintendência Regional neste Estado e Representação Jurídica situada na Rua Aristides Novis, nº 48, 2º Andar – Centro, Feira de Santana, onde receberá intimações, vem, tempestivamente, apresentar sua **CONTESTAÇÃO**, com base nos fundamentos de fato e de direito que passa a expor.

1) BREVE RELATO

Trata-se de demanda questionando o índice de remuneração das contas vinculadas do FGTS, requerendo a substituição da TR (índice legalmente previsto), pelo INPC ou, alternativamente, o IPCA, ou ainda outro índice a ser arbitrado por esse Juízo.

Após breve intróito sobre o FGTS, parte autora traz algumas disposições sobre a remuneração monetária das contas do FGTS, ressaltando a utilização da Taxa Referencial – TR como parâmetro.

Finaliza a introdução dizendo que “a TR não reflete mais a correção monetária, tendo se distanciado completamente dos índices oficiais de inflação”, e que seria necessária a troca de índice para correção do FGTS.

No entanto, conforme será detalhado nos tópicos a seguir, o pleito autoral não merece prosperar.

2) DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL APLICÁVEL AO FGTS - Recurso Extraordinário 709.212/DF

Tanto o artigo 23, §5º, da Lei 8.036/1991 quanto o artigo 55 do Regulamento do FGTS , aprovado pelo Decreto 99.684/1990, estabeleciam o privilégio do FGTS à prescrição trintenária.

A rigor, tratava-se de regra sobre a qual sequer pairava discussão jurisprudencial. Isso porque o enunciado número 210 da súmula do Superior Tribunal de Justiça ratificava que “a ação de cobrança das contribuições para o FGTS prescreve em trinta (30) anos”.

O Tribunal Superior do Trabalho seguia a mesma trilha, dispondo no enunciado 362 de sua súmula que “é trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.”

Sucedo que, no julgamento do Recurso Extraordinário 709.212/DF (ementa em anexo), o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos normativos supracitados, fixando o prazo prescricional de 05 (anos) para a cobrança de valores referentes ao FGTS.

Segundo o voto vencedor do Ministro Gilmar Mendes, “[...] a jurisprudência desta Corte não se apresentava concorde com a ordem constitucional vigente quando entendia ser o prazo prescricional trintenário aplicável aos casos de recolhimento e de não recolhimento do FGTS”. Ainda nos dizeres do relator:

De fato, a previsão de prazo tão dilatado para o ajuizamento de reclamação contra o não recolhimento do FGTS, além de se revelar em desconpasso com a literalidade do Texto Constitucional, atenta contra a necessidade de certeza e estabilidade nas relações jurídicas, princípio basilar de nossa Constituição e razão de ser do próprio Direito.

No entanto, para não frustrar as legítimas expectativas daqueles que se pautaram nas normas declaradas inconstitucionais e nos anteriores entendimentos jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal optou por modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, de tal sorte que, em função do efeito prospectivo, o novo entendimento só será aplicado nas ações ajuizadas após o dia 13/11/2014, data do julgamento.

Fixada a premissa de que, com a declaração da inconstitucionalidade do artigo 23, §5º, da Lei 8.036/1991 e do artigo 55 do Regulamento do FGTS, o prazo prescricional para a cobrança de valores referentes ao FGTS passou de 30 (trinta) para 5 (cinco) anos nas ações ajuizadas a partir de 13/11/2014, passa-se agora à análise do caso concreto.

Decerto, aplica-se na espécie a prescrição quinquenal consagrada no Recurso Extraordinário 709.212/DF, pois, além de buscar a cobrança de valores de FGTS, a presente demanda foi ajuizada após o dia 13/11/2014.

Dessa feita, os valores de FGTS ora cobrados estão prescritos, pois a alegada violação ao direito remonta a período não abarcado pelo prazo prescricional de 05 (cinco), razão pela qual o feito deve ser julgado improcedente, extinguindo-o com resolução do mérito.

3) DA NECESSÁRIA SUSPENSÃO DOS FEITOS INDIVIDUAIS/COLETIVOS – DECISÃO PROFERIDA NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.381.683 - PE (2013/0128946-0) E RECEBIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NÚMERO 5008379-42.2014.404.7100 COM ABRANGÊNCIA NACIONAL

Conforme documento anexo, em decisão monocrática proferida no Recurso Especial nº 1.381.683 - PE (2013/0128946-0), cujo procedimento se submete à sistemática dos Recursos repetitivos – artigo 543-C do Código de Processo Civil –, o Superior Tribunal de Justiça, ao enfrentar acórdão paradigma sobre a possibilidade de afastamento da TR como índice de correção monetária dos saldos das contas de FGTS, determinou a suspensão de tramitação de todas as ações judiciais, individuais ou coletivas, que versem sobre o tema e estejam em curso em todas as instâncias da Justiça comum, estadual e federal, inclusive, Juizados Especiais Cíveis e as respectivas Turmas ou Colégios Recursais.

Entendeu o STJ que o fim almejado pela sistemática dos recursos repetitivos “*não se circunscreve à desobstrução dos tribunais superiores, mas direciona-se também à garantia de uma prestação jurisdicional homogênea aos processos que versem sobre o mesmo tema, bem como a evitar a desnecessária e dispendiosa movimentação do aparelho judiciário*”.

Dessa feita, impõe-se o sobrestamento da presente demanda até o julgamento final do Recurso Especial nº 1.381.683 - PE (2013/0128946-0). Mas antes mesmo da expressa determinação do STJ, já havia motivo para a suspensão deste processo.

É que a Ação Civil Pública de número 5008379-42.2014.404.7100/RS – na qual se postula justamente a substituição da TR, como índice legal de atualização das contas do FGTS, pelo INPC, ou IPCA, ou outro índice de reposição de perdas inflacionárias – foi recebida com abrangência nacional.

Dada a natureza coletiva da demanda supra, e a fim de evitar a multiplicação de demandas, a existência de decisões contraditórias e esforços desnecessários do próprio Judiciário, por esse viés, também se impunha a suspensão das demandas individuais acaso ajuizadas. Nesse sentido, a assente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Eis o acórdão paradigma:

RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1.- **Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.** 2.- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008). 3.- Recurso Especial improvido. (REsp 1110549/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, consigne-se que ações coletivas de menor abrangência ajuizadas, ou seja, aquelas de âmbito estadual, também deviam ser suspensas, haja vista que toda a questão seria resolvida na Ação Civil Pública número 5008379-42.2014.404.7100, sob pena de se perder toda a utilidade da tutela coletiva. Não se olvide: a macrolide já estava definida.

De tudo o quanto exposto, nota-se que, seja pela decisão monocrática proferida no Recurso Especial nº 1.381.683 - PE (2013/0128946-0), seja pelo recebimento da Ação Civil Pública Número 5008379-42.2014.404.7100 com abrangência nacional, é necessária a suspensão da presente ação.

4) MÉRITO

4.1) DA INAPLICABILIDADE DAS ADIN'S 4.357 E 4.425 COMO PRECEDENTES PARA O FGTS

Poder-se-ia aventar que, em razão do STF nos julgamentos das ADI 4425 e 4357 ter declarado a inconstitucionalidade da TR como índice de correção monetária para os precatórios, haveria afastamento absoluto da TR como indexador, inclusive no tocante ao FGTS. Tal forma de pensar, no entanto, não procede. Basta conferir a ementa do acórdão proferido nas mencionadas ADI's:

(...)

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.

7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquiram o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra.

9. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente em parte.

(ADI 4425, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 18-12-2013 PUBLIC 19-12-2013)

Como visto, a decisão exarada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4.357 e 4.425 não importou em entendimento sobre a inconstitucionalidade da TR para todo o ordenamento jurídico. Pelo contrário, declarou-se a inconstitucionalidade de parte da Emenda Constitucional 62/2009, no trecho referente à expressão 'índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança', constante do § 12º do artigo 100 da CF, para fins de atualização dos débitos judiciais da Fazenda Pública, **apenas e especificamente no tocante à compensação tributária através de Precatórios, nos termos seguintes:**

“14. Prossigo neste voto para assentar, agora, a inconstitucionalidade parcial do atual § 12 do art. 100 da Constituição da República. Dispositivo assim vernacularmente posto pela Emenda Constitucional nº 62/2009:

“§ 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.” (Grifou-se)

(...)

16. Observa-se, então, que, em princípio, o novo § 12 do art. 100 da Constituição Federal retratou a jurisprudência consolidada desta nossa Corte, ao deixar mais clara: a) a exigência da “atualização de valores de requisitórios, após sua expedição [e] até o efetivo pagamento”; b) a incidência de juros simples “para fins de compensação da mora”; c) a não incidência de juros compensatórios (parte final do § 12 do art. 100 da CF).

Mas o fato é que o dispositivo em exame foi além: fixou, desde logo, como referência para correção monetária, o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, bem como, “para fins de compensação de mora”, o mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança. E contra esse *plus* normativo é que se insurge a requerente”

Portanto, no acórdão da ADI 4.425, o STF concluiu fundamentalmente pela impossibilidade da utilização do índice oficial de correção da caderneta de poupança na atualização dos débitos dos precatórios da Fazenda em virtude de suas cobranças se pautarem em índices diversos e comprovadamente superiores, o que, na ótica daquela Corte, caracterizaria arbitrária discriminação e violação à isonomia entre devedor público e devedor privado (cf, art. 5º, caput). Senão vejamos o recorte do voto:

“Ademais, o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança “cria distorções em favor do Poder Público, na medida em que enquanto devedor os seus débitos serão corrigidos pela TR e, na condição de credor, os seus créditos fiscais se corrigem por meio da Selic”.

O que, de imediato, se percebe é que **a situação jurídica rechaçada pelo STF na ADI suscitada em nada se assemelha à situação dos depósitos do FGTS** reclamada na presente demanda.

Registre, em primeiro lugar, que – ao contrário do quanto eventualmente alegado pela parte autora nesse sentido –, o STF não afastou a constitucionalidade da aplicação da TR como índice de atualização monetária, nem a revogou, e tão pouco a afastou do ordenamento jurídico brasileiro.

Verifica-se que a pretensão deduzida face ao FGTS não se trata de uma relação jurídico-tributária como no precedente da Corte ventilado. O *discrímen* fundamental e motivador da decisão do STF é que o crédito de precatórios poderá ser utilizado como instrumento de compensação de dívidas tributárias, cujos índices de correção monetária alcançam patamares manifestamente superiores aos de correção dos precatórios. Tal fato importaria na quebra da isonomia entre o credor e o devedor, repita-se, para fins de compensação, mote da decisão do Supremo.

No caso dos precatórios, o que se observa é a existência de um titular de crédito judicial oponível à Fazenda Pública, situação que não se replica no âmbito do FGTS. Neste segundo caso, a relação se dá entre o titular de conta vinculada (em razão do depósito feito pelo empregador) e o próprio Fundo, o que torna impossível a existência de qualquer compensação entre o titular da conta vinculada e o seu operador. Destaque-se que não há a figura do credor e devedor, razão porque não há de se cogitar de violação ao princípio da isonomia.

Ademais, no FGTS, não é possível falar em direito subjetivo ao pagamento de um “crédito” enquanto não ocorrer a hipótese legal de saque (Lei 8.036, artigo 20), momento em que surge para o fundista a possibilidade de ingresso na sua esfera patrimonial. Os valores que integram as contas vinculadas do FGTS são oriundos dos depósitos realizados exclusivamente pelo empregador (e não pelo empregado). O titular da conta vinculada somente terá direito subjetivo ao saque nas hipóteses *numerus clausus* estabelecidas no artigo 20 da Lei 8.036/90. Conclui-se pela impossibilidade de reconhecimento de ofensa ao direito de propriedade.

No julgamento das ADIs eventualmente invocado como precedente jurisprudencial, preocupou-se o STF em preservar um equilíbrio entre os sujeitos jurídicos - titular do precatório e o Fisco – para garantir-lhes isonomia na compensação.

No FGTS a isonomia está preservada. Os sujeitos jurídicos diretos são o titular da conta vinculada e o FUNDO, não havendo qualquer possibilidade de se imputar enriquecimento indevido de uma das partes. Isto porque, segundo a lei que rege o FGTS, os seus recursos possuem destinação social específica que beneficiam outros sujeitos além da relação econômica-financeira entre o fundista e o Fundo, extrapolando os limites das lides individuais. Basta lembrar-se dos milhões de contratos de financiamento habitacional realizados com recursos do FGTS, cujo acesso pela população de baixa renda só é viável porque a sua correção é idêntica à remuneração do FGTS.

Demonstrada a diferença de premissas fáticas e jurídicas entre os casos levados ao Judiciário, conclui-se pela impossibilidade de replicar ao FGTS as conclusões sobre o uso da TR feitas pelo STF no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, seja porque não há hipótese de quebra de isonomia entre credor e devedor, seja porque não há a possibilidade de compensação, seja porque não há enriquecimento indevido de uma das partes litigantes em detrimento da outra, ou, finalmente porque a remissão à ofensa ao direito de propriedade não encontra respaldo na natureza jurídica dos depósitos fundiários.

Portanto, verifica-se que não há similitude entre o paradigma utilizado (ADI 4.357 e 4.425) e o presente caso.

4.1.1) DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NAS ADIN'S 4.357 E 4.425:

Caso não vislumbrada a diferença entre as ADIN's 4.357 e 4.425 e o presente caso, tem-se que a TR continua sendo o índice de correção a ser aplicado tanto para os precatórios quanto para o FGTS.

Isso porque, após o STF ter julgado as ações diretas de inconstitucionalidade supra, foram formulados vários pedidos para que fossem modulados os efeitos da decisão que julgou inconstitucionais a EC 62/2009 e o art. 1ºF da Lei n.º9.494/97. O Min. Luiz Fux, relator, inclusive, já votou para que haja a modulação dos efeitos, tendo havido, no entanto, um pedido de vista formulado pelo Min. Roberto Barroso.

Enquanto se aguarda a decisão do Plenário do STF para se definir se deve haver ou não a modulação, o Min. Luiz Fux, monocraticamente, proferiu uma decisão determinando que os Tribunais continuem a pagar os precatórios na forma como já vinham realizando antes da decisão proferida pelo STF, ou seja, segundo a sistemática prevista na EC 62/2009 e no 1ºF da Lei n.º9.494/97, com aplicação, pois da TR.

Em um determinado processo (AgRg no AI 1.417.464-SC), o STJ aplicou o IPCA para correção monetária de um precatório. A Procuradoria Geral Federal ingressou, então, com reclamação no STF afirmando que a decisão monocrática do Min. Luiz Fux foi desrespeitada.

O Min. Teori Zavascki, do STF, de forma monocrática, concordou com o requerimento da PGF e concedeu a liminar, determinando a suspensão do processo que tramita no STJ (AgRg no AI 1.417.464-SC).

Para o Min. Zavascki, enquanto não forem decididos os pedidos de modulação dos efeitos, continua em vigor o sistema de pagamentos de precatórios “na forma como vinham sendo realizados”, não tendo eficácia, por enquanto, as decisões de mérito tomadas pelo STF nas ADI's 4.357 e 4.425.

Em outras palavras, se em razão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade deve continuar sendo aplicada a TR para os precatórios, a Taxa Referencial também deve ser mantida no tocante à correção monetária do FGTS.

4.2) DA LEGALIDADE DA TR

A remuneração das contas vinculadas do FGTS pela TR tem indiscutível previsão legal. A Lei n.º 8.036/90, que dispõe especificamente sobre o FGTS, assim prevê:

*“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. (Grifos nossos).*

Posteriormente, a Lei n.º 8.177/91, que estabelece regras para a desindexação da economia, dispôs:

“Art. 15. 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 primeiro, mantida a periodicidade atual 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.” – grifo nosso

A Lei n.º 8.177/91 definia a TRD como fator de remuneração das cadernetas de poupança, sendo o FGTS remunerado pelo mesmo índice:

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;

Posteriormente, a Lei n.º 8.660/93 extinguiu a TRD, passando a poupança a ser remunerada pela TR:

Art. 2º Fica extinta, a partir de 1º de maio de 1993, a Taxa Referencial Diária - TRD de que trata o [art. 2º da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991](#).

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

Tal é a atual situação da poupança hoje, o mesmo se aplicando ao FGTS, conforme sumulado pelo STJ:

SÚMULA 459/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.

Ainda quanto à legalidade da aplicação da TR como índice destinado a remunerar as contas vinculadas de FGTS, cumpre destacar que o E. STF, ao julgar o RE 226.855/RS, considerando a natureza de regime jurídico desse fundo, corroborou a constitucionalidade da Lei 8.177/91 ao alterar o referido índice, não se cogitando a possibilidade de que essa decisão venha a ser desconsiderada, com o estabelecimento casuístico de qualquer outro índice.

Em face do arcabouço legal exposto, o acolhimento do pedido autoral implica ofensa à competência legislativa, em desatendimento ao art. 2º da Constituição Federal, que trata da divisão dos Poderes.

Ao Legislativo cumpre fazer as opções políticas, sendo que ao Judiciário compete cuidar para que tais opções sejam observadas, bem como para que não ofendam à Constituição. A pretensão é justamente a de que o Judiciário faça a opção política quanto ao índice de remuneração do FGTS, o que ignora a soberania popular.

Logo, a aplicação da TR para remuneração do FGTS é legal, e qualquer alteração deve vir do legislador, de modo que os pedidos merecem improvidamento.

É de ser notar que o autor não alega ilegalidade ou inconstitucionalidade das leis que regem a matéria, apenas se utiliza de argumentos não jurídicos para tentar mudar o índice de remuneração das contas vinculadas do FGTS.

Se não há pedido para desconstituição do regramento legal, este ficará preservado ao final da ação, o que leva, inexoravelmente, à sua improcedência.

Na mesma linha, a ação não questiona a atuação da CAIXA na aplicação da lei. Restando preservada a lei, e não se discutindo sua aplicação, os pedidos autorais carecem de qualquer respaldo legal, devendo ser integralmente rechaçados.

Ademais, quando ao autor menciona que, em alguns meses a TR foi igual a zero, isso não significa que a conta do trabalhador não tenha sofrido qualquer tipo de remuneração, uma vez que, nos termos do art. 13 da Lei n.º 8.036/90, há aplicação de juros de 3% (três por cento) ao ano.

I. Da Rejeição de Projeto de Lei – Manutenção da TR – Opção do Legislador – Separação de Poderes

Não bastasse a perfeita legalidade da utilização da TR no FGTS, é de ser visto que questão similar à da presente ação foi objeto de apreciação pelo órgão competente, o Legislativo, que rejeitou a proposta (conforme comprovam os documentos em anexo).

A substituição da TR pelo IPCA para a correção dos depósitos da conta vinculada foi objeto de recente Projeto de Lei do Senado (PLS 193/2008), **arquivado após parecer contrário emitido pela Comissão de Assuntos Econômicos**, no qual se ressaltou o efeito danoso que tal alteração produziria sobre os contratos de financiamento habitacional para a população de baixa renda, amplamente dependentes dos recursos do FGTS, com reflexos negativos na política de acesso à moradia.

Dessa forma, qualquer alteração no índice de remuneração dos saldos das contas vinculadas, implicará, obrigatoriamente, na adoção do mesmo “novo” índice sobre os depósitos realizados fora dos prazos regulamentares pelos empregadores e, principalmente, sobre os saldos devedores dos contratos de financiamento com recursos do FGTS.

A rejeição, pelo Legislativo, de proposta similar ao presente pedido, reforça a invasão de competência que significaria um eventual provimento.

Uma vez definida, de modo incontestado, a legalidade da atualização da conta do FGTS pela TR, convém analisar as razões do legislador.

A MP 294, de 31/01/1991, posteriormente convertida na Lei 8.177, instituiu a TR como novo índice a ser aplicado.

Esse dispositivo legal reiterava a disposição de desvincular-se a correção monetária, tanto de contratos quanto de obrigações fiscais, dos índices de preços, como se constata já no seu art. 1º, *verbis*:

“Art. 1º - O Banco Central do Brasil divulgará Taxa Referencial - TR, calculada a partir da remuneração mensal média, líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nas agências de bancos comerciais, bancos de investimentos e bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos, e/ou de títulos públicos federais, de acordo com metodologia a ser aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, no prazo de sessenta dias.”

A desvinculação da correção monetária dos índices de preços visa ao combate da chamada “inflação inercial”, pela qual os mecanismos de indexação provocam a perpetuação das taxas de inflações anteriores, que são sempre repassadas aos preços correntes. Constatava-se que, mesmo sem terem apresentado aumentos significativos de custo, muitos setores simplesmente elevam os preços pela inflação geral do país, divulgada pelas instituições de pesquisa.

Por essa razão, nos planos antiinflacionários adotados após 1986, as autoridades monetárias já haviam adotado o congelamento de preços e salários, para tentar eliminar a chamada

memória inflacionária – sem lograrem pleno êxito, dado que continuava vigente a indexação baseada em índices de preços.

Eis aqui um destaque a ser feito. O autor tece considerações acerca da correção monetária, que “existe entre nós [brasileiros] desde a década de 1960”. Tal assertiva nos leva a duas conclusões importantíssimas para o deslinde da controvérsia:

- a) a correção monetária nem sempre existiu;
- b) a correção monetária não é um padrão internacional.

Tal fato afasta o senso comum de que a correção monetária serve para recompor o valor básico, e os juros remuneram o capital. Não existe tal lógica, tanto assim que, desde a estabilização da economia, há quase duas décadas, tornaram-se comuns modalidades de empréstimo que carregam apenas juros, com prestações fixas durante todo o contrato, demonstrando o benefício da desindexação.

Tal benefício é bem conhecido dos empregados celetistas, haja vista ser esta a modalidade comum dos empréstimos com desconto em folha.

Importante observar que a correção monetária não é algo implícito no sistema, mas algo que tem que estar previsto. Sobre tal aspecto, vejamos lição de eminente jurista Fabiano Jantalia, no livro, FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, Ltr, pág. 110:

“A correção monetária, também chamada de correção do valor monetário, é o resultado das técnicas utilizadas para adaptar os valores às suas verdadeiras finalidades, diante das circunstâncias que impossibilitem o uso da moeda como medida de valor. **Ela não surge espontaneamente, como se fosse um consectário natural do processo inflacionário, mas deriva da lei ou do contrato.**

Em relação ao FGTS, o índice atualmente utilizado é a **Taxa Referencial (TR)**, por força do disposto no art. 7º da Lei n.º 8.660/93, que fixou a TR como índice de remuneração básica das cadernetas de poupança e que, por aplicação do art. 13 da Lei n.º 8.036/90, deve ser o indicador de correção também para as contas vinculadas.” – grifo nosso

Importante registrar que, conceitualmente, inflação não pode ser confundida com altas de preços esporádicas ou setoriais.

Na definição de Harberger (1978): “Nenhuma economia jamais experimentou uma inflação significativa e nenhuma teoria de inflação que mereça este nome sustentará que um processo inflacionário possa acontecer sem um aumento correspondente na quantidade de moeda”.

Quanto aos diversos índices de preços calculados por variadas entidades privadas e governamentais, registra-se que refletem a variação dos preços de uma certa gama de produtos, geralmente em períodos de 30 dias, não correspondendo necessariamente a uma alteração na quantidade de moeda, ou seja, não gerando propriamente inflação.

Note-se que fatores sazonais, como uma quebra de safra por efeito de intepéries, podem afetar os preços por um período relativamente longo, mas sem a permanência necessária para caracterizar verdadeira inflação, dado que em período imediatamente seguinte poderá ocorrer o inverso, com um aumento de produtividade também sazonal atuando na queda dos mesmos preços, anulando, ou mesmo revertendo a tendência anterior.

Outros fatores, como por exemplo a desoneração fiscal de determinados produtos, recentemente praticada em relação a veículos e produtos da chamada linha branca, também se refletem nos índices de preços, nesse caso no intuito de diminuir seu impacto na inflação.

Há, portanto, uma distinção a ser estabelecida entre índice de preços, que sempre será parcial e temporário, dado que reflete a variação de preços de uma cesta limitada (ainda que ampla) de produtos em um curto período de tempo (via de regra um mês), e índice de inflação, que abarca uma continuidade capaz de influenciar na expansão da base monetária em proporção superior à da produção de bens (PIB).

A história recente dá conta que, enquanto os índices de preços serviram para a correção monetária de obrigações fiscais e contratuais, o efeito de realimentação inflacionária (inflação inercial) praticamente causou a bancarrota de nossa economia, forçando o governo a adotar inúmeras medidas corretivas.

Registre-se, por pertinente, que durante a utilização de índices de preços como base para a correção monetária, a realimentação inflacionária chegou a patamares astronômicos, culminando com o percentual de 84,32% registrado no mês de março de 1990 – não por acaso o último antes da adoção de critério diverso, trocando-se o índice oficial do IPC para o BTN (posteriormente sucedido pela TR): de um índice de preços para um índice de correção de obrigações financeiras.

Além do mais, para suportar as despesas incorridas pelo FGTS, as aplicações dos recursos do Fundo, realizadas pela CAIXA e pelos demais órgãos integrantes do Sistema Financeiro de Habitação – SFH, dentre diversos requisitos, devem ser corrigidas monetariamente com taxa igual à das contas vinculadas e garantir uma taxa de juros média mínima, por projeto, de 3 (três) por cento ao ano, conforme previsto no artigo 9º da Lei 8036/90.

O citado artigo, em seus 6 (seis) parágrafos, ainda prevê um conjunto de mecanismos visando preservar o equilíbrio patrimonial deste importante Fundo, conforme se pode observar nas transcrições a seguir:

“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.

§ 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.

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

§ 5º As garantias, nas diversas modalidades discriminadas no inciso I do caput deste artigo, serão admitidas singular ou supletivamente, considerada a suficiência de cobertura para os empréstimos e financiamentos concedidos. (Redação dada pela Lei nº 9.467, de 1997)

§ 6º Mantida a rentabilidade média de que trata o § 1º, as aplicações em habitação popular poderão contemplar sistemática de desconto, direcionada em função da renda familiar do beneficiário, onde o valor do benefício seja concedido mediante redução no valor das prestações a serem pagas pelo mutuário ou pagamento de parte da aquisição ou construção de imóvel, dentre outras, a critério do Conselho Curador do FGTS. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.197-43, de 20)

Importante salientar, ainda, que desde a instituição da correção monetária no ordenamento jurídico pátrio, pela Lei 4.357/64, os coeficientes respectivos tem sua fixação legalmente atribuída a órgão oficial, naquela época ao Conselho Nacional da Economia, nada havendo de irregular na atribuição dessa responsabilidade ao Conselho Monetário Nacional, nos termos do art. 1º, da Lei 8.177/91.

Quanto ao pedido formulado, faz-se necessário ainda ressaltar que o próprio autor confessa sua índole casuística, quando informa que durante vários anos a TR superou o INPC e IPCA, tendo essa tendência se invertido de algum tempo para cá.

O fato é que não se pode falar propriamente em inflação, mas em olhares diversos sobre o fenômeno da alteração dos preços, o que explica a existência de vários índices, com valores distintos.

No entanto, deve-se frisar que, seja qual for o índice escolhido pelo legislador, não pode o mesmo ser substituído casuisticamente *contra legem*, pelo simples motivo de que, em um determinado período de tempo, outro índice não previsto em lei, apresentou percentual maior.

Observemos o IPCA. Sua abrangência resume-se aos gastos de pessoas físicas em apenas 11 (onze) regiões metropolitanas, e restringindo-se a alguns itens, estando muito distante da abrangência geral que pretende o autor.

O IPCA considera pesquisa efetuada apenas nas regiões metropolitanas de Belém, Fortaleza, Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo, Curitiba e Porto Alegre, Brasília e município de Goiânia, distribuindo os gastos das famílias segundo a tabela abaixo:

PESO DOS GRUPOS DE PRODUTOS E SERVIÇOS

| Tipo de Gasto | Peso % do Gasto (até 31.12.2011) | Peso % do Gasto (a partir de 01.01.2012) |
|---------------------------|----------------------------------|--|
| Alimentação e bebidas | 23,46 | 23,12 |
| Transportes | 18,69 | 20,54 |
| Habitação | 13,25 | 14,62 |
| Saúde e cuidados pessoais | 10,76 | 11,09 |
| Despesas pessoais | 10,54 | 9,94 |
| Vestuário | 6,94 | 6,67 |
| Comunicação | 5,25 | 4,96 |
| Artigos de residência | 3,90 | 4,69 |
| Educação | 7,21 | 4,37 |
| Total | 100,00 | 100,00 |

O exemplo mostra como é descabida a pretensão de substituir casuisticamente o índice aplicado na correção das contas de FGTS.

Ademais, o art. 2º da Lei n.º 8.036/90 não deixa dúvidas: a remuneração do FGTS é para “assegurar a cobertura de suas [do FGTS] obrigações.”

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.** – grifo nosso

Embora tal remuneração traga benefícios ao fundista, não é este o objetivo final da lei, mas sim a manutenção do paralelismo entre os investimentos feitos com verbas do FGTS e sua remuneração. Por isso mesmo as verbas do FGTS são utilizadas em diversos tipos de mútuo, remunerados pela mesma taxa, qual seja, a TR.

Diga-se, por fim, que o autor questiona a utilização do redutor, que seria o fator a tornar a TR inferior aos demais índices. Contudo, o autor deixa claro seu entendimento no sentido de que somente a partir de 1999 a TR teria deixado de espelhar o que entende ser a inflação do período.

Contudo, o redutor é utilizado desde a instituição da TR, como pode se ver da Resolução nº 1.805, de 27 de março de 1991, fixa o redutor em 2% (dois por cento):

III - a TR será calculada deduzindo-se da taxa média ponderada de remuneração obtida nos termos do item II os efeitos decorrentes da tributação e da taxa real histórica de juros da economia - representados pela taxa bruta mensal de 2% (dois por cento) conforme a fórmula abaixo:

Logo, a alegação referente ao redutor é mais um casuísmo da ação, até porque o redutor pode ser alterado a qualquer tempo.

A questão não é nova nos tribunais pátrios, que sempre rechaçaram a tese, conforme os precedentes abaixo demonstram:

ADMINISTRATIVO – CORREÇÃO DE SALDOS DE CONTA VINCULADA AO FGTS – APLICAÇÃO DA TR – JUROS REMUNERATÓRIOS – ART. 13 DA LEI Nº 8.036/90.

1. A rentabilidade garantida nas contas vinculadas ao Fundo de Garantia de Tempo de Serviço – FGTS é de 3% (três por cento) de juros ao ano, mais correção pela Taxa Referencial (TR). Observância do art. 13 da Lei nº 8.036/90.

2. A lei, portanto, determina a aplicação da TR, índice utilizado para atualização dos depósitos de poupança, como índice de atualização monetária das contas do FGTS e não o IPCA.

3. A Caixa Econômica Federal, órgão gestor do FGTS, não pode deixar de cumprir o disposto na Lei nº 8.036/90, de modo a aplicar índice não previsto em lei.

4. Precedentes: STJ, REsp 2007/0230707-8, Rel. Min. José Delgado, DJe 05/03/2008; TRF-2, AC 2009.51.01.007123-5/RJ, Rel. Des. Federal Reis Friede, E-DJF2R: 09.07.2010.

5. Apelação desprovida. Sentença mantida.

(TRF-2ª Região, 5ª Turma Especializada, Apelação Cível n. 0008652-22.2009.4.02.5101, Rel. Des. Fed. Marcus Abraham, DJe de 30.11.12)

AGRAVO INTERNO – FGTS – TR - ÍNDICE APLICÁVEL - CORREÇÃO MONETÁRIA - DEPÓSITOS DA CONTA VINCULADA AO FGTS – PODER JUDICIÁRIO – IMPOSSIBILIDADE DE ATUAR COMO LEGISLADOR POSITIVO.

I - A TR é índice aplicável, a título de correção monetária, aos depósitos da conta vinculada ao FGTS, nos termos do art. 13 da Lei 8.036/90.

II - O acolhimento da pretensão vertida na inicial implicaria na atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, em flagrante ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, visto que só lhe é dado agir como legislador negativo, afastando do mundo jurídico norma ilegal ou inconstitucional.

II - Agravo Interno da Parte Autora improvido.

(TRF-2ª Região, 7ª Turma Especializada, Apelação Cível n. 2009.51.01.007123-5, Rel. Des. Fed. Reis Friede, DJe de 08.07.2010)

No mesmo parâmetro, existem novas jurisprudências que consideram a TR o índice correto para a correção:

ADMINISTRATIVO. DEPÓSITOS DE FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TR. INCIDÊNCIA. ART.22 DA LEI 8.036/90 C/C ART. 12, I, DA LEI 8.177/91. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Apelação interposta pela parte autora contra sentença que julgou improcedente o pedido de condenação da CEF à aplicação, sobre os depósitos de sua conta vinculada ao FGTS, a partir de janeiro/1991, de índice de correção monetária diverso da Taxa Referencial prevista no art.1º, da Lei n. 8.177/91.

2. A definição do percentual incidente sobre os saldos das contas vinculadas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço deve obedecer ao critério disposto na legislação fundiária, mais precisamente no art. 13 da Lei n. 8.036/90, nos termos do qual os depósitos de FGTS serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para a atualização dos saldos das contas de poupança, por sua vez, remunerados pela TR, conforme disposto no art. 12, I, da Lei n. 8.177/91.

3. O STF, no julgamento da ADIn 493/DF, não decidiu pela impossibilidade de utilização da TR como índice de indexação, limitando-se a declarar a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 8.177/91 (art. 18, caput, parágrafos 1º e 4º, art. 20, art. 21, parágrafo único, art. 23 e parágrafos, art. 24 e parágrafos), no que se refere, tão somente, à aplicação em caráter retroativo. Precedente do STJ e do STF (RESP 654.365, DJ: 01/10/2007; RE 175678/MG, DJ: 04/08/1995).

4. Apelação improvida.

(PROCESSO: 200485000044839, AC475486/SE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, Primeira Turma, JULGAMENTO: 23/09/2010, PUBLICAÇÃO: DJE 30/09/2010 - Página 317)

ADMINISTRATIVO. FGTS. APELAÇÃO. RECURSO ADESIVO. PEDIDO PARA AFASTAMENTO DA TR NA CORREÇÃO DOS SALDOS DAS CONTAS VINCULADAS AO FGTS. PEDIDO PARA REPOSIÇÃO DOS ÍNDICES DE INFLAÇÃO DIVULGADOS PELO GOVERNO FEDERAL. REAJUSTE DAS CONTAS FUNDIÁRIAS POR LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. APLICAÇÃO DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS PREVISTOS NA SÚMULA 252 DO STJ. SENTENÇA MANTIDA.

1. A sentença recorrida julgou parcialmente procedente o pedido deduzido na inicial.

2. A CEF alega, em resumo, já ter ocorrido o creditamento do índice de 18,02% referente ao mês de junho/87; que a atualização referente a fevereiro de 10,14% é inferior ao índice efetivamente creditado, de 18,35%; ter sido editada Súmula 252 do STJ sobre os índices efetivamente devidos; que os índices de 18,02%, 5,38% e 7% já foram aplicados pelo banco depositário; que no mês de janeiro/89 deixou-se de creditar 16,64%, referente à diferença entre o valor lançado e o efetivamente devido; que em abril de 1990 não houve creditamento da atualização monetária, sendo devido o índice de 44,80%, nos termos da LC 110/2001; a condenação ilegal da CEF em honorários advocatícios, por ter sido afrontado o disposto no art. 29-C da Lei 8036/90; e, acaso não acolhido o entendimento, que sejam reduzidos os referidos honorários sucumbenciais.

3. O SINDIPETRO alega que a TR não pode ser utilizada como índice de correção monetária das contas vinculadas ao FGTS; terem sido violados o art. 11 da Lei nº

7.839/89; o art. 13 da Lei nº 8.036/90 e o art. 19 do Decreto 99.684/90; que deve ser afastada a TR, devendo ser utilizados índices que reponham a inflação oficial divulgada pelo Governo Federal (IPCA), preservando assim o real valor da moeda durante todo o período em que estiveram submetidos ao regime do FGTS; que se faça incidir, nas parcelas que são devidas aos substituídos, em razão da aplicação dos corretos índices de correção monetária os expurgos inflacionários constantes da súmula 252/STJ.

4. Conforme já esclarecido pela sentença recorrida, serão aferidos os índices de reajustes já aplicados nas contas fundiárias, obstando-se o creditação em duplicidade.

5. O índice de 10,14% (fevereiro/89) não foi objeto da presente demanda.

6. O Plenário do STF, em sede de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.736-DF, em 17.09.2010, decidiu, por unanimidade, declarar a inconstitucionalidade do art. 29-C da Lei nº. 8.036/90, introduzido por força da MP nº. 2.164-41, por esta razão a CEF não mais usufrui da isenção de honorários sucumbenciais em matéria de FGTS.

7. A correção monetária aplicável aos saldos depositados nas contas vinculadas ao FGTS nunca estiverem equiparadas aos mesmos índices adotadas pelo governo para medir a inflação do período, razão por que, no caso dos autos, prevalecem os índices descritos nas Leis que disciplinaram o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, ou seja, as Leis nºs 5.107/66, 7.839/89 e 8036/90.

8. Apelação da CEF improvida e recurso adesivo do SINDIPRETRO PE/PB improvido. (PROCESSO: 00081824220114058300, AC542460/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, Primeira Turma, JULGAMENTO: 20/09/2012, PUBLICAÇÃO: DJE 27/09/2012 - Página 164)

4.3) DOS REFLEXOS SISTÊMICOS E ECONÔMICO-FINANCEIROS

I. Da Desindexação da Economia e Risco de Prejuízo ao Próprio Trabalhador:

Como é de conhecimento geral, na história recente do Brasil, o país mergulhou em espiral inflacionária que levou à necessária desindexação da economia, ou seja, à criação de mecanismos legais e de atribuição de competências aos órgãos e entes responsáveis pela gestão monetária nacional, que banisse o uso não virtuoso de índices galopantes que se retroalimentavam e sugavam a capacidade de se ter um estabilização duradoura da moeda.

Eram, portanto, índices travestidos de recuperadores do poder aquisitivo da moeda, que na prática destruíam, pelo seu uso abusivo, os pilares da macroeconomia brasileira, com reflexos na população com menor capacidade de se defender dos efeitos inflacionários crescentes.

Dentro de tal premissa que foi editada a Lei n. 8.177/91, de 01 de março de 1991, que estabeleceu a TR, sob o escopo precípua de se retirar do mercado a prática de uso indiscriminado de parâmetros de atualização monetária nocivos à economia nacional, que acabavam causando desequilíbrio nas aplicações, nos contratos, nos fundos, dentre outros objetos componentes do Sistema Financeiro Nacional.

O legislador pátrio, ao promulgar a Lei n. 8.036/90, optou por desvincular o FGTS da nefasta indexação.

Cabe lembrar que o termo “correção monetária” foi oficialmente extinto do ordenamento pelo art. 4º da Lei 9.249/95, para dar lugar à “Atualização Monetária”, instrumento da política e do direito financeiro nacional, como forma de se viabilizar a desindexação da economia.

Com isso, restou estabelecida a aplicação do mesmo parâmetro de remuneração para os institutos da poupança, das contas do FGTS e respectivos contratos a eles vinculados.

Em se admitindo a correção da conta vinculada com base nos índices inflacionários apontados na inicial, haveria um completo desequilíbrio no Sistema Financeiro Nacional, causando

graves impactos na política econômica, fazendo com que, ao final, o próprio trabalhador seja o maior prejudicado pela medida.

II. Das inúmeras operações corrigidas pela TR – Risco sistêmico decorrente de enxurradas de ações:

Dentro do Sistema Financeiro Nacional, há um grande número de operações remuneradas pela TR, como, por exemplo, os contratos do SFH, Poupança, CREDUC, FIES, Depósitos Judiciais.

Uma vez afastada a TR, a despeito da legalidade da sua utilização, serão abertas as portas para o questionamento de todas as operações vinculadas ao referido índice, fato que envolverá milhões de pessoas, com riscos extremos não apenas para o Sistema Financeiro e para a economia pátria, mas também ao próprio Judiciário, que será assolado por um número incalculável de demandas judiciais, assim como ocorreu recentemente com as demandas envolvendo os expurgos inflacionários.

III. Do impacto direto nos contratos do SFH já firmados:

O cenário se torna ainda mais grave quando se analisa a questão sob a ótica dos contratos de financiamento habitacional firmados entre mutuários e instituições financeiras.

Como se sabe, tais contratos possuem cláusulas estabelecendo a atualização das prestações com base no índice aplicável aos saldos do FGTS.

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

A utilização do IPCA ou INPC atingiria os contratos já firmados, prejudicando o cumprimento das obrigações, fragilizando o crédito concedido, obtido e honrado com boa fé pelas partes.

Dois terços dos contratos de financiamento habitacional que são realizados com recursos do FGTS são firmados por titulares de contas vinculadas de FGTS. Ou seja, tais mutuários poderão eventualmente ser beneficiados pela correção do FGTS pleiteada, mas, ao mesmo tempo, serão automática e imediatamente prejudicados pelo aumento do valor das prestações do mútuo contratado, bem como do respectivo saldo devedor, tendo em vista as cláusulas contratuais acima mencionadas.

IV. Sobreposição de *Funding* – Risco de Extinção do FGTS e de sua finalidade social:

Mesmo considerando o repasse direto dos custos de remuneração das contas vinculadas do FGTS, por conta da determinação legal do art. 9º da Lei n. 8.036/90, outras mazelas serão impostas à sociedade brasileira, considerando que tal majoração fere a essência de criação do FGTS, da estrutura atuarial e de seus ditames legais regentes.

O FGTS foi concebido com a nobre missão de atuar no mercado de crédito habitacional em uma camada de menores valores, faixa na qual outros *fundings* não atuam.

Os contratos do FGTS têm taxas muito abaixo da média das demais fontes de financiamento, o que possibilita a captação dos seus recursos pelos agentes financeiros e a consequente concessão de milhões de empréstimos voltados à realização do sonho de moradia dos mutuários de baixa renda.

O FGTS deixaria de atuar na faixa de menor renda, haja vista a necessidade de aumento do retorno dos empréstimos, a fim de não prejudicar a saúde financeira do fundo, passando a atuar em faixas já atendidas pelo mercado de crédito de varejo.

Em decorrência da ausência de *funding* específico para as operações nessa faixa de baixos encargos, ocorrerá a aberração provocada pela sobreposição de fontes nas camadas de maior encargos, o que levaria à disponibilização de recursos do FGTS sem que tenham tomadores suficientes no mercado, que por decorrência do encarecimento do recurso do Fundo, provocaria o evento chamado de "sobreposição de *funding*".

V. Dos prejuízos aos entes federativos (União Federal, Estados e Municípios):

É expressivo o percentual de recursos do Fundo que são destinados ao financiamento de obras habitacionais, de saneamento e infraestrutura junto à União Federal, Estados e Municípios (os tomadores, historicamente, mais regulares do FGTS).

O reflexo do provimento da pretensão autoral não atingiria somente os titulares de conta vinculada de FGTS, mas também os entes públicos, que são responsáveis pela tomada de cerca de 12% dos recursos aplicados pelo Fundo de Garantia, o que, somente em 2012, representou **R\$ 5 bilhões de reais investidos em programas sociais**.

A troca da TR por índice maior majorará as dívidas, podendo ensejar endividamento superior ao permitido legalmente, provocando enquadramento na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000).

Isso porque os contratos efetuados com repasses de verbas do FGTS observam a capacidade de endividamento do ente federado, levando-se em consideração o índice legalmente previsto, a TR.

VI. Do caráter social do FGTS:

O Sindicato-Autor insiste, na petição inicial, na questão de que o FGTS é um patrimônio do trabalhador, o que é uma verdade parcial. O FGTS, como é notório, e diversas vezes tratado na presente peça, é um fundo de escopo social.

Fosse um investimento qualquer, de caráter individual, as hipóteses de saque não seriam restritas àquelas previstas em lei. Além disso, é importante ver a fonte dos recursos do FGTS:

Lei n.º 8.036/90

Art. 15. Para os fins previstos nesta lei, todos **os empregadores ficam 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 a que se refere a [Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962](#), com as modificações da [Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965](#). – grifo nosso

Os recursos do FGTS decorrem de depósito do empregador, e não do empregado.

O fato do FGTS não ser formado por depósitos do empregado significa que não há qualquer relação entre o patrimônio do empregado e o do FGTS. Apenas por argumentar, já que *dura lex, sede lex*, se o empregado fizesse os depósitos, poder-se-ia aventar algum tipo de prejuízo ao empregado, ou suscitar-se a possibilidade da livre disposição do patrimônio.

Mas o pecúlio formado não decorre do patrimônio do empregado, nem o compõe. É apenas uma garantia para o caso de demissão, aposentadoria, certos tipos de doença, ou outra hipótese legal.

Sendo assim, mesmo que o FGTS não tivesse o escopo social, não haveria que se falar em prejuízo ao patrimônio do fundista.

VII. Dos riscos do Agente Operador:

A presente ação busca a alteração do índice de remuneração do FGTS, olvidando-se quanto a uma série de implicações da medida. Dentre elas, há o risco ao próprio agente operador, que nada faz além de seguir à risca as determinações da lei e do CCFGTS:

“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**” (grifo nosso)

Em não se acatando a tese da CAIXA de repasse imediato dos índices aplicados ao FGTS a todas as operações e contratos vinculados ao FGTS, a ação cria uma responsabilidade para a CAIXA, já que o FGTS passará imediatamente a ser deficitário

Ou se aumenta imediatamente a remuneração de todas as operações com recursos do FGTS, sujeitando-se aos nefastos efeitos da indexação da economia, ou a única solução para não tornar o fundo deficitário será suspender as operações – isso se os efeitos da decisão não abarcarem o passado.

O FGTS não é um investimento, mas um fundo, e não é individual, mas coletivo. Se se privilegiar o individual, como quer a ação, o coletivo sofrerá graves conseqüências, seja pelo déficit imediato, seja pelo aumento do custo de todas as operações envolvendo o FGTS.

VIII. Da repercussão do provimento da presente ação no FGTS - Violência contra a segurança jurídica:

A presente ação, a pretexto de promover a defesa dos fundistas, traz conseqüências nefastas para a sociedade como um todo, e por certo afeta diretamente inúmeros autores. A não aplicação da lei significará quebra da segurança jurídica, gerando uma **enxurrada de ações**.

A experiência dos anos 1990 com as demandas que versavam sobre poupança e FGTS repetir-se-á, de modo ainda mais danoso. O caos gerado naquela ocasião foi reflexo dos inúmeros planos econômicos fracassados na *década perdida*.

O caso agora será a desestruturação de 20 anos de estabilidade, o que o torna muito mais perverso e injusto.

IX. Dos impactos no Sistema Financeiro de Habitação:

A substituição do índice legalmente praticado para remuneração das contas vinculadas do FGTS tem caráter vinculativo, de acordo com a norma do art. 9º, inciso II, da Lei 8.036/90. O referido artigo possui a seguinte redação:

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:

...

II - **correção monetária igual à das contas vinculadas**; - grifo nosso

O acolhimento da pretensão autoral, com a substituição dos índices pleiteados, à revelia do que se encontra previsto no art. 13 da lei 8.036/90, conduzirá, automaticamente, à atribuição destes mesmos índices aos contratos firmados pelo FGTS.

Apenas para se ter uma noção da grandeza do impacto da modificação do índice, por exemplo, com substituição da TR pelo IPCA, haveria um aumento das taxas de financiamento em aproximadamente 15% ao ano, taxas que hoje são de 6% a 8,66% ao ano, e que, em alguns casos, apenas, se reequilibraria em patamares superiores a 10% aa.

Nítido é o impacto da medida, que transferiria o ônus e refletiria diretamente na condição contratual do financiado final da moradia, o mutuário do Sistema Financeiro da Habitação – SFH, este que, segundo simulações elaboradas pelo Agente Operador do FGTS, considerando com base no período de 2000 a 2011, arcará com o maior prejuízo já que o contrato habitacional que hoje tem, por exemplo, uma prestação média inicial de R\$ 475 passaria, com os novos indexadores, a ter que arcar com um pagamento mensal de cerca de R\$ 634.

Ressalte-se que, atualmente, a sociedade brasileira carece de cerca de 7,9 milhões de habitações, sendo o FGTS o maior agente fomentador da Política Habitacional neste País, e, a estabilidade econômica do Brasil, que favoreceu a todos os brasileiros, inclusive os trabalhadores titulares de contas do FGTS, passou por um amplo processo de desindexação e, nessa ótica, a pretensão autoral representa um retrocesso.

E tal retrocesso culminará em um déficit a ser pago pelo próprio trabalhador, em especial, no momento da aquisição de sua moradia ou no acesso aos serviços essenciais, tais como: água tratada, saneamento, coleta e tratamento de resíduo, mobilidade urbana, dentre outros benefícios atualmente financiados com recursos do Fundo de Garantia.

X. Dos prejuízos aos empregadores:

No primeiro aspecto, o provimento dos pedidos afeta os encargos dos débitos dos empregadores para com o FGTS. A majoração do fator de correção afetaria inclusive valores constantes em contratos de parcelamentos vigentes e execuções fiscais.

O impacto, além de econômico, refletiria no social, na menor assimilação da força de trabalho pelo mercado, causando danos incomensuráveis à sociedade em geral, em decorrência do incremento de encargos decorrente da aplicação dos mesmos índices aos depósitos em atraso dos empregadores.

Tal ônus importaria em fatores adicionais de dificuldade financeira para as empresas e fragilizaria a capacidade de recuperação de uma carteira de débitos, da ordem de R\$ 18 Bilhões.

Por outro lado, não se pode olvidar que o saldo da conta do FGTS é base de cálculo para verbas indenizatórias trabalhistas, e em caso de provimento da ação, com efeitos retroativos, formar-se-á um absurdo passivo trabalhista, já que todas as demissões sem justa causa nos últimos dois anos serão questionadas, haja vista a mudança da base de cálculo da indenização por demissão sem justa causa.

Isso significa quebrar todo o planejamento de custos das empresas e seu planejamento financeiro como um todo, com riscos incalculáveis.

XI. Do triste histórico de ações judiciais pleiteando a troca de índices:

Ações visando a troca de índices de correção de contratos não são novidade no Judiciário. Também não é novidade que se tratam de mero casuísmo, haja vista perceberem determinado índice em um momento, ignorando a oscilação na série histórica.

Tais pedidos, muitas vezes acatados pelo Judiciário, geraram decisões francamente contrárias aos interesses dos autores, haja vista que o índice *mais favorável* ao tempo do ajuizamento, pode tornar-se mais lesivo em seguida.

É possível observar o alegado nos exemplos abaixo.

Exemplo 1 - No SFH:

Na década de 1990, inúmeras ações questionaram a TR como índice de correção do saldo devedor do SFH, pleiteando sua troca pelo INPC. Tais pedidos obtiveram êxito. Contudo, no momento da execução, os mutuários perceberam que **o pedido provido aumentava o saldo devedor**.

Como medida de boa-fé, o FGTS jamais deu cumprimento a tal parte dos julgados, informando ao juízo que a implantação desse ponto da sentença era prejudicial aos mutuários, no que, por óbvio, jamais foi questionado pelas partes.

Como regra, em sede de contestação, recursos, etc., a CAIXA informou que o pedido era prejudicial ao mutuário.

Exemplo 2 - CREDUC – Crédito Educativo:

O CREDUC também foi objeto do mesmo problema. A título de exemplo podemos observar o recente o julgado do TRF1, do dia 30.04.2013, na Ação civil Pública n.º **00133417020014013500**.

O MPF, dentre outras coisas, pleiteou a troca da TR pelo INPC como índice de correção do CREDUC, tendo seu pleito provido. Contudo, somente após o apelo da CAIXA, o MPF deu-se conta de que o índice aplicado era prejudicial aos beneficiários do programa.

A situação foi resolvida no TRF1, que se viu forçado a estranho julgado, no qual dá provimento a apelo do MPF (e da CAIXA), embora o pedido do MPF tenha sido provido:

“Ante todo o exposto, dou parcial provimento aos recursos de apelação interposto pela CEF e pelo MPF para manter a utilização do indexador TR para o recálculo dos saldos devedores dos contratos de crédito educativo...”

Tais exemplos comprovam que ações de troca de índices, além de ferirem os contratos, têm-se mostrado prejudiciais aos autores. Não pode o Judiciário, a cada momento, deferir um índice de correção, à revelia da lei. A presente ação, que hoje quer afastar a TR, amanhã pode ser sucedida por outra pedindo seu retorno. Não é possível viver sob tal insegurança jurídica.

4.4) DA INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL

Na hipótese de ter também requerido a condenação da Caixa em danos morais, impende frisar que em momento algum a parte demandante demonstrou qual o constrangimento ou situação vexatória a aplicação da Taxa Referencial teria causado.

Bem pensadas as coisas, é preciso ter em mente que, ainda que este juízo considere procedente a substituição da TR por outro índice, eventual dano sofrido pelo autor foi exclusivamente patrimonial, não repercutindo qualquer depreciação à sua subjetividade ou à sua imagem. Portanto, não há qualquer direito à indenização por parte do autor, visto que não houve violação aos seus direitos à personalidade.

Por conseguinte, não merece provimento os pedidos do autor, pois o fato tem apenas âmbito patrimonial, não repercutindo na esfera da personalidade.

5) DA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Restou fartamente demonstrada a ausência do *fumus boni iuris* na medida em que o pedido do autor é *contra legem*. Além de o pedido ser contrário a expresso dispositivo legal, o autor em nenhum momento argüiu a inconstitucionalidade ou ilegalidade dos dispositivos legais que instituíram a TR como índice de remuneração das contas vinculadas do FGTS.

Quanto ao *periculum in mora*, necessária demonstração de fundado receio de ocorrência de lesão grave e de difícil reparação, incumbindo ao autor o ônus das respectivas provas. Ora excelência, o índice questionado pelo autor foi instituído em 1991, sendo que ele questiona sua idoneidade para remuneração das contas a partir de 1999, o que por si só é suficiente para demonstrar a total ausência de urgência na concessão da medida.

Por outro lado, o artigo 273, §2º do CPC dispõe que não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, o que é evidente no caso em tela, na medida em que há diversas hipóteses legais que autorizam a movimentação da conta vinculada por parte do trabalhador. Considerando o grande número de contas vinculadas, presente o risco de irreversibilidade da medida haja vista a dificuldade/impossibilidade de a CAIXA reaver eventuais valores creditados.

Considerando que os fatos a que o autor se insurge remontam há mais de 15 anos e o pedido é reconhecidamente contra a lei, inexistente fundamento para concessão da tutela antecipada pleiteada.

6) CONCLUSÕES

Em resumo, em sua defesa a CAIXA logrou demonstrar:

- a) aplica-se na espécie a prescrição quinquenal consagrada no Recurso Extraordinário 709.212/DF, pois, além de buscar a cobrança de valores de FGTS, a presente demanda foi ajuizada após o dia 13/11/2014.
- b) a necessária suspensão dos feitos individuais/coletivos em função da decisão proferida no Recurso Especial nº 1.381.683 - PE (2013/0128946-0) e do recebimento da Ação Civil Pública número 5008379-42.2014.404.7100 com abrangência nacional;
- c) a inaplicabilidade das ADIN's 4.357 e 4.425 como precedentes para o FGTS;
- d) a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade nas ADIN's 4.357 e 4.425 manteve a vigência da TR para os precatórios e para o FGTS;
- e) a lei determina a aplicação da TR para remuneração do FGTS;
- f) não serve de parâmetro para declaração de inconstitucionalidade dos artigos 13 da Lei 8.036/90 e 1º e 17 da Lei 8.177/91 o julgamento proferido pelo STF nas ADIs 4425 e 4357;
- g) a pretensão autoral não apresenta nenhum fundamento referente a eventual inconstitucionalidade e/ou ilegalidade da lei que impõe a TR e sua aplicação no FGTS;
- h) a CAIXA, como ente operador do FGTS deve cumprir estritamente o disposto na Lei n.º 8.036/90;
- i) a CAIXA não possui discricionariedade para aplicar índice não previsto em lei (princípio da legalidade);
- j) a metodologia de cálculo da TR compete ao CMN, e a aplicação do redutor compete ao BACEN;
- k) o pedido autoral foi devidamente rejeitado pelo Congresso Nacional, ao não aprovar o PL 193/2008 (princípio da separação dos poderes);
- l) a substituição de índices, conforme requerida, traz gravíssimos reflexos para todo o Sistema Financeiro Nacional, não havendo sequer como mensurar o seu impacto danoso.
- m) a inexistência de dano moral no caso dos autos.



CAIXA
ECONÔMICA
FEDERAL

7) DO PEDIDO

Ante o exposto, pugna, em ordem de preferência, pela: **1) Suspensão da presente demanda até o julgamento definitivo do Recurso Especial nº 1.381.683 - PE (2013/0128946-0); 2) Seja reconhecida a prescrição 3) Sejam os pedidos julgados improcedentes, extinguindo-se o processo com resolução do mérito.**

Requer provar o alegado por todos os meios em direito admitidos.

Pede deferimento.

Feira de Santana/BA, 21 de setembro de 2016.

IURI DE CASTRO GOMES

Advogado – CAIXA
OAB/BA 34.044