

12/06/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. FLÁVIO DINO**
REQTE.(S) : **SOLIDARIEDADE**
ADV.(A/S) : **TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **ALYSSON SOUSA MOURAO**
ADV.(A/S) : **MARCELO MONTALVAO MACHADO**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
AM. CURIAE. : **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF**
ADV.(A/S) : **JAILTON ZANON DA SILVEIRA E OUTRO(A/S)**
AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
AM. CURIAE. : **BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE ALIMENTAÇÃO E AFINS**
ADV.(A/S) : **SID HARTA RIEDEL DE FIGUEIREDO**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL e CNTSS/CUT**
ADV.(A/S) : **RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO**
ADV.(A/S) : **RODRIGO CAMARGO BARBOSA**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL. CRITÉRIO DE ATUALIZAÇÃO DO SALDO DE REMUNERAÇÃO DAS CONTAS DO FGTS. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. IPCA É O PISO

ADI 5090 / DF

PARA REMUNERAÇÃO DO SALDO DAS CONTAS. EFEITOS PROSPECTIVOS DA DECISÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RECOMPOSIÇÃO DE SUPOSTAS PERDAS PASSADAS. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. O FGTS tem natureza dual porque cumpre a função de poupança individual dos trabalhadores, ao mesmo tempo em que serve como fonte de financiamento para investimentos em áreas sociais. Nenhuma dessas funções deve sobrepor-se à outra, de modo que a remuneração dos depósitos deve ser compatível com a taxa cobrada nos empréstimos em que são alocados, para não comprometer a finalidade social do Fundo.

2.O art. 13, caput, da Lei nº 8.036/1990 e o art. 17, caput, da Lei nº 8.177/1991 devem ser interpretados conforme a Constituição para que a remuneração do saldo das contas do FGTS (TR + 3% ao ano + distribuição dos lucros auferidos) tenha como piso o índice oficial de inflação (IPCA).

3.Nos anos em que a remuneração dos saldos das contas vinculadas ao FGTS não alcançar o IPCA, caberá ao Conselho Curador do Fundo (art. 3º da Lei nº 8.036/1990) determinar a forma de compensação, em prestígio à autonomia privada coletiva (art. 7º, inciso XXVI, CF).

4. Modulação dos efeitos da presente decisão para que produza apenas efeitos prospectivos, a partir da publicação da ata de julgamento, com incidência sobre os saldos existentes e depósitos futuros. Não é admissível, em nenhuma hipótese, a recomposição financeira de supostas perdas passadas, sob pena de violação a esta decisão.

5.Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme ao art. 13, caput, da Lei nº 8.036/1990 e ao art. 17, caput, da Lei nº 8.177/1991.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos e nos termos do voto médio do Ministro Flávio Dino, Redator para o acórdão, julgar parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta, com atribuição de efeitos *ex nunc*, a contar da publicação da ata de julgamento, estabelecendo o seguinte entendimento: a) Remuneração das contas

ADI 5090 / DF

vinculadas na forma legal (TR + 3% a.a. + distribuição dos resultados auferidos) em valor que garanta, no mínimo, o índice oficial de inflação (IPCA) em todos os exercícios; e b) Nos anos em que a remuneração das contas vinculadas ao FGTS não alcançar o IPCA, caberá ao Conselho Curador do Fundo (art. 3º da Lei nº 8.036/1990) determinar a forma de compensação. Vencidos os Ministros Luís Roberto Barroso (Presidente e Relator), André Mendonça, Nunes Marques e Edson Fachin, que julgavam parcialmente procedente o pedido para declarar que a remuneração das contas do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança, modulando os efeitos para os novos depósitos efetuados a partir de 2025. Ficaram vencidos parcialmente os Ministros Cristiano Zanin, Alexandre de Moraes, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que julgavam inteiramente improcedente o pedido. Sessão Plenária de 12 de junho de 2024, na conformidade da ata de julgamento.

Brasília, 12 de junho de 2024.

Ministro Flávio Dino
Redator para acórdão

20/04/2023

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. FLÁVIO DINO**
REQTE.(S) : **SOLIDARIEDADE**
ADV.(A/S) : **TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **ALYSSON SOUSA MOURAO**
ADV.(A/S) : **MARCELO MONTALVAO MACHADO**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
AM. CURIAE. : **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF**
ADV.(A/S) : **JAILTON ZANON DA SILVEIRA E OUTRO(A/S)**
AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
AM. CURIAE. : **BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE ALIMENTAÇÃO E AFINS**
ADV.(A/S) : **SID HARTA RIEDEL DE FIGUEIREDO**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL e CNTSS/CUT**
ADV.(A/S) : **RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO**
ADV.(A/S) : **RODRIGO CAMARGO BARBOSA**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

RELATÓRIO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

ADI 5090 / DF

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Solidariidade, tendo por objeto o art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036/1990 e o art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177/1991, dispositivos que, em seu conjunto, preveem que os depósitos das contas vinculadas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) serão remunerados: (i) pela taxa referencial (TR), à época a taxa de atualização dos saldos da poupança; e (ii) de juros capitalizados de 3% ao ano. Confira-se o teor das disposições:

Lei nº 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.” (Grifou-se)

Lei nº 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.” (Grifou-se)

2. O requerente alega que o critério de remuneração viola o art. 5º, XXII (direito de propriedade), o art. 7º, III (direito ao FGTS) e ao art. 37, *caput* (princípio da moralidade administrativa), da Constituição Federal. Sustenta que as quantias depositadas nas contas vinculadas ao FGTS são bens dos trabalhadores, que, sem poder sacá-las a qualquer momento, têm seu valor real reduzido pela aplicação da TR, a seu ver, como critério de correção monetária. Segundo o requerente, o referido índice não corresponderia à inflação e, desde 1999, teria apresentado relevante defasagem. Ainda de acordo com o requerente, o problema se acentuaria diante do fato de o FGTS ser um pecúlio obrigatório, não

ADI 5090 / DF

portável, acumulável por prazo indeterminado, o que agravaria o prejuízo decorrente da aplicação do aludido índice, dado que o trabalhador insatisfeito não pode migrar para uma melhor rentabilidade, como ocorre com a poupança.

3. Os dispositivos em tela produziram, ainda, em seu entendimento, um enriquecimento ilícito da Caixa Econômica Federal (CEF), agente operador do FGTS, em razão da discrepância entre o rendimento do Fundo (em geral, superior à inflação) e o dos cotistas, que, segundo alega, reverteria em favor da CEF. Por fim, aponta que os projetos governamentais financiados com recursos do FGTS seriam remunerados com taxas de juros superiores à aplicável ao Fundo (3% a.a.).

4. Por tais razões, requer a declaração de inconstitucionalidade dos aludidos dispositivos, que estabeleceram a taxa de remuneração do Fundo a partir de 1991, ou, em caráter subsidiário, a declaração da sua invalidade, ao menos desde a edição da Resolução CMN nº 2.604/1999, que teria desviado a TR de sua vinculação inicial à atualização monetária.

5. Na Petição nº 4.663/2014, o requerente apresenta, ainda, aditamento à inicial, a fim de fazer incluir no pedido que esta Corte determine que a correção monetária dos depósitos nas contas do FGTS seja feita pelo IPCA-E, pelo INPC/IBGE ou por outro índice de inflação, até a superveniência de ato normativo federal que fixe índice idôneo.

6. O Congresso Nacional e a Presidência da República defendem a constitucionalidade da legislação impugnada, ao fundamento de que não há um direito constitucional à correção monetária e de que não cabe ao Judiciário impor o retorno do sistema de indexação de economia ou substituir o índice legalmente previsto, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes. A Advocacia-Geral da União se

ADI 5090 / DF

pronunciou em parecer com a seguinte ementa:

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

7. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não-conhecimento da ação e, no mérito, pela improcedência do pedido. Confira-se a ementa do parecer:

“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

ADI 5090 / DF

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 elege determinado índice de correção, em lugar do legislador.

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

8. Admiti como *amici curiae* o Banco Central do Brasil – BACEN, a Caixa Econômica Federal – CEF, a Defensoria Pública da União – DPU, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria de Alimentação e Afins e a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Seguridade Social – CNTSS/CUT. Os demais requerimentos foram rejeitados tendo em vista a representação menos ampla dos postulantes ou, ainda, a extemporaneidade do pedido, formulado após liberação do processo para julgamento.

9. Em abril de 2018, o Superior Tribunal de Justiça julgou o REsp nº 1.614.874 (representativo da controvérsia), que tinha por objeto a legalidade da aplicação da TR como taxa de remuneração dos saldos do FGTS, e negou-lhe provimento, firmando a seguinte tese: *“A remuneração das contas vinculadas ao FGTS tem disciplina própria, ditada por lei, que estabelece a TR como forma de atualização monetária, sendo vedado, portanto, ao Poder Judiciário substituir o mencionado índice”*.

10. Na sequência do julgamento pelo STJ, foram formulados diversos pedidos de cautelar incidental pelo próprio Solidariedade (pet. 21220/2018), pela Associação Nacional dos Funcionários do Banco do

ADI 5090 / DF

Brasil - ANABB (pet. 20541/2018) e por dezenas, senão centenas, de pessoas físicas que afirmam ter interesse na discussão (pets. 28556/2019 e 48301/2019 entre outras). Os requerimentos de cautelar foram motivados pelo fato de que, com o julgamento dos recursos especiais repetitivos antes mencionados, os processos sobre o tema, que se encontravam suspensos, voltaram a correr.

11. Além disso, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o ARE 848240 (Tema 787), que também tratava da matéria, teve a sua repercussão geral negada. Diante deste quadro, segundo narrado, estaria impossibilitada a interposição ou a subida de recursos sobre o tema para os Tribunais Superiores, a despeito de estar em curso a presente ação direta, de que poderia resultar a declaração de inconstitucionalidade da aplicação da TR na hipótese. Nessas circunstâncias, alega-se, haveria risco de perecimento do direito daqueles que estão debatendo a validade da TR no âmbito do controle difuso. À luz de tais argumentos, deferi cautelar determinando a suspensão de todos os feitos que versassem sobre a matéria até julgamento do mérito desta ação direta pelo STF, que já estava incluído na pauta do Plenário físico então, mas que acabou tendo o julgamento postergado.

12. Mais adiante, sucederam-se diversas manifestações da AGU, do BACEN e da CEF nos autos, observando que normas posteriores (Leis nºs 13.446/2017 e 13.939/2019) teriam alterado a forma de remuneração do FGTS, autorizando a distribuição aos titulares dos saldos de parte ou até da totalidade do lucro líquido auferido pelo Fundo. Tais normas, além de modificarem substancialmente as leis objeto de questionamento na presente ação direta, implicariam perda de sua utilidade, dado que a pretensão de aumento da remuneração de tais saldos já havia sido atendida.

13. Intimados a se manifestarem sobre tal ponto, o requerente, a DPU e PGR se opuseram à extinção do feito, observando que: (i) as

ADI 5090 / DF

normas que alteraram a rentabilidade do Fundo não a ajustaram de forma retroativa; (ii) a distribuição de lucros depende da ocorrência da efetiva existência de resultado positivo, o que, por seu turno, depende de fatores de mercado; (iii) em 2016, 2017 e 2018, tais lucros não foram capazes de garantir a remuneração dos saldos sequer no mesmo nível da poupança; (iv) a situação é ainda mais absurda quando se tem em conta que os saldos de FGTS não estão disponíveis para saque imediato aos titulares, diferentemente da própria poupança, de modo que a remuneração do FGTS não poderia ser menor que a última; (v) a partir da última alteração normativa efetuada pela União, o percentual de distribuição de lucros se tornou incerto e decidido por critério discricionário do Conselho Gestor do Fundo, de modo que pode ocorrer em proporção irrisória ou sequer ocorrer.

14. É o relatório.

20/04/2023

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Presidente, gostaria de fazer uma indagação ao ilustre advogado da tribuna.

O SENHOR ERASTO VILLA-VERDE FILHO (ADVOGADO) - Pois não.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- O Doutor Saul Torinho Leal, em sua sustentação, disse que houve momentos em que o IPCA era acima de 5% e que a TR era 0,17 ou alguma coisa assim. O senhor confirma essa informação? E o que justificaria essa defasagem?

O SENHOR ERASTO VILLA-VERDE FILHO (ADVOGADO) - Questão muito importante, Excelência. A TR podia ser 0,3, mas, ainda que fosse 0,3, a remuneração do FGTS não seria só 0,3, seria 0,3 TR + 3%.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Ao ano?

O SENHOR ERASTO VILLA-VERDE FILHO (ADVOGADO) - Ao ano. Então, já não é bem a conta que foi apresentada aqui.

Agora, Excelência, não tenho, de cabeça, os índices inflacionários da época, mas posso garantir que existe equilíbrio entre ativo e passivo. O FGTS não pode ser visto só de um lado. Ele capta recursos do trabalhador, de um lado, e remunera o trabalhador, com base na TR + 3% ao ano, como bem esclareceu Vossa Excelência, mas, por outro lado, ele empresta recursos ao cidadão mais carente, que precisa de um crédito imobiliário subsidiado. Ele tem que cobrar na outra ponta o mesmo valor.

Muito obrigado, Excelência!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Entendi. Conheço o argumento. Muito obrigado, Doutor Erasto!

20/04/2023

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Presidente, renovo meus votos de uma boa tarde a todos.

Em primeiro lugar, gostaria de cumprimentar os ilustres advogados que estiveram na tribuna: Doutor Alyson de Souza Mourão, Doutor Saul Tourinho Leal, Ministro Jorge Messias, os *amici curiae* Doutor Jailton Zanon, Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho - Procurador Adjunto do Banco Central - e Doutor Cezar Britto, ex-Presidente do Conselho Federal da OAB, e dizer que todas as sustentações foram de qualidade e fizeram muita diferença. Presidente, eu mesmo fiz muitas anotações aqui.

Penso que a minha proposta de encaminhamento, embora a considere bastante óbvia, pode, de certa forma, ser surpreendente, por não trazer nenhuma das consequências que se teme.

Passo ao voto.

Estamos, como relatei no início, diante de uma ação direta de inconstitucionalidade em que se questiona o critério legal de correção/remuneração - coisas diferentes, conforme pretendo explicar - do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Pela legislação, vigora a regra de que se aplica a Taxa Referencial - TR, fixada pelo Banco Central, acrescida de 3% de juros ao ano.

O Partido Solidariedade e os *amici curiae* que estiveram na tribuna sustentam que esse critério não corrige adequadamente o valor dos depósitos do Fundo de Garantia.

Além disso, há um segundo pedido, relativamente à Caixa Econômica Federal, segundo o qual a remuneração da Caixa proporcionaria enriquecimento ilícito da Caixa, pela suposição de que ela se apropriaria de parte dessa diferença inflacionária, digamos assim, não coberta.

Começo, Presidente, dizendo que estou rejeitando as preliminares. A primeira, de não conhecimento, por não ter sido impugnado todo o corpo

ADI 5090 / DF

normativo da TR. Na verdade, a ação impugna os dois dispositivos específicos relativos à remuneração do FGTS. Não se está aqui questionando a TR como um todo, não é esse o objeto da discussão. Os dispositivos relevantes para o desfecho dessa controvérsia foram devidamente questionados.

Rejeito igualmente a alegação de que o Judiciário estar-se-ia substituindo ao legislador ao decidir por este critério de correção e remuneração. Aqui, a impugnação é de que os dois dispositivos específicos que foram impugnados - artigos 13 e 17 das leis respectivas - violariam o sentido e o alcance do direito ao Fundo de Garantia na Constituição, violariam o direito da propriedade e violariam o princípio da moralidade. O que se está fazendo aqui é questionar dois artigos de lei em face da Constituição. Dizer se essa inconstitucionalidade ocorre ou não é precisamente a província do Poder Judiciário, portanto também rejeito essa preliminar.

Rejeito, por fim, a terceira preliminar, que alega perda de objeto da ação em razão de duas leis supervenientes, uma de 2007 e outra de 2019, que autorizaram, como enfatizado da tribuna, com impacto relevante, a redistribuição de lucros auferidos pelo Fundo de Garantia para a remuneração dos cotistas.

De fato, houve duas leis supervenientes que impactaram, mas não revogaram as leis anteriores. Mais do que isso: elas deram discricionariedade à distribuição desses lucros: podem ser distribuídos ou não, em sua integralidade ou parcialmente. Não afeta a legislação vigente de modo que o interesse em agir subsiste aqui.

Por essa razão, Presidente, rejeitei as três preliminares. Se Vossa Excelência estiver de acordo, nem vou destacá-las porque me parece uma questão relativamente simples.

Passo, portanto, ao mérito da questão, que exige a compreensão do papel do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, tratado na Constituição e tratado em legislação ordinária.

Na Constituição, o Doutor Cezar Britto e os demais advogados destacaram que estamos falando de um direito social expressamente

ADI 5090 / DF

contemplado, tratado como direito fundamental pelo constituinte brasileiro. Não resta nenhuma dúvida, pelo tratamento constitucional da matéria, que estamos falando de valores que integram o patrimônio do trabalhador e não o patrimônio público.

O Fundo de Garantia é um direito social do trabalhador, titularizado por ele. É uma poupança compulsória - imposta estatutariamente é verdade, mas é uma poupança compulsória - do trabalhador, cujo papel principal é assegurar sua manutenção e a da sua família na eventualidade de uma cessação da relação de trabalho. É uma proteção contra o desemprego. Também como destacado, foi um critério criado em 1966 para substituir a estabilidade decenal que vigorava até então. É possível demitir o trabalhador, inclusive sem justa causa, e a compensação que ele recebe é o levantamento do Fundo de Garantia mais multa, calculada com base no Fundo de Garantia. É uma poupança do trabalhador, com a promessa constitucional implícita de acúmulo ao longo dos anos, para que ele, 35 anos depois, quando vier a levá-lo ou se ele vier a ser demitido, possa desfrutar de alguma tranquilidade. Essas são as características constitucionais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. A Constituição não fala nada sobre financiamento de coisa alguma ou outras destinações que não sejam acumular capital para o trabalhador.

A legislação ordinária que cuida do Fundo de Garantia, a Lei nº 8.036, atribui aos empregadores o dever de depositar o Fundo de Garantia, correspondente a 8% da remuneração do trabalhador, em nome do trabalhador - muito importante -, para deixar claro quem é o dono do dinheiro. Prevê também que essas contas não podem ser livremente movimentadas, é uma reserva de valores para uma eventualidade futura.

A lei só autoriza a movimentação do Fundo de Garantia - isso é muito importante, porque define a liquidez ou a baixíssima liquidez desse Fundo - em caso de rescisão do contrato de trabalho por vontade do empregador, aposentadoria, aquisição de imóvel próprio e algumas outras hipóteses limitadas. Em caso de falecimento, o saldo do cotista é pago aos dependentes ou aos sucessores. Essa é a regulamentação que a

ADI 5090 / DF

lei faz em relação ao direito do trabalhador, como ele é tratado.

A lei acrescenta algo que não estava na Constituição: prevê que os recursos do Fundo de Garantia devem ser aplicados no financiamento das atividades de habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana. É impossível não concordar com a importância dessa destinação e com a relevância das finalidades sociais desses investimentos. Portanto, a lei acrescentou ao regime jurídico do Fundo de Garantia em benefício do trabalhador uma contrapartida de interesse da União e da sociedade, em alguma medida: destinar esses recursos ao financiamento de atividades de interesse público. Esse é o quadro jurídico.

Quais as discussões aqui? O autor da ação, o Partido Solidariedade, defende que o critério TR mais 3% ao ano não reflete adequadamente a inflação do período, implicando perda para os trabalhadores, e pede outro índice de correção monetária. Esse é o pedido na ação. A União, por seu turno, afirma que o FGTS tem um caráter multifuncional e que essa remuneração, tabelada modestamente, digamos assim, foi fixada com o propósito de disponibilizar recursos para projetos de interesse público financiados a baixo custo.

Nenhum dos dois argumentos, na minha visão, Presidente, merece prevalecer integralmente. Nem a correção monetária constitui direito subjetivo constitucional, nem é legítimo causar prejuízo substancial ao trabalhador para financiar políticas públicas.

A questão posta pelos dois lados é como lidar com a inflação, essa assombração que nos assombra, pelo menos a nossa geração, há muito tempo.

A inflação, como sabemos, é a perda do valor de compra da moeda, a perda do seu valor liberatório. Em razão do aumento de preços, uma quantidade de dinheiro que comprava "x" hoje, daqui a um tempo, vai comprar metade de "x". Essa é, digamos, a consequência prática da inflação. É natural que os agentes econômicos procurem proteger-se contra ela e a legislação procure atenuar seus efeitos.

Existem dois mecanismos para fazer isso, nem sempre bem distinguidos: um é a correção monetária e o outro é a remuneração do

ADI 5090 / DF

capital mediante a aplicação em investimentos de mercado. Há aplicações indexadas e há aplicações não indexadas que correspondem a expectativas e circunstâncias do mercado. Analiso brevemente cada uma delas, porque ambas repercutem sobre o caso que estamos decidindo.

A correção monetária aumenta o valor nominal de uma obrigação de acordo com a variação dos preços, aferida de acordo com um determinado índice. Geralmente na correção monetária, faz-se uma cesta de bens ou de bens e serviços, verifica-se a variação de preço e se estabelece um índice correspondente àquela cesta. Este índice vai atualizar as obrigações que prevejam a aplicação daquele índice. Por isso é que se diz que correção monetária é sinônimo de indexação da economia. O Supremo já se debruçou sobre isso. Ao contrário do que supõe o imaginário popular, a aplicação generalizada de correção monetária não neutraliza a inflação. Na verdade, como aprendemos da pior maneira, a indexação alimenta a inflação, porque os agentes econômicos elevam seus preços como forma de recompor a perda anterior do poder aquisitivo da moeda. Essa recomposição se projeta em inflação futura e se cria um mecanismo permanente de realimentação.

Justamente por isso, no Brasil, no passado, a correção generalizada dos preços favoreceu uma escalada inflacionária que conduziu o país a um cenário de hiperinflação que só conseguimos superar com a desindexação da economia pelo Plano Real.

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 2002, do qual foi Redator o então Ministro Nelson Jobim, constatando que existe mais de uma maneira de lidar com a inflação e que a correção monetária não é a única, já declarou formalmente que não existe direito subjetivo constitucional à correção monetária. A Constituição Federal, escreveu Sua Excelência, não prevê direito público subjetivo à correção monetária genérica e universalmente invocável. Essa posição foi seguida por este Tribunal, em 2011, em acórdão redigido pela Ministra Cármen Lúcia. A posição do Supremo, que estou reiterando, é a de que não existe direito constitucional à correção monetária.

Outra forma de lidar com a inflação é a remuneração do capital por

ADI 5090 / DF

meio de aplicação financeira. O mercado, em geral, adota remunerações diferenciadas para diferentes investimentos, de acordo com o risco, de acordo com a segurança, de acordo com as condições macroeconômicas, entre as quais a expectativa de inflação, mas não é uma indexação.

Esse segundo modelo tem vantagens e tem prevalecido no Direito brasileiro, sobretudo depois do Plano Real. Ele evita a retroalimentação do fenômeno inflacionário pela adoção de critérios de mercado para a remuneração do capital e a compensação de eventual perda. A remuneração de mercado tem critérios de razoabilidade que não importam em lesão nas relações privadas e em confisco nas relações que envolvam o Poder Público.

Quando se opta por um sistema de remuneração e não de indexação, é preciso que os critérios de remuneração sejam razoáveis, não caprichosos e não arbitrariamente lesivos a uma das partes, inclusive em nome do princípio da moralidade.

Se assentamos, e ninguém discorda disso, que o Fundo de Garantia pertence ao trabalhador, a cada um individualmente, porque a conta é individualizada, o que a União faz, editando a legislação, e a Caixa, como gestora, faz, é gerir recursos de terceiros. Quem está gerindo recursos de terceiros tem deveres mínimos, penso, de razoabilidade, inclusive decorrentes da moralidade administrativa, para que não haja locupletamento indevido, para que não haja locupletamento ilícito. A remuneração feita pelo mercado leva em conta, como disse, segurança, liquidez e outras circunstâncias macroeconômicas.

Na parte em que disse que não há direito subjetivo à correção monetária, não vou acolher o pedido de correção monetária. A correção monetária é uma das fórmulas, mas não a única possível. Ela pode ser legitimamente substituída por um critério de remuneração a mercado, desde que compatível com as práticas de mercado.

Fiz questão de destacar a possibilidade da correção monetária e de remuneração a mercado, porque o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, ao longo da sua história, passou pelos dois modelos. Houve um modelo de correção monetária implantado inicialmente pela Lei nº

ADI 5090 / DF

8.036/1990. O modelo inicial era um modelo de indexação que previa correção monetária de acordo com a caderneta de poupança. Depois, a partir de 1991, teve início um processo de desindexação da economia e, portanto, modificou-se o critério e passou a ser remuneração a mercado pela TR mais juros de 3% ao ano, precisamente a legislação que está sendo aqui impugnada.

Houve uma fase em que a correção monetária era um direito previsto em lei e uma segunda fase que previa remuneração a mercado - TR mais juros de 3%. Quando houve essa modificação para a remuneração e se previu TR mais 3%, na verdade, estabeleceu-se um tipo de remuneração inferior ao da caderneta de poupança, o investimento mais conservador que existe no mercado financeiro. As cadernetas de poupança rendiam TR mais juros de meio por cento ao ano, juros mais de duas vezes superiores ao que são pagos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, se forem calculados de forma composta.

É preciso examinar, Presidente, na minha visão, se existe alguma justificativa idônea para a imposição de um modelo desfavorável de remuneração do FGTS em contraste com a caderneta de poupança, investimento igualmente seguro, também garantido pelo Governo Federal, e que remunera significativamente a mais.

Vou procurar demonstrar porque considero o modelo atual inconstitucional. Estou usando a caderneta de poupança como referência porque, desde o início, a caderneta de poupança foi utilizada como referência para o FGTS. Na fase de indexação, era igual à poupança, e, na fase da remuneração a mercado, era o mesmo critério de correção da poupança, a TR, só que com juros menores. A caderneta de poupança sempre foi a referência adotada para o Fundo de Garantia e, como disse, ambos os investimentos são seguros e garantidos pelo Governo Federal.

O que justificaria remunerar a poupança do trabalhador em percentual inferior à remuneração da poupança das pessoas em geral que têm caderneta de poupança? A resposta dada insistentemente da tribuna, disseram a União, o Banco Central e todos os atores desse processo, é a de que a remuneração dos cotistas do FGTS, isto é, dos trabalhadores

ADI 5090 / DF

brasileiros, é pequena para permitir que o Poder Público ofereça financiamentos de interesse público com custo inferior ao do mercado, em áreas como habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana.

Esta é a pergunta que temos que fazer: consideramos legítimo que a poupança dos trabalhadores seja remunerada de maneira desfavorável em relação à menor rentabilidade do mercado, que é a da caderneta de poupança, para financiar projetos de interesse público?

Quanto a esse ponto, não há dúvida. Esta foi a minha tese, defendida da tribuna pela União e pelo Banco Central: remuneram abaixo do que seria o mínimo razoável de mercado para financiar projetos de interesse público.

Os trabalhadores, inclusive os que se encontram nos extratos mais vulnerabilizados e hipossuficientes da população, têm parte do seu Fundo de Garantia, ou seja, de sua poupança compulsória para o caso de desemprego, sacrificado para custear investimentos que interessam à sociedade como um todo.

Essa não é uma premissa disputada, essa é uma premissa com a qual todos estamos de acordo.

Muito bem. Aqui eu pediria, Presidente, às pessoas de classe média alta, uma gota de empatia, o que não é difícil neste caso.

Imagine a alta classe média brasileira, que investe em renda fixa, em fundos de ações, em fundos multimercado, em câmbio, tem lá os seus investimentos, se, de repente, viesse uma regra que dissesse: todas essas suas aplicações terão rentabilidade predeterminada, abaixo da poupança, porque o país está precisando fazer investimentos sociais importantes.

O que aconteceria se hoje se editasse uma norma dizendo isso? O mundo ia cair: confisco, violação do direito de propriedade, coletivismo, daí para baixo.

É exatamente isso que está acontecendo aqui, é exatamente isso que se faz aqui. Uma aplicação financeira compulsória, muito semelhante à poupança, em que os cotistas são forçados a aceitar uma remuneração extremamente baixa, inferior a qualquer outra aplicação de mercado, sem liquidez, porque o titular da poupança, se quiser, pode tirar o dinheiro e

ADI 5090 / DF

colocar em ações ou em câmbio, mas o titular do FGTS não pode. O tomador desse dinheiro, seja a União, seja a Caixa, que faz a gestão, não corre nenhum risco de saque desordenado. O dinheiro fica lá paradinho, e a regra, normalmente, no mercado financeiro, é: quanto menor a liquidez, maior é a remuneração; e não o contrário.

O que ocorre aqui, respeitando todas as posições contrárias, é uma funcionalização da propriedade privada dos trabalhadores, que também têm direito à propriedade privada, em circunstâncias que, a meu ver, ultrapassam o limite do razoável, porquanto impõe a um grupo hipossuficiente o custo integral de uma política de interesse coletivo, sem remuneração condizente com essa situação.

Na minha visão, sempre respeitando as visões contrárias e os argumentos contrários, temos aqui um problema que eu estenderia até a dignidade humana. Temos um problema de imperativo categórico. Uma das versões do imperativo categórico kantiano é: ninguém é um meio para realizar os fins dos outros. Todas as pessoas são um fim em si mesmas, e não um meio para realizar fins alheios. Quando você apropria o dinheiro do trabalhador, sem remunerá-lo adequadamente, para atingir fins públicos, você simplesmente o transformou em um meio para fins da sociedade que não aproveitam ao interesse dele. O imperativo categórico kantiano é a regra mais elementar de ética pública e privada.

Reitero aqui, Presidente, a necessidade de igualdade. Se fizéssemos isso com pessoas que têm seus próprios investimentos - porque esse dinheiro é do trabalhador, está na Constituição -, com altos investimentos, as pessoas iam pegar em armas.

Simplemente não é legítimo impor a um grupo social - precisamente, um grupo vulnerabilizado - o ônus de financiar, com o seu dinheiro - sobre isso não há dúvida -, projetos e políticas públicas governamentais. Aqui há, na minha visão, uma inversão de valores, a partir do momento em que há desproporcionalidade, em que há irrazoabilidade.

Não estou dizendo que seja errado utilizar o dinheiro do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço para esses projetos; acho que é certíssimo.

ADI 5090 / DF

O que é errado é usar uma remuneração baixíssima, fazendo com que o trabalhador financie projetos governamentais.

Presidente, li o material e as informações - advogados todos de primeira linha, com informações fidedignas. Quando se leem as peças do processo, ficamos sabendo que os financiamentos ligados ao FGTS variam em função da renda familiar de quem esteja sendo financiado, portanto há financiamentos que incluem empréstimos do Fundo com juros de 5%, 6% e 7% ao ano, embora se pague apenas 3% de remuneração nos depósitos dos trabalhadores. Sacrifica-se a rentabilidade do saldo do trabalhador, que, muitas vezes, percebe salário mínimo, para financiar a moradia de famílias com rendas mensais de até nove salários mínimos. É um caso típico de subversão da justiça social que todos buscamos: em muitas situações, os mais pobres financiando os mais abastados. E aqui não há nenhuma conotação ideológica. É só olhar os fatos e saber o que é minimamente certo.

Recentemente, dando-se conta desse absurdo, a legislação autorizou a distribuição aos cotistas do FGTS de parte dos lucros auferidos pelo Fundo, melhorando a remuneração dos depósitos nos últimos anos. Porém, trata-se de uma distribuição facultativa e discricionária para a qual não há sequer critério objetivo definido. Diante disso, circunstancialmente, a remuneração pode estar sendo igual ou mesmo superior à poupança, mas sem nenhuma certeza ou garantia de que vá ser assim amanhã.

Meu encaminhamento, portanto, Presidente, é o seguinte: a União, ao lidar com as consequências da inflação, pode optar por mecanismos de indexação ou por critérios de remuneração do investimento de terceiros que lhe cabe gerir por mecanismos de mercado, pela lógica de mercado. Porém, uma vez feita a escolha por um mecanismo de remuneração, em vez de indexação, o critério de remuneração não pode destoar inteiramente do que se pratica no mercado para investimentos semelhantes. Relembrando sempre, o Fundo de Garantia é um recurso de propriedade do trabalhador; não é um recurso público com natureza de direito constitucional social, provido de garantias iguais ou maiores do

ADI 5090 / DF

que as da caderneta de poupança, sem o direito de o cotista sacar a qualquer tempo.

Senhor Presidente, estou convencido, porque me parece suficientemente óbvio, que a remuneração do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço não pode ser inferior à da caderneta de poupança, sob pena, na minha visão, de confisco, de apropriação ilegítima de um direito de propriedade do trabalhador em violação do seu direito social de uma garantia de recursos suficientes para o futuro ou para um caso de desemprego. Isso significa, Presidente, que a sociedade pode ter que arcar com maiores valores, caso deseje financiar obras de interesse público a baixo custo. Nada mais justo do que onerar todo mundo, sobretudo os que têm mais, com o custeio de providências que são do interesse de toda a comunidade. É isso que se chama justiça social. Todo mundo, inclusive os mais abastados, pagando pelos projetos de interesse coletivo, e não os menos abastados, os hipossuficientes, os trabalhadores pagando, com a sua poupança, pelo interesse coletivo de todos.

Por essas razões, fugindo da indexação, que o Supremo não considera um direito constitucional e que já trouxe consequências negativas, estou propondo um julgamento pela procedência parcial do pedido, interpretação conforme à Constituição dos dois dispositivos impugnados, o art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036/1990 e o art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177/1991, de modo a determinar que os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço façam jus à remuneração anual mínima pelo menos igual ao rendimento da caderneta de poupança.

Por remuneração mínima, deve-se entender a Taxa Referencial - TR, os juros aplicáveis, mais os lucros distribuídos, ou seja, o conjunto da remuneração não pode ser inferior à poupança.

Aprecio muito brevemente o segundo pedido e tranquilizo, desde já, o Doutor Jailton Zanon no tocante à remuneração da Caixa Econômica Federal.

A Caixa Econômica Federal faz a gestão do FGTS e é quem assume o risco de crédito do FGTS.

Até 2007, a Caixa percebia valores fixos e percentuais sobre as

ADI 5090 / DF

operações de crédito realizadas com os recursos do Fundo. Em 2008, atendendo a decisões do Tribunal de Contas da União e da Controladoria-Geral da União, aprovou-se uma nova fórmula de remuneração para a Caixa, correspondente à taxa de administração fixa de 1% ao ano, de modo que a Caixa não retém em seu proveito eventuais diferenças decorrentes da aplicação da TR. Não há, a meu ver, o enriquecimento ilícito afirmado.

Dessa maneira, tal como vige hoje a taxa de 1%, estamos falando de taxas praticadas e aceitáveis de mercado. Assim, não entendo que haja enriquecimento ilícito da Caixa e, por conseguinte, não estou acolhendo essa parte do pedido.

Quanto aos efeitos temporais, as normas aqui questionadas estão em vigor há mais de três décadas. Em 2014, questão semelhante a esta que estamos discutindo, foi considerada desprovida de repercussão geral pelo Supremo, no ARE 848.240. O Supremo não havia conhecido dessa matéria anteriormente em recurso extraordinário.

Em 2018, o Superior Tribunal de Justiça, apreciando recurso especial repetitivo, afirmou que não compete ao Judiciário substituir a TR por outro índice de correção monetária, questão próxima àquela que estamos examinando.

A decisão do Supremo em 2014 e a decisão do STJ em 2018 criaram uma percepção de estabilidade do quadro normativo até aqui vigente. Penso que, por questões, Presidente, de segurança jurídica e de relevante interesse econômico, impõe-se que a presente decisão só produza efeitos prospectivos, efeitos *ex nunc*, efeitos daqui para frente, para significar que daqui para frente não é possível remunerar o Fundo de Garantia do Tempo no Serviço com valores inferiores ao da caderneta de poupança, portanto, a partir da publicação desta ata.

Não estou lidando, na minha decisão, com situações pretéritas, de modo que meu voto estabelece que, daqui para frente, a remuneração dos depósitos do FGTS não pode ser inferior à da poupança.

Quanto às perdas injustas, alegadas do passado, que venham a ser demonstradas, penso que elas devam ser equacionadas pela via

ADI 5090 / DF

legislativa ou por negociação coletiva com o Poder Executivo. A verdade é que, em rigor, o Poder Judiciário está criando uma situação nova. Minha visão antiga é a de que, quando se cria uma situação nova, ela deve valer prospectivamente, apenas para frente. Não estou negando que tenham havido perdas e que elas possam ser demonstradas, apenas não estou tornando objeto de deliberação. Esta parte, penso, só comporta solução legislativa, se o Congresso achar que deve se manifestar, ou negociação com o próprio Governo Federal.

Leio, portanto, Presidente, o resumo do meu voto tal como consta da ementa e aí concluirei: ação direta de inconstitucionalidade na qual se questiona o critério de remuneração do FGTS correspondente à Taxa Referencial e juros capitalizados de 3% ao ano. Sustenta-se que a TR não constitui índice de correção monetária, de modo que a fórmula gera perdas aos trabalhadores, uma vez que os saldos não acompanham a inflação. Essa é a alegação da inicial.

Digo eu: a Constituição não impõe um dever genérico de indexação da economia como forma de proteção do direito de propriedade. Cabe ao legislador optar ou não pela correção monetária, os índices a serem adotados e sua forma de incidência. Cito os precedentes do Tribunal.

Nas aplicações financeiras como o FGTS, é lícito lidar com o risco inflacionário, alternativamente, por meio de correção monetária ou previsão de remuneração razoável do capital, à semelhança do que faz o mercado em relação a outros investimentos. A TR é um critério de remuneração.

Entretanto, a remuneração de qualquer investimento financeiro deve ser proporcional aos riscos assumidos e sua liquidez. O FGTS se assemelha a uma poupança forçada, de titularidade do trabalhador, oferecendo níveis de segurança semelhantes e liquidez inferior à caderneta de poupança. Em tais condições não pode ensejar remuneração menor que do que a da caderneta. Existe a alegação de que os recursos do Fundo de Garantia são utilizados para fins sociais relevantes, como financiamento habitacional, saneamento e infraestrutura urbana, porém, existe um direito à igualdade perante os encargos sociais. Não se podem

ADI 5090 / DF

impor os custos de uma política pública de interesse geral da sociedade exclusivamente aos trabalhadores, grupo composto pelos estratos mais vulneráveis e hipossuficientes da população, sem violar o direito à igualdade, tampouco se pode atribuir aos que têm menos o custeio dos interesses de todos sem subverter critérios mínimos de justiça social - princípios da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e boa-fé objetiva.

Aqui quero deixar claro, Presidente, quanto ao encaminhamento da decisão que estou propondo, que não há cadáver no armário. Não há passivo a ser pago, salvo em eventual negociação política. Nossa decisão não cria um passivo e, em rigor, não modifica sequer o *status quo* vigente neste momento. Segundo informa a Advocacia-Geral da União, aqui muito bem representada pelo Ministro Jorge Messias, desde 2019, pela aplicação dos novos critérios, não se remunera o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço abaixo da caderneta de poupança, de modo que o que estamos fazendo é dizer que não é possível retroagir a uma situação menos favorável do que a da caderneta de poupança.

Nem há cadáver no armário, nem há impacto sobre a situação corrente do país, em que todos estão compreensível e justificadamente preocupados com a questão fiscal, embora, na vida, a gente não deva promover o horror jurídico por medo do horror econômico, mas aqui não acontece nem uma coisa nem outra. Não há horror econômico e estamos fazendo o que considero a coisa certa jurídica: impedir uma tredestinação, eu diria, de parte da rentabilidade a que os trabalhadores têm direito.

Julgo procedente, em parte, o pedido para: 1) garantir que os saldos do Fundo de Garantia façam jus à remuneração anual mínima, incluindo rendimentos, juros e lucros, ao menos igual à da caderneta de poupança; 2) estabelecer que os efeitos da presente decisão produzirão prospectivamente a partir da publicação da ata de julgamento. A questão da ocorrência de perdas passadas somente poderá ser avaliada e equacionada por via legislativa e/ou mediante negociação entre entidades de trabalhadores e o Poder Executivo.

ADI 5090 / DF

Minha tese de julgamento é a seguinte, Presidente:

A remuneração do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança.

É como voto, Presidente.

20/04/2023

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

VOTO:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E DO TRABALHO. DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL DO TRABALHADOR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CORREÇÃO DAS CONTAS VINCULADAS AO FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO – FGTS. PEDIDO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

I. CASO EM EXAME

1. Ação direta de inconstitucionalidade na qual se questiona o critério de remuneração do Fundo de Garantia por Tempo no Serviço - FGTS, correspondente à taxa referencial (TR) e juros capitalizados de 3% ao ano (art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036/1990 c/c art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177/1991).

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão é saber se o atual critério de remuneração dos saldos do FGTS viola o direito de propriedade e o direito social dos trabalhadores, ao argumento de que a TR não acompanha a inflação.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A Constituição não impõe um dever genérico de indexação da economia como forma de proteção do direito de propriedade. Cabe ao legislador optar, ou não, pela correção monetária, os índices a serem adotados e a forma da sua incidência. Nesse sentido: RE 201.465, Red. p/ acórdão

ADI 5090 / DF

Min. Nelson Jobim; RE 388.312, Red.^a p/ acórdão Min.^a Cármen Lúcia.

4. Nas aplicações financeiras como o FGTS, é lícito lidar com o risco inflacionário alternativamente por meio de (i) correção monetária ou (ii) previsão de uma remuneração razoável do capital, à semelhança do que faz o mercado com relação a outros investimentos. A TR é um critério de remuneração.

5. Entretanto, a remuneração de qualquer investimento financeiro deve ser proporcional aos riscos assumidos e à sua liquidez. O FGTS se assemelha a uma poupança forçada, de titularidade do trabalhador, oferecendo níveis de segurança semelhantes e liquidez inferior à caderneta de poupança. Em tais condições, não pode ensejar remuneração menor do que a da caderneta (art. 7º, *caput* e III, c/c art. 5º, *caput* e XXII, da CF/88).

6. Alegação de que os recursos do FGTS são utilizados para fins sociais relevantes, como financiamento habitacional, saneamento e infraestrutura urbana.

7. Direito à igualdade perante os encargos sociais e vedação ao enriquecimento sem causa. Não se pode impor os custos de uma política pública de interesse geral da sociedade exclusivamente aos trabalhadores, grupo composto pelos estratos mais vulneráveis e hipossuficientes da população, sem violar o direito à

ADI 5090 / DF

igualdade. Tampouco se pode atribuir aos que têm menos o custeio dos interesses de todos, sem subverter critérios mínimos de justiça social. Princípios da razoabilidade/proporcionalidade, da moralidade e da boa-fé objetiva (arts. 5º, *caput*, LIV, e 37, CF/88).

8. Modulação dos efeitos da decisão para que alcancem apenas os depósitos futuros de FGTS, a partir do exercício de 2025. Tal modulação tem por base preocupações de segurança jurídica e relevante interesse público, de modo a assegurar tempo hábil para ajuste dos contratos de financiamento habitacional e de reestruturação da remuneração do FGTS sem criar riscos adicionais à saúde financeira e à sustentabilidade do fundo. Determinação, como regra de transição aplicável aos exercícios de 2023 e 2024, de distribuição aos cotistas da totalidade dos lucros auferidos pelo FGTS no exercício, de modo que a remuneração global dos saldos depositados nas contas do FGTS (*i.e.*, a soma da TR, juros e lucros distribuídos) se aproxime, o máximo possível, da poupança.

IV. DISPOSITIVO E TESE

9. Procedência parcial do pedido. Interpretação conforme a Constituição dos dispositivos impugnados para: (i) garantir que os saldos do FGTS façam jus à remuneração anual mínima (incluindo rendimentos, juros e lucros) ao menos igual

ADI 5090 / DF

à da caderneta de poupança; (ii) estabelecer que os efeitos da presente decisão se produzirão prospectivamente, para os novos depósitos efetuados a partir de 2025; e (iii) estabelecer, como regra de transição aplicável aos exercícios de 2023 e 2024, que a totalidade dos lucros auferidos pelo FGTS no exercício seja distribuída aos cotistas. A questão da ocorrência de perdas passadas somente poderá ser avaliada e equacionada por via legislativa e/ou mediante negociação entre entidades de trabalhadores e o Poder Executivo.

Tese de julgamento: “A remuneração global do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança”.

Dispositivos relevantes citados: Constituição Federal, arts. 5º, XXII, 7º, *caput*, I e III; ADCT, 10, I, ADCT; Lei nº 8.036/1990, art. 13, *caput*; Lei nº 8.177/1991, art. 17, *caput*. 1º, III, e 5º, I, 6º, 7º, XIX, 203, 227 e art. 10, § 1º, do ADCT.

Jurisprudência relevante citada: RE 201.465, rel. p/ acórdão Min. Nelson Jobim (2002); RE 388.312, rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia (2011).

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

I. A HIPÓTESE

1. O objeto da presente ação é a remuneração aplicável ao

ADI 5090 / DF

Fundo de Garantia por Tempo no Serviço - FGTS, correspondente à taxa referencial (TR) e juros capitalizados de 3% ao ano (art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036/1990 c/c art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177/1991). Sustenta-se, em síntese, que a TR não constitui índice de correção monetária, de modo que a sua incidência gera perdas aos trabalhadores, uma vez que o aumento nominal dos saldos não acompanha a inflação. Afirma-se, ainda, que a Caixa Econômica Federal – CEF, na qualidade de agente operadora do Fundo, locupleta-se com a baixa remuneração dos depósitos. A compreensão do tema exige um exame mais detido sobre o próprio FGTS e o modo como a Constituição lida com o risco inflacionário.

2. Com tal objetivo, após a rejeição das preliminares, demonstrarei que: (i) o FGTS é um direito social, correspondente a uma poupança forçada, de propriedade dos trabalhadores; (ii) a Constituição de 1988 acolhe diversas formas de lidar com a inflação, não impondo a correção monetária para tal fim; (iii) o Legislador alterou o regime jurídico do FGTS em 1991, passando da indexação à opção pela remuneração do capital como forma de enfrentar a inflação; (iv) tal escolha é constitucionalmente legítima, desde que a remuneração seja razoável, à luz do que se pratica no mercado; (v) não há locupletamento ilícito da CEF. À luz de tais fundamentos, defendo que a rentabilidade dos saldos do FGTS deve corresponder, no mínimo, à remuneração da caderneta poupança, investimento igualmente conservador.

3. O julgamento da ação teve início em 20.04.2023. Nessa sessão, votei pela procedência parcial do pedido, para (i) interpretar conforme a Constituição os dispositivos impugnados (art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036/1990 c/c art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177/1991), para declarar que a remuneração das contas do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança; e (ii) estabelecer que os efeitos da presente decisão se produzirão prospectivamente, a partir da publicação da ata de julgamento. Por fim, consignei que a questão da ocorrência de perdas passadas somente poderá ser avaliada e equacionada por via legislativa

ADI 5090 / DF

e/ou mediante negociação entre entidades de trabalhadores e o Poder Executivo. Propus, ao final, a seguinte tese de julgamento: “A remuneração do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança”.

4. A ação direta voltou à pauta do dia 09.11.2023. Nessa oportunidade, fiz um reajuste em meu voto, especificamente em relação à modulação temporal, considerando (i) os estudos apresentados pelo Ministério da Fazenda e pelo Núcleo de Processos Estruturais e Complexos (NUPEC) do STF quanto ao impacto econômico da decisão; (ii) o fato de que, a partir de 2017, houve uma mudança legislativa permitindo que a rentabilidade do FGTS fosse distribuída entre os correntistas, o que resultou em uma remuneração igual ou muito próxima à caderneta de poupança; e (iii) as projeções da Caixa Econômica Federal no sentido de que a aplicação da correção pela caderneta de poupança aos depósitos já existentes provocaria uma consequência fiscal relevante, bem como sua aplicação prospectiva impactaria o arcabouço fiscal, cujo marco zero é o ano de 2024, sem que houvesse sido considerada essa nova despesa.

5. Por essas razões, mantive minha posição no sentido de julgar parcialmente procedente o pedido, a fim de interpretar conforme a Constituição os dispositivos impugnados (art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036/1990 e art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177/1991), para declarar que a remuneração das contas do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança. Quanto à modulação, votei por estabelecer (i) que os efeitos da presente decisão se produzirão prospectivamente, para os novos depósitos efetuados a partir de 2025; e (ii) como regra de transição aplicável aos exercícios de 2023 e 2024, que a totalidade dos lucros auferidos pelo FGTS no exercício seja distribuída aos cotistas, podendo a questão da ocorrência de perdas passadas somente ser avaliada e equacionada por via legislativa e/ou mediante negociação entre entidades de trabalhadores e o Poder Executivo. Fiz, ainda, um pequeno ajuste na tese de julgamento: “A remuneração *global* do FGTS não pode ser inferior

ADI 5090 / DF

à da caderneta de poupança”. O voto que se segue já contempla essas pequenas alterações.

II. PRELIMINARES

6. Preliminarmente, a Advocacia-Geral da União sustenta que a ação deve ser inadmitida porque o requerente deixou de impugnar os arts. 12, I, da Lei nº 8.177/1991 e 7º, *caput*, da Lei nº 8.660/1993, que integrariam o mesmo conjunto normativo objeto da ação¹. No entanto, tais dispositivos versam sobre a incidência da TR na remuneração da poupança; ao passo que a presente ação trata da sua incidência no caso do FGTS exclusivamente. Assim, a ausência de questionamento dos dispositivos citados é irrelevante para o conhecimento do pedido.

7. Rejeito, igualmente, a alegação de impossibilidade jurídica do pedido, ao fundamento de que o Poder Judiciário não teria competência para fixar índices de correção monetária em substituição à decisão legislativa na matéria. O que se debate, na presente ação, é a rentabilidade aplicada aos depósitos de FGTS, à luz do direito constitucional ao Fundo (art. 7º, III), do direito de propriedade (art. 5º, XXII) e do princípio da moralidade administrativa (art. 37). Trata-se, indiscutivelmente, de matéria constitucional da competência do STF.

8. Afasto, ainda, a alegação de perda do objeto da ação, em virtude da aprovação da Lei nº 13.446/2017, posteriormente alterada pela Lei nº 13.939/2019. As referidas normas autorizaram a distribuição do lucro líquido auferido pelo Fundo aos cotistas, com base em decisão discricionária de seu Conselho Curador. Ainda que tenham melhorado a

1 Lei nº 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 nº 8.660/1993, art. 7º: “Os depósitos de poupança têm como remuneração básica a Taxa Referencial - TR relativa à respectiva data de aniversário”.

ADI 5090 / DF

remuneração dos depósitos nos últimos anos, não interferem sobre a rentabilidade passada, tampouco constituem garantia quanto à rentabilidade futura, como bem observado pela PGR e pela DPU.

III. MÉRITO

III.1. O FGTS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E NA LEI

9. O FGTS é um direito social do trabalhador (art. 7º, III, CF), destinado, “à melhoria de sua condição social” (art. 7º, *caput*, CF)². Os valores recolhidos a tal título integram o seu patrimônio, na forma de uma poupança compulsória, destinada a assegurar a sua manutenção e da sua família, no caso de cessação do vínculo de emprego³. A vinculação do direito ao tempo de serviço transmite, ainda, a ideia de que tal poupança deve aumentar ao longo da relação de trabalho. Os valores depositados no Fundo são, igualmente, o parâmetro para a indenização compensatória pela despedida sem justa causa (art. 7º, I, CF c/c art. 10, I, ADCT; Lei nº 8.036/1990, art. 18, § 1º)⁴. Essas são as características e as finalidades constitucionais do FGTS.

10. Em sede infraconstitucional, o Fundo é regido pela Lei nº 8.036/1990, que atribui aos empregadores a obrigação de depositar mensalmente, em contas vinculadas “*em nome dos trabalhadores*” (art. 2º, §2º), o valor correspondente a 8% (oito por cento) da sua remuneração (art. 15). Os trabalhadores são cotistas do FGTS e titulares de tais valores.

2 RE 100.249, Rel. Min. Néri da Silveira, j. de 02.12.1987.

3 V. João de Lima Teixeira Filho e Délio Maranhão, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. In: Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão, Segadas Vianna e Lima Teixeira, Instituições de direito do trabalho, v. 1, 2005, p. 664; Sergio Pinto Martins, Manual do FGTS, 2010, p. 36; Antônio Álvares da Silva, Proteção contra a dispensa na nova Constituição, 1992, pp. 258-9.

4 Atualmente, diante da ausência de regulamentação do art. 7º, I, da Constituição, o FGTS é a única proteção garantida ao empregado nas hipóteses de despedida sem justa causa.

ADI 5090 / DF

Não é livre a movimentação das contas, justamente porque se trata de uma reserva de valores destinada a assegurar sua condição social no futuro. A lei autoriza tal movimentação em algumas hipóteses, como a rescisão do contrato de trabalho por vontade do empregador, a aposentadoria e a aquisição de imóvel próprio (art. 20)⁵. Em caso de falecimento do cotista, o saldo é pago aos seus dependentes ou, na falta destes, aos seus sucessores (art. 20, IV).

11. De acordo com a lei, os recursos do Fundo devem ser aplicados no financiamento das atividades de habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana (art. 7º, X e art. 9º, *caput* e § 2º). Os critérios para tais aplicações são definidos pelo Conselho Curador do FGTS, devendo prever: (i) a prestação de garantias, (ii) uma forma de assegurar o valor dos saldos das contas perante a inflação (art. 9º, § 2º)⁶ e (iii) prazo máximo de 35 (trinta e cinco) anos (art. 9º, I a IV)⁷. O agente operador do FGTS é a Caixa Econômica Federal – CEF (art. 4º), que percebe, por isso, uma remuneração fixada pelo Conselho Curador (art. 5º, VIII)⁸. Os saldos das contas do FGTS são garantidos pela União e o risco de crédito é atribuído à CEF (art. 9º, §1º).

12. O problema com relação à rentabilidade do FGTS, segundo a inicial, reside na utilização da TR como forma de atualização monetária dos depósitos. Alega-se que tal taxa não reflete a inflação, de modo que a sua utilização implica um reajuste inferior à efetiva desvalorização do

5 A Lei nº 13.932/2019 adicionou algumas possibilidades de movimentação das contas que não infirmam tais considerações.

6 Tal fórmula voltada a assegurar a preservação dos valores dos saldos perante a inflação foi objeto de alterações no tempo. V. arts. 9º, §2º, e 13 da Lei nº 8.036/1990; e art. 17 da Lei nº 8.177/1991. A tal ponto retornarei mais adiante.

7 A Lei nº 14.438/2022 majorou o prazo máximo de aplicação de recursos do FGTS de 30 para 35 anos.

8 O gestor da aplicação dos recursos do FGTS, a seu turno, é o órgão do Poder Executivo responsável pela política de habitação (art. 4º da Lei 8.036/1990, com redação dada pela Lei nº 13.939/2019).

ADI 5090 / DF

valor dos depósitos, em prejuízo dos trabalhadores. A diferença entre o valor real das contas, se considerada a inflação, e seu valor atualizado pela TR, segundo o requerente, seria apropriada pela CEF, em desrespeito ao direito de propriedade, ao direito social dos trabalhadores ao FGTS e à moralidade administrativa.

13. A União, a seu turno, defende que a Constituição não assegura um direito à correção monetária dos depósitos do FGTS, e que a incidência de tal correção e sua taxa são matéria entregue à discricção do Legislativo. Pondera, ainda, que o FGTS tem um caráter multifuncional. Além de sua relevância como garantia do trabalhador, serve a fins mais amplos, de disponibilização de recursos para projetos de interesse público a baixo custo. Em tais condições, não se pode pretender remunerar os depósitos dos trabalhadores taxa superior àquela cobrada nos empréstimos em que são alocados. Em síntese, a importância de financiar as referidas atividades justifica que o FGTS perceba rentabilidade mais modesta.

14. A questão atinente à obrigação constitucional de correção monetária sobre os depósitos de FGTS será analisada na próxima seção. Entretanto, um aspecto do debate pode ser antecipado. O alegado caráter multifuncional do Fundo – relacionado à destinação dos seus recursos para o financiamento de projetos do interesse de toda a sociedade – não integra a *conformação a sua constitucional*. É a lei que deve se adequar à Constituição de 1988, e não o inverso. A utilização dos recursos em políticas públicas é bem-vinda, desde que não restrinja os direitos constitucionais dos trabalhadores ou interfira sobre a finalidade constitucional do benefício.

III.2 AS FORMAS CONSTITUCIONAIS DE LIDAR COM A INFLAÇÃO

15. A inflação corresponde à perda do valor de compra da moeda (valor liberatório). Em razão dela, uma mesma importância em

ADI 5090 / DF

reais pode não ser capaz de custear os mesmos produtos no dia de hoje e daqui a um ano, por exemplo. A correção monetária ou a indexação dos preços tem, em tese, o objetivo de minimizar os efeitos da desvalorização da moeda. A título ilustrativo, se os preços dos bens aumentam na proporção de 5% em determinado período, a correção que pretenda neutralizar a inflação deve majorar o valor nominal do dinheiro no mesmo percentual. Tal raciocínio, aplicado aos depósitos de FGTS, significa que os respectivos saldos deveriam ter seu valor nominal atualizado pelo mesmo percentual da inflação e, portanto, pelo mesmo índice de aumento do valor dos bens.

16. De fato, a ideia do FGTS como direito social do trabalhador, voltado a preservar e melhorar suas condições sociais de vida, na forma de uma poupança forçada, mantida por até 35 anos, pressupõe alguma forma de lidar com a inflação (art. 7º, *caput* e III, CF). Assegurar o direito de propriedade sobre o saldo pressupõe, em alguma medida, tutelar o seu conteúdo patrimonial (art. 5º, XXII, CF)⁹. Entretanto, *há mais de uma forma constitucionalmente legítima de enfrentar o fenômeno inflacionário*. A correção monetária é apenas uma delas. Não é necessariamente a forma mais técnica ou adequada para promover tal fim. E nem sempre é bem sucedida. Uma outra forma de lidar com o problema é a remuneração do capital por meio da sua aplicação em investimentos financeiros rentáveis e bem administrados. Passa-se ao exame de cada uma delas.

a) A correção monetária

17. A medição dos índices de inflação não alcança a todos os bens e serviços fornecidos no país, mas apenas um conjunto deles, situados em determinados lugares, os quais que compõem as “cestas”. A correção monetária altera o valor nominal do dinheiro de acordo com a

⁹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Curso de direito constitucional, 2013, p. 341; Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. 1 de 1969, t. V (arts. 153, § 2º – 159), 1970, p. 398.

ADI 5090 / DF

variação dos preços dos bens e serviços computados em uma determinada cesta e, portanto, conforme o índice a ela correspondente. Entretanto, há uma infinidade de bens, cestas e, portanto, de índices que podem ser usados para tal fim. Nenhum deles é perfeito. Todos expressam a evolução de um conjunto de preços, que varia de acordo com os produtos, serviços e a abrangência territorial das pesquisas. A inflação não é, portanto, um fenômeno mensurável com grau de certeza técnica, mas de mera aproximação. A inexistência de uma resposta absolutamente correta para a correção monetária abre ao legislador um espaço de conformação para a escolha do índice.

18. Ao contrário do que supõe o imaginário popular, a aplicação generalizada da correção monetária não neutraliza a inflação e sim a alimenta. Isso porque os agentes econômicos elevam os preços como forma de recompor uma perda anterior do poder aquisitivo da moeda. Então, reajustes automáticos, conforme o índice de inflação de um período, produzem aumentos que, por sua vez, serão colhidos pelo índice de inflação do período seguinte, reinserindo-se na cadeia e assim por diante¹⁰. Justamente por isso, no Brasil, a correção generalizada dos preços favoreceu, no passado, uma escalada inflacionária que conduziu o país a um cenário de hiperinflação. Nas palavras da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE: *“após um aumento inicial [dos preços], a inflação estabilizava-se em um patamar mais elevado, ratificado pela política monetária. Dessa forma, a inércia inflacionária tornou-se profundamente enraizada na economia”*¹¹. Nota-se, assim, que a indexação é um mecanismo para lidar com o problema da inflação, mas está longe de ter uma garantia de sucesso. Ao contrário, pode gerar efeitos desastrosos que se devem evitar.

10 Mário Henrique Simonsen, *Inflação: gradualismo x tratamento de choque*, 1970, p. 128. Nas palavras do autor: Nas palavras do autor, a correção monetária é “[u]ma fórmula que fatalmente deve se limitar a alguns setores, pois a correção generalizada ou se tornaria inócua ou logo levaria a inflação ao infinito”, porque “a correção monetária atua como um retroalimentador automático de inflação”.

11 Estudos econômicos da OCDE: Brasil 2000-2001, 2001, p. 40.

ADI 5090 / DF

19. Em tais condições e em virtude da variedade de opções políticas disponíveis para o enfrentamento do fenômeno inflacionário, a jurisprudência do STF já observou que *a Constituição Federal não prevê um direito público subjetivo à correção monetária, genérica e universalmente invocável*. O ponto foi bem registrado no RE 201.465 (Red. p/ acórdão Ministro Nelson Jobim, j. em 02.05.2002). Na ocasião, rejeitou-se a ideia de que a Constituição “estaria a impor a incorporação da correção monetária à política econômica”. Na mesma oportunidade, o Ministro Sepúlveda Pertence destacou que “não há um direito constitucional à indexação real, nem nas relações privadas, nem nas relações de Direito Público”. O mesmo entendimento foi reafirmado mais tarde, por meio do RE 388.312 (Red. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, j. em 01.08.2011), quando observou-se que: “não há uma decisão política fundamental de indexação automática ampla de toda a economia”¹².

b) A remuneração do capital

20. Uma segunda forma de lidar com o risco da inflação é a remuneração do capital, por meio da sua aplicação financeira. O mercado, em geral, adota taxas diferenciadas de remuneração dos investimentos, que se baseiam em expectativas de retorno e levam em conta diversos indicadores macroeconômicos, entre os quais a inflação passada e aquela esperada para o futuro. Em uma carteira de aplicações diversificadas e bem administradas, a remuneração total do capital pode ser suficiente para compensar eventuais perdas com a inflação e eventualmente superá-la. Trata-se de uma forma diferente de cuidar do mesmo problema. Diante do risco da inflação, pode-se tentar compensar a depreciação passada com a sua reintrodução na forma de indexador (correção monetária) ou aumentar a remuneração do capital investido, para fazer frente à expectativa de inflação futura.

12 O trecho transcrito entre aspas refere-se a passagem do voto da Min.^a Ellen Gracie, na mesma linha. O voto condutor do julgamento foi proferido pela Ministra Cármen Lúcia, a quem coube redigir o acórdão.

ADI 5090 / DF

21. Esse segundo modelo tem algumas vantagens. Além de evitar a retroalimentação do fenômeno inflacionário, a adoção de critérios de remuneração minimamente próximos aos aplicados pelo mercado garante ao credor da obrigação uma quantia correspondente à que ele teria se tivesse investido seu dinheiro em operações seguras. Talvez ele optasse por uma aplicação melhor, mas ela certamente seria mais arriscada e o exporia a riscos de perda.

22. Naturalmente, incidem, quanto ao percentual de remuneração financeira e seus índices, limites elementares como o princípio da razoabilidade/proporcionalidade, que impede a adoção de medidas arbitrárias, caprichosas ou desvinculadas do fim a que se destinam. Da mesma forma, o princípio da moralidade administrativa impõe aos agentes públicos o zelo pelos bens privados que tenham sido postos sob sua guarda (CC, art. 629). Em tais condições, a remuneração de aplicações financeiras deve ser proporcional à segurança e liquidez do investimento e compatível com as práticas de mercado. A escolha da aplicação deve observar os deveres de zelo incidentes sobre a gestão de bens de terceiros, assim como o princípio da moralidade administrativa. São ilegítimas alocações que conduzam a uma remuneração desproporcionalmente deficitária do capital dos trabalhadores, consideradas alternativas semelhantes, com idêntica segurança e liquidez.

23. Em síntese, portanto, a correção monetária pode ser substituída pela remuneração financeira dos saldos do FGTS, desde que suas taxas sejam compatíveis com as práticas de mercado.

III.3. A VARIAÇÃO DO REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AO FGTS NO TEMPO

24. No que se relaciona à rentabilidade do FGTS, o que se verifica é que a opção do legislador quanto ao mecanismo de enfrentamento da inflação se alterou com o passar do tempo.

ADI 5090 / DF

Inicialmente, fez-se uma escolha política pela indexação dos saldos, na esteira do que se praticava na economia nacional à época. Nos termos do art. 13 da Lei nº 8.036/1990, os valores depositados nas contas vinculadas deveriam ser “corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança e capitalização de juros de (três) por cento ao ano”.

25. No entanto, a partir de fevereiro de 1991, os saldos das contas do FGTS passaram a ser remunerados – e não mais corrigidos – segundo o disposto no art. 17 da Lei nº 8.177/1991, “pela taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos de poupança com data de aniversário no dia 1º, observada a periodicidade mensal para remuneração”. Esse último diploma estabeleceu “regras para a desindexação da economia” e, nessa linha, extinguiu uma série de indexadores, substituindo-os pela chamada Taxa Referencial – TR (arts. 3º e 6º). Além disso, fixou a TRD (TR diária) como critério de remuneração básica da poupança. Posteriormente, a TRD foi extinta e a poupança passou a ter “como remuneração básica a Taxa Referencial – TR relativa à respectiva data de aniversário” (Lei nº 8.660/1993, art. 7º).

26. Em tais condições, a Taxa de Referência não foi ou é utilizada como índice de correção, mas como forma de remuneração. Com a alteração normativa, os saldos do Fundo passaram a ser remunerados pela TR e por juros de 3% ao ano (art. 17, par. único, da Lei nº 8.177/1991)¹³; ao passo que as cadernetas de poupança, investimento bastante conservador e semelhante ao FGTS, passaram a ser remuneradas

13 Os juros anuais foram mantidos pelo art. 17, par. único, da Lei nº 8.177/1991: “As taxas de juros previstas na legislação em vigor do FGTS são mantidas e consideradas como adicionais à remuneração prevista neste artigo”.

ADI 5090 / DF

pela TR e por juros de 0,5% ao mês (art. 12 da Lei nº 8.177/1991)^{14 15}. Acerca desse ponto, é preciso examinar se existe alguma justificativa idônea para a imposição de um modelo desfavorecido de rentabilidade para o FGTS em comparação à poupança. É o que se passa a fazer.

IV. A INCONSTITUCIONALIDADE DO MODELO ATUAL

27. Quanto à desequiparação remuneratória entre FGTS e poupança, chama a atenção, em primeiro lugar, o fato de que *a caderneta de poupança foi escolhida pelo próprio legislador como parâmetro para a definição da rentabilidade do Fundo*. Tanto é assim que a legislação equiparou a correção monetária e, depois, a remuneração básica dos depósitos do FGTS e da poupança.

28. Quanto às características de tais aplicações, o FGTS é um investimento consideravelmente seguro. Tem a garantia da União quanto ao adimplemento dos créditos dos trabalhadores, o que reduz o risco associado aos depósitos e justifica a oferta de menor rentabilidade segundo a lógica de mercado. No entanto, os depósitos de poupança também gozam de uma garantia elevada. O Fundo Garantidor de

14 A única diferença dessa fórmula em relação à anterior diz respeito à TR – nos termos do art. 2º da Lei nº 8.088/1990, os depósitos de poupança eram “atualizados monetariamente pela variação do valor nominal do BTN” e rendiam “juros de cinco décimos por cento ao mês”.

15 Segundo reportagem publicada no jornal O tempo, um estudo teria concluído que, de agosto de 1994 a dezembro de 2011, o FGTS teria rendido cerca de 27,3% (vinte e sete inteiros e três décimos por cento) a menos do que a poupança. Assim, e ainda de acordo com a notícia, “quem recebeu um salário de R\$ 3.000 mensais, viu na conta do FGTS R\$ 39,5 mil, mas poderia ter obtido R\$ 50,3 mil, se o dinheiro fosse aplicado na poupança. E para quem teve remuneração de R\$ 6.000 mensais, obteve R\$ 79 mil no FGTS, enquanto, na poupança, o resultado poderia ter sido de R\$ 100,7 mil”. Helenice Laguardia, FGTS rendeu 27,3% a menos do que a poupança em 17 anos: Fundo do empregado está financiando outros setores a juros privilegiados, O Tempo 5 dez. 2011. Disponível em: <http://www.otempo.com.br/capa/economia/fgts-rendeu-27-3-a-menos-do-que-a-poupan%C3%A7a-em-17-anos-1.338552>.

ADI 5090 / DF

Créditos – FDC, entidade privada regulamentada pelo CMN, garante a restituição de créditos de até R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) por pessoa, em caso de intervenção, liquidação extrajudicial ou declaração de insolvência das instituições financeiras associadas¹⁶. Além disso, a impenhorabilidade dos depósitos do FGTS não reverte em benefício exclusivo dos cotistas¹⁷, já que também a União é favorecida ao manter a disponibilidade contínua dos recursos. A poupança também é contemplada com proteção semelhante, embora limitada a quarenta salários-mínimos (em valores de 2023, cerca de cinquenta e três mil reais)¹⁸.

29. Tudo isso revela uma considerável *semelhança entre as garantias que os trabalhadores têm no FGTS e na poupança*. Entretanto, na poupança os cotistas têm controle absoluto dos valores depositados, podendo transportá-los para outros investimentos ou empregá-los em interesses imediatos, o que não ocorre no caso do FGTS. No último, os trabalhadores se sujeitam à rentabilidade unilateralmente determinada pela União, que garante para si uma fonte periódica de recursos, em volume elevado, para utilizar em aplicações de interesse coletivo. Diante

16 Resolução/CMN nº 4.222/2013, Anexo I – Estatuto do FGC, art. 3º: “O FGC tem por objeto prestar garantia de créditos contra as instituições associadas, referidas no art. 11 deste estatuto, nas situações de: I - decretação da intervenção ou da liquidação extrajudicial de instituição associada; e II - reconhecimento, pelo Banco Central do Brasil, do estado de insolvência de instituição associada que, nos termos da legislação em vigor, não estiver sujeita aos regimes referidos no inciso I. Parágrafo único. O FGC, por efetuar o pagamento de dívidas de instituições associadas, tem o direito de reembolsar-se do que pagou nos termos do art. 346, inciso III, do Código Civil.” Anexo II – Regulamento do FGC, art. 2º: “São objeto da garantia ordinária proporcionada pelo FGC os seguintes créditos: [...] II - depósitos de poupança; [...] § 3º. O total de créditos de cada pessoa contra a mesma instituição associada, ou contra todas as instituições associadas do mesmo conglomerado financeiro, será garantido até o valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais)”.

17 Lei nº 8.036/1990, art. 2º, § 2º: “As contas vinculadas em nome dos trabalhadores são absolutamente impenhoráveis”.

18 CPC/15: “Art. 833. São impenhoráveis: [...] X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos.

ADI 5090 / DF

disso, a única conclusão que se pode extrair é *que a remuneração do capital dos cotistas é pequena para permitir que o Poder Público ofereça financiamentos com custo inferior ao de mercado.*

30. De fato, reiteradas manifestações do próprio Poder Público confirmam o ponto. Nesse sentido, a Presidência da República afirmou, no passado, que a baixa rentabilidade do fundo se deve ao fato de que seus recursos “beneficia[m] outros sujeitos além da relação econômico-financeira entre o fundista e o Fundo” (e-Doc n. 49, p. 18). A PGR reconhece que o Fundo é regulado para “favorecer a aplicação dos recursos e, conseqüentemente, a geração de rendimentos e a execução da política habitacional, com baixas taxas de financiamento” (e-Doc n. 57, p. 33 e 34). O Banco Central reitera que essa foi “a fórmula encontrada para manter minimamente viável a concessão de crédito por parte do FGTS a custos mais módicos” (e-Doc n. 24, p. 8-12).

31. Em síntese, os trabalhadores – entre eles os estratos mais vulnerabilizados e hipossuficientes da população – têm parte de seu fundo de garantia sacrificado para custear investimentos que interessam à sociedade como um todo, inclusive aos mais abastados. Em outras palavras, para evitar lançar mão de recursos públicos para a consecução de fins igualmente públicos, a União optou por impor aos trabalhadores, unilateralmente, o peso da satisfação dos interesses gerais. O que se tem, portanto, é uma aplicação financeira *compulsória*, muito semelhante à poupança, em que os cotistas são forçados a suportar uma *remuneração extremamente baixa* – muito inferior a qualquer outra aplicação, inclusive as mais conservadoras. A funcionalização da propriedade privada, em tais condições, ultrapassa o limite do razoável, porque se impõe a um grupo de hipossuficientes o custo *integral* de uma política de interesse coletivo, sem remuneração condizente com essa situação.

32. A igualdade perante os encargos públicos exige que *todos*, e não apenas um grupo específico, sejam chamados a suportar os custos

ADI 5090 / DF

das políticas de interesse coletivo. Ademais, sobrecarregar os mais carentes com investimentos fruídos e demandados por todos é uma inversão de valores e claramente uma medida desproporcional. Em uma poupança, sujeitos a riscos menores e a maior liquidez, os cotistas têm um rendimento muito superior. Assim, a União pode optar por solucionar o risco da inflação por meio da remuneração dos saldos do FGTS como investimento financeiro. Todavia, está obrigada a manter a coerência quanto a tal opção: uma vez feita a escolha pela remuneração (e não pela indexação), a rentabilidade dos depósitos deve se dar com base em índice razoável e compatível com investimentos semelhantes.

33. Vale assinalar, por fim, que a usurpação dos recursos dos trabalhadores se torna ainda mais evidente quando se examinam alguns documentos fornecidos pela própria União. Por meio deles, constata-se que sequer há verdadeira equivalência entre os juros pagos pelos depósitos de FGTS – 3% ao ano – e os juros cobrados pela CEF em operações de financiamento, tal como alegado. Os juros aplicados em operações de financiamento ligadas ao FGTS dependem da renda mensal familiar. Há financiamentos que incluem empréstimos de recursos do Fundo com juros de 5%, 6% e até 7% ao ano – embora se pague apenas 3% aos depósitos dos trabalhadores. Ademais, sacrifica-se a rentabilidade do saldo do trabalhador que percebe um salário-mínimo em favor da concessão de financiamentos para a moradia de famílias com renda mensal de até 9 salários-mínimos – *uma verdadeira subversão do que poderia ser qualquer critério distributivo justo*¹⁹.

19 De acordo com documento (e-Doc n. 389) apresentado pela própria AGU: “21. Entre 2000 e 2004, o FGTS oferecia linhas de financiamento com taxas de juros, que variavam de 3% a pouco mais de 6% ao ano, a depender do nível de renda familiar do tomador. Nesse período, as taxas mais baixas estavam disponíveis a famílias com renda mensal inferior a R\$ 500,00, valor esse que representava a faixa de cerca de 2 salários-mínimos. [...]. 23. De 2005 a 2008, a política de financiamento do fundo foi alterada, de modo a deixar a taxa de juros nominal fixa em 6% ao ano e conceder descontos sobre o valor do financiamento ou da prestação devida. Os descontos eram variáveis de acordo com a renda familiar e localidade do imóvel, [...]. 24. A partir de 2009, as regras de financiamento trouxeram novos critérios. Foi definida uma taxa de juros inferior, de 5% ao ano, para famílias com renda até um

ADI 5090 / DF

34. Por outro lado, ainda que, recentemente, se tenha passado a distribuir parte do resultado positivo do Fundo aos cotistas, melhorando-se a remuneração dos depósitos nos últimos anos. Não há qualquer garantia de que seguirá havendo uma distribuição de lucros. Como reconhece o Ministério da Economia, *não há na legislação um critério objetivo para definição da parcela de lucros a ser distribuída* (e-Doc n. 399, p.2). Portanto, tampouco há critério para definir a parcela que seguirá sendo apropriada pelo Poder Público para obras e empreendimentos de infraestrutura, sobretudo uma vez julgada a presente ação.

35. Em tais condições e observado que o FGTS constitui recurso de propriedade do trabalhador (e não recurso público), com natureza de direito constitucional social e de poupança forçada, provido de garantias semelhantes àquelas a que se sujeita a caderneta de poupança, mas nos quais o titular do recurso não pode optar por sacar o dinheiro a qualquer tempo ou buscar investimento com melhor rentabilidade (diferentemente do que ocorre com a poupança), não há dúvida de que a sua remuneração tem que ser ao menos equivalente à remuneração da poupança, já que a última tem maior liquidez para o seu titular. Se isso significa que a sociedade arcará com maiores valores, caso deseje financiar obras de interesse público a baixo custo, *nada mais justo do que onerar a todos, sobretudo aos que têm mais, com o custeio de providências que são do interesse de toda a comunidade*. Isso se chama justiça social.

36. Por tais razões, o pedido deve ser julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036/1990 e ao art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177/1991, de modo a determinar que os depósitos de FGTS fazem jus à remuneração anual mínima (incluindo rendimentos, juros e lucros) ao menos igual ao

patamar situado na faixa de 4 a 5 salários-mínimos e o volume de descontos concedidos passou a considerar também a modalidade do financiamento. [...]. 25. Desde 2017, existe ainda uma linha adicional de crédito, com taxa de juros de 7% ao ano, dedicada às famílias com renda mensal na faixa de 7 a 9 salários-mínimos”.

ADI 5090 / DF

rendimento das cadernetas de poupança.

V. A REMUNERAÇÃO DA CEF

37. Antes de concluir, há uma última questão a ser enfrentada. Não há dúvida de que a CEF, ao assumir o risco do crédito e a gestão do FGTS, faz jus a uma remuneração. Tal remuneração, no caso, é definida pelo Conselho Curador. Até 2007, a Caixa percebia valores fixos e percentuais sobre as operações de crédito realizadas com recursos do Fundo (Resolução CCFGTS nº 15/1990, I, c; Resolução CCFGTS nº 99/1993, II e ss.). Em 2008, atendendo a decisões do Tribunal de Contas da União – TCU e da Controladoria-Geral da União – CGU, aprovou-se uma nova fórmula de remuneração, correspondente à taxa de administração fixa de 1% a.a. Em tais termos, a CEF não retém, em seu próprio proveito, eventuais diferenças decorrentes da aplicação da TR. Tal como vigente hoje, sua remuneração não discrepa das práticas do mercado e oscila em função da quantidade de recursos sob a sua guarda. Não há, portanto, imoralidade ou irrazoabilidade no modelo.

IV. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECISÃO

38. Por fim, a matéria deve ser examinada à luz do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, na parte em que admite a modulação dos efeitos temporais da decisão, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Inicialmente, no voto proferido na sessão de 20.04.2023, havia proposto que a presente decisão deveria produzir efeitos prospectivos (*ex nunc*), a partir da publicação da ata de julgamento do acórdão, por questões de segurança jurídica. Ressaltei que as normas aqui questionadas estão em vigor há mais de três décadas e que, diante de decisões do STF e do STJ sobre questões semelhantes, havia uma percepção de estabilidade do quadro normativo até recentemente, que justifica a modulação de efeitos da decisão²⁰.

20 Em 2014, questão semelhante foi considerada desprovida de repercussão geral pelo STF (ARE 848.240). Em 2018, o STJ, em recurso especial repetitivo, afirmou que não compete

ADI 5090 / DF

39. Por isso mesmo, esclareci que não estava lidando, em meu voto, com situações pretéritas. Assentei que a questão da ocorrência de perdas passadas somente poderá ser avaliada e equacionada por via legislativa, se o Congresso achar que deve se manifestar, ou mediante negociação entre entidades de trabalhadores e o próprio Governo Federal. E, portanto, como enfatizei, **não há cadáver no armário**: isto é, eventual decisão na linha do voto que proferi não gera passivo a ser pago, salvo em caso de eventual negociação política e a critério do governo. De acordo com as conclusões do meu voto, devem ser extintas as ações judiciais voltadas à obtenção de reajuste na remuneração dos valores mantidos em contas do FGTS relativamente a período anterior ao marco temporal da modulação de efeitos da decisão.

40. Naquela oportunidade, também ressalttei, ao discutir a proposta de modulação de efeitos da decisão, a **ausência de impacto relevante sobre a situação fiscal do país**. É que a legislação autorizou, a partir de 2017, a distribuição aos cotistas do FGTS de parte dos lucros auferidos pelo Fundo (Medida Provisória nº 763, convertida na Lei nº 13.446/2017), de modo a melhorar a remuneração dos depósitos. Com essa distribuição, a remuneração global do FGTS, entendida como a soma da Taxa Referencial (TR), dos juros aplicáveis e dos lucros distribuídos, foi superior àquela aplicável à caderneta de poupança nos anos de 2018, 2019, 2020 e 2021.

41. Quando proferi meu voto, em abril de 2023, porém, ainda não havia sido feita a distribuição de resultados do FGTS para o exercício de 2022, nem estavam disponíveis projeções atualizadas sobre a inflação (IPCA), a taxa Selic, os rendimentos da caderneta de poupança para os próximos anos e sobre os impactos econômicos resultantes da mudança da forma de correção do FGTS.

ao Judiciário substituir a TR por outro índice de correção monetária.

ADI 5090 / DF

42. Com efeito, a distribuição de resultados do FGTS relativos ao ano de 2022 ocorreu apenas em julho de 2023, quando 99% dos lucros foram creditados nas contas dos trabalhadores. Apesar da distribuição, a rentabilidade do fundo alcançou em 2022 patamar (de 7,09%) superior à inflação do ano (de 5,79%), mas ligeiramente inferior aos ganhos da poupança (de 7,90%). Além disso, a AGU, em manifestação de 28.08.2023, trouxe novas projeções econômicas elaboradas pela Caixa Econômica Federal. Tais projeções apontaram, a partir dos índices econômicos extraídos do Relatório Focus do Banco Central para os anos de 2023 a 2026, que a rentabilidade projetada para a poupança para todos esses anos é superior à rentabilidade do FGTS, ainda que seja realizada distribuição de 100% dos resultados do fundo para todos os trabalhadores. Disso decorre que eventual equiparação da remuneração global do FGTS à caderneta de poupança implicará aumento de despesa para a União e a necessidade de ajustes nas diretrizes das políticas públicas, inclusive habitacionais, que envolvam recursos do FGTS.

43. Adicionalmente, no último dia 31 de agosto, foi sancionado o novo arcabouço fiscal brasileiro, instituído pela Lei Complementar nº 200/2023, que substitui o teto de gastos e tem como objetivo garantir o equilíbrio entre arrecadação e despesas, a sustentabilidade da dívida pública e as condições para crescimento socioeconômico no país. Considerando que 2024 será o ano zero do novo arcabouço fiscal, a mudança na remuneração do FGTS já no final de 2023 criará situação de difícil acomodação dentro das regras fiscais recém-aprovadas nos termos da Lei Complementar nº 200/2023. Ademais, já estão em estágio avançado de discussão no Congresso Nacional o Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias (PLDO) e o Projeto de Lei Orçamentária Anual (PLOA) de 2024, de modo que, considerando o princípio da anualidade orçamentária, é recomendável que eventuais alterações decorrentes da decisão sejam implementadas a partir do processo de elaboração do PLDO e PLOA de 2025²¹.

21 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1011631-relatorio-da-ldo-de-2024-pode-ser-votado-na-semana-que-vem-na-comissao-de-orcamento/#:~:text=Relat>

ADI 5090 / DF

44. Nesse novo cenário, entendo cabível a modulação dos efeitos da decisão para que a garantia de remuneração global do FGTS igual à da caderneta de poupança alcance apenas os depósitos futuros do FGTS, realizados a partir do exercício de 2025. Em acréscimo, como regra de transição destinada a tutelar os direitos de propriedade dos trabalhadores, entendo ser necessário determinar, para os exercícios de 2023 e 2024, a distribuição aos cotistas da totalidade dos lucros auferidos pelo FGTS no respectivo exercício, de modo que a remuneração global dos saldos depositados nas contas do FGTS (a soma da TR, juros e lucros distribuídos) se aproxime, o máximo possível, da poupança. Enquanto subsistirem saldos de depósitos antigos não alcançados pela equiparação à remuneração da poupança, alcançar ou supergar a rentabilidade da caderneta poupança deve ser a meta do Fundo.

45. Com isso, a modulação proposta se ajusta a preocupações de segurança jurídica e relevante interesse público, mantendo-se, porém, fiel às premissas de justiça que sustentam o voto inicialmente proferido. Tal solução busca atender a necessidade de assegurar estabilidade fiscal e previsibilidade orçamentária em um momento de transição de regime (para o novo arcabouço fiscal brasileiro). Ademais, possibilita prazo suficiente para a promoção das adequações necessárias nas políticas relacionadas aos recursos do FGTS, sem descuidar da saúde financeira e da sustentabilidade do fundo.

V. CONCLUSÃO

46. À luz de tais argumentos, voto no sentido de: (i) julgar parcialmente procedente o pedido, a fim de interpretar conforme a Constituição os dispositivos impugnados, para declarar que a remuneração das contas do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança; (ii) estabelecer que os efeitos da presente decisão se

<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código 8CEE-9B09-7E6A-582B e senha 1807-90BB-0B83-C65D

ADI 5090 / DF

produzirão prospectivamente, para os novos depósitos efetuados a partir de 2025; e (iii) estabelecer, como regra de transição aplicável aos exercícios de 2023 e 2024, que a totalidade dos lucros auferidos pelo FGTS no exercício seja distribuída aos cotistas. A questão da ocorrência de perdas passadas somente poderá ser avaliada e equacionada por via legislativa e/ou mediante negociação entre entidades de trabalhadores e o Poder Executivo. Firmo a seguinte tese: *“A remuneração global do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança”*.

20/04/2023

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA -

Minha saudação reiterada, Senhora Presidente, ao Ministro-Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, a quem cumprimento pelo brilhante voto, não apenas pela exposição oral, mas também pelo texto e fundamentos escritos que Sua Excelência compartilhou conosco.

Minha saudação aos eminentes Pares, tanto o Ministro Alexandre, presencialmente, quanto os Ministros Luiz Fux e Nunes Marques, à eminente Vice-Procuradora-Geral da República e aos nobres Advogados que sustentaram oralmente nesta tarde, o faço em nome do Ministro Jorge Messias, da Advocacia-Geral da União, Senhoras e Senhores.

Seguirei, Senhora Presidente, a essência do que foi trazido pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Permito-me apenas fazer algumas considerações que considero relevantes, em reforço até ao que o eminente Relator já nos trouxe.

Em primeiro lugar, reforço que, embora as

ADI 5090 / DF

sustentações orais tenham trazido a dupla finalidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, como bem pontuou o Ministro Luís Roberto Barroso, constitucionalmente, a finalidade do Fundo é a proteção, a garantia, de um direito fundamental do trabalhador. Nos termos da Constituição, a concepção originária do Fundo, a sua essência, é a garantia de um direito do trabalhador.

Logicamente que, uma vez existindo esse Fundo, a legislação ordinária, já há muito tempo, tem buscado dar finalidade pública à aplicação desses recursos enquanto o trabalhador não satisfaz ou não tem o direito próprio a sacar os valores correspondentes à sua cota dentro do Fundo de Garantia: financiar políticas públicas, políticas sociais, dar uma destinação pública ao Fundo. Isso não significa que quem tenha que custear essas políticas públicas seja o trabalhador em si mesmo, seja, de forma específica, o próprio Fundo de Garantia. A essência da garantia dessas políticas públicas é por meio de impostos, de tributos, que têm destinação direta encaminhada aos respectivos Tesouros - federal, estadual e municipal. Por meio dessa receita, os entes públicos devem formular políticas públicas que correspondam a outros direitos

ADI 5090 / DF

sociais garantidos na Constituição.

Essa natureza do Fundo ou finalidade constitucional do Fundo, a meu juízo, não é dúplice. Ela é exclusiva no fim e no propósito de garantir o direito do trabalhador, o que não significa que se possa dar destinações correspondentes na gestão dos recursos do Fundo de Garantia.

A par disso, trago uma perspectiva de que, no início, a modulação ou a forma de remuneração do Fundo de Garantia tinha, a meu ver, validade constitucional. Fazendo justiça à agremiação partidária autora, a parte, entre os itens 42 e 59 da petição inicial, traz um histórico de toda normatização correspondente à remuneração do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Dentro dessa perspectiva, desse histórico, diz a parte autora que a TR foi criada para remunerar as cadernetas de poupança com a expectativa de uma inflação futura no período de aplicação em lugar de uma inflação passada, desindexada, assim, a caderneta de poupança da inflação passada.

Ao longo do tempo, em 1995, na MP nº 2.074, e em 1996, por meio da Lei nº 8.981, dentre outros normativos, os fatores

ADI 5090 / DF

específicos do cálculo da TR foram sofrendo modificações. Em 1999, há uma mudança significativa, por meio da edição da Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2.604, no sentido de promover uma desvinculação total da TR tanto da inflação passada quanto da inflação futura, por alterações significativas na metodologia do cálculo desse índice financeiro. A partir desse momento, deixa de ser adequado, entendo eu, considerar-se a TR, de forma isolada, como critério de correção monetária cortado ao Fundo de Garantia.

O que quero dizer? Em um primeiro momento, sob a minha leitura, havia validade constitucional na aplicação da TR como estava. A partir de 1999, em função dessa nova metodologia, não temos mais correspondência da mera incidência TR acrescida da taxa de juros de 3% ao ano como critério válido de correção monetária. Entraríamos, então, sob a minha leitura, em um processo de inconstitucionalização da metodologia. Isso, para mim, fica muito claro, Senhora Presidente. Trago uma tabela, em meu voto escrito, da incidência da TR, desde 1992 até o ano de 2003, em comparação tanto com o INPC quanto com o IPCA-e. A título de exemplo, em janeiro de 1995, a TR teve índice de 2,10; o INPC,

ADI 5090 / DF

1,44; o IPCA-e, 1,78; ou seja, a TR teve um índice até superior ao INPC e ao IPCA-e. Isso se repete. Em janeiro de 1997, há um equilíbrio; em janeiro de 1998, a TR volta a superar o INPC e o IPCA-e em mais de meio por cento.

Porém, a partir de 2000, começa a haver uma inversão e a TR começa a se descolar de modo bastante significativo dos índices de inflação. Por exemplo, em janeiro de 2000, a TR teve 0,21, enquanto o INPC e o IPCA-e, mais de 0,6; em dezembro de 2000, a TR, menos de 0,1, o INPC, 0,55 e o IPCA-e, 0,65. A partir de 2000 então, começa a haver esse descolamento entre os índices TR e os índices que regem normalmente a mensuração da inflação.

Entretanto, como bem ressaltou o eminente Relator, a partir de 2017, 2018 e 2019, com a incorporação da possibilidade - e é uma possibilidade - de inclusão do resultado das aplicações financeiras de lucros e de resultados do Fundo de Garantia, além da TR e dos 3% ao ano, entendo que há um processo de resgate da constitucionalidade, ao menos fática, em relação à remuneração do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Dentro dessa perspectiva, considero uma solução na

ADI 5090 / DF

mesma linha trazida pelo eminente Ministro Luís Roberto Barroso: julgamento de parcial procedência do pedido. Eu o faço sob a perspectiva de reconhecimento e declaração de inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, dos artigos 13, *caput*, da Lei nº 8.036, e 17, *caput*, da Lei nº 8.177, assentando a impossibilidade de a TR ser considerada critério ou índice de correção monetária, como já reconhecido em outros contextos pelo Supremo Tribunal Federal.

Em complemento, em adição e em reforço à tese trazida pelo eminente Relator de que a remuneração correspondente ao Fundo de Garantia não deve ser inferior ao resultado da poupança, também consigno - repito, não em confronto à tese, mas em reforço à tese do eminente Relator - que a TR, como critério de correção monetária, é inconstitucional, para fins de metodologia do cálculo, nos termos do que foi estabelecido na resolução do Banco Central do Brasil -, em complemento à tese do eminente Ministro-Relator, adiciono que é inconstitucional a utilização da Taxa Referencial para fins de correção monetária, a partir da metodologia de cálculo estabelecida pela resolução do Banco Central.

Tal qual Sua Excelência, também faço a prospecção

ADI 5090 / DF

dessa procedência parcial em relação ao futuro, a partir da publicação da ata do presente julgamento.

Assim é como voto, Senhora Presidente.

20/04/2023

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. FLÁVIO DINO**
REQTE.(S) : **SOLIDARIEDADE**
ADV.(A/S) : **TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **ALYSSON SOUSA MOURAO**
ADV.(A/S) : **MARCELO MONTALVAO MACHADO**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
AM. CURIAE. : **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF**
ADV.(A/S) : **JAILTON ZANON DA SILVEIRA E OUTRO(A/S)**
AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
AM. CURIAE. : **BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE ALIMENTAÇÃO E AFINS**
ADV.(A/S) : **SID HARTA RIEDEL DE FIGUEIREDO**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL e CNTSS/CUT**
ADV.(A/S) : **RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO**
ADV.(A/S) : **RODRIGO CAMARGO BARBOSA**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

1. Senhor Presidente, eminentes Pares, acolhendo o bem lançado

ADI 5090 / DF

relatório elaborado por Sua Excelência, o eminente **Ministro Luís Roberto Barroso**, rememoro apenas que estamos a apreciar, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.090/DF, ajuizada pelo partido político Solidariedade, a **constitucionalidade do art. 13, caput, da Lei nº 8.036, de 1990, e do art. 17, caput, da Lei nº 8.177, de 1991.**

2. Os dispositivos questionados versam sobre a **forma de atualização dos valores depositados nas contas vinculadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)**. Estipulam a utilização dos *“parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança”*, definindo a Lei nº 8.177, de 1991, que a remuneração dos aportes feitos ao Fundo deve seguir a *“taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos de poupança”*, incidindo ainda **capitalização por juros de 3% (três por cento) ao ano.**

3. Eis o teor da legislação impugnada:

Lei nº 8.036, de 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.” (grifei).

Lei nº 8.177, de 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.” (grifos nossos).

4. As argumentações ventiladas na petição inicial centram-se na **violação aos direitos fundamentais previstos no art. 5º, inc. XXII (direito**

ADI 5090 / DF

de propriedade); no art. 7º, inc. III (direito ao FGTS); e no art. 37, caput (moralidade administrativa), todos da Constituição da República.

5. Em suma, alega-se que (e-doc. 2, p. 2-3):

“Ora, porquanto propriedade do trabalhador – ainda que sujeita a hipóteses específicas de disponibilidade – e ainda considerando a sua natureza de verdadeiro pecúlio constitucional, impõe-se a preservação da expressão econômica dos depósitos de FGTS ao longo do tempo diante da inflação, diante do núcleo essencial do art. 5º, XXII da CF/1988, consoante recentemente pacificado por este E. STF (ADI’s nºs 4357, 4372, 4400 e 4425) e do art. 7º, III, também da Lei Magna.

Pois bem: a título de cumprimento da referida garantia constitucional, o Legislador Federal editou o art. 13, caput, da Lei Federal nº 8.036/1990 e o art. 17, caput, da Lei Federal nº 8.177/1991, os quais determinam a incidência da Taxa Referencial (TR) – atual taxa de atualização da poupança – a título de correção monetária dos depósitos do FGTS.

No entanto, tal como pacificado recentemente por este E. STF (ADI’s nºs 4357, 4372, 4400 e 4425), a TR não pode ser utilizada para fins de atualização monetária, por não refletir o processo inflacionário brasileiro.

(...)

É bem verdade que, quando do seu surgimento, esta inconstitucionalidade não produziu malefícios imediatos aos trabalhadores, pois, no início da década de 1990, a TR se aproximava do índice inflacionário.

No entanto, a referida Taxa Referencial apresentou defasagem a partir do ano de 1999, devido a alterações realizadas pelo Banco Central do Brasil. E mais: esta defasagem só se agrava com o decorrer do tempo, diante da constante redução da SELIC, a taxa básica de juros.

Destarte, desde 1999, criou-se um quadro de esvaziamento não só formal, mas também material da garantia constitucional de propriedade dos titulares de contas de FGTS. Pode-se até

ADI 5090 / DF

afirmar que há, hoje, uma agressão ao núcleo essencial do próprio Fundo de Garantia, direito social de todos os empregados, repita-se, desde 1988.

E mais: não se pode perder de vista que, aplicado índice inferior à inflação, a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, como ente gestor do Fundo, se apropria da diferença, o que claramente contraria a moralidade administrativa do art. 37, caput, da Carta da República. Daí, pois, a propositura da presente ação.”

6. Adotado o rito do art. 12 da Lei nº 9.868, de 1999, foram solicitadas as informações de praxe junto às autoridades responsáveis pela edição do ato vergastado, com a ulterior colheita das manifestações da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República.

7. O **Senado Federal** argumentou que o FGTS possui regime jurídico específico, sujeito à disciplina legal, de modo que, *“nas contas vinculadas ao FGTS os titulares, como sujeitos de direito futuro, têm direito à manutenção monetária de acordo com os patamares legitimamente definidos pelo legislador”* (e-doc. 39, p. 11).

8. Já a **Presidência da República** posicionou-se pela improcedência da demanda, defendendo a plena constitucionalidade do diploma editado, pontuando que *“as conclusões sobre o uso da TR feitas pelo STF no julgamento das ADIns 4.357 e 4.425, seja porque não há hipótese de quebra de isonomia entre credor e devedor, seja porque não há possibilidade de compensação, seja porque não há enriquecimento indevido de uma das partes litigantes em detrimento da outra, ou, finalmente porque a remissão à ofensa ao direito de propriedade não encontra respaldo na natureza jurídica dos depósitos fundiários”* (e-doc. 49, p. 22).

9. Rememorou ainda que *“a substituição da TR pelo INPC/IPCA para a correção dos depósitos das contas vinculadas foi objeto de Projeto de Lei do Senado (PLS 193/2008), arquivado pelo legislador, após parecer contrário emitido*

ADI 5090 / DF

pela Comissão de Assuntos Econômicos. Neste parecer ficou consignado os nefastos efeitos na alteração, nomeadamente, para o financiamento habitacional para a população de baixa renda com recursos do FGTS'. E mais, que "a rejeição, pelo Legislativo, de proposta similar ao presente pedido, reforça a impossibilidade do pedido do requerente de invasão por parte do Poder Judiciário no âmbito da competência do Poder Legislativo" (e-doc. 49, p. 23-24).

10. No mesmo sentido, a AGU manifestou-se pela **improcedência do pedido**, suscitando ainda a existência de questões preliminares que ensejariam o **não conhecimento** da ação, em opinativo assim ementado (e-doc. 52):

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

ADI 5090 / DF

11. Em idêntica direção se posicionou, ainda, a **Procuradoria-Geral da República**, reiterando a questão preliminar suscitada pela AGU e concluindo, no mérito, pela improcedência do pedido autoral. Eis a síntese da referida manifestação (e-doc. 57):

“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 eger determinado índice de correção, em lugar do legislador.

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

12. Foram admitidos como *amicus curiae*, o Banco Central do Brasil (**Bacen**), a Defensoria Pública da União (**DPU**), a Caixa Econômica Federal (**CEF**), a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria de Alimentação e Afins (**CNTA**) e a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Seguridade Social (**CNTSS/CUT**).

13. Posteriormente, o Banco Central do Brasil apresentou informações complementares, tendo em vista a **edição da Lei nº 13.446**,

ADI 5090 / DF

de 25 de maio de 2017, alegando ter ocorrido a **perda superveniente do objeto** da presente ação direta em razão das alterações promovidas pelo novel diploma legal. Aduz que o aludido regramento **(i)** “*cria novo critério com o propósito de elevar a rentabilidade das contas vinculadas do trabalhador por meio da distribuição de lucros do FGTS*” e **(ii)** “*dispõe sobre possibilidade de movimentação de conta do Fundo vinculada a contrato de trabalho extinto até 31 de dezembro de 2015*” (e-doc. 83, p. 1).

14. Em seguida, sobreveio decisão cautelar do eminente Relator para determinar a **suspensão de todos os feitos que versem sobre a matéria, até julgamento do mérito pelo Supremo Tribunal Federal**, considerando “*(a) a pendência da presente ADI 5090, que sinaliza que a discussão sobre a rentabilidade do FGTS ainda será apreciada pelo Supremo e, portanto, não está julgada em caráter definitivo, estando sujeita a alteração (plausibilidade jurídica); (b) o julgamento do tema pelo STJ e o não reconhecimento da repercussão geral pelo Supremo, o que poderá ensejar o trânsito em julgado das decisões já proferidas sobre o tema (perigo na demora); (c) os múltiplos requerimentos de cautelar nestes autos; e (d) a inclusão do feito em pauta para 12/12/2019*” (e-doc. 300).

15. Mais recentemente, o Banco Central do Brasil carrou nova manifestação aos autos, reiterando a alegação de perda superveniente do objeto da presente ação direta, corroborada pela sanção da “*Lei nº 13.932, de 11 de dezembro de 2019 (resultante da conversão da Medida Provisória nº 889, de 24 de julho de 2019), que alterou a Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990*” (e-doc. 395).

Brevemente contextualizada a controvérsia, adotando, no mais, o relatório do eminente Ministro Luís Roberto Barroso, **passo a me manifestar.**

I – EXAME DAS QUESTÕES PRELIMINARES

ADI 5090 / DF

16. Como rememorado anteriormente, a Advocacia-Geral da União suscita em sua manifestação a existência de questão preliminar consubstanciada na ausência de **impugnação da “totalidade do complexo normativo referente aos dispositivos questionados”** (e-doc. 52, p. 8). O ponto foi corroborado pela Procuradoria-Geral da República.

17. De acordo com a AGU, *“as normas hostilizadas apenas determinam que os depósitos efetuados nas contas vinculadas de FGTS serão remunerados pela taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos de poupança. Ou seja, as disposições questionadas não estipulam, por si só, a utilização da Taxa Referencial (TR) como índice de atualização monetária desses valores, limitando-se a prever que os saldos de FGTS serão remunerados com base nos parâmetros fixados para a atualização da caderneta de poupança”* (e-doc. 52, p. 8-9).

18. Já *“os parâmetros para a remuneração dos depósitos de poupança, aos quais se referem as disposições hostilizadas, estão previstos pelos artigos 12, inciso I, da Lei federal nº 8.177/91 e, posteriormente, pelo caput do artigo 7º da Lei federal nº 8.660/93, os quais, no entanto, não foram objeto de impugnação pelo requerente”* (e-doc. 52, p. 9).

19. Por sua vez, o Bacen suscitou em diversas oportunidades a ocorrência da **perda superveniente do objeto** da presente ação direta, em razão da edição das Leis nº 13.446, de 25 de maio de 2017, e nº 13.932, de 11 de dezembro de 2019. Tal alegação, contudo, fora rechaçada pela PGR (e-doc. 397).

20. Não de ser superados ambos os óbices apontados, não assistindo razão tanto à AGU quanto ao Bacen.

21. Em relação à alegação de ausência de impugnação de todo o complexo normativo atinente à matéria, é preciso observar que, tal como expressamente esclarecido pela agremiação requerente em mais de uma oportunidade, **a irresignação autoral não se direciona à utilização da**

ADI 5090 / DF

Taxa Referencial (TR) como índice apto a integrar a fórmula de remuneração da poupança.

22. O que se questiona exclusivamente é a aplicação da referida taxa para atualização dos valores depositados nas contas vinculadas do FGTS. *In verbis*:

“67. Há de ficar claro que em nenhum momento se defende aqui a inconstitucionalidade da Taxa Referencial (TR) como índice de remuneração básica dos depósitos de poupança.

68. O que se assevera aqui, tal como decidido por este E. Pretório, é a inconstitucionalidade da utilização da TR como índice de correção monetária, porque de captação apriorística (*ex ante*) e, como tal, totalmente desvincilhado do real fenômeno inflacionário e não correspondente à real garantia constitucional de propriedade.” (e-doc. 2, p. 24).

23. Nesse contexto, ante a adequada delimitação da questão sob análise, não cabe, de fato, cogitar da inclusão de dispositivos que versam diretamente sobre a forma de remuneração da poupança – *e não sobre o modo como devam ser atualizados os valores aportados ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço* –, na medida em que tal discussão é alheia aos contornos traçados pelo pedido.

24. Quanto à reiterada alegação de perda superveniente do objeto em função das inovações legislativas apontadas pelo Banco Central, entendo que a adequada análise da questão perpassa pelo exame do próprio mérito da controvérsia, não ensejando, no presente caso, a incognoscibilidade da demanda.

III – EXAME DO MÉRITO

25. Superadas as questões preliminares, conheço da presente ação direta e avanço ao exame do mérito. **Antecipo, desde logo, que julgo**

ADI 5090 / DF

parcialmente procedente a demanda, pelos motivos que passo a expor.

26. Em síntese, as razões que ancoram a conclusão que alcanço ressaem da análise que faço: *(i)* quanto ao patamar constitucional da correção monetária; *(ii)* da finalidade constitucional precípua do FGTS; *(iii)* do processo de inconstitucionalização da utilização da Taxa Referencial, como índice isolado, para fins de manutenção do poder aquisitivo no decorrer do tempo; *(iv)* do retorno à constitucionalidade a partir do incremento de novos elementos na fórmula de remuneração dos valores aportados ao Fundo; *(v)* da atribuição de interpretação conforme a Constituição aos dispositivos inquinados; e *(vi)* da necessária modulação de efeitos.

A correção monetária como instituto jurídico-constitucional

27. Inicialmente, antes de escrutinar os atos normativos diretamente atacados, entendo necessário tecer algumas considerações preambulares sobre a apontada **interface entre o direito à propriedade e o instituto da correção monetária**.

28. Nas sempre argutas palavras do Min. Ayres Britto, *“a correção monetária (...) é instituto jurídico-constitucional, porque tema específico ou a própria matéria de algumas normas figurantes do nosso Magno Texto, tracejadoras de um peculiar regime jurídico para ela”* (ADI nº 4.357/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 14/03/2013, p. 26/09/2014; inteiro teor do Acórdão, p. 41).

29. Ainda em consonância com o escólio de Sua Excelência, a correção monetária tem como *“fato-condição de sua incidência”* o estabelecimento de uma relação de natureza creditícia entre as figuras do *credor* e do *devedor*, sendo este responsável por uma obrigação de *“pagamento em dinheiro”*. Esse é o raciocínio que norteou a compreensão do Min. Ayres Britto – e foi acolhido pela maioria do colegiado – no

ADI 5090 / DF

âmbito das ADIs nº 4.357/DF e 4.425/DF, apontadas pela requerente como paradigmas para o presente caso. *In verbis*:

“Instituto que tem o pagamento em dinheiro como fato-condição de sua incidência e, como objeto, a agravação quantitativa desse mesmo pagamento. Agravação, porém, que não corresponde a uma sobrepena, no sentido de constituir obrigação nova que se adiciona à primeira, com o fito de favorecer uma das partes da relação jurídica e desfavorecer a outra. Não é isso. Ao menos no plano dos fins a que visa a Constituição, na matéria, ninguém enriquece e ninguém empobrece por efeito de correção monetária, porque a dívida que tem o seu valor nominal atualizado ainda é a mesma dívida. Sendo assim, impõe-se a compreensão de que, com a correção monetária, a Constituição manda que as coisas mudem..., para que nada mude; quero dizer: o objetivo constitucional é mudar o valor nominal de uma dada obrigação de pagamento em dinheiro, para que essa mesma obrigação de pagamento em dinheiro não mude quanto ao seu valor real. É ainda inferir: a correção monetária é instrumento de preservação do valor real de um determinado bem, constitucionalmente protegido e redutível a pecúnia. Valor real a preservar que é sinônimo de poder de compra ou ‘poder aquisitivo’, tal como se vê na redação do inciso IV do art. 7º da C.F., atinente ao instituto do salário mínimo. E se se coloca assim na aplainada tela da Constituição a imagem de um poder aquisitivo a resguardar, é porque a expressão financeira do bem juridicamente protegido passa a experimentar, com o tempo, uma deterioração ou perda de substância, por efeito, obviamente, do fato econômico genérico a que se dá o nome de ‘inflação’. Daí porque deixar de assegurar a continuidade desse valor real é, no fim das contas, desequilibrar a equação econômico-financeira entre devedor e credor de uma dada obrigação de pagamento, em desfavor do último.”

(ADI nº 4.357/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 14/03/2013, p. 26/09/2014, inteiro teor do Acórdão, p. 41/42; grifos nossos).

ADI 5090 / DF

30. Com espeque em tais balizas, Sua Excelência já assentara em âmbito doutrinário que a correção monetária deve ser compreendida *“como fator de equilíbrio econômico-financeiro ou instrumento impeditivo de dano material e de correlato enriquecimento sem causa”*. Ou seja, no contexto de uma relação jurídica em que se têm estabelecidas as posições de *credor* e *devedor*, a correção monetária tem o propósito de preservação do equilíbrio originariamente avençado entre ambos. Veja-se:

“(...) a correção monetária se caracteriza, operacionalmente, pela citada aptidão para manter um equilíbrio econômico-financeiro entre sujeitos jurídicos. E falar de equilíbrio econômico-financeiro entre partes jurídicas é, simplesmente, manter as respectivas pretensões ou os respectivos interesses no estado em que primitivamente se encontravam.

8.2. Não se trata, portanto, de favorecer ou beneficiar ninguém. O de que se cuida é impedir que a perda do poder aquisitivo da moeda redunde no empobrecimento do credor e no correlato enriquecimento do devedor de uma dada obrigação de pagamento em dinheiro.”

(BRITTO, Carlos Ayres. *O regime constitucional da correção monetária*. In: Revista de Direito Administrativo, vol. 203, Rio de Janeiro: Renovar, jan-mar 1996, p. 41-58; grifos nossos).

31. Na mesma linha, ponderou o eminente Ministro Luiz Fux no bojo das referidas ações diretas:

“Na linha já exposta pelo i. Min. relator, “a finalidade da correção monetária, enquanto instituto de Direito Constitucional, não é deixar mais rico o beneficiário, nem mais pobre o sujeito passivo de uma dada obrigação de pagamento. É deixá-los tal como qualitativamente se encontravam, no momento em que se formou a relação obrigacional”. Daí que a correção monetária de valores no

ADI 5090 / DF

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.”**

(ADI nº 4.357/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 14/03/2013, p. 26/09/2014, inteiro teor do Acórdão, p. 98; grifos nossos).

32. Assim, é pertinente a alegação do partido autor quando assevera que a jurisprudência desta Excelsa Corte, forjada a partir de tais julgados, imprime um colorido constitucional ao instituto da correção monetária, compreendendo-o não como um direito autônomo, mas antes, extraindo-o, como decorrência lógica – *nas palavras do Ministro Luiz Fux* – do próprio núcleo essencial do direito de propriedade. Bem ilustram essa compreensão os seguintes pontos da ementa da ADI nº 4.425/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Red. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, *in verbis*:

“Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. [...] IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. [...]

(...)

5. A atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança viola o direito

ADI 5090 / DF

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).

(...)

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 inquinam 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 nº 4.425/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Red. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 14/03/2013, p. 19/12/2013; grifos nossos).

33. Tal entendimento fora corroborado por este Supremo Tribunal Federal em várias outras oportunidades, a exemplo do julgamento (i) do RE nº 870.947/SE, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20/09/2017, p. 20/11/2017, causa-piloto do Tema nº 810 do ementário da Repercussão Geral; (ii) da ADI nº 5.348/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 11/11/2019, p. 28/11/2019; (iii) das ADIs nº 5.867/DF e 6.021/DF e das ADCs nº 58/DF e 59/DF, todas de relatoria do Min. Gilmar Mendes, j. 18/12/2020, p. 07/04/2021; e (iv) do RE nº 1.269.353/DF, Rel. Min. Luiz Fux (Presidente), j. 16/12/2021, p. 23/02/2022, *leading case* do Tema nº 1.191 do ementário da Repercussão Geral.

34. Pela clareza e didática, cito, por todos, a ementa do RE nº 870.947/SE, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20/09/2017, p. 20/11/2017, acima referido:

ADI 5090 / DF

“Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09.IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII).INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. [...] RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIW, N.G. *Macroeconomia*. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. *Macroeconomia*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. *Macroeconomia*. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29).

4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação

ADI 5090 / DF

lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços.

5. Recurso extraordinário parcialmente provido.”

(RE nº 870.947/SE, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 20/09/2017, p. 20/11/2017; grifei).

35. É mister, pontuar, contudo, como bem observado pela e. Ministra Ellen Gracie no âmbito do RE nº 388.312/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Cármen Lúcia, j. 01/08/2011, p. 11/10/2011, que, **quando pretendeu revestir de tal proteção determinado direito, blindando-o dos efeitos corrosivos decorrentes da passagem do tempo, o Texto Constitucional o fez expressamente, não havendo “decisão política fundamental de indexação automática ampla de toda a economia”**. *In verbis*:

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

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

(...)

Também o Ministro Ayres Britto, no artigo ‘*Regime Constitucional da Correção Monetária*’, publicado na Revista Trimestral de Direito Público, 1-1/1996, reconhece que as obrigações em dinheiro sem direta regração constitucional quanto à incidência da correção monetária ‘*ficam na dependência*

ADI 5090 / DF

da expedição de lei federal, pois cabe ao Congresso Nacional legislar sobre 'matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações' (inciso XIII do art. -18, da CF)'.

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

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

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

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

36. No caso específico da previsão do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, silenciou o Constituinte. Nesse cenário, não se identifica, *a priori*, uma escolha constitucional que garanta ao trabalhador beneficiário do Fundo um direito à recomposição **integral** em relação à perda de poder aquisitivo que os valores ali depositados tenham sofrido.

37. Entretanto, embora não haja uma garantia constitucional à correção monetária, o que se espera, dentro de uma legítima expectativa constitucional de preservação mínima do direito de propriedade, é que se promova uma remuneração justa dos valores do Fundo, sob pena de se tornar inefetivo o próprio direito fundamental ao FGTS.

38. Ou seja, embora não haja um direito constitucional à correção monetária na espécie, a recomposição dos valores correspondentes ao Fundo deve ser justa e garantidora da efetividade do próprio direito fundamental. O que, como se demonstrará adiante, já não é garantido

ADI 5090 / DF

pela TR como índice de correção – *nada impedindo que ela venha a integrar, como um dos critérios, a fórmula que promova essa remuneração justa, evitando-se o locupletamento ilícito por parte do Estado.*

39. Assentada a referida premissa, passa-se a investigar, de forma mais detida, essa lógica jurídico-econômico-monetária que de fato se aplica à relação jurídica estabelecida entre **o trabalhador e o direito** que lhe assegura o Texto Constitucional **ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (CRFB, art. 7º, inc. III).**

A finalidade constitucional precípua do FGTS: condição conformadora da natureza jurídica dos valores aportados no Fundo

40. A resposta adequada ao referido questionamento depende do escrutínio das balizas constitucionalmente estabelecidas para orientar a atividade do legislador ordinário na conformação normativa do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

41. Um primeiro ponto indicativo do norte constitucional quanto à matéria pode ser inferido da própria topografia do dispositivo que o prevê na Lei Maior.

42. Localizado no rol dos direitos fundamentais do trabalhador, segundo a doutrina de Maurício Godinho Delgado, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço “*consiste em recolhimentos pecuniários mensais, em conta bancária vinculada em nome do trabalhador, conforme parâmetro de cálculo estipulado legalmente, podendo ser sacado pelo obreiro em situações tipificadas pela ordem jurídica, sem prejuízo de acréscimo percentual condicionado ao tipo de rescisão de seu contrato laborativo, formando, porém, o conjunto global e indiferenciado de depósitos um fundo social de destinação legalmente especificada*” (DELGADO, Maurício Godinho. ***Curso de Direito do Trabalho***. 7ª ed. São Paulo: Ltr, 2008, p. 1.243).

ADI 5090 / DF

43. Trata-se de direito decorrente da opção constitucional pelo fim do modelo então vigente que facultava ao obreiro, até aquele momento, se valer da garantia da *estabilidade* no emprego. Em razão dessa vinculação à finalidade específica, de tutela do trabalhador no momento em que se vê desprovido de fonte de recursos próprios para subsistência, não se afigurou razoável possibilitar que o saque dos valores depositados para tal desiderato pudesse ocorrer ao talante do seu beneficiário.

44. Essa custódia compulsória dos valores em questão permitiu que, para além das contas vinculadas individualmente consideradas, o conjunto global das quantias aportadas perfizessem um único Fundo, o qual, por sua vez, poderia ser legitimamente utilizado para custear uma série de políticas públicas de grande relevância social – *tais como habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana*.

45. Trata-se, contudo, de possibilidade que deriva de regras estabelecidas em razão da finalidade precípua do Fundo de Garantia, associada, ainda, à busca pela maior eficiência possível na alocação de recursos financeiros que, apesar de propriedade de sujeitos determinados, devem permanecer compulsoriamente custodiados até que sobrevenha, no plano dos fatos, a concretização dos riscos para cuja proteção a referida garantia foi pensada.

46. Quer-se com isso dizer que essa potencialidade de múltipla utilização dos recursos do Fundo pode até lhe outorgar uma aventada *dupla finalidade*. Entretanto, há uma nítida hierarquia constitucional entre elas. Ocupa o patamar mais elevado, consubstanciando-se no próprio objetivo constitucional para o qual fora concebido o instituto na sua modelagem atual – *ou seja, após a Carta de 1988, que extinguiu a estabilidade laboral* – a proteção do trabalhador dispensado. A finalidade solidária da destinação dos recursos deve amoldar-se a esse escopo primordial. Não o contrário.

ADI 5090 / DF

47. A corroborar essa centralidade dos recursos do Fundo como instrumento de proteção ao trabalhador, rememoro consolidada jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho que classifica os valores aportados como “*salário diferido*” do obreiro. Nesse sentido, trago à colação o seguinte excerto de voto proferido pela ilustre Ministra Rosa Weber, quando ainda integrava aquela corte de vértice especializada. Confira-se:

“Ao contrário do que sustenta o recorrente, o **Fundo de Garantia por Tempo de Serviço não tem natureza jurídica de tributo, e sim, corresponde a salário diferido**, resgatado pelo trabalhador após o implemento das condições previstas na legislação pertinente à matéria (Lei 8036/90 e Decreto N° 99.684/90).”

(AIRR nº 6181-19.2010.5.01.0000, Rel. Min. Rosa Maria Weber, 3ª Turma, j. 13/04/2011, p. 29/04/2011; grifei).

48. Nesse contexto, a meu sentir, não há dúvidas quanto à natureza de tais valores. Ostentam, antes de mais nada, por dever de fiel observância à conformação constitucionalmente fixada para o instituto, uma feição creditícia, consubstanciando-se em verdadeiro “*pecúlio constitucional*”, não se podendo desnaturar tal feição em razão das demais finalidades que foram agregadas à *ratio* seminal, responsável pela instituição do próprio Fundo.

49. E, na esteira do entendimento que norteou a posição encampada por esta Suprema Corte no bojo das ADIs nº 4.357/DF e nº 4.425/DF, reforçada em precedentes mais recentes, de tal conclusão, decorre a necessidade de se escrutinarem as medidas adotadas pelo legislador ordinário com o escopo de assegurar a efetiva preservação dos valores depositados em razão das consequências deletérias que, por diversos fatores macroeconômicos, o decurso do tempo costuma ocasionar no poder aquisitivo proporcionado por determinada moeda.

ADI 5090 / DF

50. Registro, desde logo, que, das premissas assentadas até aqui, não se infere uma aplicação automática das mesmas conclusões alcançadas nos precedentes anteriormente mencionados. Isso porque há peculiaridades distintivas que evidenciam se tratar de contextos fático-normativos substancialmente diversos àqueles em que formatados os aludidos arestos e a conjuntura subjacente ao presente caso. Prossigo no ponto a seguir.

A inconstitucionalização da utilização da Taxa Referencial, como índice isolado, para remuneração dos valores aportados ao FGTS

51. Como dito linhas acima, diante (i) da pacífica compreensão que se assentou no âmbito deste Colegiado Maior quanto à necessidade de se assegurar ao titular de determinado crédito a adequada correção monetária do valor original da obrigação de pagamento; e (ii) do reconhecimento, a partir da sua finalidade constitucional precípua, de que os valores depositados nas contas do FGTS de determinado trabalhador ostentam natureza creditória; é mister investigar se a metodologia de atualização da quantia aportada ao Fundo, estabelecida pelas disposições questionadas, mostra-se apta a alcançar de modo adequado o atingimento de tal desiderato.

52. Contudo, antes de adentrar na análise da fórmula concebida pelo legislador ordinário especificamente em relação à atualização dos valores custodiados pelo FGTS, é preciso tecer considerações preliminares quanto ao adequado contexto e alcance das decisões prolatadas por esta Excelsa Corte, seja no âmbito das multicitadas ADIs nº 4.358/DF e nº 4.425/DF, seja do RE nº 870.947/SE (Tema nº 810), ou ainda das ADIs nº 5.867/DF e nº 6.021/DF e das ADCs nº 58/DF e nº 59/DF, apreciadas de forma conjunta.

53. É que, em todos esses precedentes, o Supremo Tribunal Federal assentou a impossibilidade jurídica da utilização do índice de

ADI 5090 / DF

remuneração da caderneta de poupança como critério de correção monetária.

54. Por outro lado, verifica-se dos dispositivos questionados que, em relação ao FGTS, o legislador ordinário estipulou inicialmente a utilização dos *“parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança”* (art. 13 da Lei nº 8.036, de 1990). Logo em seguida, definiu o art. 17 da Lei nº 8.177, de 1991, que a remuneração dos aportes feitos ao Fundo deve seguir a *“taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos de poupança”*. Tanto num contexto quanto no outro, incidem ainda **capitalização por juros de 3%** (três por cento) ao ano (art. 13 da Lei nº 8.036, de 1990, *in fine*).

55. Para maior clareza, reproduzo novamente o teor da legislação em tela:

Lei nº 8.036, de 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.**” (grifei).

Lei nº 8.177, de 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.”

56. Nessa conjuntura, poder-se-ia presumir, em análise perfunctória, que a declaração de inconstitucionalidade assentada nos precedentes em que se rechaçou o emprego do índice de remuneração da poupança como forma de correção monetária ensejaria, automaticamente, o reconhecimento da inconstitucionalidade desse critério de atualização em

ADI 5090 / DF

casos como o presente. Ocorre que é preciso atentar para uma dupla diferenciação: *(i)* do contexto normativo-regulatório e *(ii)* da conjuntura socioeconômica daí decorrente.

57. Tais considerações se fazem necessárias na esteira do que bem pontuou o Ministro Luís Roberto Barroso, em sede doutrinária, ao analisar a já não mais tão recente reconhecida *“tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação dos valores à hermenêutica jurídica”*. Nas palavras de Sua Excelência:

“(…) Já ficou para trás, na teoria jurídica, a visão do positivismo normativista que apartava o Direito do mundo fático, assim como o dissociava, igualmente, da filosofia, da ética e de considerações em torno da ideia de justiça. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação dos valores à hermenêutica jurídica, produziram modificações profundas no modo como o Direito é pensado e praticado e redefiniram o papel da interpretação jurídica e do intérprete, especialmente em matéria constitucional.

O Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. Pelo contrário, em uma relação intensa e recíproca, em fricção que produz calor, mas nem sempre luz, o Direito influencia a realidade e sofre a influência desta. A norma tem a pretensão de conformar os fatos ao seu mandamento, mas não é imune às resistências que eles podem oferecer, nem aos fatores reais do poder. No caso das mutações constitucionais, é o conteúdo da norma que sofre o efeito da passagem do tempo e das alterações da realidade de fato. As teorias concretistas da interpretação constitucional enfrentaram e equacionaram esse condicionamento recíproco entre norma e realidade.”

(BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 143; grifos nossos).

ADI 5090 / DF

58. Atento a esse novo modelo de interpretação constitucional na contemporaneidade, que não prescinde dessa apontada simbiose entre normatividade e facticidade, é que se deve observar, em primeiro lugar, as nuances que diferenciam, de um lado, o contexto normativo-regulatório que permeia o julgamento dos procedentes invocados e, de outro, aquele inerente ao presente caso.

59. Para tanto, valho-me das palavras do e. Ministro Luiz Fux no bojo do RE nº 870.947/SE, que dão noção do momento em que editado o ato normativo ali questionado (Lei nº 11.960, **de 2009**) e do regulamento que, **naquele momento histórico**, norteara o cálculo da cognominada *Taxa Referencial*, que se consubstancia no índice de remuneração básica das aplicações em caderneta de poupança. Segundo pontou Sua Excelência:

“Apenas alguns aspectos - antes de entrar propriamente no voto – que foram aqui mencionados. A primeira coisa que hoje me preocupa muitíssimo é que, diferentemente da Corte Suprema americana, a nossa Corte Suprema, uma vez instada a se pronunciar sobre uma determinada questão, é obrigada a fazê-lo; ela não pode pronunciar um *non liquet*, porque o Brasil vive hoje um momento em que o Supremo Tribunal Federal se encontra refém de uma situação econômica e política heterodoxa em vez de ser refém da Constituição, cuja missão precípua é exatamente guardá-la.

Então, os argumentos que tenho ouvido aqui são todos argumentos ad terrorem e fora completamente do tema. **O nosso tema aqui não é um problema sistêmico, não é um problema de duzentos anos; a Lei é de 2009, então, o problema não é de duzentos anos, a Lei surgiu outro dia.**

(...)

Por outro lado, eu ouvia; acabei de ouvir isso aqui: o Brasil vive o maior índice de normalidade do mundo. Tenho aqui, do portal de notícias hoje de manhã: **inflação oficial é a maior para novembro desde 2002**. O que significa que o índice de

ADI 5090 / DF

caderneta de poupança não captura esse fenômeno da inflação. Isso é evidente. Agora, quem aplica em poupança, aplica porque tem outras vantagens: pode recuperar mais rápido o saldo, pode utilizar para outros fins. Cada um faz a aplicação que bem entende. Mas, não é porque o índice de caderneta de poupança é o melhor índice do mundo que o Brasil vive o maior índice de normalidade econômica do mundo.”

(RE nº 870.947/SE, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 20/09/2017, p. 20/11/2017 – Inteiro Teor do Acórdão – p. 16/17; grifos nossos).

60. Quanto à metodologia de aferição do índice utilizado para remuneração da caderneta de poupança, Sua Excelência asseverou que, **naquela quadra histórica**, a fórmula exata do cálculo já era a detalhada na *Resolução nº 3.354/2006 do Banco Central do Brasil, com as alterações promovidas pela Resolução nº 4.240/2013*. *In verbis*:

“(…) o tema está disciplinado pelo art. 12 da Lei nº 8.177/91, com atual redação dada pela Lei nº 12.703/2012. Eis a redação dos dispositivos:

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

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

II - como remuneração adicional, por juros de:

a) 0,5% (cinco décimos por cento) ao mês, enquanto a meta da taxa Selic ao ano, definida pelo Banco Central do Brasil, for superior a 8,5% (oito inteiros e cinco décimos por cento); ou

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

A Taxa Referencial Diária (TRD) correspondia à distribuição *pro rata die* da Taxa Referencial (TR) fixada para cada mês corrente (Lei nº 8.177/91, art. 2º, *caput*). **Ocorre que a**

ADI 5090 / DF

Lei nº 8.660/93 extinguiu a TRD (art.2º) e determinou que “os depósitos de poupança têm como remuneração básica a Taxa Referencial - TR relativa à respectiva data de aniversário” (art. 7º, caput).

A TR, por seu turno, é calculada, segundo a Lei nº 8.177/91, pelo Banco Central do Brasil “a partir da remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos, caixas econômicas, ou dos títulos públicos federais, estaduais e municipais”. (Lei nº 8.177/91, art. 1º, caput). Atualmente a fórmula exata do cálculo é detalhada na Resolução nº 3.354/2006 do Banco Central do Brasil, com as alterações promovidas pela Resolução nº 4.240/2013.

Pela metodologia legal e regulamentar, a TR é computada com base na taxa média dos CDBs (Certificados de Depósitos Bancários) e RDBs (Recibos de Depósitos Bancários) prefixados, com prazo de 30 a 35 dias corridos, oferecidos pelas 20 maiores instituições financeiras do País. **Para se chegar ao número final, é aplicado ainda um redutor cujo montante, em alguns casos, fica a cargo do próprio Banco Central (cf., Resolução nº 3.354/2006, art. 5º, §1º), fator esse que agrega um forte viés político ao critério. Emblemático neste sentido foi o período recente de setembro de 2012 a junho de 2013, no qual a TR foi fixada em zero pela autoridade monetária nacional.**

Nota-se, pois, que a remuneração da caderneta de poupança – diferentemente de qualquer outro índice oficial de inflação – é sempre prefixada, seja na parte já prevista na lei (0,5% ao mês ou 70% da meta da taxa Selic ao ano, consoante as hipóteses do inciso II), seja na parte fixada pelo Banco Central (a Taxa Referencial relativa à respectiva data de aniversário, na forma do inciso I, atualmente calculada com base em CDBs e RDBs *prefixados*). Essa circunstância deixa patente a desvinculação entre a evolução dos preços da economia e a remuneração da caderneta de poupança, o que a impede de caracterizar-se, quer sob o ângulo *formal* (lógico-conceitual) quer

ADI 5090 / DF

sob o ângulo *material (técnico-metodológico)*, como termômetro da inflação.”

(RE nº 870.947/SE, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 20/09/2017, p. 20/11/2017 – Inteiro Teor do Acórdão – p. 20/21; grifos nossos).

61. Veja-se, portanto, que, como não poderia deixar de ser, naquela assentada promoveu-se análise acerca da possibilidade de utilização dos índices de remuneração da caderneta de poupança, ***de acordo com os parâmetros então vigentes***, como método para realização da atualização monetária de valores corroídos pelo decurso de determinado lapso temporal. Assim, a referida análise restou limitada pela data de edição do ato normativo questionado – a **Lei nº 11.960, de 2009**.

62. Por outro lado, no caso em apreço, é preciso fazer maior digressão temporal, na medida em que **a metodologia questionada possui aplicação a partir de 1990**, em conjuntura na qual **o regramento que balizava a atualização da poupança era diverso**.

63. No ponto, entendo pertinente transcrever o seguinte excerto da peça autoral que, adequadamente, não negligencia ou refuta a existência de um processo de evolução do índice em questão, não se tratando, assim, de sistemática que teve aplicação uniforme e inalterada ao longo dos anos. Confira-se:

“42. A Taxa Referencial (TR) foi criada pela Lei Federal nº 8.177/1991 e, como visto, por força do seu art. 17, *caput*, vem sendo utilizado desde então como índice de atualização dos depósitos de FGTS.

43. Convém fazer algumas considerações sobre a TR.

44. Como estabelecido no art. 1º da Lei Federal nº 8.177/1991, a TR é calculada a partir da remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos, caixas

ADI 5090 / DF

econômicas, ou dos títulos públicos federais, estaduais e municipais, de acordo com metodologia a ser aprovada pelo Conselho Monetário Nacional (CMN).

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

46. Desse modo, teoricamente, a TR foi criada para remunerar as cadernetas de poupança com a expectativa de inflação futura no período de aplicação, no lugar da inflação passada. Desindexava-se, assim, a caderneta de poupança (principal ativo financeiro na época) dos índices de inflação passada.

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

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

ADI 5090 / DF

inflação futura (IF), tinha-se $(1 + IF) = (1 + RB) / (1 + JR)$.

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

50. **A partir de 1995, com a primeira edição da MP 2.074-73 (MP 1.053, de 30/06/1995), que viria se tornar a Lei Federal nº 10.192/2001, foi criada a TBF – Taxa Básica Financeira –** definida como a média de remuneração bruta mensal da amostra de títulos do mercado financeiro.

51. **A partir de então, o cálculo da TR passou a se vincular à TBF pela fórmula simples:** $(1 + TR) = (1 + TBF) / (1 + JR)$, e o fator JR foi sendo alterado pelas resoluções do CMN para se adequar às previsões de juros reais.

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

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

54. Na hipótese de a taxa de juros reais líquida das aplicações financeiras ficar abaixo da taxa de juros da

ADI 5090 / DF

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

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

56. A partir da Resolução CMN 2.604, de 23/04/1999, o fator R passou a se vincular à TBF e à taxa de juros da poupança pela fórmula $R = a + b \times TBF$, onde “a” sempre foi 1,005 (fator referente à taxa de juros mensais da poupança) e “b” foi sendo alterado à medida que as taxas de juros brutas caíam ao longo do tempo. **A primeira TR nessa nova metodologia foi referente a 01/06/1999 (art. 3º da Res. 2.604/1999).**

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

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

59. Em resumo, a remuneração básica das cadernetas de poupança, que desde sua criação no final dos anos 60 tinha sido realizada por algum índice de inflação passada, foi substituída pela TR por força da lei 8.177/1991, num movimento de desindexação da economia, inicialmente substituindo a inflação passada pela previsão de inflação futura – objetivo do cálculo da TR nos seus primórdios – e, **posteriormente (desde a Resolução CMN 2.604, de 23/04/1999) desvinculando-se**

ADI 5090 / DF

totalmente também da inflação futura, pelas sucessivas metodologias de cálculo desse índice financeiro.” (e-doc. nº 2, p. 15-17; grifos nossos).

64. Nesse espeque, é preciso aferir, a partir das balizas estabelecidas sobretudo no âmbito do **RE nº 870.947/SE**, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 20/09/2017, p. 20/11/2017, se as razões que fulminaram a possibilidade de utilização da TR naquele contexto incidem igualmente durante todo o **período anterior a 2009** – *como visto, marco temporal que serviu de recorte à análise de constitucionalidade promovida naquele outro contexto.*

65. Para tanto, rememoro que naquela assentada os motivos que levaram ao afastamento da TR foram catalogados pelo eminente Relator como configuradores de uma *“inadequação”* de quatro ordens: *(i) “lógico-conceitual”; (ii) “técnico-metodológica”; (iii) “histórico-jurisprudencial”; e (iv) “pragmático-consequencialista”.*

66. Aplicando tais critérios ao cenário evolutivo da sistemática de atualização monetária dos valores depositados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ao longo do tempo, verifica-se que, **apenas a partir das alterações promovidas pela Resolução CMN 2.604, de 23/04/1999 – que promoveu a mencionada desvinculação total da TR, tanto da inflação passada, quanto da inflação futura, pelas alterações na metodologia de cálculo desse índice financeiro –**, é que o referido instrumento deixou de ser adequado para, de forma isolada, promover a correção monetária dos valores aportados ao Fundo.

67. Nesse sentido, repisa-se uma vez mais que, sendo feitas a partir do prisma já estabelecido por critérios posteriores a tal regramento, as análises promovidas pelos precedentes anteriormente mencionados – *ai se incluindo não apenas o RE nº 847.970/SE, mas ainda às ADIs nº 4.357/DF e 4.425/DF (relacionadas à EC nº 62, de 2009), e às ADIs nº 5.867 e 6.021 e às ADCs 58 e 59 (relacionadas à Lei nº 13.467, de 2017)* – devem ter sua

ADI 5090 / DF

incidência à espécie condicionada à aferição do mesmo contexto fático-normativo ali existente. O que, como antecipado acima, somente ocorre com a edição da **Resolução CMN 2.604, de 23/04/1999**.

68. Isso porque, **na sistemática anterior, buscava o índice em questão (i) capturar a expectativa inflacionária – ainda que a partir de previsão futura; (ii) com base em metodologia que procurava medir “a variação de preços de um dado conjunto de bens durante certo intervalo de tempo”, fixando-se “uma cesta de bens” para verificar “seu valor com preços de diferentes períodos” – no caso, a partir do cálculo inicial da taxa média resultante dos CDBs (Certificados de Depósitos Bancários) e RDBs (Recibos de Depósitos Bancários) prefixados, com prazo de 30 a 35 dias corridos, oferecidos pelas 20 maiores instituições financeiras do País; (iii) sem que se pudesse cogitar da consequência pragmática de estimular o credor a postergar o adimplemento de sua obrigação de pagamento em detrimento do devedor – tal como constatado no caso das condenações judiciais suportadas pela Fazenda Pública, que se beneficiava da dilação do pagamento para momento futuro. Portanto, não se verifica, in casu, a presença de quaisquer das “inadequações” apontadas no âmbito do mencionado RE nº 847.970/SE, pelo menos até o recorte temporal estabelecido.**

69. Aponta para essa direção ainda a análise comparativa (*da conjuntura socioeconômica*) entre os índices auferidos (i) pela Taxa Referencial (TR), (ii) pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), e (iii) pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), na série histórica de 1992 a 2003, conforme tabela abaixo:

70. Nessa conjuntura, verifica-se no caso em análise a ocorrência do fenômeno jurisprudencialmente cognominado pela expressão “*processo de inconstitucionalização*” ou “*inconstitucionalidade superveniente*”. Como se

ADI 5090 / DF

pode inferir a partir dos seguintes precedentes:

“EMENTA: Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135328): **processo de inconstitucionalização das leis.**

1. **A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.**

2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal - constituindo modalidade de assistência judiciária - deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que - na União ou em cada Estado considerado -, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328.”

(RE nº 147.776/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. 19/05/1998, p. 19/06/1998).

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO DE OPÇÃO AO CARGO DE DEFENSOR PÚBLICO. PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA JÁ

ADI 5090 / DF

APRECIADA EM CONTROLE CONCENTRADO. EFICÁCIA PRECLUSIVA.

1. Este Tribunal admite, excepcionalmente, a revisão de julgamento de Ação Direta quando há **processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas substanciais**, ausentes no caso concreto. Eficácia preclusiva.

2. As formas derivadas de investidura em cargos públicos são inadmissíveis à luz da Constituição do Brasil de 1988, de forma que as Constituições estaduais não podem ampliar a excepcionalidade admitida pelo artigo 22 do ADCT. Precedentes: ADI 3.603, Rel. Min. Eros Grau, DJ 02.02.2007; ADI 112, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 09.02.1996; ADI 175, Rel. Min. Otávio Galotti, DJ 08.10.1993; ADI 1.267, Rel. Min. Eros Grau, DJ 10.08.2006.

3. Quando do julgamento da ADI 3.720, foi declarada a constitucionalidade da disposição da Constituição do Estado de São Paulo que faculta aos procuradores a opção por carreira na Defensoria Pública, conquanto cumpram os requisitos de convergência entre o concurso prestado e as atividades de defensor. Essa opção não se estende a agentes de outras carreiras, sob pena de ofensa à exigência constitucional de concurso público.

4. Tendo em conta a prévia manifestação desta Corte e a ausência de fundamentos suficientes para o reconhecimento da inconstitucionalidade superveniente, não se desvincilhou a parte requerente do ônus argumentativo que se lhe impõe a presunção de constitucionalidade da lei impugnada.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(ADI nº 4.363-AgR/DF, Rel. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 07/12/2018, p. 19/12/2018).

72. Em âmbito doutrinário, citando novamente o escólio do Ministro Relator, trago à colação as seguintes ponderações acerca do tema:

“Encontra-se superada, de longa data, a crença de que os

ADI 5090 / DF

dispositivos normativos contêm, no seu relato abstrato, a solução preestabelecida e unívoca para os problemas que se destinam a resolver. Reconhece-se nos dias atuais, sem maior controvérsia, que tanto a visão do intérprete como a realidade subjacente são decisivas no processo interpretativo. Tais circunstâncias são potencializadas pela presença, no relato das normas constitucionais, de cláusulas gerais e enunciados de princípio cujo conteúdo precisará ser integrado no momento de aplicação do Direito. Conceitos como ordem pública, dignidade da pessoa humana ou igualdade poderão sofrer variação ao longo do tempo e produzir consequências jurídicas diversas.

A mutação constitucional dar-se-á, também, em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma. O que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa.

(...)

Em mais de uma situação, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a influência da realidade na determinação da compatibilidade de uma norma infraconstitucional com a Constituição. E, a *contrario sensu*, admitiu que a mudança da situação de fato pode conduzir à inconstitucionalidade de norma anteriormente válida. Citam-se a seguir dois precedentes.

A Corte entendeu que a regra legal que assegura aos defensores públicos a contagem em dobro dos prazos processuais deve ser considerada constitucional até que as Defensorias Públicas dos Estados venham a alcançar o nível de organização do Ministério Público. Em outra hipótese, o STF considerou que o art. 68 do Código de Processo Penal ainda era constitucional, admitindo que o Ministério Público advogasse em favor da parte necessitada para pleitear reparação civil por danos decorrentes de ato criminoso, até que a Defensoria Pública viesse a ser regularmente instalada em cada Estado.

O fenômeno da mutação constitucional por alterações da realidade tem implicações diversas, inclusive e notadamente no plano do controle de constitucionalidade. Ali se investigam

ADI 5090 / DF

categorias importantes, desenvolvidas sobretudo pela jurisprudência constitucional alemã, como a **inconstitucionalidade superveniente**, a **norma ainda constitucional**, a *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade* e o **apelo ao legislador**, por vezes invocadas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro.”

(BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 152-154; grifos nossos).

73. Considerado tal contexto, e por verificar que a simples manutenção da incidência complementar da taxa de juros de 3% (três por cento) ao ano, já praticada desde a edição da Lei nº 8.036, de 1990, como forma de suplementar a remuneração dos valores aportados ao Fundo para fins de recomposição de seu poder aquisitivo, não se mostra suficiente para aproximar adequadamente a forma de remuneração das quantias ali depositadas do fenômeno inflacionário atualmente verificado, é que entendo caracterizado, no caso, o fenômeno da *inconstitucionalidade superveniente* da forma de atualização monetária estipulada pelos dispositivos questionados, notadamente a partir da já citada Resolução CMN 2.604, de 23/04/1999 – *que promoveu a mencionada desvinculação da TR, tanto da inflação passada, quanto da inflação futura, pelas alterações na metodologia de cálculo desse índice financeiro*.

74. Ocorre, contudo, que a sistemática contemporânea de cálculo da remuneração dos valores vertidos ao FGTS leva em consideração outros fatores, com o expresso objetivo de reduzir substancialmente a diferença entre o valor nominal originalmente depositado e o poder aquisitivo que a referida importância venha a perder no decurso de tempo. É o que se passa a analisar.

Adequação constitucional da nova fórmula de remuneração dos valores

ADI 5090 / DF

depositados nas contas vinculadas

75. Como dito anteriormente, o cenário acima apontado, que culminou na progressiva inconstitucionalização do índice de remuneração da caderneta de poupança como instrumento de correção monetária – *em constatação que vai ao encontro da jurisprudência sedimentada por esta Excelsa Corte ao analisar a aplicação do índice com tal finalidade durante períodos a partir do ano de 2009 –*, contudo, foi objeto de substancial alteração a partir da edição da Lei nº 13.446, de 2017, seguida da Lei nº 13.932, de 2019.

76. Como explica a Advocacia-Geral da União em manifestação complementar, *“com a alteração legislativa promovida pelos diplomas mencionados, o FGTS passou a distribuir uma parcela de seus lucros aos cotistas do fundo, de modo que a remuneração das contas passou a ser influenciada não apenas pela correção monetária, calculada através da TR, como também pela capitalização de juros de três por cento ao ano e pela distribuição dos resultados positivos auferidos, levando a remunerações superiores às da TR e à inflação”*.

77. Ainda segundo informações da AGU:

“O Departamento de Gestão de Fundos da Secretaria de Proteção ao Trabalhador do Ministério do Trabalho e Emprego explica que os valores exatos a serem distribuídos serão determinados pelo Conselho Curador do FGTS. No Ofício SEI nº17094/2023/MTP (doc. anexo), a Pasta esclarece o procedimento que determina essa distribuição e mostra que, a partir da alteração legal que introduziu a distribuição de resultados em 2016, a remuneração das contas vinculadas superou em quase todos os anos o IPCA:

4. Com o advento da Lei nº 13.446, de 25 de maio de 2017, a qual estabeleceu que 50% dos resultados fossem distribuídos para as contas vinculadas, foi possível proporcionar remunerações adicionais e impactar as rentabilidades de 2016 e

ADI 5090 / DF

2017. Em 2019, a Medida Provisória nº 889, de 24 de julho de 2019, alterou esse percentual para 100%, com efeito na rentabilidade de 2018. Em seguida, a Lei nº 13.932, de 11 de dezembro de 2019, manteve a prática de distribuição de resultados, sem definir, no entanto, o percentual para essa distribuição. A competência para autorizar a distribuição de parte do resultado do FGTS é do Conselho Curador do FGTS, conforme o §5º do art. 13 da Lei nº 8.036, de 1990.

5. Assim, a seguinte imagem, disponibilizada no sítio do FGTS pelo seu Agente Operador, mostra que, nos primeiros dois anos de distribuição dos resultados, foram distribuídos 50% do resultado auferido, tal qual determinava a legislação vigente. Em 2019, base 2018, foi distribuído 100% do resultado; em 2021 e 2022, o Conselho Curador do FGTS deliberou pela distribuição de R\$8,1 bilhões e R\$13,2 bilhões, respectivamente.

(...)

6. Essa nova forma de remunerar os recursos dos trabalhadores no Fundo, nos últimos três exercícios, fez com que a rentabilidade do FGTS para os trabalhadores superasse a da poupança, conforme demonstra imagem extraída do sítio do FGTS.

(...)

7. Em que pese a rentabilidade dos saldos de FGTS não tenha superado o IPCA, índice oficial de inflação no Brasil, em 2021, ante o elevado índice apurado para o exercício, a rentabilidade acumulada do FGTS para os trabalhadores desde o início da distribuição dos resultados em 2017, referente a 2016, supera o IPCA, além da Poupança:

(...)

Desse modo, embora não se trate, rigorosamente, de revogação ou modificação dos dispositivos especificamente impugnados, a alteração legislativa mencionada atinge o núcleo do objeto, porque já não é mais possível afirmar, a partir dela, que a remuneração do correntista seja aquela indicada na petição inicial, que o autor entende inadequada. Isso modifica as premissas do pedido inicial, levando à perda de objeto da ação.”

78. Ante tal contexto, é mister reconhecer que houve, de fato, alteração substancial do cenário até então verificado em relação à forma

ADI 5090 / DF

de atualização/remuneração das contas do Fundo. O que, em cotejo com a constatação alcançada no tópico anterior, leva à conclusão de que, **no momento atual, o legislador ordinário adotou as medidas normativas necessárias à superação do cenário de inconstitucionalização então constatado, a partir de 1999.**

79. Essa situação, contudo, não enseja, a meu sentir, a perda superveniente do objeto da presente demanda.

80. Tal conjuntura, imbricada de alta complexidade decorrente das constantes variações normativas e socioeconômicas, com processos de transição entre a constitucionalidade e inconstitucionalidade, associada ao considerável tempo de vigência das normas sob investida, e, ainda, aos relevantíssimos fins sociais que foram imputados ao FGTS, enseja a incidência, à espécie, da utilização da **técnica da interpretação conforme a Constituição** (nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 17^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022).

Da necessidade de interpretação conforme a Constituição

81. Como vaticina Dirley da Cunha Júnior, a interpretação conforme a Constituição é técnica decisória que, em observância ao princípio de presunção de constitucionalidade das leis, busca preservar a vontade legislativa naquela parcela que seja compatível com a Carta Maior. *In verbis*:

“O Supremo Tribunal Federal, a propósito dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, vem adotando algumas técnicas compatíveis com o controle abstrato de constitucionalidade. É o caso da técnica da *interpretação conforme a Constituição* e da *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*.

A técnica da *interpretação conforme a Constituição* visa

ADI 5090 / DF

prestigiar a presunção *juris tantum* de constitucionalidade dos atos normativos do poder público. Assim, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, sendo possível mais de uma interpretação do ato impugnado (por tratar-se de norma polissêmica ou plurissignificativa), deve-se adotar aquela que possibilita ajustá-lo à Constituição. Nesse caso, tem o Supremo Tribunal Federal, na esteira da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, entendido que a ação direta de inconstitucionalidade deve ser julgada parcialmente procedente, para declarar inconstitucionais os sentidos admissíveis da norma que não o único compatível com a Carta Magna. Percebe-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que a interpretação conforme a Constituição não deve ser vista como um simples princípio de hermenêutica, mas sim como uma modalidade de decisão do controle de constitucionalidade de normas, equiparável a uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, porém, segundo entendemos, sem se confundir com esta técnica.

Já a técnica da *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto* tem sido utilizada para considerar inconstitucional determinada hipótese de aplicação da lei, sem proceder a qualquer alteração do seu texto normativo. Isto é, distintamente da técnica da *interpretação conforme*, com base na qual o Supremo Tribunal Federal exclui determinadas hipóteses de interpretação da norma, para lhe emprestar aquela que a compatibilize com texto constitucional, a técnica da *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto* possibilita ao Supremo excluir determinadas hipóteses de aplicação da norma, que aparentemente seriam factíveis e que a levaria a uma inconstitucionalidade.

Dito de outro modo, na interpretação conforme, o Tribunal exclui um ou mais sentidos da norma legal, com a atribuição de um outro sentido com o qual se possa compatibilizar a norma à Constituição; na declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, a Corte considera inválida a aplicação ou incidência da norma legal sobre

ADI 5090 / DF

determinada situação, sem impedir a sua incidência legítima relativamente a outras situações.”

(CUNHA JÚNIOR, Dirley da. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 237-238).

82. Penso ser essa a hipótese dos autos, entendendo ser o caso de promover interpretação conforme a Constituição do art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036, de 1990, e do art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177, 1991, *para assentar a impossibilidade de fixação da Taxa Referencial como critério exclusivo para remuneração dos valores depositados nas contas vinculadas do FGTS*.

83. Desse modo, excluindo qualquer possibilidade interpretativa em sentido diverso, compreendo ser o caso de assentar expressamente que *é inconstitucional a utilização da Taxa Referencial, de forma exclusiva, para fins de correção monetária, a partir da metodologia de cálculo estabelecida pela Resolução CMN 2.604, de 23/04/1999, do Conselho Monetário Nacional, ainda que ela possa integrar, como um dos seus elementos, a fórmula de atualização dos valores depositados nas contas vinculadas do FGTS*.

84. Cotejando essa premissa exegética, bem como as razões que lhe dão suporte, com as conclusões alcançadas pelo ilustre Relator, **aquiesço com Sua Excelência quanto à necessidade de estabelecer que “a remuneração global do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança”**.

Da necessária modulação de efeitos

85. Por fim, considerando *(i)* tratar-se de norma que vigorou por mais de duas décadas; *(ii)* cuja inconstitucionalidade se deu de forma progressiva no tempo; *(iii)* a partir das alterações promovidas na sistemática de cálculo do índice impugnado; *(iv)* que foi paulatinamente se descolando dos índices de preço elaborados a partir de metodologia mais adequada; *(v)* não olvidando ainda a alta complexidade e multilateralidade que a presente decisão pode ensejar no cenário

ADI 5090 / DF

econômico nacional, tendo em vista o considerável lapso de vigência da norma; e *(iv)* sem desconsiderar ainda, a existência de jurisprudência sedimentada em âmbito de recurso especial repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça e de tema de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal; entendo necessário promover, desde logo, a **modulação temporal dos efeitos da decisão**.

86. No ponto, rememoro que linha de raciocínio semelhante foi seguida no bojo das ADIs nº 4.357/DF e nº 4.425/DF, em Questão de Ordem de relatoria de Sua Excelência o Ministro Luiz Fux, assim ementada:

“Ementa: QUESTÃO DE ORDEM. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DE DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE (LEI 9.868/99, ART. 27). POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ACOMODAÇÃO OTIMIZADA DE VALORES CONSTITUCIONAIS CONFLITANTES. PRECEDENTES DO STF. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. EXISTÊNCIA DE RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO TEMPORÁRIA DO REGIME ESPECIAL NOS TERMOS EM QUE DECIDIDO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei nº 9.868/99, art. 27). Precedentes do STF: ADI nº 2.240; ADI nº 2.501; ADI nº 2.904; ADI nº 2.907; ADI nº 3.022; ADI nº 3.315; ADI nº 3.316; ADI nº 3.430; ADI nº 3.458; ADI nº 3.489; ADI nº 3.660; ADI nº 3.682; ADI nº 3.689; ADI nº 3.819; ADI nº 4.001; ADI nº 4.009;

ADI 5090 / DF

ADI nº 4.029.

2. *In casu*, modulam-se os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas nas ADIs nº 4.357 e 4.425 para manter a vigência do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016.

3. Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) **fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015**, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária.

4. Quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial: (i) consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional nº 62/2009, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades; (ii) fica mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado.

5. Durante o período fixado no item 2 acima, ficam mantidas (i) a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (art. 97, § 10, do

ADI 5090 / DF

ADCT) e (ii) as sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (art. 97, §10, do ADCT).

6. Delega-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a apresentação de proposta normativa que discipline (i) a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e (ii) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, por opção do credor do precatório.

7. Atribui-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que monitore e supervisione o pagamento dos precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão.”

(ADI nº 4425-QO/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 25/03/2015, p. 04/08/2015; grifos nossos).

87. Quanto aos contornos específicos da modulação, a partir das ponderações agora trazidas pelo eminente Ministro Luís Roberto Barroso em complemento ao voto – *ponderações essas lastreadas em dados e projeções apresentadas pelos atores institucionais envolvidos no caso* – adiro à proposta de Sua Excelência no sentido de protrair o momento inicial da produção de efeitos da referida decisão, com o estabelecimento de regra de transição específica, de modo a oportunizar tempo hábil aos ajustes técnico-legislativos necessários, assegurando-se a fiel observância das normas financeiras incidentes na espécie.

88. Aquiesço, portanto, com a proposta de “(ii) estabelecer que os efeitos da presente decisão se produzirão prospectivamente, para os novos depósitos efetuados a partir de 2025; e (iii) estabelecer, como regra de transição aplicável aos exercícios de 2023 e 2024, que a totalidade dos lucros auferidos pelo FGTS no exercício seja distribuída aos cotistas”.

89. Dessa maneira, tal como realçado pelo ilustre Relator, harmonizaram-se as consequências práticas desta decisão com a

ADI 5090 / DF

“necessidade de assegurar estabilidade fiscal e previsibilidade orçamentária em um momento de transição de regime (para o novo arcabouço fiscal brasileiro)”, possibilitando-se “prazo suficiente para a promoção das adequações necessárias nas políticas relacionadas aos recursos do FGTS, sem descuidar da saúde financeira e da sustentabilidade do fundo”.

90. Superam-se, ainda, os riscos de eventuais efeitos sistêmicos que a aplicação imediata dessa decisão poderia ensejar no setor de financiamento imobiliário nacional, sobretudo durante os anos de 2023 e 2024, em razão das projeções atualizadas para a taxa Selic no respectivo lapso temporal.

91. Isso porque, de acordo com a compreensão manifestada de forma unânime pelos atores institucionais envolvidos na demanda, *“para que o FGTS consiga superar a rentabilidade projetada da poupança, a taxa Selic deve se manter igual ou inferior a 8%”*. Ou seja, quanto mais elevada a taxa, em relação a tal patamar, mais significativo será o aporte de recursos públicos necessário à equalização dos respectivos índices de rendimento. Por outro lado, as projeções mais recentes do Relatório Focus, elaborado pelo Banco Central, estimam que a taxa Selic relacionada ao restante do corrente ano durante 2024 será, efetivamente, maior do que a linha de corte apontada — *ou seja, 8%*. Já a partir do ano de 2025, as projeções apontam para cenário econômico mais positivo, com redução do índice a percentuais inferiores ao necessário.

92. De outro bordo, ao revestir de *obrigatoriedade* o que a equação remuneratória atualmente fixada pelo legislador previu como *mera faculdade*, atribuindo ao Conselho Curador do Fundo a deliberação acerca do percentual de lucro obtido a ser efetivamente distribuído entre os respectivos cotistas, a proposta apresentada por Sua Excelência oferece igual tutela em prol do trabalhador, sem desconfigurar demasiadamente a sistemática atualmente vigente, considerando a redação dada aos dispositivos impugnados pelas Leis nº 13.446, de 2017, e nº 13.932, de

ADI 5090 / DF

2019.

IV – DISPOSITIVO

93. Em face do exposto, **acompanhando o eminente Relator, também conheço da presente ação direta e, no mérito, julgo parcialmente procedente o pedido, para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 13, caput, da Lei nº 8.036, de 1990 e ao art. 17, caput, da Lei nº 8.177, de 1991, assentando a impossibilidade de fixação da Taxa Referencial como critério exclusivo para remuneração dos valores depositados nas contas vinculadas do FGTS.**

94. Em complemento à tese trazida pelo Relator, entendo que *“é inconstitucional a utilização da Taxa Referencial, de forma exclusiva, para fins de correção monetária, a partir da metodologia de cálculo estabelecida pela Resolução CMN 2.604, de 23/04/1999, do Conselho Monetário Nacional, ainda que ela possa integrar, como um dos seus elementos, a fórmula de atualização dos valores depositados nas contas vinculadas do FGTS”*.

95. Por fim, com base nas razões acima apresentadas, **adiro integralmente à proposta de modulação de efeitos, na versão reajustada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, em ordem a “estabelecer que os efeitos da presente decisão se produzirão prospectivamente, para os novos depósitos efetuados a partir de 2025” e “estabelecer, como regra de transição aplicável aos exercícios de 2023 e 2024, que a totalidade dos lucros auferidos pelo FGTS no exercício seja distribuída aos cotistas”**.

É como voto, Senhor Presidente.

Ministro ANDRÉ MENDONÇA

20/04/2023

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, Vossa Excelência me ouviu?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Pois não, ouviu-o perfeitamente, Ministro Luiz Fux.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Estou presente desde o início. É que houve apenas uma interrupção do sinal.

Eu tenho para mim que o voto do Ministro André e o voto do Ministro Barroso não são coincidentes, porque o Ministro Barroso considera lícita a remuneração, desde que obedecida a caderneta de poupança. Na medida em que a remuneração pela caderneta de poupança leva em conta a TR, a tese do Ministro André não é igual à tese do Ministro Barroso.

Então, é só porque eu entendi o Ministro André dizer "em reforço à tese do Ministro Barroso", mas não é em reforço. Acho que essas teses têm essa diminuta diferença.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Eu agradeço ao Ministro Fux. Justamente, a senhora secretária me alcançava a folha, em que eu imaginava que estivesse a parte dispositiva do voto do Ministro André, mas não, é a parte dispositiva do voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

Então, eu iria questionar o Ministro André, justamente, Ministro Fux, porque também ouvi, tal qual Vossa Excelência, que o Ministro André estaria a votar no sentido de adicionar à tese do Ministro Luís Roberto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Vossa Excelência me permite um brevíssimo comentário?

ADI 5090 / DF

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Sim.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Veja, o que o Ministro André afirmou...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Ele mesmo vai depois explicitar.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Certo. O que o Ministro André afirmou é a reiteração de uma jurisprudência que prevaleceu no Supremo, de que a TR não é critério de correção monetária. E eu estou de pleno acordo com essa afirmação do Ministro André.

Todavia, o que eu procurei pontuar, na minha decisão, é que o critério de remuneração do Fundo de Garantia deixou de ser a correção monetária e passou a ser um critério alternativo de remuneração de mercado. Essa remuneração de mercado é que eu disse que não pode ser abaixo da caderneta de poupança. Portanto, eu não me opus de fato à TR. Teria me oposto se eu considerasse que o critério era de correção monetária, mas eu acho que o critério adotado pelo legislador é um critério distinto do da correção monetária. Por isso não me incomodei em permanecer a TR desde que assegurado esse patamar mínimo.

Pelo que entendi do voto do Ministro André, ele não diverge desse ponto de vista, mas, como ele está presente, vamos ouvir a interpretação autêntica.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - É que ele declara a inconstitucionalidade. Pois não, Ministro André. Eu iria questionar exatamente Vossa Excelência para poder fazer o lançamento do voto.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Eu convirjo nesse sentido na própria interpretação trazida, a meu juízo, pelo Ministro Barroso. Eu considero que a TR, para fins de correção monetária, é inconstitucional. Agora, como um dos critérios que compõem a remuneração do Fundo de Garantia, junto a outros critérios, entendo que nenhum dos critérios trazidos hoje pela legislação considera correção monetária. E o próprio voto do Ministro Luís Roberto Barroso tenta

ADI 5090 / DF

afastar essa questão do nominalismo, a questão da correção monetária como uma feição constitucional trazida obrigatoriamente em todas as considerações que são aportadas na realidade econômica. Mas a TR não deixa de ser hoje um critério para compor, junto a outros elementos que hoje a legislação traz, como válido nessa outra dimensão, repito, que não a da correção monetária.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Obrigada, Ministro André. Eu vou fazer a leitura da parte dispositiva do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, porque eu preciso fazer o lançamento, para ver se Vossa Excelência acompanha essa parte dispositiva, porque eu também fiquei com o mesmo sentimento do Ministro Luiz Fux no sentido de um reconhecimento de inconstitucionalidade enquanto tal. Pode ser uma questão da percepção. Eu gosto muito de lembrar Lacan, quando ele diz que eu sei o que eu digo; eu não sei o que você escuta. E às vezes, o nosso ouvido, de fato, no momento, não tem a percepção adequada.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Presidente, Vossa Excelência me permitiria ler o dispositivo? Porque teve uma pequena modificação.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Eu até estou com um problema na minha voz, prefiro que Vossa Excelência leia e me faça a gentileza.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Então, o dispositivo ficou assim:

À luz de tais argumentos, voto no sentido de: (i) julgar parcialmente procedente o pedido, a fim de interpretar conforme a Constituição os dispositivos impugnados, para declarar que a remuneração das contas do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança; (ii) estabelecer que os efeitos da presente decisão se produzirão prospectivamente, a partir da publicação da ata de julgamento; e (iii) assentar que a discussão sobre perdas passadas deve se dar em sede legislativa e/ou de negociação entre entidades de trabalhadores e o Executivo.

Firmo a seguinte tese:

A remuneração do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de

ADI 5090 / DF

poupança.

É que tinha faltado a interpretação conforme.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Senhora Presidente, se me permite, até para evitar essa dupla interpretação, eu vou ajustar aqui a parte dispositiva. A essência é a mesma, é de parcial procedência. Apenas na forma, talvez, de dispor ao final é que haveria uma divergência de enunciados. Então, eu adequo integralmente esse ponto ao dispositivo trazido pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

Apenas consigno, ao final, que a TR não é - até porque Sua Excelência nesse ponto acho que converge também - um critério de correção monetária, como já reiteradamente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

Eu apenas fiz essa consignação porque nós estamos decidindo hoje com o parâmetro normativo. E o próprio Ministro Luís Roberto Barroso consignou que esse parâmetro não tem uma vinculação obrigatória, mesmo na questão da remuneração compartilhada dos resultados do fundo. Apenas para se evitar que, futuramente, se considere a TR como um critério específico de correção. Não considero inconstitucional como um critério a mais no cômputo da remuneração, só reiterando isso.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Então, Vossa Excelência está acompanhando o voto do eminente Relator nos termos agora lidos por Sua Excelência.

Publicado sem revisão.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) : SOLIDARIEDADE

ADV.(A/S) : TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA (23167/DF) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : ALYSSON SOUSA MOURAO (18977/DF)

ADV.(A/S) : MARCELO MONTALVAO MACHADO (34391/DF, 31755-A/PA, 4187/SE, 357553/SP)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

ADV.(A/S) : JAILTON ZANON DA SILVEIRA (77366/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE ALIMENTAÇÃO E AFINS

ADV.(A/S) : SID HARTA RIEDEL DE FIGUEIREDO (1509-A/DF, 11497/SP)

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL ; CNTSS/CUT

ADV.(A/S) : RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO (32147/DF, 140251/MG, 234932/RJ, 1190/SE, 439314/SP)

ADV.(A/S) : RODRIGO CAMARGO BARBOSA (34718/DF)

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), que: (i) julgava parcialmente procedente o pedido, a fim de interpretar conforme a Constituição os dispositivos impugnados (art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036/1990 c/c art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177/1991), para declarar que a remuneração das contas do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança; e (ii) estabelecia que os efeitos da presente decisão se produzirão prospectivamente, a partir da publicação da ata de julgamento. Por fim, assentava que a questão da ocorrência de perdas passadas somente poderá ser avaliada e equacionada por via legislativa e/ou mediante negociação entre entidades de trabalhadores e o Poder Executivo, e firmava a seguinte tese: "A remuneração do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança"; e do voto do Ministro André Mendonça, que julgava parcialmente procedente a ação, acompanhando o Relator, nos termos de seu voto, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, os Drs. Alysson Sousa Mourão e Saul Tourinho Leal; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Jorge Rodrigo Araújo Messias, Advogado-Geral da União;

pelo *amicus curiae* Caixa Econômica Federal - CEF, o Dr. Jailton Zanon da Silveira; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, a Dra. Tatiana Melo Aragão Bianchini, Defensora Pública Federal; pelo *amicus curiae* Banco Central do Brasil - BACEN, o Dr. Erasto Villa Verde de Carvalho Filho, Procurador-Geral Adjunto do Banco Central; e, pelo *amicus curiae* Confederação Nacional dos Trabalhadores em Seguridade Social - CNTSS/CUT, o Dr. Raimundo Cezar Britto Aragão. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 20.4.2023.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à sessão os Senhores Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Lindôra Maria Araújo.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

27/04/2023

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Senhora Presidente, ministra Rosa Weber, na pessoa de quem saúdo todos os Ministros desta Corte; Senhor Procurador-Geral da República, Augusto Aras; Senhora Secretária da sessão; Senhores Advogados, uma boa tarde a todos.

Senhora Presidente, antes de mais nada, quero parabenizar o voto do eminente Relator, que reputo ter trazido uma solução muito inteligente e que desafia os argumentos trazidos pela Advocacia-Geral da União em quase toda a sua inteireza. Ou seja, Sua Excelência propõe uma solução que não atinge os eventos pretéritos, apenas exorta o Poder Legislativo a tentar adotar medidas para promover uma compensação dessas perdas. E não impacta o presente porque, após a legislação que integrou à remuneração do FGTS a distribuição dos lucros, já é de conhecimento público que, pelo menos nos últimos cinco anos, a remuneração do FGTS sobeja a remuneração da poupança.

Portanto, Sua Excelência traz uma solução para um evento futuro, para uma realidade econômica que possa eventualmente ocorrer, em que, com a remuneração dos juros, dentro do Brasil, em um patamar bastante inferior ao que hoje é praticado, a remuneração do FGTS, com a TR em 3% e mais distribuição do lucro, não consiga atingir a remuneração da poupança.

Recebi um vasto material ontem – acredito que todos os Ministros tenham recebido, especialmente o meu gabinete, porque eu seria o primeiro a votar –, vindo do Ministério das Cidades, da Caixa Econômica Federal, por meio da Advocacia-Geral da União, que faz o apelo de que não conseguiu ainda concluir sua análise em relação a um eventual déficit enfrentado pela União em um cenário no qual ela seria obrigada a complementar esses depósitos fundiários.

Eu me deparei com números um pouco assustadores, inclusive para o ano 2024, em que a União, eventualmente, teria de complementar entre

ADI 5090 / DF

1,5 bilhão e 5,4 bilhões e argumentos como a elevação da taxa de juros para os mutuários, aqueles que mais necessitam de habitação no Brasil, que recebem entre 1 e 4 salários mínimos, sendo que 85% utilizam financiamentos para casa própria com recursos oriundos do fundo de garantia, e, desses, 76% são titulares dos depósitos fundiários.

Então, diante dessas informações – e adianto que não me impressionaram; continuo impressionado com o voto do Relator –, diante de algumas circunstâncias: uma, um brocardo, como o aquele que todos nós já ouvimos, de que canja de galinha e cautela não fazem mal a ninguém; e outra, porque não só a lei de regência, que diz que esse ajuste tem de ser feito anualmente, mas o próprio Relator, em seu voto, nos fundamentos, também consigna que isso não é feito mês a mês, é feito após um ano. Então, o balanço é realizado após um ano, não podendo a remuneração ser inferior àquela da caderneta de poupança.

Portanto, trago um pedido de vista – que não deve demorar – apenas para complementar a análise desses argumentos, em prestígio ao que a União vem alegando, e com a certeza de que o pedido não traz – e aí a título de informação – absolutamente nenhum prejuízo, em razão de o ajuste não ser feito mensalmente. Ou seja, votando na próxima semana ou na seguinte, não haverá absolutamente nenhum prejuízo para os titulares de depósitos fundiários, uma vez que sagrada vencedora a tese trazida pelo eminente Relator, esse ajuste só será feito em meados do ano de 2024, alcançando a inteireza do exercício de 2023.

Assim sendo, Senhora Presidente, eu pediria mais um tempo para analisar esses dados.

Peço vista.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Vossa Excelência pede vista regimental? É isso?

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Não é vista em mesa, peço a vista regimental.

ADI 5090 / DF

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Sim, eu digo vista regimental.

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Isso. Mas me comprometo a trazer na maior brevidade possível.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Certo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Presidente, Vossa Excelência me permite um breve comentário?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Pois não.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Eu também recebi esse material da AGU feito com a proficiência que caracteriza o órgão e assinado pelos ilustres Procuradores - que agora o meu celular não está me ajudando a identificar. Eu gostaria de fazer duas observações, inclusive diante do pedido de vista do eminente Ministro Nunes Marques - cuja volta a este Plenário eu saúdo com alegria.

A primeira, Presidente, a peça da AGU noticia riscos de prejuízos ou oneração, mas eu gostaria de dizer que, dos autos, consta peça da própria Advocacia-Geral da União, com gráfico, em que a AGU afirma que, desde 2019, vem pagando acima da caderneta de poupança. E diz mais: a rentabilidade acumulada do FGTS para os trabalhadores, desde o início da distribuição do resultado em 2017, referente a 2016, supera o IPCA além da poupança. A Advocacia-Geral da União tem fé pública e, portanto, eu acredito piamente nessa informação.

De modo que a decisão que eu propus impede de voltar ao *status quo ante*, mas não impacta a situação corrente a dar-se credibilidade, que eu evidentemente dou, ao documento da AGU aportado aos autos. Essa é a primeira observação importante.

A segunda observação, no seu memorial, que li de ontem para hoje, a AGU diz que, se prevalecer a decisão - diz um tanto contraditoriamente com esta premissa - do reajuste pela caderneta de poupança, menor e mais conservador investimento do mercado: 1) será preciso aumentar os juros cobrados de quem contrata financiamento com recursos do FGTS; 2)

ADI 5090 / DF

será necessário atribuir à sociedade como um todo o custeio dos juros baixos por meio de aportes do orçamento geral da União; e 3) uma combinação de ambos.

Eu queria dizer que, mesmo que seja isso, é muito mais justo que tirar da poupança dos trabalhadores. Portanto, se é um benefício para toda a sociedade o financiamento habitacional, faz todo o sentido que saia do orçamento de toda a sociedade e não de uma poupança que foi concebida, como nós bem sabemos, para garantir ao trabalhador condições de vida quando ele seja demitido, é essa a principal função do FGTS quando substituiu a estabilidade.

Portanto, quando você comprime, irrazoavelmente, a poupança do trabalhador, o que você está fazendo é dificultando a vida dele no futuro, se ele vier a ficar desempregado ou se, depois de 35 anos, ele quiser levantar esse fundo. De modo que, Presidente, ou bem já se vem pagando acima da poupança e do IPCA, como afirma a Advocacia-Geral da União, e, portanto, não temos um problema de *deficit*, ou, se tivermos um problema de *deficit*, faz muito mais sentido tirar do orçamento geral que tirar da poupança do trabalhador.

São essas considerações - eu sei o Ministro Nunes Marques vai estudar o assunto com a atenção merecida - que me pareceram próprias de se fazer em consideração ao trabalho sempre bem feito da Advocacia-Geral da União.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - É um gráfico muito interessante que foi trazido.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Pois não. Ministro Fux.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu queria aproveitar e, em primeiro lugar, saudar Vossa Excelência, saudar os eminentes Ministros, o Procurador-Geral da República, os Advogados, que fizeram brilhantes

ADI 5090 / DF

sustentações.

Nesse pedido de vista, eu só queria sugerir que também se sopesasse essa questão fática atual, porque, se isso fosse uma causa trabalhista, eu já saberia até o veredito de Vossa Excelência, mas, na verdade, nós estamos discutindo aqui a recomposição do poder de compra do trabalhador. O FGTS visa atender o trabalhador quando se desfaz o vínculo empregatício.

Então, gostaria que o Ministro Nunes Marques levasse em consideração essa observação que agora foi feita pelo Ministro Barroso, não menos do que o índice da poupança, mas nada impede que se utilize um índice que efetivamente represente o poder de compra do trabalhador. Quando o trabalhador é despedido, ele tem de estar na mesma situação que estaria se estivesse trabalhando.

O Ministro Barroso ressaltou agora que há, nos autos, documento de que a Advocacia-Geral da União está pagando acima do índice da caderneta de poupança e, se eu não me engano, no mesmo patamar do IPCA ou além do IPCA. Então, nós aqui temos de discutir como fica o trabalhador no momento em que recebe o seu Fundo de Garantia, na medida em que todos aqui já reconheceram, pelo menos até o momento, inclusive pelo belíssimo voto do Ministro Barroso, que o Fundo de Garantia é um direito de propriedade do trabalhador. Assim, *mutatis mutandis*, a toda apropriação deve preceder uma justa indenização.

Então, se o trabalhador vai ter que retirar aquele dinheiro, gostaria que o Ministro Nunes Marques não levasse em consideração só a despesa do Poder Público, mas também o direito de propriedade do trabalhador, porque podemos sopesar os valores em jogo. Eu só queria fazer essa observação, Senhora Presidente.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Ministro Fux, talvez seja um problema de som. Eu não pedi vista e eu não tenho veredito, nem votei. Achei brilhante o voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Quem pediu vista foi o Ministro Nunes Marques.

ADI 5090 / DF

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu fiz agora uma brincadeira, que é natural da urbanidade com que nós nos tratamos, de dizer que, se fosse uma causa trabalhista, se fosse algo que Vossa Excelência tivesse que julgar no exercício da função trabalhista, eu já saberia, de antemão, o posicionamento de Vossa Excelência. Foi apenas uma maneira de entrar no debate com os Colegas, só uma maneira gentil, não foi nada de relevante.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Sem a menor dúvida, Ministro Fux, vinda de Vossa Excelência, qualquer atuação sempre vai estar impregnada de gentileza. Eu estou absolutamente certa disso.

Pois não, Ministro Nunes Marques.

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Senhora Presidente, só para confortar nosso querido ministro Luiz Fux, até para fazer esse pedido de vista, tive essa preocupação.

O que disse o ministro Luís Roberto Barroso é verídico, é apontado nos autos e não foi rechaçado pelo próprio memorial da União. Nos últimos cinco anos, ou seja, a partir do ano de 2018, quando passou a integrar essa remuneração a distribuição dos lucros, a remuneração do FGTS tornou-se superior à da poupança.

Então, a medida proposta por Sua Excelência é um gatilho para o porvir. Pelo que pude analisar, os cenários trazidos seriam, eventualmente, de um futuro no qual teríamos queda da inflação, Selic de 2-2,5, como outrora tivemos, e competição entre os bancos muito próxima em relação ao próprio FGTS – assim ele perderia a atratividade. Com a TR baixa, 3%, e uma distribuição de lucro muito pequena, ela ficaria inferior à da poupança. Nessas situações, viria a solução dada pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

Agora, o que pontuou o ministro Luiz Fux, com muita pertinência, é que, como no cenário atual – e nos últimos cinco anos –, essa remuneração do FGTS é superior à da poupança e, na atualidade nacional, ela também é superior à poupança, porque nós temos uma Selic

ADI 5090 / DF

superior a 13% e uma TR muito alta, e a distribuição de lucro do ano passado foi 2,75 – tive o cuidado de ver –, hoje quem é demitido e faz o levantamento do FGTS tem esse valor já corrigido de forma superior à correção da poupança pelos últimos cinco anos.

Por isso fiz o comentário de que o pedido de vista não traz absolutamente nenhum prejuízo, no momento, aos titulares das contas de FGTS. É só para tranquilizar o nosso querido ministro Luiz Fux, já que as eventuais demissões que se fizerem hoje ou amanhã não terão prejuízo, porque o Fundo já vem sendo corrigido, em razão desse mecanismo, de forma superior à remuneração da poupança.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) – Obrigada, Ministro Nunes Marques!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Obrigado, Ministro Nunes Marques! Também agradeço essa intervenção.

Publicado sem revisão.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) : SOLIDARIEDADE

ADV.(A/S) : TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA (23167/DF) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : ALYSSON SOUSA MOURAO (18977/DF)

ADV.(A/S) : MARCELO MONTALVAO MACHADO (34391/DF, 31755-A/PA, 4187/SE, 357553/SP)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

ADV.(A/S) : JAILTON ZANON DA SILVEIRA (77366/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE ALIMENTAÇÃO E AFINS

ADV.(A/S) : SID HARTA RIEDEL DE FIGUEIREDO (1509-A/DF, 11497/SP)

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL ; CNTSS/CUT

ADV.(A/S) : RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO (32147/DF, 140251/MG, 234932/RJ, 1190/SE, 439314/SP)

ADV.(A/S) : RODRIGO CAMARGO BARBOSA (34718/DF)

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), que: (i) julgava parcialmente procedente o pedido, a fim de interpretar conforme a Constituição os dispositivos impugnados (art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036/1990 c/c art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177/1991), para declarar que a remuneração das contas do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança; e (ii) estabelecia que os efeitos da presente decisão se produzirão prospectivamente, a partir da publicação da ata de julgamento. Por fim, assentava que a questão da ocorrência de perdas passadas somente poderá ser avaliada e equacionada por via legislativa e/ou mediante negociação entre entidades de trabalhadores e o Poder Executivo, e firmava a seguinte tese: "A remuneração do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança"; e do voto do Ministro André Mendonça, que julgava parcialmente procedente a ação, acompanhando o Relator, nos termos de seu voto, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, os Drs. Alysson Sousa Mourão e Saul Tourinho Leal; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Jorge Rodrigo Araújo Messias, Advogado-Geral da União;

pelo *amicus curiae* Caixa Econômica Federal - CEF, o Dr. Jailton Zanon da Silveira; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, a Dra. Tatiana Melo Aragão Bianchini, Defensora Pública Federal; pelo *amicus curiae* Banco Central do Brasil - BACEN, o Dr. Erasto Villa Verde de Carvalho Filho, Procurador-Geral Adjunto do Banco Central; e, pelo *amicus curiae* Confederação Nacional dos Trabalhadores em Seguridade Social - CNTSS/CUT, o Dr. Raimundo Cezar Britto Aragão. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 20.4.2023.

Decisão: Em continuidade de julgamento, pediu vista dos autos o Ministro Nunes Marques. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Gilmar Mendes. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 27.4.2023.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

09/11/2023

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

COMPLEMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Antes de passar a palavra ao Ministro-Vistor, peço a palavra para fazer um reajuste em meu voto, especificamente na questão da modulação temporal.

O objeto desta ação, como todos sabem, é a remuneração aplicável ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, em especial pela utilização da Taxa Referencial – TR e juros capitalizados de 3%. A discussão que se estabeleceu aqui era sobre a legitimidade ou não do critério de reajuste dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Quando da primeira sessão, votei e assentei a seguinte tese:

“A remuneração do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança.”

Firmei essa conclusão com base no direito de propriedade, no direito constitucional ao Fundo de Garantia, no direito à igualdade e no que considerei critérios mínimos de justiça social tutelados pela Constituição.

Em meu voto, expus que o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço é uma poupança forçada de titularidade do trabalhador com níveis de segurança semelhantes ao da Caderneta de Poupança, porém superiores ao da Caderneta de Poupança em termos de menor liquidez, porque só se pode sacar o Fundo de Garantia em situações especiais previstas em lei.

A Constituição fala no Fundo de Garantia como uma garantia do trabalhador e não cogita do destino desses recursos. No entanto, o grande argumento deduzido pelas entidades que se opunham a esse reajuste é a de que o Fundo de Garantia é um recurso utilizado para o financiamento habitacional, uma finalidade social importante.

Ao estabelecer que o critério mínimo deveria ser o da caderneta de poupança, dei efeitos puramente prospectivos a essa decisão, de modo a não produzir nenhum impacto retroativo. Eventuais direitos retroativos poderiam ser discutidos negocialmente ou pelo Poder Legislativo.

ADI 5090 / DF

Gostaria de registrar que há um pedido de adiamento formulado com grande denodo, insistentemente, pela Advocacia-Geral da União, cumprindo o papel que lhe cabe, bem cumprido pelo Doutor Jorge Messias.

Eu, no entanto, estou indeferindo o pedido de adiamento por razões diversas. Primeiro, o prolongamento desse debate, que já dura quase uma década, tem gerado consequências negativas e ampliado a litigiosidade relativamente ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Há uma enxurrada de ações ajuizadas. Segundo a Caixa Econômica Federal, são mais de um milhão de ações ajuizadas discutindo essa matéria. Para que se tenha uma ideia, apenas em 2023, houve o ingresso de 367 mil processos sobre esse assunto na Justiça Federal. A cada mês que se posterga a solução do caso, milhares de novas ações são ajuizadas para discutir a correção do depósito do Fundo de Garantia. A solução definitiva dessa ação é medida importante para o bom funcionamento do Poder Judiciário.

Além disso, o FGTS tem sido utilizado como fonte de capital para a implementação de políticas públicas. Em 2022, o Fundo injetou na economia cerca de R\$212 bilhões, tendo liberado para os trabalhadores R\$158 bilhões em saques e R\$154 bilhões nas aplicações em habitação, saneamento básico, infraestrutura urbana e saúde. Se prolongarmos por mais tempo ainda a incerteza quanto à remuneração do FGTS, tem-se potencial para afetar o planejamento de todas essas políticas públicas. Tampouco se deve perder de vista que se trata de uma ação proposta em 2014, pendente de julgamento há quase dez anos.

Aqui, um ponto muito importante: liberei esse caso para julgamento há muitos anos. Cada vez que se cogitava do julgamento, a alegação era "o país está vivendo uma recessão, o país está vivendo um momento de dificuldade, o país está vivendo uma pandemia, o país está vivendo uma crise de desemprego". Com isso, adiou-se indefinidamente uma situação que considero profundamente injusta.

Neste momento, todas as projeções do Banco Central, do Ministério da Economia e do Fundo Monetário Internacional são de que o Brasil não

ADI 5090 / DF

está em recessão. Surpreendendo a todos, o país vai crescer pelo menos 3% este ano. Além disso, a taxa de desemprego caiu para 7,7%. É a menor taxa de desemprego da série histórica.

Em algum momento, a gente tem que julgar essa causa. Esse é um bom momento. O país não está em recessão e a taxa de desemprego é a menor da série histórica. Não vejo razão para seguirmos essa lógica procrastinatória que se pratica no Brasil, que é jogar para frente e deixar para o outro pagar. Um dia vem um cadáver enorme dentro do armário. Acho que precisamos resolver isso.

Dito isso, recebi - declino aqui com toda a transparência - o Ministro da Economia, Fernando Haddad, o Advogado-Geral da União, o Ministro das Cidades e a Presidente da Caixa Econômica. Ouvi todas as considerações, examinei todos os números que trouxeram, pedi ao economista do Supremo que também produzisse os números e distribuí para os Colegas. Com base nesse conjunto novo de informações e no fato de que o Fundo de Garantia distribuiu agora há pouco o resultado de 2002, reitero minha decisão de que o Fundo de Garantia tem que ser reajustado com base, pelo menos, na poupança. Estou, no entanto, propondo uma modulação específica, que passo a declinar.

Eu havia proposto no meu voto que a decisão produzisse efeitos a partir da publicação da ata de julgamento do acórdão. Ressalvei que as normas aqui questionadas estão em vigor há mais de três décadas, e por essa razão dei efeitos prospectivos. Do contrário, teríamos uma situação de grande gravidade fiscal. A decisão prospectiva evita a existência de cadáver no armário e o abalo fiscal.

Aqui também faço a seguinte observação, que considero muito importante: até 2017, o Fundo de Garantia vinha remunerando repetidamente abaixo da Caderneta de Poupança. A partir de 2017, houve uma mudança na legislação permitindo que a rentabilidade do Fundo de Garantia pudesse ser distribuída entre os correntistas. A partir de 2017, com a distribuição desses resultados, o Fundo de Garantia vem efetivamente remunerando os seus correntistas igual ou próximo à Caderneta de Poupança. Este é um fato: distribuição de resultados por

ADI 5090 / DF

liberalidade não é uma obrigação, mas se vem aproximando desse resultado. Aqui, tenho os dados. Em 2022, a distribuição ocorreu só em julho agora passado, e 99% dos lucros do Fundo foram creditados nas contas dos trabalhadores. Apesar da distribuição, a rentabilidade do Fundo alcançou em 2022 o patamar de 7,09%, superior à inflação, que foi 5,79%, mas inferior aos ganhos da Poupança, que foram de 7,90%, ligeiramente inferior.

Além disso, a AGU, em manifestação de 28 de agosto de 2023, trouxe novas projeções econômicas elaboradas pela Caixa. Essas projeções apontaram, a partir dos índices econômicos extraídos do relatório Focus, do Banco Central, para os anos de 2023 a 2026, rentabilidade projetada para a Poupança, para todos esses anos, superior à rentabilidade do FGTS, ainda que realizada a distribuição de 100% dos resultados do Fundo para todos os trabalhadores. Disso decorre, disse a Caixa, que eventual equiparação da remuneração global do FGTS à Caderneta de Poupança implicará aumento de despesa para a União e a necessidade de ajustes nas diretrizes de políticas públicas, inclusive habitacionais, que envolvam recursos do FGTS.

Adicionalmente, no último dia 31 de agosto, foi sancionado o novo arcabouço fiscal brasileiro, instituído pela Lei Complementar nº 200, de 2023, que substituiu o Teto de Gastos e tem como objetivo garantir o equilíbrio entre arrecadação e despesas, sustentabilidade da dívida pública e condições para o crescimento socioeconômico do país. Considerando que 2024 será o ano zero do novo arcabouço fiscal, a mudança da remuneração do FGTS já no ano de 2023 criará situação de difícil acomodação dentro das regras fiscais recém-aprovadas nos termos da Lei Complementar nº 200, de 2023. Ademais, já estão em estágio avançado de discussão no Congresso Nacional o projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias e o Projeto de Lei Orçamentária Anual. Considerando o princípio da anualidade orçamentária, é recomendável que eventuais alterações decorrentes da decisão sejam implementadas a partir do processo de elaboração do PLDO e PLO do próximo ano, relativo a 2025.

ADI 5090 / DF

Aqui, estou levando em conta as alegações, que considero relevantes, da Caixa Econômica Federal.

A remuneração da Caderneta de Poupança varia em função da taxa Selic, em função da taxa de juros. De acordo com a projeção dessa taxa de juros, a aplicação da correção pela Poupança aos depósitos anteriores provocaria uma consequência fiscal relevante se aplicássemos aos depósitos já existentes. Além disso, a aplicação aos depósitos, mesmo daqui para frente, impactaria o arcabouço fiscal, que não levou em conta essa nova despesa.

Por essas razões, estou mantendo minha posição de que é preciso reajustar o FGTS, no mínimo, pela Poupança, mas fazendo, Ministro Fachin e prezados Colegas, as seguintes modulações nessa aplicação: em relação aos depósitos já existentes, a regra que estou propondo é a distribuição da totalidade do resultado do Fundo de Garantia pelos correntistas. Ou seja, isso que o governo vem fazendo desde 2017 por liberalidade passa a ser obrigatório, tem que distribuir o resultado. Com isso, não se produz nenhum impacto fiscal. Se houver resultado melhor, distribui-se mais; se houver resultado pior, distribui-se menos. E, a partir de 2025, portanto saltando o primeiro ano do arcabouço fiscal, porque não previu essa despesa, os novos depósitos serão remunerados pelo valor da caderneta de poupança.

Qual é a preocupação aqui? Produzir o menor impacto fiscal possível e não afetar os depósitos atualmente existentes. Em relação a isso, fica mantida a política governamental, agora com caráter obrigatório, de distribuir o resultado.

Salto 2024 porque é o primeiro ano do arcabouço fiscal, com as circunstâncias de não ter havido a previsão dessa modificação. A partir de 2025, todos os novos depósitos serão remunerados pela Caderneta de Poupança. Com isso, acho que corrigimos uma injustiça para frente e evitamos a existência de qualquer cadáver dentro do armário.

Pois não, Ministro Toffoli.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Só uma pergunta. Então, serão só os novos depósitos, e não o

ADI 5090 / DF

acumulado?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Exatamente. O acumulado vai ser beneficiado pela distribuição do resultado, mas não pela aplicação obrigatória. A distribuição do resultado pode equiparar à caderneta de poupança ou até superar. Isso depende da variação da taxa de juros.

Com isso, corrigimos uma injustiça e não causamos nenhum gravame à situação fiscal do país, uma preocupação que todos temos. Como gostamos de evitar o horror econômico, sem produzir o horror jurídico, estamos em busca do equilíbrio possível entre o que me parece justo e o que me parece compatível com as circunstâncias do país.

Ministro André, como Vossa Excelência já me havia acompanhado, queria dizer que estou reiterando a posição de que o ajuste tem que ser pela Poupança, mas alterei a modulação com essas duas observações que acabo de fazer.

09/11/2023

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA -

Senhor Presidente, com referência a esse assunto, Vossa Excelência bem pontuou, nessa síntese de reafirmação com revisão do voto de Vossa Excelência, que eu havia acompanhado em sua integralidade, também fazendo referência justa ao denodo com que a Advocacia-Geral da União vem tratando a questão, em sua preocupação legítima com as finanças públicas, do mesmo modo que a Caixa Econômica Federal.

Recebi - com certeza, também Vossa Excelência - representantes do setor da construção civil, preocupados com o impacto da decisão, ao menos nos moldes como estava posta até o momento, pelo voto de Vossa Excelência e pelo meu voto. Vossa Excelência também teve a delicadeza de me participar, ao longo desse processo, em função já de um acompanhamento do voto, a proposta de reformulação e de modulação de efeitos.

Aderindo às razões que Vossa Excelência apresentou, entendo que também se busca fazer um equilíbrio de justiça, não só em

ADI 5090 / DF

relação ao caso do Fundo de Garantia, mas também com os impactos que a decisão tem no entorno da realidade social, econômica e orçamentária do país.

Adiro total e integralmente à reformulação de voto que Vossa Excelência faz, por também entender que é uma forma de trazer essa equalização. Dá-se um tempo aos agentes econômicos envolvidos, ao Estado, para buscar esse reequilíbrio.

Entendo a importância da construção civil e, de modo especial, aquela que impacta a vida das pessoas mais carentes. Entendo, porém, que as fontes de financiamento também devem buscar esse equilíbrio e que, ao final, não apenas o Fundo de Garantia, mas outros instrumentos de política monetária do Estado podem contribuir para essa finalidade. Entendo também que a Caixa Econômica Federal tenha um papel importante nesse sentido, de revisão também, talvez, de procedimentos internos e da política interna com que tem tratado a questão desse financiamento.

Penso, em minha modesta opinião e em adesão à opinião de Vossa Excelência, que tentamos equalizar todas as questões envolvidas.

ADI 5090 / DF

Assim, acompanho integralmente, e também apresentarei um reajuste de voto - não farei leitura nesse momento - na linha do que Vossa Excelência propôs.

É como voto, agora, em adesão integral à tese trazida por Vossa Excelência.

09/11/2023

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Para que as pessoas entendam - esse é um debate público relevante -, o financiamento habitacional é feito, em parte expressiva, pela Caderneta de Poupança e, em parte expressiva, pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - mais ou menos, a distribuição é 60% pela Poupança e 40% pelo Fundo de Garantia.

Estamos decidindo aqui que os financiamentos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço vão custar basicamente o mesmo que custa o financiamento pela Poupança. Não queremos negar que isso produza algum impacto, porque, se você está remunerando mais o Fundo de Garantia, os novos financiamentos terão que ser a um custo mais alto.

Porém, estamos decidindo, o Ministro André e eu, que baixar esse custo e subsidiá-lo, o que é legítimo, não deve tirar o dinheiro do trabalhador. Deve tirar o dinheiro, talvez, de algum outro lugar, se esse for o caso.

09/11/2023

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Senhor Presidente, eminentes colegas, quero antes de tudo enaltecer o brilhante voto proferido pelo eminente Relator, na assentada passada (assim como os complementos apresentados por Sua Excelência na presente sessão). Ouvi-o atentamente e li seu voto. Em ambas as manifestações, encontrei clareza, objetividade, agudeza e concisão, pelo que só posso felicitar Sua Excelência e dizer que isso facilitou imensamente meu trabalho.

Pois bem, como bem destacado pelo ministro Relator, esta ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Solidariedade, volta-se contra trecho do art. 13, *caput*, da Lei n. 8.036/1990, e contra o art. 17, *caput*, da Lei n. 8.177/1991, que preveem a correção dos depósitos nas contas vinculadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) pela Taxa Referencial (TR).

O requerente aponta violação ao art. 5º, XXII (direito de propriedade), ao art. 7º, III (direito ao FGTS); e ao art. 37, *caput* (princípio da moralidade administrativa) da Constituição Federal. Alega, em síntese, que os valores depositados nas contas vinculadas ao FGTS são bens dos trabalhadores que têm seu valor real reduzido pela aplicação da TR, pois aludido índice não corresponde à inflação e, de 1999 a 2013, apresentou defasagem de 48,3%. Afirma, ademais, que a aplicação da TR ao saldo das contas do FGTS ocasiona enriquecimento sem causa à Caixa Econômica Federal, enquanto agente operador do Fundo.

Adotou-se o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/1999.

O Senado Federal manifestou-se pela improcedência do pedido, afirmando que “o Poder Judiciário não pode atuar de forma discricionária

ADI 5090 / DF

alterando índice expressamente previsto em lei, pois implicaria em substituir o legislador ordinário pelo julgador”, em afronta ao art. 2º da Constituição Federal.

O Presidente da República manifestou-se pela constitucionalidade das normas impugnadas, indicando não existir qualquer lesão ao direito de propriedade nem “qualquer arranhão ao princípio da moralidade administrativa”, tendo em conta que a Constituição Federal delega à lei os contornos do direito dos trabalhadores ao FGTS, não tendo ela assegurado, diretamente, a preservação do valor real dos depósitos das contas vinculadas.

Foram admitidos vários *amici curiae*.

O Banco Central, a AGU e a Caixa Econômica apontaram a perda superveniente de objeto da ADI, em razão da Lei n. 13.446/2017.

Tal o contexto, passo ao voto.

A ação deve ser conhecida, visto que foram preenchidos os respectivos pressupostos de admissibilidade.

Com efeito, não houve perda do objeto, considerando que as contas vinculadas ao FGTS permanecem sendo corrigidas pela TR, conforme art. 17 da Lei 8.177/1991, não obstante agora o retorno do investimento conte também com a distribuição de lucros; ou seja, a disciplina normativa impugnada segue produzindo efeitos, conquanto modificada parcialmente pela Lei 13.446/2017 que elevou a rentabilidade das contas vinculadas do trabalhador por meio da possibilidade de distribuição de lucros do FGTS.

O art. 2º da Lei n. 13.446/2017 alterou o regime remuneratório das contas do FGTS, mas não alcançou a correção monetária em si, que segue

ADI 5090 / DF

sendo feita pela TR.

Há, portanto, interesse de agir consistente na atualização dos saldos nas contas durante todo o período de vigência das Leis n. 8.036/1990 e 8.177/1991.

Quanto ao mérito, os dispositivos impugnados têm a seguinte redação:

Art. 13, caput, 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. [...]

Art. 17, caput, da Lei n. 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.

Desde a Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966, que criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e, mais de duas décadas depois, a Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, que a substituiu, é interessante observar que o Fundo exibe natureza previdenciária, em relação ao trabalhador.

O Estado apodera-se compulsoriamente de um recurso que é pago pelo empregador em forma de alíquota sobre a remuneração do trabalhador, e a seu benefício futuro, tal qual uma contribuição previdenciária. Esse recurso, em vez de ser entregue imediatamente ao trabalhador, reverte a um fundo coletivo, gerido pelo poder público. E o trabalhador apenas pode sacar o recurso diante da ocorrência de determinados eventos previstos em lei, e normalmente adversos para ele,

ADI 5090 / DF

ou relacionados à passagem do tempo.

É clara a analogia dessa sistemática com a da Previdência Social. No entanto, o fato de a conta do trabalhador ser individualizada e não contar com nenhum aporte adicional do poder público faz com que o FGTS se pareça mais com uma Previdência em Regime de Capitalização – e não de Repartição, como é aquele do Regime Geral de Previdência Social.

E aqui chegamos ao cerne do problema da correção do saldo dos depósitos. Em um Regime de Repartição, como o poder público que gere o Fundo se obriga a pagar benefícios de valor certo, independentemente da existência de saldo capaz decorrente das contribuições individuais, o beneficiário não pode alegar que suas contribuições não estão sendo corrigidas; aliás, ele sequer tem interesse nisso, porque está assegurado pela regra do benefício definido. Mas num Regime de Capitalização a situação é diversa, cabendo ao beneficiário o direito de acompanhar e fiscalizar o seu saldo de contribuições, que afinal é a única fonte de pagamentos a que ele faz jus, diante da ocorrência do evento que legalmente permite o levantamento do valor em depósito. Aqui só a contribuição é definida, e o valor do pagamento é correlacionado àquela.

Em tal contexto, está claro que a correção do valor do saldo assume uma importância fundamental para o trabalhador. O poder público não pode simplesmente deixar de corrigir o saldo, porque isso destruiria os fundamentos do sistema enquanto tal, diante de uma economia com índices inflacionários não desprezíveis. Por outro lado, a imposição de índices de correção monetária pelo Judiciário também pode se mostrar problemática, especialmente tendo em conta dois fatores: 1º) o perigo de realimentar a espiral inflacionária; 2º) o risco de debilitar políticas públicas que são financiadas pelos recursos do FGTS e que acabam também revertendo indiretamente em favor dos trabalhadores e da sociedade em geral.

ADI 5090 / DF

É importante lembrar – e o Relator cuidadosamente o fez – que o Plano Real, uma das maiores conquistas institucionais do Brasil no pós-1988, teve como uma de suas âncoras a desindexação da economia, isto é, a desvinculação dos preços de índices arbitrários, para deixar o mercado livremente estipular os valores dos bens conforme a lei econômica da oferta e da procura. Essa foi uma medida de cunho não apenas econômico, mas igualmente político. Por meio dela, eliminou-se uma das grandes causas da inflação inercial do País que era justamente a busca, seja pelos indivíduos, seja por corporações ou grupos, de proteções legais artificiais contra a inflação, o que acabava deteriorando os fundamentos da economia real e paradoxalmente aumentando a inflação inercial.

É preciso, por isso mesmo, ter muita parcimônia para alterar índices de correção monetária estipulados pelo legislador, pois não há como estimar todos os fatores e consequências em jogo numa decisão dessa natureza, tanto mais porque a nossa memória inflacionária – e até certa “cultura inflacionária” – nunca desapareceu completamente e permanece como um fantasma adormecido, que pode ser acordado por indexações sucessivas que venham a reintroduzir na sociedade a lógica da busca de proteção legal contra a inflação em decisões de ordem política, e não em elementos próprios da economia.

Sim, é verdade que há decisões do Tribunal afastando a TR em favor de outros índices. Para ficar apenas em recursos com repercussão geral, rememoro aqui o Tema n. 1.191, em que se fixou a inconstitucionalidade da utilização da Taxa Referencial (TR) como índice de atualização dos débitos trabalhistas; e o Tema n. 810, em que se declarou que a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública.

No entanto, em um passado mais remoto, o Tribunal também já afirmou a legitimidade da Taxa Referencial (TR) como índice de atualização de obrigações, com a única ressalva da inviabilidade de sua aplicação retroativa. Nesse sentido, as seguintes decisões plenárias: ADI

ADI 5090 / DF

493 MC, ministro Moreira Alves, *DJ* de 4 de setembro de 1992; ADI 768 MC, ministro Marco Aurélio, *DJ* de 13 de novembro de 1992; ADI 959 MC, ministro Sydney Sanches, *DJ* de 13 de maio de 1994.

Quero com isso ressaltar que não estamos diante de um quadro estritamente jurídico, a admitir apenas uma decisão como certa. Pelo contrário, as escolhas de índices de correção monetária têm um forte componente político. Inclusive a própria decisão sobre deferir a correção monetária em tal ou qual obrigação a termo, que parece óbvia, é uma deliberação de ordem política com custos econômicos, porque em muitos países isso não é seguido. Então, decisões que alteram índices de atualização de obrigações, a pouco e pouco, podem reanimar o processo de indexação de preços, cujas consequências estruturais sobre a economia, repito, não temos como calcular.

A atribuição de um índice de correção mais gravoso do que aquele proposto pelo legislador tem custos econômicos que acabam se diluindo pela economia e ressurgem sob a forma de aumento de preços dos produtos – isto é, de inflação – que finalmente penaliza mais fortemente os mais pobres e aqueles com menor poder de mobilização política para criar mecanismos de indexação cada vez mais específicos. E, assim, o que parece ser um benefício acaba se mostrando como prejuízo para o trabalhador.

Melhor seria deixar cada trabalhador administrar o seu próprio dinheiro, mas aqui não vem ao caso discutir o modelo institucional do FGTS. Desejo apenas lembrar, neste ponto, de uma advertência de Friedrich Hayek, quando diz que a ideia de substituir a ordem espontânea e infinitamente complexa de mercado por uma ordem deliberadamente criada pelo engenho humano, e administrada por um sistema de planejamento central, resulta inexoravelmente no empobrecimento coletivo.

ADI 5090 / DF

Seja como for, temos de aceitar que o modelo brasileiro tem funcionado assim por décadas, apostando em certa visão tutelar do indivíduo, quanto à constituição de sua reserva contra infortúnios.

O resultado dessa visão foi a constituição de um fundo enorme, administrado pelo Estado, que acabou sendo direcionado para o atendimento de algumas políticas públicas de alcance geral. Nesses mais de cinquenta anos de funcionamento, estima-se que o FGTS tenha injetado quase R\$ 1 trilhão na economia brasileira, no fomento de políticas públicas por meio de financiamento de programas de habitação popular, de saneamento básico, de infraestrutura urbana e nas operações de crédito destinadas às entidades hospitalares filantrópicas, bem como às instituições que atuam em prol de pessoas com deficiência, sem fins lucrativos que participem de forma complementar do Sistema Único de Saúde (SUS).

O Fundo investiu, nessas décadas, cerca de R\$ 360 bilhões para o financiamento de 10 milhões de moradias, o que traduz aproximadamente 17% das habitações construídas no Brasil. E a construção civil é um setor de mão de obra intensiva, de modo que o FGTS pôde gerar ou manter mais de 18 milhões de empregos, de acordo com estatísticas da Caixa Econômica Federal.

Aqui não há benefícios apenas para os trabalhadores que contribuem para o FGTS, mas também para empresas de construção civil, muitas das quais têm a sua principal fonte de financiamento justamente em recursos oriundos dali. Os recursos direcionados pelo FGTS para financiar obras de saneamento e infraestrutura, por exemplo, somam, quase R\$ 70 bilhões, contribuindo para a criação de outros 5 milhões de empregos, diretos e indiretos.

Recursos também foram aplicados em rodovias, portos, hidrovias, aeroportos, ferrovias, instalações de energia renovável, inclusive sob o

ADI 5090 / DF

regime de Parcerias Público-Privadas (Lei n. 11.079/2004).

O FGTS é, hoje, o maior fundo da América Latina, registrando mais de 193 milhões de contas vinculadas (titularizadas por 83 milhões de trabalhadores e com depósitos de 4,5 milhões de empregadores) e ativos na ordem de R\$ 570 bilhões, segundo revelam os Balanços divulgados por seu Conselho Curador. Um patrimônio líquido superior a R\$ 114 bilhões.

Essa magnitude do Fundo evidencia o quanto, embora sendo patrimônio dos trabalhadores, os recursos têm sido utilizados pelo estado como instrumento de promoção de políticas públicas e de fomento para a economia. O Relator, com agudeza, observou que se essa mesma lógica paternalista fosse empregada em relação a outros investimentos financeiros, haveria uma forte reação da sociedade. Estou de acordo, mas penso que o fato de o FGTS, desde a sua origem, ser constituído por contribuições compulsórias do empregador e administrado pelo poder público, conferiu-lhe natureza algo diversa de um investimento financeiro. Daí a tranquila aceitação de que ele não seja remunerado como um investimento comum, escolhido pelo próprio interessado individualmente.

A meu ver, este Plenário frisou essa circunstância quando apreciou o Tema n. 846/RG (RE n. 878.313), sobre a constitucionalidade da contribuição social prevista no art. 1º da Lei Complementar n. 110/2001, que é incorporada ao FGTS. Naquele julgamento, o ministro Alexandre de Moraes, redator para o acórdão, indicou o “Programa Minha Casa Minha Vida”, de construção de moradias populares, como exemplo de que os valores arrecadados pela exação permaneciam investidos em finalidades sociais, o que preservava os direitos inerentes ao FGTS.

Essa natureza estatutária do Fundo, por decorrer de lei, e não de instrumento meramente contratual, como uma caderneta de poupança, foi destacada no Tema n. 1.112/RG (*DJe* de 10 de janeiro de 2022):

ADI 5090 / DF

controvérsia relativa à existência de direito adquirido à diferença de correção monetária dos saldos das contas vinculadas ao FGTS, referente ao Plano Collor II (fevereiro de 1991).

Sua Excelência o ministro Alexandre de Moraes, Relator daquele ARE 1.288.550, resgatou tradicional jurisprudência da Corte, desde o RE 226.855 (da relatoria do ministro Moreira Alves, *DJ* de 13 de outubro de 2000), assentando que a natureza do Fundo, sendo estatutária, porque criada por via legal, convoca regulamentação por lei, para quaisquer definições em sua estrutura e em suas obrigações, inclusive eventual necessidade de quitação de expurgos inflacionários. Assim, não haveria direito adquirido à correção monetária dos saldos das contas vinculadas (naquele contexto, discutia-se o Plano Collor II, de fevereiro de 1991), pois não há direito adquirido a regime jurídico.

Logo, a correção das contas do FGTS no mês de fevereiro de 1991 deveria ser feita com base na Medida Provisória n. 294 (convertida na Lei n. 8.177/1991), vigente naquela data e que alterou o critério de atualização de BTN para TR.

A reafirmação de jurisprudência, naquela altura, gerou a tese de que “inexiste direito adquirido à diferença de correção monetária dos saldos das contas vinculadas ao FGTS referente ao Plano Collor II (fevereiro de 1991), conforme entendimento firmado no RE 226.855, o qual não foi superado pelo julgamento do RE 611.503 (Tema 360)”.

Estando caracterizada essa dimensão – como dizia o saudoso ministro Moreira Alves, “estatutária” – do Fundo, que, embora composto majoritariamente por recursos privados compulsoriamente arrecadados, foi criado por lei a fim de exercer papel único de financiar ações de interesse público, avanço a uma consideração quanto à lógica e à utilidade do pedido na ADI.

ADI 5090 / DF

Como bem pontuou o ministro Luís Roberto Barroso, o trabalhador tem uma conta vinculada para cada contrato de trabalho firmado com recolhimentos realizados pelo empregador; e esses valores serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros da TR e capitalização de juros de 3% a.a. (três por cento ao ano). As contas vinculadas recebem, ainda, os créditos de distribuição do resultado positivo auferido pelo Fundo, conforme o art. 13, § 5º, da Lei n. 8.036/1990, incluído pela Lei n. 13.446/2017.

O Ofício SEI n. 17.094/2023, documento elaborado pelo Departamento de Gestão de Fundos da Secretaria de Proteção ao Trabalhador do Ministério do Trabalho e Emprego, aponta que, “a partir da alteração legal que introduziu a distribuição de resultados em 2016, a remuneração das contas vinculadas superou em quase todos os anos o IPCA”. E os lucros têm sido distribuídos quase que integralmente aos trabalhadores: em 2021, foram distribuídos 96% dos lucros e em 2022, 99%.

Como fez notar a Advocacia-Geral da União, os gráficos elaborados pelo Departamento de Gestão de Fundos, neste mês de abril de 2023, dão conta de que “a rentabilidade acumulada do FGTS para os trabalhadores desde o início da distribuição dos resultados (2017 a 2023) supera o IPCA”, a saber: FGTS 62,42% x IPCA 52,69%.

Essa nova fórmula de remuneração das contas vinculadas parece atingir o núcleo do objeto da ação. Os argumentos lançados na petição inicial concluíam por uma defasagem do FGTS em relação à inflação, entre 1999 e 2013, pelo menos, na casa de 48,3%. Neste momento, tal razão se inverteu. A remuneração do correntista do Fundo é superior à da caderneta de poupança e, mesmo, de investimentos que envolvam o IPCA, e isso sem prejuízo das outras finalidades do FGTS.

Como a Economia é Ciência Social, nunca haverá certeza sobre a

ADI 5090 / DF

dinâmica desse cenário. Em algum dia a fórmula de TR somada a juros de 3% a.a. e acrescida de distribuição de resultados positivos do Fundo pode se mostrar pior que, simplesmente, uma remuneração pelo IPCA, pelo INPC, pela poupança ou por qualquer outro índice. Mas isso reforça, a meu ver, a inconveniência de o Poder Judiciário se substituir ao Poder Legislativo na escolha de uma fórmula indexadora, que inclusive não garante sempre a melhor remuneração dos depósitos.

Essa foi a motivação utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça, ao avaliar o recurso especial n. 1.614.874, Tema n. 731 dos recursos repetitivos, da relatoria do ministro Benedito Gonçalves, na Primeira Seção. Ao discutir, em 2018, exatamente “a possibilidade, ou não, de a TR ser substituída como índice de correção monetária dos saldos das contas vinculadas ao FGTS”, o Tribunal fixou a tese de que “a remuneração das contas vinculadas ao FGTS tem disciplina própria, ditada por lei, que estabelece a TR como forma de atualização monetária, sendo vedado, portanto, ao Poder Judiciário substituir o mencionado índice”.

O STJ, dessa maneira, à luz do caráter institucional do FGTS, afirmou que não haveria direito aos fundistas de elegerem o índice de correção monetária que entendem ser mais vantajoso, a cada instante. O FGTS não é um investimento privado que vise exclusivamente à rentabilidade individual.

Com efeito, não apenas porque inexistente natureza contratual, mas também porque essa mudança de índices traz reflexos substanciais no fomento das políticas públicas e nas metas dos programas de habitação, saneamento básico, infraestrutura urbana, operações de microcrédito e operações de crédito destinadas às entidades hospitalares filantrópicas, às instituições que atuem com pessoas com deficiência e às entidades sem fins lucrativos que participem do SUS de forma complementar (na linha dos arts. 6º e 9º da Lei n. 8.036/1990).

ADI 5090 / DF

A título de exemplo das muitas virtudes do FGTS fora do âmbito estritamente trabalhista, graças especialmente ao fato de não ter de oferecer uma rentabilidade típica de mercado, observo que a carteira de crédito habitacional da Caixa – a tradicional, de mercado, que é baseada no IPCA –, um dos índices invocados pelo partido autor na inicial, é hoje de 4,33% + IPCA. Já o FGTS é capaz de prover financiamento a um custo muito inferior, em média, de 4,96 % no total. E a política de descontos aumenta ainda mais a vantagem para a população de baixa renda, possibilitando reduções significativas no valor de entrada dos financiamentos, que podem chegar até a R\$ 47 mil.

Outro exemplo: o montante da taxa de juros atualmente aplicada nas operações de financiamento habitacionais lastreadas no FGTS (TR) aplica taxas de 6,26% a 8,90%. A troca da TR pelo IPCA importaria a aplicação de taxas entre 10,42% e 13,06%; e, pelo INPC, taxas de 10,56% a 13,20% ao ano.

Vê-se que o custo de financiamento habitacional no País poderia elevar-se consideravelmente, com a troca do índice de correção dos depósitos do FGTS, além de um custo adicional, embutido nas relações trabalhistas, uma vez que a multa rescisória da demissão sem justa causa (40% de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho) ficaria maior, o que, por lógica econômica, tende a desincentivar novas contratações.

Faço essas considerações para expressar minha reticência em interferir naquilo que o legislador, bem ou mal, previu. Mas reconheço que, nesse entrechoque de interesses do trabalhador, do poder público e da sociedade, o voto do eminente Relator concebeu uma solução muito inteligente, ao reconhecer o rendimento da poupança como padrão mínimo (piso) de rentabilidade do FGTS, sem impor nenhum tipo de novo índice de correção monetária. Esse resultado interpretativo consegue articular vantajosamente as pretensões de todos os interessados,

ADI 5090 / DF

preservando a rentabilidade dos depósitos do trabalhador, sem descurar do histórico positivo do Fundo nos investimentos em infraestrutura, que produzem também importantes resultados para a economia nacional e para os direitos dos próprios trabalhadores, assim como para a sociedade em geral.

A solução construída pelo Relator, ademais, escolheu bem um período de apuração da rentabilidade, isto é, o período de um ano, evitando assim que um procedimento custoso de apurações em períodos menores e proporcionando uma compensação recíproca de altas e baixas nos índices ao longo do ano.

Outro ponto elogiável do voto do Relator é que Sua Excelência preservou todas as situações consolidadas e projetou a nova solução apenas para depósitos futuros, a partir de 2025. Isso assegura que não haverá surpresa para nenhum setor interessado e permite o planejamento adequado das atividades que gravitam em torno do FGTS.

Como disse, eu tinha preocupação também com a periodicidade do cálculo. Mas o Relator expressamente deixou claro que a aplicação da nova sistemática deverá levar em conta um período de apuração de 12 (doze) meses – e não mês a mês –, o que reduz a volatilidade do índice pelo maior espaço de amostragem.

Outro aspecto da questão que me inquietava era a possibilidade de este julgamento culminar na indexação artificial do FGTS a um investimento financeiro, mas o Relator aqui também mostrou grande perspicácia, pois não impôs qualquer índice de reajuste para o Fundo, tendo tão somente previsto um “pisão”, aquém do qual a rentabilidade não pode cair. Ou seja, não ficou excluída a possibilidade, por exemplo, de os lucros do FGTS serem reinvestidos em áreas sociais, quando forem maiores do que a correção da poupança no período.

ADI 5090 / DF

Em exceção que confirma a regra, o Relator afirmou expressamente que apenas como disciplina de transição, aplicável exclusivamente aos exercícios de 2023 e 2024, é que a totalidade dos lucros auferidos pelo FGTS no exercício tem de ser distribuída aos cotistas.

Ou seja, fora desses dois anos, se os lucros do FGTS superarem os índices de correção da poupança, os gestores poderão decidir discricionariamente sobre a aplicação do excedente, ficando preservada assim a competência administrativa para decidir sobre os usos do Fundo.

Com essas considerações, quero mais uma vez me congratular com o brilhante voto do Relator, que demonstrou sabedoria e equilíbrio para chegar a uma solução que contempla equitativamente os inúmeros direitos e deveres que se articulam em torno do FGTS.

Dispositivo

Por todas essas razões, estou de acordo com o Relator e julgo parcialmente procedente a ação, nos termos propostos por Sua Excelência.

É como voto.

09/11/2023

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. FLÁVIO DINO**
REQTE.(S) : **SOLIDARIEDADE**
ADV.(A/S) : **TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **ALYSSON SOUSA MOURAO**
ADV.(A/S) : **MARCELO MONTALVAO MACHADO**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
AM. CURIAE. : **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF**
ADV.(A/S) : **JAILTON ZANON DA SILVEIRA E OUTRO(A/S)**
AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
AM. CURIAE. : **BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE ALIMENTAÇÃO E AFINS**
ADV.(A/S) : **SID HARTA RIEDEL DE FIGUEIREDO**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL e CNTSS/CUT**
ADV.(A/S) : **RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO**
ADV.(A/S) : **RODRIGO CAMARGO BARBOSA**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

VISTA

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Senhor Presidente, renovo os cumprimentos a Vossa Excelência e a todo o Colegiado.

Presidente, recebi hoje informações complementares que solicitei ao

ADI 5090 / DF

nosso economista aqui do Supremo. Também recebi novos elementos da Caixa Econômica Federal e preciso ainda refletir, inclusive à luz desses novos elementos trazidos hoje ao Colegiado.

Dessa forma, peço vista dos autos para melhor reflexão.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) : SOLIDARIEDADE

ADV.(A/S) : TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA (23167/DF) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : ALYSSON SOUSA MOURAO (18977/DF)

ADV.(A/S) : MARCELO MONTALVAO MACHADO (34391/DF, 31755-A/PA, 4187/SE, 357553/SP)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

ADV.(A/S) : JAILTON ZANON DA SILVEIRA (77366/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE ALIMENTAÇÃO E AFINS

ADV.(A/S) : SID HARTA RIEDEL DE FIGUEIREDO (1509-A/DF, 11497/SP)

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL ; CNTSS/CUT

ADV.(A/S) : RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO (32147/DF, 140251/MG, 234932/RJ, 1190/SE, 439314/SP)

ADV.(A/S) : RODRIGO CAMARGO BARBOSA (34718/DF)

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), que: (i) julgava parcialmente procedente o pedido, a fim de interpretar conforme a Constituição os dispositivos impugnados (art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036/1990 c/c art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177/1991), para declarar que a remuneração das contas do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança; e (ii) estabelecia que os efeitos da presente decisão se produzirão prospectivamente, a partir da publicação da ata de julgamento. Por fim, assentava que a questão da ocorrência de perdas passadas somente poderá ser avaliada e equacionada por via legislativa e/ou mediante negociação entre entidades de trabalhadores e o Poder Executivo, e firmava a seguinte tese: "A remuneração do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança"; e do voto do Ministro André Mendonça, que julgava parcialmente procedente a ação, acompanhando o Relator, nos termos de seu voto, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, os Drs. Alysson Sousa Mourão e Saul Tourinho Leal; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Jorge Rodrigo Araújo Messias, Advogado-Geral da União;

pelo *amicus curiae* Caixa Econômica Federal - CEF, o Dr. Jailton Zanon da Silveira; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, a Dra. Tatiana Melo Aragão Bianchini, Defensora Pública Federal; pelo *amicus curiae* Banco Central do Brasil - BACEN, o Dr. Erasto Villa Verde de Carvalho Filho, Procurador-Geral Adjunto do Banco Central; e, pelo *amicus curiae* Confederação Nacional dos Trabalhadores em Seguridade Social - CNTSS/CUT, o Dr. Raimundo Cezar Britto Aragão. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 20.4.2023.

Decisão: Em continuidade de julgamento, pediu vista dos autos o Ministro Nunes Marques. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Gilmar Mendes. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 27.4.2023.

Decisão: Após o voto reajustado do Relator, Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente), no sentido de: (i) julgar parcialmente procedente o pedido, a fim de interpretar conforme a Constituição os dispositivos impugnados (art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036/1990 e art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177/1991), para declarar que a remuneração das contas do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança; (ii) estabelecer que os efeitos da presente decisão se produzirão prospectivamente, para os novos depósitos efetuados a partir de 2025; e (iii) estabelecer, como regra de transição aplicável aos exercícios de 2023 e 2024, que a totalidade dos lucros auferidos pelo FGTS no exercício seja distribuída aos cotistas, podendo a questão da ocorrência de perdas passadas somente ser avaliada e equacionada por via legislativa e/ou mediante negociação entre entidades de trabalhadores e o Poder Executivo, firmando, ao final, a seguinte tese: "A remuneração global do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança", no que foi acompanhado pelos Ministros André Mendonça e Nunes Marques, pediu vista dos autos o Ministro Cristiano Zanin. Aguardam os demais Ministros. Plenário, 9.11.2023.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, André Mendonça e Cristiano Zanin.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ana Borges Coêlho Santos.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

12/06/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Pois não, Doutor Jorge Messias, esclarecimento sobre matéria de fato?

O SENHOR JORGE MESSIAS (ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO) - Boa tarde, Senhor Presidente! Boa tarde, Senhora e Senhores Ministros. Uma breve questão de fato que trago ao conhecimento de Suas Excelências.

Embora a Advocacia-Geral da União tenha sustentado a plena constitucionalidade das normas objeto de discussão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.090, após o mês de outubro de 2023, a partir de um amplo processo de diálogo com as centrais sindicais, encaminhamos uma proposta de entendimento - que tivemos o cuidado de peticionar nos autos da ação direta de inconstitucionalidade - que, na nossa perspectiva, preserva o caráter dual do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Primeiro, do ponto de vista remuneratório, a proposta que apresentamos, fruto desse entendimento, oferece a garantia, em qualquer cenário, do IPCA, ou seja, mantém a perspectiva do poder real de compra das contas vinculadas do Fundo de Garantia do trabalhador. A nossa proposta, firmada em conjunto com as centrais, seria a manutenção da atual sistemática de remuneração das contas, qual seja, TR mais 3%, mais a distribuição de lucros, agregando que, em qualquer cenário, a inflação pelo IPCA será garantida ao trabalhador. É um ganho real que não temos hoje na legislação.

O segundo aspecto com o qual nos comprometemos é, após o trânsito em julgado da presente ação direta de inconstitucionalidade, imediatamente, a partir do Ministério do Trabalho e Emprego, abrir uma mesa extraordinária com as centrais sindicais para, em diálogo com o entendimento esposado por Sua Excelência o Relator, discutir a possibilidade de distribuição extraordinária de lucros do Fundo de

ADI 5090 / DF

Garantia para os trabalhadores vinculados às contas.

É esse breve relato que faço a Sua Excelência o Senhor Relator e aos demais Ministros. Entendo que representa um avanço importante no caso, embora, repito, tenha sustentado, aqui nesta tribuna, a plena constitucionalidade das normas e pedido a improcedência do pedido.

Muito obrigado a todos!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Ministro Messias, a proposta, portanto, é: no mínimo, a remuneração pela inflação e uma negociação?

O SENHOR JORGE MESSIAS (ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO) - Isso, imediatamente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Muito obrigado!

12/06/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Entendendo e respeitando a posição, evidentemente, da Advocacia-Geral da União, muito bem representada, mantenho o voto que encaminhei. A depender de como evolua a discussão, apenas consideraria a possibilidade de adiar o início de vigência da nossa decisão de 2025 para 2026, em razão dos fatos ocorridos no Rio Grande do Sul e de uma importante quantidade de saques ocorridos no FGTS, precisamente para financiar a recuperação do Rio Grande do Sul.

A depender, portanto, de como evolua a votação, não sei se vai prevalecer a minha proposta, mas, se ela vier a prevalecer, eu consideraria e submeteria aos Colegas o adiamento do início da vigência do novo critério de cálculo para 2026.

12/06/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O Senhor Ministro **CRISTIANO ZANIN** (Vista): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido SOLIDARIEDADE contra trecho do art. 13, caput, da Lei 8.036, de 1990, e contra o art. 17, caput, da Lei 8.177, de 1991. Em síntese, o objeto da impugnação é a determinação legal de que os saldos das contas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) sejam corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança. Atualmente referido parâmetro corresponde à Taxa Referencial (TR), calculada mensalmente pelo Banco Central. A esta taxa, referido art. 13 determina que sejam capitalizados juros de 3% (três por cento) ao ano.

Quanto à pretensão, o partido requerente esclarece que:

a pretensão ora trazida de declaração de inconstitucionalidade não tem por escopo fazer substituir o Poder Executivo e o Poder Legislativo na definição do índice de correção que entende mais apropriado ao FGTS (INPC, IPCA ou qualquer outro). Tenciona-se aqui é deixar assente que o crédito do trabalhador na conta FGTS, como qualquer outro crédito, deve ser atualizado por **índice constitucionalmente idôneo**, apurado posteriormente à desvalorização verificada (doc. 2 p. 31).

A Advocacia-Geral da União se manifestou pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido (doc. 52). A Procuradoria-Geral da República se manifestou no mesmo sentido (doc. 57).

O Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, na assentada de

ADI 5090 / DF

20/04/2023, apresentou voto no sentido da procedência parcial do pedido para: (i) garantir que os saldos do Fundo de Garantia façam jus à remuneração anual mínima, incluindo rendimentos, juros e lucros, ao menos igual à da caderneta de poupança (em regra, TR + 0,5% ao mês); (ii) estabelecer efeitos prospectivos à decisão, a partir da publicação da ata de julgamento. O Ministro André Mendonça acompanhou o Relator e, na sequência, o Ministro Nunes Marques pediu vista dos autos.

Na retomada do julgamento, em 09/11/2023, o Ministro Relator promoveu ajustes ao seu voto original para (i) manter a determinação de remuneração anual mínima igual à da caderneta de poupança; propondo, contudo, (ii) limitar a incidência da nova determinação aos novos depósitos efetuados a partir de 2025 e (iii) estabelecer, como regra de transição aplicável aos exercícios de 2023 e 2024, que a totalidade dos lucros auferidos pelo FGTS no exercício seja distribuída aos cotistas.

Os Ministros André Mendonça e Nunes Marques aderiram ao voto reajustado do Ministro Relator. Pedi vista dos autos para exame mais detido da controvérsia.

É o sucinto relatório. Passo ao voto.

O requerente (Solidariedade) é partido político com representação no Congresso Nacional, legitimado universal para a propositura da presente ação direta de constitucionalidade, razão pela qual dela conheço, acompanhando, neste ponto, o eminente Ministro Relator Luís Roberto Barroso. Passo ao exame do mérito.

FGTS: NATUREZA E CONTEXTO HISTÓRICO

De início, enfatizo concordar com o Ministro Relator na compreensão de que, depois da Constituição de 1988, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) se consolidou como um direito

ADI 5090 / DF

social social do trabalhador.

No julgamento do Tema de Repercussão Geral n. 608 (ARE 709.212/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 19/02/2015), que afastou a prescrição trintenária para a cobrança das contribuições ao FGTS, o Ministro Relator analisou a natureza deste direito social de forma minudente. Reproduzo parte do voto de Sua Excelência, o Ministro Gilmar Mendes:

[...] o art. 7º, III, da nova Carta expressamente arrolou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais, colocando termo, no meu entender, à celeuma doutrinária acerca de sua natureza jurídica.

Desde então, tornaram-se desarrazoadas as teses anteriormente sustentadas, segundo as quais o FGTS teria natureza híbrida, tributária, previdenciária, de salário diferido, de indenização, etc.

Trata-se, em verdade, de direito dos trabalhadores brasileiros (não só dos empregados, portanto), consubstanciado na criação de um “pecúlio permanente”, que pode ser sacado pelos seus titulares em diversas circunstâncias legalmente definidas (cf. art. 20 da Lei 8.036/1995).

Consoante salientado por José Afonso da Silva, não se trata mais, como em sua gênese, de uma alternativa à estabilidade (para essa finalidade, foi criado o seguro-desemprego), mas de um direito autônomo (SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 191).

De modo a ilustrar a trajetória histórica do FGTS, cumpre transcrever as seguintes palavras de seu criador, o economista e ex-ministro Roberto Campos:

“No projeto social [do governo de Humberto de Alencar Castello Branco] figurou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), libertando os trabalhadores da escravidão a uma empresa, na espera frustrada da

ADI 5090 / DF

estabilidade. Eu costumava chamar a indenização de despedida dos empregados de ‘prêmio de desastre’, enquanto que o FGTS seria a ‘criação de um pecúlio permanente’. A criação do FGTS foi uma das reformas sociais mais importantes, e mais controvertidas, do governo Castello Branco. Havia o ‘mito da estabilidade’, tido como a grande ‘conquista social’ do governo Vargas. Mito, porque a estabilidade, após dez anos de serviço era em grande parte uma ficção. Os empregados eram demitidos antes de completado o período de carência, pelo receio dos empresários de indisciplina e desídia funcional dos trabalhadores, quando alcançavam a estabilidade. Os trabalhadores, de seu lado, ficavam escravizados à empresa, sacrificando a oportunidade de emigrar para ocupações mais dinâmicas e melhor remuneradas. Os empresários perdiam o investimento no treinamento; as empresas mais antigas, que tinham grupos maiores de empregados estáveis, eram literalmente incompráveis ou invendáveis por causa do ‘passivo trabalhista’. Muitas empresas não mantinham líquidos os fundos de indenização de despedida, ou se sequer os formavam, criando-se intermináveis conflitos na despedida de empregados” (Roberto Campos, Lanterna na Popa, Rio de Janeiro: Topbooks, 1994, p. 713).

Trata-se, como se vê, de direito de natureza complexa e multifacetada, haja vista demandar a edição de normas de organização e procedimento que têm o escopo de viabilizar a sua fruição, por intermédio, inclusive, da definição de órgãos e entidades competentes para a sua gestão e da imposição de deveres, obrigações e prerrogativas não apenas aos particulares, mas também ao Poder Público. Cuida-se de verdadeira garantia de caráter institucional, dotada de âmbito de proteção marcadamente normativo (grifo nosso).

Assim, por um lado, não há dúvidas de que se trate de direito do trabalhador. Por outro lado, todavia, me parece indisputado, também,

ADI 5090 / DF

que **não se está diante de propriedade privada pura e simples**, mas sim diante de uma propriedade estatutária, fortemente regulada ou, como disse o Ministro Gilmar Mendes, Relator do ARE 709.212/DF, uma propriedade dotada de âmbito de proteção – e de fruição, acrescento eu – marcadamente normativo.

De maneira análoga, Maurício Godinho Delgado leciona que:

O FGTS é instituto de natureza multidimensional, complexa, com preponderante estrutura e fins justralhistas, **os quais se combinam, porém, harmonicamente, a seu caráter de fundo social de destinação variada, tipificada em lei**. Por isso associa traços de mera figura trabalhista com traços de figura afeta às contribuições sociais, formando, porém, instituto unitário (DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 20ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 1459). (grifo nosso).

Convém lembrar que o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço surgiu com a Lei 5.107, de 1966, como opção ao sistema de estabilidade decenal. **Já naquele contexto, o Fundo tinha finalidades sociais que extrapolavam a mera reserva de numerário para a hipótese de dispensa do empregado.**

Amauri Mascaro Nascimento assim descreve o contexto da criação do FGTS:

A estabilidade decenal [sistema de proteção do emprego vigente até então] foi bastante burlada por empresas que sistematicamente, às vésperas dos dez anos, despediam ou transferiam o empregado para localidades distantes, com o propósito de evitar os seus efeitos, e a indenização nem sempre era paga, especialmente quanto a empresas quebradas.

Ao estudar, a pedido do Governo, propostas de alteração da lei, o então Ministro do Planejamento, o economista

ADI 5090 / DF

Roberto Campos, já falecido, viu nisso a oportunidade de criar uma política habitacional, difundindo o financiamento para construção de casas próprias para os trabalhadores interessados (Nascimento, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 39 ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 389).

No mesmo sentido, Sérgio Pinto Martins recorda que:

A finalidade da instituição do FGTS foi proporcionar reserva de numerário ao empregado para quando fosse dispensado da empresa, podendo inclusive sacar o FGTS em outras hipóteses previstas na lei. **Ao mesmo tempo, pretendia-se, com os recursos arrecadados, financiar a aquisição de imóveis pelo Sistema Financeiro da Habitação e até mesmo incrementar a indústria da construção civil.** Na verdade, o objetivo principal do FGTS foi o de proporcionar a dispensa por parte do empregador, inclusive do empregado público, tendo o empregador de pagar apenas uma indenização sobre os depósitos, liberando-os para o saque. [...]

O art. 23 da Lei nº 5.107 estabeleceu que ficam extintos, a partir da vigência da referida norma: (a) o Fundo de Indenizações Trabalhistas, criado pelo 2º do art. 2º da Lei nº 4.357/64; (b) a contribuição para o Fundo de Assistência ao Desemprego, determinada na alínea a, do parágrafo único da Lei nº 4.923 65; (c) a contribuição para o BNH, prevista no art. 22 da Lei nº 4.380/64 (Martins, Sérgio Pinto. Manual do FGTS. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, pp. 30-31).

A contribuição para o FGTS, portanto, além de garantir a formação gradual de uma reserva destinada à indenização pela dispensa não motivada do trabalhador, substituiu a contribuição até então devida por todos os empregadores ao Banco Nacional da Habitação — BNH (art. 22 da Lei nº 4.380/64). Nos termos dos arts. 2º e 3º da Lei 5.107/66, os depósitos efetuados, sob a alíquota de oito por cento sobre o valor da remuneração paga a cada empregado, optante ou não do FGTS, eram

ADI 5090 / DF

sujeitos à correção monetária na forma e pelos critérios adotados pelo Sistema Financeiro da Habitação e capitalizavam juros segundo o disposto no artigo 4º (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 20, de 1966). O referido artigo 4º, com a redação dada pela Lei 5.705/71, determinava a capitalização dos juros à taxa de 3% ao ano. Os recursos do FGTS foram inicialmente geridos pelo BNH (art. 11 da Lei 5.107/66), instituição central do Sistema Financeiro da Habitação à época (art. 8º I, da Lei 4.380/64), sucedido posteriormente pela Caixa Econômica Federal (Decreto-Lei 2.291/86).

Portanto, os recursos do FGTS sempre estiveram intrinsecamente ligados às políticas de construção de habitações de interesse social e de financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda, conforme se depreende dos artigos 1º e 8º, I, da Lei 4.380/64 (Lei do BNH), combinados com o artigo 11 da Lei 5.107/66 (Lei do FGTS).

Inicialmente, o regime do FGTS conviveu como opção ao regime de estabilidade decenal, chegando a ser inserido na Constituição de 1967 pela Emenda Constitucional 1/69 o direito do trabalhador a “estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente” (art. 165, XIII, da CF/67).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, sobreveio uma notável densificação normativa no campo dos direitos sociais em relação ao regime anterior e entre as inovações do texto constitucional está a elevação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço à categoria de direito fundamental de todos os trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, inciso III). A consolidação constitucional do FGTS, eliminando o sistema alternativo até então vigente, proporcionou importante estabilidade normativa, fortalecendo a proteção social dos trabalhadores contra o desemprego involuntário.

ADI 5090 / DF

Sérgio Pinto Martins lembra que na Assembleia Nacional Constituinte foram cogitadas diversas modificações na disciplina do FGTS. Em sua obra Manual do FGTS, fruto da tese de livre-docência apresentada à Faculdade de Direito da USP, o autor registra que:

Na Assembleia Nacional Constituinte, foram várias as redações oferecidas ao tema FGTS. Na Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores, foi apresentada proposta que permitia a utilização dos depósitos em qualquer hipótese de rescisão do contrato de trabalho, inclusive havendo pedido de demissão ou dispensa com justa causa (art. 2º, XIV). Na Comissão de Ordem Social, extinguiu-se o FGTS (art. 30), passando este a constituir contribuição do empregador para o Fundo de Garantia do Patrimônio Individual (§ 1º do art. 30). Preservavam-se os patrimônios anteriormente acumulados, mantendo-se os saques por demissão (§ 3º do art. 30). Na Comissão de Sistematização, utilizou-se apenas a expressão "fundo de garantia do tempo de serviço" (parágrafo único, do art. 7º), que, a final, foi a redação que prevaleceu no inciso III, do art. 7º da Constituição (Martins, Sérgio Pinto. Manual do FGTS. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 13)

Portanto, em que pese o legislador constituinte fosse livre para dispor de maneira originária e sem amarras sobre os institutos pertinentes aos direitos sociais e seus contornos, no que tange ao FGTS a opção foi por consolidá-lo como direito dos trabalhadores, sem, contudo, nada mais dispor a seu respeito (a não ser o caráter peremptório, antes opcional). Nesse contexto, é de se compreender que o constituinte de 1988 ratificou, em princípio, a disciplina normativa até então vigente, salvo conflitos diretos, inconciliáveis, dessa disciplina com outras disposições da nova ordem constitucional.

É dizer, constitucionalizou-se, como direito dos trabalhadores, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço enquanto **instituto**, inclusive com suas finalidades sociais intrínsecas. A disciplina normativa desse

ADI 5090 / DF

instituto foi acolhida pela Constituição de 1988 e preservada em sua essência nos diplomas que sucederam a Lei 5.107/66 (Leis 7.839/89 e 8.036/90), especialmente no que diz respeito: (i) à aplicação social dos recursos (principalmente em projetos de habitação – art. 9º, §3º, I, da Lei 8.036/90); (ii) à forma de remuneração dos depósitos (art. 13); e (iii) às hipóteses restritas de levantamento dos valores (art. 20).

Diante dessas considerações iniciais, passo a enfrentar especificamente a questão da remuneração dos saldos de depósitos do FGTS.

DA INTERVENÇÃO JUDICIAL SOBRE CRITÉRIOS DE CORREÇÃO MONETÁRIA

É remansosa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem lembrada pelo Ministro Relator, no sentido de que **não há direito subjetivo constitucional à correção monetária**, tampouco à correção sob tal ou qual índice. Neste sentido, peço vênica para transcrever o voto vencedor da Ministra Cármen Lúcia no RE 388.312/MG (Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 11/10/2011):

11. Tenho que não cabe ao Poder Judiciário proceder a atualização pretendida, conforme assentado em vários precedentes deste Supremo Tribunal Federal (v.g., RE 415.322-AgR, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 13.5.2005; RE 424.573-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 7.4.2006; RE 450.428-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 20.4.2006; RE 445.315-AgR, Relator o Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 1.7.2005; RE 460.150-AgR, Relator o Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 16.12.2005; RE 434.170, Relator o Ministro Eros Grau, decisão monocrática, DJ 16.8.2005; RE 426.842, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, decisão

ADI 5090 / DF

monocrática, DJ 27.5.2005; RE 408.616, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, DJ 3.2.2005).

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.

[...]

Assim, permitir que o Poder Judiciário aplique correção monetária em tributo 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.

Relembro, no ponto, o que afirmado pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do RE 201.465 (Red. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, Plenário, DJ 17.10.2003), quando se discutiu, dentre outras questões, a atualização monetária plena nas demonstrações financeiras das empresas privadas para fins tributários. Afirmou Sua Excelência naquele julgamento:

"Estou, e deixo explícito, em que não obstante as considerações feitas sobre o mínimo de realidade exigível da regulação legal no campo de incidência dos diversos tributos, não há um direito constitucional à indexação real, nem nas relações privadas, nem nas relações de Direito Público, sejam elas tributárias ou de outra natureza. A questão é de Direito Monetário, pois, ampla

ADI 5090 / DF

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 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” (grifos nossos).

A política econômica inaugurada com o Plano Real buscou superar, com a adoção de mecanismos de desindexação da economia, o quadro de generalização do princípio da correção monetária mencionado pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence, pelo que a atuação do Poder Judiciário na espécie, suprimindo a omissão ora impugnada, resultaria, data vênua do eminente Relator, em possível retrocesso àquela situação, além de importar em manifesta limitação do juízo de oportunidade e conveniência dos órgãos executivos e legislativos do Poder Público na adoção de medidas necessárias à estabilização da economia.

14. Reconheço que a tese do Recorrente ganha importância em proporção direta com o transcurso do tempo sem a correção pretendida.

Entretanto, reitero que, a meu ver, não compete ao Poder Judiciário substituir-se aos Poderes Executivo e Legislativo na análise do momento econômico e do índice de correção adequados para a retomada, ou mera aproximação, do quadro estabelecido entre os contribuintes e a lei, quando de sua edição, devendo essa omissão ficar sujeita apenas ao princípio da responsabilidade política, traduzido principalmente na aprovação ou rejeição dos atos de governo nos julgamentos ulteriores do eleitorado.

ADI 5090 / DF

Particularmente quanto à Taxa Referencial (TR), cabe lembrar que:

Esta Suprema Corte, em diversas manifestações de seu órgão plenário, afirmou a legitimidade da Taxa Referencial como índice de atualização de obrigações, com a única ressalva da inviabilidade de sua aplicação retroativa para alcançar situações pretéritas. Nesse sentido: ADI 493-MC, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, DJ de 4/9/1992; ADI 768-MC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJ de 13/11/1992; ADI 959-MC, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, DJ de 13/5/1994 (ARE 848.240, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 19/12/2014).

Não posso deixar de reconhecer, é verdade, que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido da inadequação da TR como índice de atualização dos créditos decorrentes de condenações judiciais da Fazenda Pública e de correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho.

No julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 58/DF (Tribunal Pleno, DJe 07/04/21), que tratou da correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho, o Relator, Ministro Gilmar Mendes assim resumiu a evolução da jurisprudência do STF sobre a TR:

Essa breve recapitulação da jurisprudência do STF sobre a TR nos mostra que a jurisprudência desta Corte reconheceu a inconstitucionalidade da TR em duas hipóteses: (i) em relação à Lei de desindexação da economia, nos casos em que a lei nova determinou sua aplicação retroativa; (ii) em relação à Fazenda Nacional, nos casos em que a aplicação da TR importava em violação ao princípio da isonomia [ADI 4.357, ADI 4.425, ADI 5.348 e RE 870.947]. Nos demais casos, a matéria ficou, a meu ver, submetida a uma verdadeira zona de

ADI 5090 / DF

penumbra jurídica.

[...]

Embora, como dito, o STF nunca tenha declarado a inconstitucionalidade da TR *per se*, reconheço que o entendimento majoritário da Corte tem indicado ou sinalizado a impossibilidade de utilização da TR como índice de correção monetária.

[...]

Como já proferi em vários de meus votos, filio-me à posição minoritária, que restou vencida. De fato, tenho dificuldades em afastar índices de atualização, elaborados com critérios econômicos e escolhidos pelo legislador, a partir da ideia de que a correção monetária deve refletir a inflação e que isso decorreria do direito de propriedade.

No entanto, com a ressalva de meu posicionamento pessoal, curvo-me ao entendimento da maioria, em respeito à colegialidade, para concluir que a TR se mostra inadequada, pelo menos no contexto da CLT, como índice de atualização dos débitos trabalhistas (grifos nossos).

Como se observa, o Ministro Gilmar Mendes, Relator da ADC 58/DF, apesar do posicionamento pessoal divergente, aderiu, naquela circunstância específica (“pelo menos no contexto da CLT”), ao entendimento no sentido da inadequação da TR como índice de atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e de correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho, aplicando-se para tais hipóteses os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as condenações cíveis em geral.

Não obstante tais julgamentos pontuais, entendo que, nesta controvérsia sobre a correção dos depósitos do FGTS, deve prevalecer a tradicional jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, veiculada no citado RE 388.312/MG (Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 11/10/2011), no sentido da impossibilidade de o Poder Judiciário afastar critérios de correção

ADI 5090 / DF

monetária escolhidos pelo legislador com base em razões de ordem econômica e monetária, principalmente quando, como na hipótese presente, o fundamento de tal repulsa aos critérios legais é uma suposta violação ao não-confisco ou ao direito de propriedade, diante da possibilidade de corrosão do poder de compra da moeda.

Isto porque que, a meu ver, ao ditar *standards* econômicos a serem alcançados em razão da desvalorização da moeda, o Poder Judiciário não apenas adentra indevidamente em aspectos de política monetária reservados aos Poderes Executivo e Legislativo, como também flerta perigosamente com uma gradual reindexação da economia – fenômeno que, a esta altura da experiência econômica brasileira, dispensa maiores digressões sobre sua nocividade.

É de se ressaltar que o presente caso difere das situações em que o Supremo Tribunal Federal definiu a adoção de determinados índices de correção monetária **à vista de assimetrias que implicavam, sobretudo, violação ao princípio constitucional da isonomia**, como fez no julgamento das ADI 4.357, 4.425 e 5.348, e do RE 870.947 (Tema 810 da Repercussão Geral). Naquelas ocasiões, o Plenário do Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a utilização do índice de remuneração da caderneta de poupança como critério de correção das condenações da fazenda pública **a partir de um juízo relacional, quase sinalagmático; não se tratava propriamente de intervenção de natureza monetária, mas sim de afastar a discriminação arbitrária existente entre o tratamento que se pretendia dar à mora do devedor público, de um lado, e à mora do devedor privado, de outro.**

Relembro a análise destes casos, feita Ministro Gilmar Mendes, em seu voto na ADC 58/DF:

4.2. Precedentes envolvendo a utilização da TR na correção de débitos da Fazenda Pública (ADI 4.357, ADI 4.425, ADI 5.348 RE 870.947-RG – tema 810):

ADI 5090 / DF

[...]

Essas normas foram impugnadas no Supremo Tribunal Federal, tanto pela via do controle concentrado, como pelo do controle difuso, gerando a segunda leva de precedentes contrários à utilização da TR, precedentes esses que iniciaram a controvérsia judicial em relação ao art. 39 da Lei 8.177, a partir de 2015, e aos artigos da CLT, a partir de 2017, conforme expus na preliminar afastada. Esses precedentes analisam o tratamento diferenciado, dado pela legislação, na relação da Fazenda Pública com o administrado, criando para ela, de certa forma, uma vantagem, ao corrigir seus débitos por um índice com resultados inferiores aos índices utilizados para a correção de seus créditos.

A conclusão do STF, por maioria, foi no sentido de determinar a aplicação de um único índice de correção nas relações com a Fazenda Pública, declarando inconstitucional o art. 1ºF da Lei 9.494 e dando interpretação conforme ao artigo 100, §12, da CF, por violação ao princípio da isonomia.

O presente caso não é análogo aos mencionados precedentes. Os dispositivos ora impugnados não cuidam do tratamento legislativo da mora, ou de um suposto direito de crédito, mas sim de verdadeiro critério de correção monetária, pura e simples, de valores aportados em fundo que, se é verdade que é direito assegurado aos trabalhadores pela Constituição Federal, **não menos verdadeiro é o seu caráter estatutário, institucional, cujas finalidades sociais não se esgotam na reserva de numerário.**

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir sobre correção monetária decorrente de planos econômicos, já teve a oportunidade de enfatizar que as “aplicações” no FGTS e na poupança não se assemelham, uma vez que “o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, **não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária**, por decorrer da Lei e por ela ser disciplinado” (RE 226.855, Rel. Min. Moreira

ADI 5090 / DF

Alves, Tribunal Pleno, j. em 31/8/2000).

A propriedade do trabalhador sobre os valores depositados, por ser estatutária, não é imune a conformações ou regulações do próprio direito. Neste sentido, é pertinente a lição de Arnaldo Wald:

13. Entretanto, ao admitir que a garantia constitucional da propriedade abrange também outros valores patrimoniais, como depósitos bancários e outros créditos em dinheiro - inclusive os saldos vinculados das contas do FGTS - a doutrina também considera que cumpre à lei estipular a *conformação* e as *limitações* que determinam a estrutura jurídica do direito de propriedade.

14. É que a propriedade constitui direito fundamental de conteúdo eminentemente normativo, cuja própria existência, em si, depende da disciplina jurídica que lhe der a lei. Nesses casos, entende-se que as normas legais relativas a esses institutos não têm caráter limitativo, mas de verdadeira regulação ou conformação. Assim se posiciona Gilmar Ferreira Mendes:

Peculiar reflexão requerem aqueles direitos fundamentais que têm o âmbito de proteção instituído direta e expressamente pelo próprio ordenamento jurídico (âmbito de proteção estritamente normativo = *rechts - oder norm - geprägter Schutzbereich*). [...] A proteção constitucional do direito de propriedade e do direito de sucessão não teria, assim, qualquer sentido sem as normas legais relativas ao direito de propriedade e ao direito de sucessão.

Como essa categoria de direito fundamental, que se apresenta, a um só tempo, como garantia institucional e como direito subjetivo, confia ao legislador, primordialmente, o mister de definir, em essência, o próprio conteúdo do direito regulado, fala-se, nesses casos, de regulação ou de conformação (*Regelung oder Augestaltung*) em lugar de restrição (*Beschränkung*). [...]

ADI 5090 / DF

(Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, 2ª ed., pp. 156-157).

15. Dai decorre, teoricamente, a franquia propiciada pela Constituição ao legislador de redesenhar o instituto sujeito à *regulação ou conformação*, ainda que, em determinadas situações, agravando a posição do titular do direito. Essa possibilidade de mudanças decorre do *caráter institucional* e do *conteúdo normativo* da proteção ao direito de propriedade. Por isso que não se atribui natureza expropriatória às leis que estabelecem ou alteram a regulação e a conformação do direito de propriedade (WALD, Arnoldo. O novo direito monetário: os planos econômicos, os contratos, o FGTS e a justiça. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 306).

Essa característica estatutária do direito ao FGTS – que será mais detidamente analisada adiante neste voto – não permite resumir o direito assegurado no art. 7º, inciso III, da Constituição em **mera** propriedade ou simples direito de crédito, regulados pelo direito civil. Este fato, aliás, afasta do presente caso, também, a racionalidade adotada pelo STF na própria ADC 58/DF, acima mencionada, pois ali se tratou da correção de condenações trabalhistas, isto é, valores devidos e não pagos tempestivamente aos trabalhadores.

Os depósitos do FGTS não configuram direito de crédito. Trata-se de direito social assegurado pela Constituição, mas concretizado e viabilizado pela Lei e na forma da Lei, que o quantifica (estabelece alíquota e base de cálculo), o regula (quanto às regras de fiscalização, execução e cobrança), o condiciona (mediante fixação de rol exaustivo das hipóteses de saque) e, por fim, define a destinação social dos recursos e a forma de remuneração dos depósitos, congruente com essa destinação social. Tudo isso, repito, sob o consentimento da Constituição de 1988.

O FGTS ENQUANTO FUNDO DE DESTINAÇÃO SOCIAL

Apesar do que já referi a respeito da precaução que deve guiar o

ADI 5090 / DF

Poder Judiciário para não se substituir ao legislador em questões de política econômica e monetária, a proposta trazida pelo Ministro Relator, de refinada argúcia, supera a invalidação do índice de correção monetária postulada pelo partido requerente e determina que a União encontre meios de igualar o rendimento do FGTS ao da poupança, independentemente do índice de correção monetária adotado, considerando que **“a remuneração de qualquer investimento deve ser proporcional aos riscos assumidos e sua liquidez”**.

Neste contexto, entendo merecer particular relevância, quando se discute a remuneração dos depósitos do FGTS, o caráter eminentemente social da aplicação dos recursos, que vem desde a sua gênese na Lei 5.107/66.

Conforme reconhecem doutrina e jurisprudência já citadas, o FGTS é instituto de natureza “multidimensional e complexa, [e ostenta] caráter de fundo social de destinação variada, tipificada em lei” (DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho); além disso, o FGTS envolve “imposição de deveres, obrigações e prerrogativas não apenas aos particulares, mas também ao Poder Público” (Ministro Gilmar Mendes, ARE 709.212 RG/DF, Tribunal Pleno, DJe 19/2/15).

Também já afirmei no presente voto que **o FGTS ostentava, desde sua criação no contexto anterior a 1988, finalidades sociais que extrapolavam a mera reserva de numerário para a hipótese de dispensa do empregado**. Não por outro motivo, a gestão dos recursos coube, na sua origem, ao Banco Nacional de Habitação – BNH (art. 11 da Lei 5.107/66), instituição financeira criada 2 anos antes como instrumento do Governo Federal para implementar a política nacional de habitação voltada a “estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda” (arts. 1º e 2º, I, da Lei 4.380/64).

ADI 5090 / DF

Deste modo, tenho a compreensão de que as finalidades sociais do FGTS, particularmente as voltadas para o combate do déficit habitacional, também adquiriram dignidade constitucional quando a Constituição de 1988 o recepcionou e o constitucionalizou no capítulo dos Direitos Sociais, ao lado, entre outros, do direito à moradia (art. 6º). O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, repito, foi constitucionalizado enquanto instituto, inclusive com suas finalidades sociais intrínsecas, e não apenas como reserva individual de numerário do trabalhador.

O FGTS é um direito social que deve ser considerado em sua inteireza, com os privilégios e as limitações inerentes à sua natureza multifacetada, e não como uma espécie de investimento do trabalhador, com as devidas vênias ao entendimento que orienta o brilhante voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso.

Entre os privilégios, citem-se o fato de que, apesar dos recursos aportarem em contas titularizadas pelos trabalhadores, a fiscalização dos recolhimentos, bem como a aplicação de multas e encargos, são de competência do Ministério do Trabalho; a representação judicial e extrajudicial do Fundo, para fins de cobrança, compete à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, gozando inclusive das prerrogativas da Dívida Ativa da União e, ao mesmo tempo, dos privilégios atribuídos aos créditos trabalhistas (artigos 1º e 2º da Lei 8.844/94); os recursos da conta vinculada do trabalhador são absolutamente impenhoráveis (art. 2º, §2º da Lei 8.036/90). Entre as limitações inerentes, estão a aplicação dos recursos sobretudo para finalidades sociais (habitação e saneamento básico, principalmente) e os critérios de saque e de remuneração dos depósitos restritos às condições legalmente determinadas.

É de se ver que, para que o FGTS cumpra com a função constitucional social em razão da qual é dotado das prerrogativas acima, não lhe é dado se comportar como simples agente de mercado. A depender da conjuntura econômica e social de cada época, e com a

ADI 5090 / DF

finalidade de promover acesso à habitação para as classes menos favorecidas da população, pode-se fazer necessário que o Conselho Curador defina, para as operações ativas do Fundo, taxas de juros que ora se afastam mais, ora se afastam menos, daquelas praticadas pelo mercado financeiro para a remuneração dos depósitos a prazo, inclusive da poupança.

Em atenção à vocação social do Fundo, a Lei 8.036/90 determina que o programa de aplicações deverá destinar, no mínimo, 60% (sessenta por cento) dos recursos para investimentos em habitação popular (art. 9º, § 3º, inciso I). Segundo dados da Caixa Econômica Federal, os investimentos voltados à área de habitação correspondem a 90,7% da carteira de crédito do Fundo (sendo o restante dividido entre saneamento, infraestrutura e saúde); **81,19% dos financiamentos habitacionais realizados pelo FGTS foram concedidos a pessoas físicas na faixa de renda entre 1 e 4 salários-mínimos; destes beneficiários, 76,31% são trabalhadores, cotistas do FGTS, com rendimento também entre 1 a 4 salários-mínimos.** (Estudo “impacto e cenários” anexo ao memorial da AGU de 3/11/2023, pp. 11 e 15)

O FGTS é atualmente a segunda maior fonte de recursos para o financiamento habitacional no Brasil, respondendo por 26% de todo o valor financiado em 2022. Fica atrás, apenas, dos recursos depositados em poupança (Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo - SBPE), cuja participação no *funding* para o setor imobiliário no mesmo período foi de 40% (nota técnica n. 1/NUPEC/STF - “Análise econômica dos impactos da correção do FGTS”, p. 3).

As taxas de juros atualmente praticadas pelo FGTS no financiamento habitacional, destinadas principalmente a pessoas que ganham até 4 salários-mínimos, são notoriamente inferiores às de mercado, partindo de 4% ao ano - contra média de 10,40% do SBPE (Estudo “impacto e cenários” anexo ao memorial da AGU de 3/11/2023, pp. 16, 26, 28).

ADI 5090 / DF

Tudo isso mostra que os recursos do Fundo são, de fato, orientados à realização de direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal (moradia, saneamento e saúde), privilegiando a população menos favorecida, boa parte dela cotista do próprio FGTS.

Ilustra, ainda, essa vocação social, a informação trazida em memorial complementar apresentado pela AGU de que o FGTS reservou em seu orçamento R\$ 16,5 bilhões que serão direcionados à reconstrução do Estado do Rio Grande do Sul, em resposta à tragédia climática ocorrida entre abril e maio deste ano. Sem dúvida, os recursos do FGTS serão fundamentais para a reconstrução de moradias e da infraestrutura urbana em diversos municípios gaúchos.

Nesta perspectiva, não se pode deixar de observar que a alteração forçada e não planejada dos critérios de correção/remuneração dos depósitos, ainda que no caráter prospectivo sugerido pelo Ministro Relator, com a devida vênia, acarretará repercussões graves aos financiamentos em curso e à política habitacional neles materializada.

É que o artigo 9º da Lei 8.036/90 estabelece o seguinte:

Art. 9º As aplicações com recursos do FGTS serão realizadas exclusivamente segundo critérios fixados pelo Conselho Curador do FGTS e **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; [...].

Nesse sentido, foi informado pelo Advogado-Geral da União, quando de sua sustentação oral, que as cláusulas contratuais firmadas entre o FGTS, as instituições financeiras e os mutuários **preveem que a**

ADI 5090 / DF

mudança no índice de atualização dos depósitos das contas vinculadas do FGTS será imediatamente aplicada aos contratos vigentes, podendo, no limite, chegar-se a um cenário de inadimplência sistêmica.

É certo que a proposta do Ministro Relator, como já dito, **não determina que se façam alterações especificamente no índice de atualização das contas vinculadas** – que poderia continuar sendo a TR, tal como é hoje – desde que sejam alteradas outras variáveis, como juros ou dividendos, que, somadas à correção monetária, propiciem, ao final, retorno equivalente ao da poupança.

Todavia, me parece de toda forma inafastável que o provimento da presente ação direta para igualar o rendimento do FGTS à poupança, mesmo com efeitos *pro futuro* ou limitados aos novos depósitos, **terá como consequência imediata a necessária revisão de contratos, a fim de que seja mantido o equilíbrio entre compromissos e aplicações do Fundo.** Ainda que a questão do equilíbrio econômico-financeiro seja solvida por meio de aportes compulsórios advindos do orçamento geral da União, é também inescapável – e reconhecido pelo próprio Ministro Relator – o impacto a ser gerado sobre a política habitacional futura a cargo do Fundo, que necessariamente perderá margem para oferecer juros reduzidos e alcançar mutuários de menor renda.

A taxa de juros mínima para os cotistas do Fundo, segundo dados apresentados pela Caixa Econômica Federal, teria um aumento de 50%, passando de 4% para 6% ao ano. Além disso, naturalmente, **o Conselho Curador se verá obrigado a reduzir a carteira de crédito habitacional para aumentar o investimento em títulos públicos de renda fixa.** Possivelmente, será necessário que o legislador reveja, para menor, o percentual mínimo de aplicação de 60% dos recursos do Fundo em programas de habitação popular.

Ainda de acordo com dados apresentados a esta Corte pela Caixa

ADI 5090 / DF

Econômica Federal no estudo “ADI 5090 – impactos e cenários”, **mais de 300 mil pessoas físicas com renda de até 4 salários-mínimos são beneficiadas anualmente com os financiamentos habitacionais do FGTS**, com as taxas de juros facilitadas que o Fundo oferece, além do desconto que o FGTS subsidia no âmbito do programa Minha Casa Minha Vida. Sobre tal desconto, vale citar trecho dos memoriais da União que encaminharam o mencionado estudo:

Interessante notar que, em uma contratação cuja renda familiar seja de R\$ 2.709,00, o desconto total ("desconto complemento"+"desconto equilíbrio") chega a alcançar R\$ 25.259,00. Por sua vez, o valor referente ao acréscimo de remuneração pela poupança no período de *duration* do contrato nessa simulação corresponde a R\$ 1.233,00. **Fica evidente, portanto, como o FGTS - também sob a ótica da política de descontos na área habitacional - é capaz de promover maior benefício social a famílias mais pobres do que a mera elevação da remuneração dos saldos depositados (grifo nosso).**

Para evitar um aumento na taxa de juros, a principal alternativa visualizada pela CEF para promover a adequação do Fundo à remuneração obrigatória dos depósitos pela poupança seria justamente a redução da política de desconto (subsídio) oferecido pelo FGTS no programa Minha Casa Minha Vida.

Mesmo que a eficácia do provimento da ADI seja limitada apenas aos depósitos realizados nas contas vinculadas a partir de 2025, nos termos propostos pelo Ministro Relator, a estimativa apresentada pela Caixa Econômica Federal é de que cerca de 882,4 mil unidades habitacionais deixem de ser financiadas até 2038 pela falta do desconto, pois as parcelas do financiamento ficariam maiores e deixariam de se adequar aos mutuários das faixas de renda menores.

Além disso, verifica-se que 86% das contas ativas do Fundo

ADI 5090 / DF

pertencem a trabalhadores que ganham até 4 salários-mínimos e possuem saldo médio de até R\$ 3.746,10. A correção desses saldos pela remuneração da poupança representaria um acréscimo de remuneração anual médio de RS 118,75 (cento e dezoito reais e setenta e cinco centavos) em cada conta de trabalhadores na faixa de 03 a 04 salários-mínimos, e de R\$ 15,25 (quinze reais e vinte e cinco centavos) anuais na faixa de 01 a 02 salários-mínimos.

Enquanto isso, no extrato superior das faixas de remuneração, 1% das contas - que possuem saldo médio maior que RS 63.970,04 - teriam um aumento anual médio de RS 2.027,85 (dois mil e vinte e sete reais e oitenta e cinco centavos).

Dos dados consignados nos parágrafos anteriores se conclui que a **procedência da presente ação direta teria como resultado um impacto significativamente desfavorável ao principal instrumento da política habitacional para a população de baixa renda no Brasil, em contrapartida a um acréscimo financeiro pouquíssimo relevante no rendimento anual para os cotistas do fundo que se encontram nesse mesmo extrato social.**

Num juízo de sopesamento entre os valores constitucionais envolvidos, sempre respeitando as visões e os fundamentos em contrário, **entendo que o provimento de determinar a remuneração obrigatória dos depósitos pelo rendimento da poupança, fundado numa suposta violação ao direito de propriedade já refutada no presente voto, acaba beneficiando de maneira especial o trabalhador das classes A e B, em detrimento de trabalhadores (cotistas do FGTS) e demais cidadãos de classes menos favorecidas, em flagrante desvirtuação da dimensão social inerente ao FGTS, que considero intrinsecamente ligada aos direitos fundamentais à moradia e à dignidade (artigos 6º, caput, e 1º, III, da Constituição Federal).**

ADI 5090 / DF

Não se trata, aqui, de invocar o horror econômico para justificar um suposto horror jurídico (a meu ver inexistente quando se compreende a natureza peculiar e complexa do FGTS). Trata-se, apenas, de trazer à tona a evidência de que os critérios de correção monetária e de remuneração dos depósitos definidos pelo legislador do FGTS não são aleatórios, nem tampouco são uma forma de locupletar o erário, mas sim fruto de um **balanceamento político** entre as dimensões individual e social do Fundo que, conforme exposto ao longo deste voto, não é – e nunca foi, desde sua gênese – uma mera reserva de numerário.

Este balanceamento pode e deve ser revisto de tempos em tempos, em conformidade com a conjuntura econômico-social do país, sempre cambiante.

Neste sentido, é de se registrar que o legislador tem buscado ao longo dos anos, pela via própria (que é a via política), equilibrar as dimensões individual e social do FGTS, adotando medidas que facilitem a movimentação e a disponibilidade dos recursos por parte do trabalhador.

Assim, por sucessivas alterações legislativas, permitiu-se a movimentação dos recursos pelo trabalhador em novas situações, possibilitando diferentes aplicações de parcelas dos recursos e consequentemente diferentes rendimentos, como a aplicação em quotas de Fundos Mútuos de Privatização (art. 20, XII da Lei 8.036/90); a integralização de cotas do FI-FGTS (art. 20, XVII); o saque-aniversário (art. 20, XX); e a possibilidade de oferecimento de até 10% do saldo da conta vinculada em garantia a operações de crédito consignado (Art. 1º, § 5º da Lei 10.820/2003).

Por fim, o legislador instituiu, em 2017, solução criativa para aumentar a remuneração das contas de depósitos quando a situação econômica assim o permitir, sem descuidar da relevante política social a cargo do Fundo. Por meio da Lei 13.446/17, acrescentou-se o § 5º ao artigo

ADI 5090 / DF

13 da Lei 8.036/90, para estabelecer que “o Conselho Curador autorizará a distribuição de parte do resultado positivo auferido pelo FGTS, mediante crédito nas contas vinculadas de titularidade dos trabalhadores”.

Informa-se que, com base na distribuição de resultados que se iniciou em 2017, relativa ao período-base de 2016, e até a presente data, a rentabilidade das contas vinculadas do FGTS superou a poupança e/ou o IPCA em quase todos os anos.

É bem verdade, **como adverte o Ministro Relator**, que se trata de distribuição facultativa e discricionária, para a qual não há critério objetivo definido. Mas, como dito acima, trata-se da margem conferida pelo legislador ao Conselho Curador para o balanceamento político que depende da análise das circunstâncias socioeconômicas de cada momento.

De toda forma, a evolução legislativa demonstra que as alternativas para o aperfeiçoamento desse direito do trabalhador têm sido continuamente consideradas e avaliadas no foro próprio, que é o Congresso Nacional, a quem compete, prioritariamente e democraticamente, realizar o ajuste fino entre as dimensões individual e social do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

REMUNERAÇÃO PELO IPCA

Subsidiariamente, Senhor Presidente e Relator, caso prevaleça neste colegiado a tese de que é inconstitucional o modelo atual de remuneração dos depósitos do FGTS, estabelecido nos artigos 13 da Lei 8.036/90 e 17 da Lei 8.177/91, por ofensa ao direito de propriedade e ao princípio do não-confisco, eu proponho aos eminentes pares que seja, então, acolhida a forma de remuneração acordada entre a União e as Centrais Sindicais, conforme manifestações trazidas aos autos, **utilizando o IPCA, e não a poupança, como parâmetro mínimo para a remuneração dos depósitos**

ADI 5090 / DF

do FGTS, sem prejuízo de que o legislador ordinário estabeleça outro parâmetro que julgue mais adequado e que seja capaz de preservar a expressão econômica dos depósitos.

E assim proponho pelas seguintes razões.

Partindo do pressuposto de que a atualização dos saldos das contas do FGTS pela TR + 3% é inconstitucional por violar o direito de propriedade, abre-se um leque de alternativas para remediar essa violação.

A remuneração pela poupança, sugerida pelo Ministro Relator, é uma delas. **Entretanto, é indiscutível que a remuneração pelo IPCA também é medida suficiente e eficaz** para garantir que o patrimônio do trabalhador não se deteriorará pela passagem do tempo enquanto estiver indisponível para saque.

O IPCA – Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo, apurado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, é um dos índices de inflação mais tradicionais do Brasil e tem como objetivo medir a inflação de um conjunto variado de produtos e serviços comercializados no varejo, referentes ao consumo pessoal das famílias com rendimentos de 1 a 40 salários-mínimos. O peso de tais produtos e serviços no cálculo do índice varia conforme sua presença na cesta média de consumo da população. É um parâmetro capaz, portanto, de preservar a expressão econômica dos depósitos de FGTS.

A indicação de que a União, a Caixa Econômica Federal e as principais Centrais Sindicais representativas das categorias de trabalhadores – agentes que representam interesses opostos quanto à questão controvertida – chegaram a esse denominador comum é um elemento importante e que deve ser considerado.

ADI 5090 / DF

Como se sabe, esta Suprema Corte tem evoluído em sua jurisdição para admitir, em certos casos sensíveis, a solução consensual no controle concentrado de constitucionalidade. Cite-se como exemplos: ADO 25/DF e ADPF 984/DF, ambos de relatoria do Ministro Gilmar Mendes; ADI 7.164-MC/DF, relator Ministro André Mendonça; ADI 5.956/DF, relator Ministro Luiz Fux.

Naturalmente, o acordo entre representantes dos sujeitos imediatamente afetados pela norma impugnada não vincula o entendimento desta Suprema Corte, dada a sua missão de guardião da Constituição.

Mas no caso concreto, como já afirmei, não existiria uma solução constitucional única para afastar a violação ao direito de propriedade, caso reconhecida pelo colegiado.

Existindo várias saídas igualmente constitucionais para o conflito, entendo que se deve prestigiar aquela que vai em linha de um consenso mais amplo e que, a meu ver, reflete o melhor sopesamento entre os valores constitucionais envolvidos: de um lado, o interesse do trabalhador por uma proteção efetiva do saldo das contas vinculadas; e de outro, a continuidade e a efetividade da política habitacional a cargo do FGTS.

CONCLUSÃO

Em conclusão: (i) seja em razão da natureza peculiar e complexa do direito ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço previsto no art. 7º, inciso III, da Constituição Federal, que não se confunde com mera aplicação financeira; (ii) seja em razão da autocontenção devida pelo Poder Judiciário em questões que são eminentemente de política econômica e monetária; (iii) seja em razão da evidência de que o legislador não tem descurado do seu dever de realizar o devido

ADI 5090 / DF

balanceamento político entre as dimensões individual e social do FGTS, sem sacrificar desarrazoadamente uma em benefício da outra; **não vislumbro violação aos preceitos constitucionais da propriedade ou da moralidade administrativa no critério de correção monetária e de capitalização de juros previsto nos artigos 13 da Lei 8.036/90 e 17 da Lei 8.177/91.**

Ante o exposto, peço vênia para divergir do Ministro Relator Luís Roberto Barroso e julgar IMPROCEDENTE a presente ação direta de inconstitucionalidade.

Alternativamente, caso vencedora a tese de inconstitucionalidade dos artigos 13, caput, da Lei 8.036/90 e 17, caput, da Lei 8.177/91, voto pelo parcial provimento da ação direta de inconstitucionalidade, para determinar o IPCA como parâmetro mínimo de remuneração dos depósitos do FGTS, conforme acordado entre a União e as Centrais Sindicais, sem prejuízo da possibilidade de que o legislador institua outro índice capaz de preservar a expressão econômica dos depósitos.

É como voto.

12/06/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

INCIDÊNCIAS AO VOTO

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Também ouvi a questão de ordem do eminente Ministro Jorge Messias e já adianto que, na hipótese de o Colegiado decidir pela inconstitucionalidade desses dois dispositivos, eu entraria nesta análise em uma perspectiva de correção pelo IPCA, na forma alcançada a partir da solução dialogada trazida. Mas, neste momento, a conclusão do meu voto é pela improcedência desta ação pelos fundamentos que, aqui, expus.

É como voto, Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Muito obrigado, Ministro Cristiano Zanin, que abre divergência no sentido de julgar totalmente improcedente o pedido formulado.

Apenas para esclarecer, tampouco eu, Ministro Zanin, defendo a indexação. Sou totalmente contra a indexação da economia por qualquer critério.

O meu ponto de vista é de que não se deve remunerar a poupança do trabalhador por valor inferior ao da caderneta de poupança, porque considero que isso é um confisco. Essa é a minha visão nessa matéria.

E como Vossa Excelência destacou, tampouco me é indiferente o fato de que a destinação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é o financiamento da habitação popular ou de infraestrutura. Portanto, ninguém discute a finalidade social dessa destinação. O que eu discuto é de onde se escolheu para tirar esse subsídio, tirar esse financiamento. Portanto, a escolha não foi sobre o investimento em câmbio, a escolha não foi sobre o investimento em multimercado, a escolha não foi sobre o investimento em renda fixa, a escolha não foi sobre o investimento em bolsa de valores, a escolha foi sobre a poupança do trabalhador, que é, precisamente, de todos esses segmentos, o grupo mais hipossuficiente. Essa é a minha visão, que penso que vai de encontro ao princípio da

ADI 5090 / DF

capacidade contributiva. Tira-se mais de quem tem menos.

Mas não me é indiferente a questão fiscal, tanto que, acolhendo os argumentos da Fazenda, eu mesmo modulei para que só valesse para as contas que fossem abertas da nossa decisão em diante, com a flexibilização de se começar em 2025. E que eu estaria disposto a passar para 2026, se vier a prevalecer esse ponto de vista, porque acho que há uma situação de dramaticidade e, neste momento, estamos todos também querendo ajudar o Estado do Rio Grande do Sul.

Mas entendo perfeitamente a posição de Vossa Excelência. Está aqui devidamente consignada.

12/06/2024**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL****VOTO-VOGAL**

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Senhor Presidente, saúdo Vossa Excelência assim como os eminentes Pares, a Procuradoria-Geral da República, o Professor Doutor Paulo Gonet, todos os Advogados, o ilustre Advogado-Geral da União, Advogados privados que aqui estão, Estudantes, Senhoras e Senhores.

Em primeiro lugar, Senhor Presidente, eu lembro a origem do FGTS. O FGTS não nasce do ventre do sistema financeiro. O FGTS nunca foi uma aplicação financeira. Quando concebido, o FGTS já tinha essa dita natureza dual. O FGTS surgiu tendo como referência a substituição da estabilidade decenal que vigorava na velha CLT. E a ideia era, em vez de um mês de salário para cada ano de serviço para quem tivesse estabilidade, haveria o Fundo, inicialmente opcional e depois obrigatório a partir de 1988. Na prática, obrigatório no mercado desde então.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Uma indenização ao trabalhador.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Sim, mas sempre com a referência não do mercado financeiro, e sim do salário do trabalhador. Então, o FGTS sempre foi bifronte, eu diria. Ele de fato é, Vossa Excelência tem razão, uma poupança individual, mas também ele é um fundo de índole pública, de índole social. Abordar a temática do FGTS sob a ótica estrita do direito de propriedade, a meu ver, esbarra nesse primeiro obstáculo, porque, para pressupor confisco, pressupõe-se uma abordagem privatista do direito de propriedade, o que atrai o segundo obstáculo.

O direito de propriedade não é absoluto. Ele é intrinsecamente limitado pela função social. Isso o diz o art. 5º e o diz o art. 170 da Constituição. Então a pergunta é: esse mecanismo de correção do FGTS pode ignorar a função social da propriedade? Parece-me que não, do ponto de vista constitucional, porque seria um retrocesso. É claro que a

ADI 5090 / DF

referência não pode ser o mercado financeiro porque isso teria um impacto no acesso à linha de crédito. Esse é o ponto principal. Por que a remuneração é esta e não aquela? Para viabilizar o que ocorre hoje, que é o efeito social do FGTS.

O eminente Ministro Zanin disse no seu voto, eu anotei e registrei, que, acima de 4 salários mínimos, nós temos 15% das contas. Esses 15% das contas equivalem a 83% do dinheiro do FGTS. Quem são hoje os grandes detentores de contas individuais? Jogadores de futebol, por exemplo. Então nós temos poucos beneficiários "poupadores" que correspondem a 83% do FGTS.

Agora veja como a função social é relevante, ilustre Ministra Cármen, nossa Decana, estimada Colega. Acima de 4 salários, ou seja, dos mais ricos, 14% do financiamento vai para esse público, enquanto 86% do financiamento vai para quem ganha menos de 4 salários-mínimos. Esse é o cumprimento da função social da propriedade, ou seja, há uma contribuição maior do empregador de quem ganha mais. É importante lembrar que jamais do empregado, jamais do trabalhador. E esse dinheiro compõe um fundo público com uma função social, que beneficia quem? Beneficia os mais pobres. Beneficia duplamente: primeiro, construção civil. Todos nós sabemos. Quem trabalha na construção civil? Os de menor escolaridade, os mais pobres. É uma triste realidade, mas é um fato. Eu gostaria que o Brasil fosse outro, que o mundo fosse outro. Mas é assim.

Então, no momento em que você financia habitação, saneamento, você está gerando emprego para os mais pobres. Por outro lado, quem são os destinatários das casas? Os mais pobres. Então creio que esse mecanismo... E, vejam, ele foi desenvolvido, Ministro Gilmar, num governo ao qual, obviamente, todos nós temos acentuadas críticas históricas, eu diria. Todos sabem que a Lei do FGTS nasce, após o golpe militar. Porém, reconheçamos o mecanismo engenhoso em que há uma afetação a um direito trabalhista, mas há essa dimensão social desde a origem. Não por acaso, quem gerenciava o FGTS na sua gênese era o Banco Nacional de Habitação, BNH, e depois, com a sua extinção, a

ADI 5090 / DF

Caixa. Então esse é o primeiro ponto que eu gostaria de sublinhar. O FGTS tem que cumprir a função social da propriedade nos termos da Constituição. E isso explica critérios diferenciados em correção que não são aqueles do mercado financeiro.

O segundo conjunto de questões que queria trazer diz respeito aos limites do Poder Judiciário.

O Ministro Gilmar repete sempre, Ministro Alexandre, que, no Brasil, até o passado é imprevisível. Parece-me que, em um dado momento da vida brasileira, sobretudo quando da necessidade de estabilização da inflação, nos anos 80/90, o Supremo foi tragado pela necessidade de arbitrar índices da economia. Quando os nossos pósteros algum dia forem estudar essa jurisprudência, irão encontrar as muitas dificuldades que o Supremo atravessou para arbitrar expurgos inflacionários no FGTS, na poupança, nos contratos e nos salários. Creio que esse tempo, graças a Deus, ficou no passado.

A Constituição determina que a intervenção dos poderes públicos, no domínio econômico, é excepcional. E isso é uma diretriz hermenêutica, não só para o Executivo, mas também para o Judiciário. O art. 174 da Constituição impõe essa diretriz axiológica. A intervenção do Poder Judiciário no domínio econômico é excepcional. Não pode ser rotineira, exatamente porque há, na Constituição, o primado da livre iniciativa.

Nesse tópico, o segundo aspecto: previsibilidade, calculabilidade acerca dos contornos do direito.

Quando nós revirmos - no caso, uma relação sucessiva, de trato sucessivo desde 66 para cá -, parece-me estarmos rompendo esse objetivo, próprio do Poder Judiciário. O Poder Judiciário não é um poder que deve ser aquele líder das grandes transformações. Ele até transforma, não há dúvida, mas não sozinho. Porém o Judiciário é, sobretudo, um garante das regras do jogo plasmadas na Constituição.

Então, creio que o segundo aspecto em relação aos limites do Judiciário: previsibilidade, calculabilidade, o que impõe ponderação nessas intervenções do Poder Judiciário.

O terceiro aspecto, sobre essa questão da limitação do Judiciário, é o

ADI 5090 / DF

da responsabilidade fiscal, que tem natureza constitucional. Nós mesmos, aqui, já invocamos, seguidas vezes, ser isso um direito fundamental. Responsabilidade fiscal é um direito fundamental do cidadão, sem o qual não existem políticas sociais, não existe Estado. Nós vimos isso já em vários momentos da vida brasileira, e eu lembro o art. 167-A da Constituição. Os incisos VII e VIII dizem que, em um quadro de dificuldades fiscais, diz o *caput*, visando ao ajuste fiscal, os poderes públicos - e aí eu incluo o Judiciário - devem evitar a criação de novas despesas obrigatórias. Essa também é uma diretriz hermenêutica nesse momento difícil da vida brasileira, em que a sustentabilidade fiscal é um imenso desafio.

Finalmente, o prestígio à autonomia privada coletiva. Esse é um debate nos últimos anos. Todos nós acompanhamos. A Constituição diz, no art. 7º, XXVI, que nós devemos prestigiar as convenções e acordos coletivos de trabalho. Em sentido *lato*, contratos coletivos de trabalho, a autonomia privada coletiva. Nós estamos diante de um fato: quatro centrais sindicais - recebi esse documento das centrais sindicais, assinado no dia 3 de abril de 24, pelo Senhor Sérgio Nobre, Presidente da Central Única dos Trabalhadores; Senhor Miguel Torres, Presidente da Força Sindical; Senhor Ricardo Patá, Presidente da União Geral dos Trabalhadores; Senhor Antônio Fernandes dos Santos Neto, Presidente da Central dos Sindicatos brasileiros. Eles trazem uma baliza, a partir da autonomia privada coletiva.

Portanto, em relação a todos esses aspectos, creio que não podemos ir além desses cânones. Quais sejam? 1) Excepcionalidade na intervenção no domínio econômico; 2) busca da previsibilidade, da segurança jurídica e da calculabilidade; 3) zelo com a responsabilidade fiscal; 4) prestígio à autonomia privada coletiva, plasmada nesse documento a que fiz alusão.

Senhoras e Senhores, nobres Pares, concluo dizendo: creio que o nosso julgamento deve ser esse que está escrito aqui. Leio:

"Remuneração das contas vinculadas na forma legal (TR + 3% ao ano + distribuição dos lucros dos resultados auferidos), em valor que garanta, no mínimo, o índice oficial de inflação IPCA em todos os exercícios."

ADI 5090 / DF

Acentuo também, Ministro Fachin, Ministro Fux, Ministro André, Ministro Nunes Marques, que nós estamos diante de uma ideia, que está na letra "b" desse documento: que nos anos em que a remuneração das contas vinculadas ao FGTS não alcançar o IPCA, caberá ao Conselho Curador do Fundo, novamente autonomia privada coletiva, porque o Conselho é tripartite - empresários, trabalhadores e o governo -, determinar a forma de compensação.

Então, creio que isto aqui é adequado, no sentido de uma moderação, uma intervenção nossa positiva, porque estatuímos um piso, qual seja a inflação, que é, na verdade, o que está lá no 167-A da Constituição, em momentos de necessidade de ajuste fiscal, e ao mesmo tempo respeitamos o livre jogo das forças sociais a partir do Conselho Curador do FGTS.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Pois não, Ministro Gilmar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Como todos sabem, tenho acompanhado esse debate ao longo desses anos todos e, obviamente, também acompanhei, do outro lado, todo o debate sobre uma questão que é muito séria e que já foi objeto aqui de várias considerações, que é a questão da responsabilidade fiscal. Sem essa, obviamente, nós sabemos, é inútil até falar-se em responsabilidade social, porque obviamente todos os desideratos que queremos alcançar acabam ficando prejudicados.

Neste ano – já lembrei – celebramos 30 anos do Plano Real, que nos trouxe para um outro patamar em termos de inflação e que nos obrigou a discutir essas desindexações.

O Ministro Zanin me honrou com a citação sobre o esforço que se fez, até buscando as lições, por exemplo, de Konrad Hesse, para tentar balizar o FGTS como uma estrutura institucional multifacetada, com múltiplos propósitos.

Entretanto, fico bastante preocupado, na linha agora do que falou o Ministro Dino, com a possibilidade de que estejamos fixando índices.

ADI 5090 / DF

Recentemente, ouvi do Ministro Haddad uma consideração sobre uma decisão que tomamos aqui, em outro momento, a questão tributária, que é o ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins, que teria deixado aí um *deficit* que ultrapassa duas centenas de bilhões.

Eu, como também velho burocrata, acompanhei a fixação desses critérios lá atrás. Lembro-me, como Vossa Excelência, Ministra Cármen, do esforço que fez o secretário de Receita Everardo Maciel para atender as demandas que havia; e, obviamente, então, vem esta regulação.

Qualquer um, qualquer mente que tenha um mínimo de manejo tecnocrático sabe que, naquele caso, optou-se por uma base de cálculo mais ampla para se ter uma alíquota menor, e obviamente o objetivo era ter um componente que vertesse para a Seguridade Social, para atender a essas especificidades.

Sabemos que uma parte das distorções do modelo tributário brasileiro tem a ver com essa partilha de recursos, inclusive do próprio imposto de renda que é partilhado, e a União ter que arcar com outras despesas, o que levou então à ampliação das contribuições de seguridade social.

Naquele caso específico, a decisão tomada não levou em conta esses custos e, obviamente, a toda hora está-se fazendo compensação tributária em nome disso e com consequências que faz com que a frase atribuída ao Pedro Malan seja repetida. O passado é bastante incerto.

Nós já vivemos essa crise também no passado em relação aos ajustes, sobre quais eram os índices que deveriam ser aplicados nesse contexto também do FGTS, no contexto dos planos econômicos. Já vivemos isso no passado, e se falava que a Caixa teria que aportar para o Fundo alguma coisa como R\$ 100 bilhões de reais à época, que corresponderia a US\$ 100 bilhões de dólares.

Estava até refletindo em voz alta com o Ministro Barroso – a quem cumprimento pelo esforço imenso que faz para discutir um tema tão difícil –, um pouco na linha daqueles velhos manuais americanos que tinham as regras de bom aviso, o nosso bom e velho Lúcio Bittencourt, um pouco pensando assim, diante da experiência toda colhida nesses

ADI 5090 / DF

anos e dessa vocação indexadora que subsiste, será que não seria bom ter um tipo de regra de bom aviso, alguma coisa que fosse bem chamativa: cuidado com as finanças! Reparem nas consequências do desarranjo fiscal! Alguma coisa que de fato merecesse a nossa atenção.

É importante, acho também, que tenhamos tido esses avanços e, agora, eu acho que é até digno de nota da maturidade que estamos tendo de centrais sindicais virem e fazerem uma avaliação sobre o tema e, de alguma forma, esboçarem aquilo que, eventualmente, é piso ou teto dentro desse universo, compreendendo essa característica de garantia institucional desse direito de propriedade singular, que é coletivo do trabalhador.

Mas a mim me parece que, até mesmo se fôssemos emitir um *decisum*, teria que ser na forma de apelo. Em matéria tributária é muito evidente isso. Quando decidimos que um tributo é inconstitucional, no mínimo, estamos garantindo uma retroatividade de cinco anos e isso provoca, então, um desarranjo em todo o sistema.

Nesse célebre caso do FGTS, eu era Advogado-Geral da União e me lembro bem que, encerrado o debate, e o Supremo tendo optado por fazer uma decisão supostamente, talvez, salomônica, disse que só dois planos eram devidos, dois não eram devidos, se colocou então a seguinte pergunta: como pagar esses 50 bilhões que restam? Nós sabemos como foi pago, com uma intervenção no domínio econômico, com uma contribuição de intervenção no domínio econômico. Portanto, você recebe o dinheiro daqui e paga, que é o próprio contribuinte.

Então, temos que trabalhar um pouco até mesmo as técnicas de decisão, para, eventualmente, fazer cessar a ultratividade de uma dada lei, mas não ter esse impacto que, de alguma forma, pode ter consequências que explicam esse "voo de galinha", essa não possibilidade.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Vossa Excelência me permite só um pequeno aparte?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Por favor!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

ADI 5090 / DF

(PRESIDENTE E RELATOR) - Eu preciso dizer que concordo com tudo o que Vossa Excelência disse até agora, só não se aplica à minha posição, porque eu não defendo a indexação. Quem faz a indexação é a lei. Eu defendo que se aplique uma regra de mercado. Portanto, não defendo a indexação.

Além disso, eu tive grande preocupação com a responsabilidade fiscal. Eu disse que só se aplica para a novas contas e daqui para a frente. Assim, nem a indexação, nem produz impacto fiscal.

Portanto, eu acho que as preocupações de Vossa Excelência são todas pertinentes e delas compartilho, mas não acho que eu esteja tangendo as preocupações de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vou um pouco além, porque, quando for a minha vez, talvez eu chegue ao juízo de improcedência, mas me permiti uma certa divagação exatamente para fazer uma reflexão, tanto é que trouxe a questão – muitos dos Colegas nem estavam aqui – da discussão sobre o ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - E eu votei vencido.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu também.

Mas estou chamando a atenção para a repercussão. O Ministro Fux sempre fala muito sobre a questão das consequências, e isso é relevante. Em matéria econômico-financeira, isso é algo quase como uma regra de ouro, tanto é que muitos sistemas não atribuem sequer efeito retroativo às decisões tomadas em matéria tributária.

Por quê? Em um sistema de orçamento rígido, obviamente, as despesas já estão consagradas e são obrigadas. Como obrigar alguém a devolver cinco anos da tributação do imposto de renda? Por isso, surgem os modelos de modulação de efeitos. E hoje a gente vive essa situação.

Desse modo, gostaria de compartilhar essas reflexões para tentar daqui extrair, com a ajuda, claro, de todos os Colegas, algum tipo de regra de bom aviso, de referenciais, especialmente em se tratando de matéria econômico-financeira, porque, de fato, parece-me que, a toda hora, nós

ADI 5090 / DF

estamos sendo confrontados e, aparentemente, inclusive nos próprios impulsos que chegam a esta Corte, nós temos sentimentos ou ações contraditórias. Nós repudiamos, muitas vezes, a ideia do Estado-fiscal, mas queremos o Estado-social, e isso, obviamente, não é possível.

Vimos aqui o embate que foi travado sobre a tal controvérsia sobre a Contribuição sobre o Lucro Líquido, quando sabíamos que não tinha nenhuma dúvida. O Tribunal tinha afirmado em 89, tinha afirmado em 90, tinha afirmado em 2007, tinha reafirmado, e ainda se descobriu que havia uma grande insegurança jurídica e não se queria pagar um tributo que já se pagava e ainda se queria que fosse devolvido.

Então, o Estado-fiscal no Brasil não rima com o Estado-social. É bom que a gente faça esse ajuste de pensamento, se queremos ser, de fato, coerentes com o que está no próprio texto constitucional.

Obrigado!

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Agradecendo, Ministro Gilmar, o aparte de Vossa Excelência, assim como o do eminente Presidente, retomo para concluir, apenas com o breve comentário de que a regra de “bom aviso” que o Ministro Gilmar referencia é exatamente o paradigma da Constituição.

Quando pomos a toga sobre os ombros, nós até renunciemos a certos pontos de vista pessoais. A subjetividade de um juiz nunca é ilimitada, é ditada por um parâmetro definido democraticamente pela sociedade.

Creio, Ministro Gilmar, que nós estamos aqui, sob o pálio da Constituição de 88, com um trilha que me parece justo e muito adequado ao momento difícil que o mundo vive; é um pouco liberalismo, o velho liberalismo político, com toques sociais e de social-democracia. Essa é a regra de “bom aviso” neste mundo atualmente tão confuso.

O outro comentário importante, Ministro Gilmar, é sobre essa questão da responsabilidade fiscal. Reina o consenso retórico, desde que não se mexa com privilégios, como se responsabilidade fiscal fosse só cortar despesas. É só o que eu ouço. Mas responsabilidade fiscal também é cuidar das receitas, é não criar gasto tributário. Todo mundo quer uma desoneração para chamar de sua, não é?

ADI 5090 / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Tem até hoje um clássico de um conhecido nosso, acho que muitos de nós, da Universidade de Coimbra, Professor Casalta Nabais, que escreveu um daqueles calhamaços sobre o dever fundamental de pagar impostos, que é, nada mais, nada menos, uma Bíblia hoje da ideia do Estado-fiscal, o Estado que vive fundamentalmente de impostos.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Eu creio que, inclusive, é bíblico mesmo, o Ministro André, como conhece a matéria mais do que eu, vai lembrar de Jesus Cristo, que, sendo interpelado sobre a obrigatoriedade de pagar impostos, disse: "Dê a César o que é de César, a Deus o que é de Deus!" - Então, é bíblico mesmo.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Já que fui citado...

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Não, Ministro André, eu citei foi Jesus Cristo. Vossa Excelência até representa, mas não é.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - E minha palavra parafraseando Cristo é: demos ao trabalhador o que é do trabalhador.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Estou de acordo.

Exatamente por isso, Ministro André, é que nós não podemos encarecer os créditos dos trabalhadores. Esse é o ponto.

Por quê o FGTS não pode ser igual à aplicação do mercado financeiro? Porque existem regras econômicas. Se eu remunerar os depósitos de modo mais elevado, é claro que encarece a linha de crédito e retrai a linha de crédito, prejudicando quem? Os mais pobres, os trabalhadores. Esse é o ponto. Não há uma divisão no Tribunal aqui entre quem é mais social ou menos social. Na verdade, é o modo como se realiza, porque, se nós encarecermos a linha de crédito, eu gostaria que rendesse igual ao CDB, esses CDBs miraculosos que existem aí, que oferecem 130% do CDI.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Vossa Excelência não acha que faria mais sentido?

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - O problema, Ministro Barroso, é que não existiria crédito para habitação no Brasil. Esse é o

ADI 5090 / DF

ponto. Ou existiria uma taxa de juros...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Não faria mais sentido tirar do multimercado ou do CDB do que tirar da poupança do trabalhador?

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - O problema, Ministro Barroso, é que nós temos um fundo público, com regras de captação, remuneração, de despesa e de reposição do valor do fundo. Esse é o fato.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Ministro Flávio Dino, tributação não é socialismo; tributação é o Estado-fiscal necessário para manter a vida em sociedade.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - No intervalo, nós vamos discutir sobre isso.

Ministro André, o aparte, pois não.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Com o devido respeito que tenho por Vossa Excelência, apenas algumas considerações divergentes em relação ao brilhantemente defendido por Vossa Excelência, na linha também do que apontou o Ministro Zanin.

A minha opinião divergente que foi consubstanciada tem um eixo central. O Fundo de Garantia, no art. 7º, III, é um direito fundamental do trabalhador. A partir desse eixo é que emanam as demais variações interpretativas na minha visão sobre o fundo. Esse eixo demanda, sob a minha ótica, uma justa remuneração pelo valor. Todos os tributos, todas as contribuições têm uma finalidade social. Toda arrecadação que nós temos, e necessária nos entes da federação, demanda precipuamente uma finalidade social.

O que me inquieta é que, por exemplo, hoje, para financiar investimento público, o Tesouro emite títulos que são remunerados de forma muito mais substancial do que a remuneração de um direito fundamental do trabalhador.

Então, sem dúvida, todos nós aqui temos preocupação com a questão fiscal, ela é relevante, ela deve ser considerada. Apenas penso eu, com a devida vênia aos entendimentos em contrário, que não seria justo,

ADI 5090 / DF

justamente do trabalhador, nós mantermos uma remuneração que considera a taxa referencial que já teve o reconhecimento de não ser devida em vários aspectos e não darmos a César, não darmos ao trabalhador o que é um direito fundamental na sua mínima garantia, que é a remuneração básica desse direito.

Então, com as respeitosas vênias aos entendimentos que já foram manifestados, eu, nesse ponto, acho que eu estou mais social do que liberal, não por vontade própria, mas por ver na Constituição um mandamento no art. 7º que impõe essa vinculação.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Só fazendo também um contraponto de forma respeitosa ao Ministro André, eu também vejo esse direito do trabalhador e não estamos aqui colocando em discussão esse direito, ou a percepção dos recursos oriundos do fundo. Mas sim, na minha compreensão, olhando também outros direitos, como o de habitação, que poderá ficar prejudicado, e há números aqui que foram trazidos pela Caixa Econômica Federal que mostram objetivamente isso.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Nesse diálogo, eu concordo, nem discuto os números. Eu apenas penso que essa política pública, que é essencial, precisa ser financiada pelo governo ou pelos governos, mas não à custa especificamente de uma inadequada remuneração do Fundo de Garantia. O Fundo de Garantia, eu penso que a finalidade essencial dele é essa garantia ao trabalhador. As demais aplicações, elas devem vir acompanhadas em respeito e sem prejuízo da plenitude desse direito. Então, só apontando, não deixo de reconhecer essa ampla vertente do Fundo.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Desde a origem, como colocou o Ministro Flávio Dino, desde a instituição do FGTS já se tem essa discussão se, por exemplo, o valor seria equivalente à indenização devida ao trabalhador, mas, diante daquilo que foi conformado pelo legislador lá atrás e vem sendo conformado até os dias atuais, existe, como também já havia definido o Ministro Gilmar Mendes na ADC 58, uma visão que tem que ser também compartilhada com

ADI 5090 / DF

outros aspectos e outros direitos.

Então, é essa a nossa divergência respeitosa, sem que, na minha posição, eu também esteja descurando em relação a esse aspecto devido ao trabalhador.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Para homenagear os apertes do Ministro André e do Ministro Zanin, é como se houvesse uma diferença de peso entre o 6º e o 7º. A posição que nós defendemos nesse momento, se apoia no art. 6º, ou seja, o plexo de direitos sociais. Quem olha só o 7º, evidentemente, vai sustentar essa ideia de paridade com o mercado financeiro, ainda que retraia linha de crédito para os trabalhadores. Eu quero só acentuar isso. A minha posição é igualmente social. Eu apenas estou cuidando dos mais pobres, dos mais pobres que trabalham na construção civil. Faço questão de mais uma vez e sempre lembrar que há uma base de experiência nisto. Eu vivenciei isto como gestor de um estado federado.

Então, eu desejo, Senhor Presidente, concluir dizendo que é exatamente pelos mais pobres, pela questão social, Ministro André, que não defendo a TR. Não, não defendo a TR, eu estou defendendo o modelo das centrais sindicais, que representam os trabalhadores. E o Supremo não pode, *data venia*, pretender substituir o entendimento feito pelas próprias centrais sindicais que detêm a legitimidade sindical.

Por isso, Senhor Presidente, eu concluo mesmo, de verdade, dizendo que meu voto é que a ação seja parcialmente procedente, aplicando-se o modelo que eu li ainda há pouco; se for necessário, depois eu leio novamente, eu entrego à Doutora Carmen, ou seja, o modelo contido no documento das centrais: TR, 3%, distribuição de resultados, assegurado o piso, índice oficial de inflação IPCA.

Esse é o passo, Ministro Barroso, que, sob a presidência de Vossa Excelência, está, a meu ver, sendo dado. É uma conquista, um patamar mais alto em todos os exercícios, mas sem efeito retroativo, deixando claro que é efeito prospectivo, *ex nunc*, sem nenhum tipo de senão, sem nenhum tipo de condicionamento, em nome daqueles valores a que fiz alusão - da previsibilidade, da estabilidade etc. Lembrando que há

ADI 5090 / DF

relações contratuais em curso, há contratos em vigor com o dinheiro do FGTS.

Por isso, também numa certa alusão ao art. 5º, XXXVI, da Constituição - a proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito -, considero que o dispositivo do meu voto é no sentido da parcial procedência, letras "a" e "b" do documento das centrais sindicais, que eu vou passar à Doutora Carmen, deixando claro o efeito prospectivo dessa decisão.

É como voto, Senhor Presidente.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. FLÁVIO DINO**
REQTE.(S) : **SOLIDARIEDADE**
ADV.(A/S) : **TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **ALYSSON SOUSA MOURAO**
ADV.(A/S) : **MARCELO MONTALVAO MACHADO**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
AM. CURIAE. : **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF**
ADV.(A/S) : **JAILTON ZANON DA SILVEIRA E OUTRO(A/S)**
AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
AM. CURIAE. : **BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE ALIMENTAÇÃO E AFINS**
ADV.(A/S) : **SID HARTA RIEDEL DE FIGUEIREDO**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL e CNTSS/CUT**
ADV.(A/S) : **RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO**
ADV.(A/S) : **RODRIGO CAMARGO BARBOSA**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, contra o art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036/1990 e o art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177/1991, que preveem a correção dos depósitos nas contas vinculadas ao FGTS pela taxa referencial (TR).

ADI 5090 / DF

O Ministro Roberto Barroso proferiu voto no sentido de:

“i) julgar parcialmente procedente o pedido, a fim de interpretar conforme a Constituição os dispositivos impugnados (art. 13, caput, da Lei nº 8.036/1990 e art. 17, caput, da Lei nº 8.177/1991), para declarar que a remuneração das contas do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança;

(ii) estabelecer que os efeitos da presente decisão se produzirão prospectivamente, para os novos depósitos efetuados a partir de 2025; e

(iii) estabelecer, como regra de transição aplicável aos exercícios de 2023 e 2024, que a totalidade dos lucros auferidos pelo FGTS no exercício seja distribuída aos cotistas, podendo a questão da ocorrência de perdas passadas somente ser avaliada e equacionada por via legislativa e/ou mediante negociação entre entidades de trabalhadores e o Poder Executivo, firmando, ao final, a seguinte tese: ‘A remuneração global do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança’”.

Os Ministros André Mendonça e Nunes Marques acompanharam o voto do Relator.

O Min. Cristiano Zanin pediu vista dos autos.

É o breve relatório. Passo a decidir.

O FGTS não é apenas uma poupança individual do trabalhador, oriunda de depósitos efetuados pelos empregadores. A origem do Fundo demonstra o cumprimento de uma **função social** muito mais abrangente e de interesse da coletividade. A gestão do fundo foi atribuída ao Banco Nacional da Habitação (extinto e incorporado à Caixa Econômica), criado pela Lei nº 4.380/1964, que tinha por objetivo “*estimular a construção de*

ADI 5090 / DF

habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda” (art. 1º).

Atualmente, os recursos do FGTS são utilizados para pagamento do seguro social do trabalhador e para financiamento de obras de habitações populares, de saneamento e infraestrutura urbana. Apenas em 2022, os investimentos do Fundo beneficiaram 2,91 milhões de pessoas e geraram 2,18 milhões de novos postos de trabalho¹.

O Fundo tem natureza dual porque cumpre a função de poupança individual dos trabalhadores ao mesmo tempo em que serve como fonte de financiamento para investimentos em áreas sociais. Nenhuma dessas funções deve sobrepor-se à outra².

Conforme bem apontado no voto do Relator, deve haver um equilíbrio entre as duas funções, de modo que *“não se pode pretender remunerar os depósitos dos trabalhadores a taxa superior àquela cobrada nos empréstimos em que são alocados. Em síntese, a importância de financiar as referidas atividades justifica que o FGTS perceba rentabilidade mais modesta”*. É a menor rentabilidade do Fundo que viabiliza o benefício de outros sujeitos para além da relação econômica entre o fundista e o Fundo (eDoc n. 49, p. 18).

O FGTS tem custeado a redução do déficit habitacional no Brasil. De 1995 a 2023, o Fundo financiou 9.734.497 unidades habitacionais, que beneficiaram 44,9 milhões de pessoas³. Setenta e um por cento (71%) dos ativos do FGTS são aplicados em investimentos em Habitação, Saneamento, Infraestrutura e Saúde, e outros 29%, em investimentos, a exemplo dos Títulos Públicos Federais⁴.

O Fundo também tem auxiliado a redução das desigualdades sociais

-
- 1 Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2023-07/obras-com-recursos-do-fgts-atenderam-29-milhoes-de-pessoas>. Acesso em 04/04/2024.
 - 2 *O FGTS e a TR*. Nota Técnica. Diese, 2013.
 - 3 Dados de estudo apresentado pela Caixa Econômica Federal em Memoriais.
 - 4 Dados de estudo apresentado pela Caixa Econômica Federal em Memoriais.

ADI 5090 / DF

(art. 3º, III, CF), uma vez que 81,19% dos financiamentos foram concedidos a pessoas físicas com faixa de renda entre 1 e 4 salários mínimos⁵. Desse percentual, 76,31% dos financiamentos foram concedidos ao trabalhador fundista, com faixa de renda entre 1 e 4 salários mínimos⁶.

A partir dessas premissas, peço vênia ao Ministro Relator para divergir de parte do seu voto.

Em primeiro lugar, considero relevantíssima a manifestação das centrais sindicais quanto à concordância sobre a incidência do IPCA como **critério e piso** para a correção das contas. Entendo que a **autonomia privada coletiva** deve ser prestigiada, à vista da diretriz emanada do art. 7º, inciso XXVI, da CF. Ademais, trata-se de uma solução que: a) preserva a função social da propriedade (no caso, das contas do FGTS); b) não vai trazer retração ou inviabilidade de financiamento de habitação para os mais pobres; c) evita uma intervenção judicial desproporcional no domínio econômico; d) protege a estabilidade de contratos; e) é mais compatível com o direito (e o dever) fundamental à responsabilidade fiscal, sem a qual não existe responsabilidade social e concretização de direitos constantes da Constituição.

Por outro lado, a edição de ato do Poder Legislativo ou do Poder Executivo no sentido de reparar as supostas perdas passadas é um evento **futuro e incerto**. É uma condição. Isso revela que o item III do voto do Relator prevê um **direito condicional** à equalização das alegadas perdas passadas.

Veja-se que o item II do dispositivo estabelece que “os efeitos da presente decisão se produzirão *prospectivamente*, para os novos depósitos efetuados a partir de 2025”. Da forma como está proposto o item III, o STF estaria modulando os efeitos para conceder eficácia *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade e, ao mesmo tempo, permitindo que os Poderes Executivo e Legislativo equacionem uma situação pretérita. É, portanto,

5 Dados de estudo apresentado pela Caixa Econômica Federal em Memoriais.

6 Dados de estudo apresentado pela Caixa Econômica Federal em Memoriais.

ADI 5090 / DF

uma permissão para que outros Poderes **revoguem os efeitos prospectivos** previstos na decisão desta Corte.

Se a declaração dos efeitos da inconstitucionalidade tiver efeitos prospectivos, conforme consta no item II, as situações de fato anteriores ao julgamento devem ser consideradas **consolidadas com base na lei então vigente**. Não há mais como afastar o princípio do *tempus regit actum*, essencial para a segurança jurídica, prestigiando atos jurídicos perfeitos e a manutenção da sanidade do FGTS.

Porém, se mantivermos o item III, surgirá um “estado de pendência da condição”, o qual terminará somente pela posterior implementação de uma das condições ou pela ausência delas⁷. O item III cria um “direito expectativo do credor condicional”, que integra o patrimônio do credor durante a fase de pendência da condição suspensiva⁸.

A possibilidade de recomposição das perdas passadas é incompatível com a eficácia prospectiva da decisão, porque cria para os credores um direito expectativo em razão de fatos ocorridos no passado. A criação desse direito seria um efeito retroativo da decisão (*ex tunc*).

Aplica-se, por analogia, o art. 122 do Código Civil, segundo o qual as condições são lícitas desde que não contrárias à lei e desde que **não privem de todo o efeito o negócio jurídico**. Veja-se que **o elemento condicional previsto no item III é capaz de eliminar o efeito prospectivo atribuído por esta Corte à decisão**.

Ademais, a criação de condições suspensivas em dispositivos de decisões judiciais fere o art. 492, parágrafo único, do CPC: “**A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional**”. Este Tribunal deve resolver a relação jurídica de modo certo. A indefinição tem gerado consequências sociais indesejadas, conforme observado pelo

7 FAORO, Guilherme de Mello Franco. *A condição suspensiva e o tempo: problemas de merecimento de tutela*. Revista de Direito Privado, vol. 103/2020, p. 3

8 FAORO, Guilherme de Mello Franco. *A condição suspensiva e o tempo: problemas de merecimento de tutela*. Revista de Direito Privado, vol. 103/2020, p. 1.

ADI 5090 / DF

Eminente Relator:

“O prolongamento deste debate gera impactos negativos concretos para as pessoas e para o país. De um lado, a indefinição da questão naturalmente gera expectativas de retorno para os trabalhadores, que são incentivados a ajuizar ações individuais para postular a correção retroativa dos valores de suas contas do FGTS. **Essa “enxurrada” de ações tem gerado um aumento significativo do acervo do Poder Judiciário. De outro lado, há um cenário de incerteza para as políticas públicas habitacionais que dependem do fundo, com potencial instabilidade econômico-financeira.**

De fato, em todo o Poder Judiciário federal, acumulam-se mais de 700 mil processos sobre o tema (na estimativa da Caixa Econômica Federal, são mais de um milhão de processos). Para que se tenha uma ideia, apenas em 2023, houve o ingresso de 367 mil processos sobre esse assunto na Justiça Federal. A cada mês que se posterga a solução do caso, milhares de novas ações são ajuizadas para discutir a correção de depósitos do FGTS. A solução definitiva desta ação é, assim, relevante medida de efetividade na prestação jurisdicional ao cidadão e de racionalidade na gestão processual, ao garantir uma resposta final aos trabalhadores que há anos aguardam a resolução da controvérsia.”

As incertezas sobre o tema devem ser eliminadas. Não se pode permitir que um ato subsequente de outro Poder venha a atribuir efeito diverso ao que decidido pelo Supremo Tribunal Federal, **sob pena de estender grave imprevisibilidade.** A recomposição financeira das supostas perdas passadas não pode ficar condicionada a eventual solução a ser elaborada por outros Poderes. **O Fundo e os trabalhadores ficariam numa situação de incalculabilidade do Direito. Não saberiam quando e como a questão seria resolvida.**

“Seguro é o Direito que pode ser antecipado”. A calculabilidade é a

ADI 5090 / DF

capacidade de antecipar as consequências atribuídas pelo Direito, de modo que a consequência aplicada no futuro se situe dentro daquelas alternativas do presente⁹. Se não houver um **planejamento** do Fundo com base em regras jurídicas claras, haverá **instabilidade na sua gestão**, o que impactaria no desenvolvimento de suas ações nas áreas de interesse social. Bem observou o Ministro Relator que *“a garantia de regras claras e de previsibilidade para os investimentos é indispensável para o planejamento estratégico de médio e longo prazo”*. **Submeter o Fundo a consequências variáveis e indefinidas é criar um risco à implementação das finalidades para as quais foi criado. Permanecerá, portanto, o cenário de incerteza a que este julgamento busca pôr fim.**

A função social a que se destina o FGTS é mais um motivo para afastamento da permissão de recomposição das supostas perdas passadas. **A aplicação de um novo critério de atualização com efeitos pretéritos causaria grave desequilíbrio econômico no Fundo, com risco de comprometimento dos contratos já celebrados, de linhas de crédito, de investimentos em curso e do desenvolvimento de projetos de interesse social.**

Entendo que esta Corte deve assegurar a transição do passado para o futuro sem comprometimento do equilíbrio financeiro do FGTS, em atenção ao art. 23 da LINDB, segundo o qual a decisão judicial *“deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”*.

Observo que a recomposição das supostas perdas também encontra um obstáculo de ordem prática. Para calcular as perdas de cada cidadão, seria necessário aplicar diferentes critérios de correção existentes desde o início do fundo em 1966. Essa medida violaria o art. 22 da LINDB, segundo o qual, *“Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os **obstáculos e as dificuldades reais do gestor** e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”*.

9 ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica, p. 631.

ADI 5090 / DF

Com base nesses fundamentos, divirjo, em parte, do Ilustre Relator para julgar parcialmente procedente o pedido para:

(i) interpretar conforme a Constituição os dispositivos impugnados (art. 13, caput, da Lei nº 8.036/1990 e art. 17, caput, da Lei nº 8.177/1991), para declarar que a remuneração do saldo das contas do FGTS não pode ser inferior ao índice legal (TR + 3% ao ano + distribuição dos lucros auferidos) em valor que garanta, no mínimo, o índice oficial de inflação (IPCA).

(ii) estabelecer que, nos anos em que a remuneração das contas vinculadas ao FGTS não alcançar o IPCA, caberá ao Conselho Curador do Fundo (art. 3º da Lei nº 8.036/1990) determinar a forma de compensação;

(iii) estabelecer que os efeitos da presente decisão se produzirão prospectivamente (*ex nunc*), a partir da publicação da ata de julgamento.

É como voto.

Ministro FLÁVIO DINO
Documento assinado digitalmente

12/06/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Temos, portanto, três posições já colocadas na mesa. A minha original: reajuste pela Poupança; a do Ministro Zanin: improcedência; e a do Ministro Flávio Dino: precedente em parte, nos termos do acordo veiculado pela Advocacia-Geral da União, celebrado com as centrais sindicais.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Acho que a posição do Ministro Zanin também coincide...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - O Ministro Zanin deixou claro que, por enquanto, era improcedência.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Minha posição seria pela improcedência, mas, se o Colegiado definir pela inconstitucionalidade dos dois dispositivos, aí eu iria para essa solução dialogada. Mas, por ora, pela improcedência.

12/06/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Boa tarde, Presidente. Cumprimento Vossa Excelência, a Ministra Cármen, os Ministros, o Procurador-Geral da República Paulo Gonet. Cumprimento também o Advogado-Geral da União, Doutor Jorge Messias.

Presidente, aqui, e também de forma resumida, o que na verdade nós estamos debatendo seriam duas visões do que é o FGTS e da forma como deve ser tratada a remuneração, a correção dos saldos. Se é mera disponibilidade econômica, a questão específica da propriedade individual dos saldos depositados, se seria mais uma aplicação; ou se é uma garantia institucional relacionada não só ao trabalhador de forma individualizada, mas também à coletividade dos trabalhadores, em virtude do financiamento da habitação, financiamento da grande política pública relacionada a casas populares, a habitação.

Parece-me, Presidente - e talvez esse seja o ponto mais importante -, que podemos não concordar com a forma como foi criado o FGTS. Podemos até entender que deva ser alterado, alterado o fundo, alterada toda a questão, que é uma questão complexa, do FGTS. Mas eu, Presidente, não tenho nenhuma dúvida de que, desde 1966 - e foi dito aqui pelo Ministro Zanin, depois pelo Ministro Flávio Dino -, desde que o FGTS substituiu a antiga Lei Eloy Chaves, que previa, desde 1923, a estabilidade para o trabalhador depois de 10 anos, o que foi substituído por esse fundo para que, ao invés da estabilidade, ele lá na frente ou quando fosse demitido tivesse uma garantia -, desde o momento da sua instituição pela Lei nº 5.107, em 1966, está intimamente, umbilicalmente, ligado à questão do financiamento da habitação.

A ideia toda, a estrutura do FGTS foi pensada, ao mesmo tempo, em como garantir um pecúlio, podemos dizer assim, ao trabalhador de forma individual, e ao mesmo tempo aproveitar esse dinheiro para garantir, ou pelo menos para propiciar, a casa própria, propiciar a política pública de

ADI 5090 / DF

habitação.

Então, qualquer que seja o posicionamento, qualquer que seja a decisão dessa Suprema Corte, entendo que nós devemos analisar prós e contras em relação a essas duas finalidades. Já foi salientada, aqui, nos diversos votos, a natureza híbrida. É uma natureza jurídica híbrida a do Fundo de Garantia.

Obviamente, poderíamos pensar, seria, aproveitando até, Ministro Fachin, esse momento socialista do Plenário, eu, depois de muito tempo, sendo chamado como o único comunista desta Suprema Corte, hoje me sinto reconfortado, aqui, com o momento socialista da Suprema Corte.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Se Vossa Excelência me permite, nós estamos aqui vendo e ouvindo padres em diferentes papéis, invertidos, rezarem missas inusitadas.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Eu continuo na Teologia da Libertação.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Fachin, para que seja feita a questão isonômica, padres e pastores, para que não deixemos ninguém de fora.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Há os rabinos também, Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Eu ia dizer isso.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não, não, mas, aqui, não há nenhum rabino.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Nem padre, que eu saiba.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Fux, que eu me lembre...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - E padre tampouco.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Nós poderíamos propor, aqui, *lege ferenda*, que em vez do pecúlio do trabalhador, a taxação de grandes fortunas financiasse a casa própria.

ADI 5090 / DF

Vossa Excelência falou do CDB e outras aplicações de que eu não tenho conhecimento, porque não as aplico, mas poderíamos falar de taxação de grandes fortunas - que já se tentou - para direcionar determinada política pública.

Agora, desde 1966, ou seja, há mais de meio século, há quase 60 anos, há uma estrutura montada, há milhares de contratos assinados e há - e esse é um terceiro reflexo importante, aqui, que devemos levar em conta - milhares de empregados, de trabalhadores na construção civil que dependem desses contratos e dependem da continuidade dessa política pública de financiamento à casa própria, ao Sistema de Habitação Popular.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Ministro Alexandre, eu não quero convencer ninguém, mas a minha proposta é só para novos depósitos e afetando, apenas, futuros contratos. Não afeta nenhuma uma situação vigente.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Eu sei que Vossa Excelência não quer convencer ninguém e isso fica patente, aqui, no nosso diálogo. Talvez convencer só mais cinco.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Aqui, tem padre, pastor, rabino, mas ninguém é santo.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Então, Presidente, a partir dessas questões, a meu ver, o Fundo de Garantia, o direito ao FGTS, é um direito social - o art. 7º da Constituição constitucionalizou a previsão do FGTS - então, é um direito social, mas não de natureza estritamente patrimonial. É uma natureza híbrida, é uma natureza institucional que tem uma dupla finalidade. E a finalidade é individual de remuneração, mas também é uma finalidade social. É uma finalidade importantíssima social.

Vossa Excelência, mesmo, no início da sessão, se referiu à questão do Rio Grande do Sul, à necessidade de alocação de mais recursos para a construção de casas no Rio Grande do Sul, para a reposição da habitação das milhares de pessoas que ficaram sem os seus lares, demonstrando a necessidade desse dinheiro do Fundo de Garantia para a construção de

ADI 5090 / DF

casas populares, para efetivação, implementação e ampliação dessa política pública de habitação. Qualquer alteração significativa nesse arcabouço normativo, que garante ao mesmo tempo um pecúlio para o trabalhador e a política pública de habitação, pode significar um prejuízo muito grande à habitação.

Também foi dito aqui, não quero me estender muito, que os trabalhadores de mais baixa renda, com essa alteração da poupança, salvo engano, eles ganhariam R\$48,00 ou R\$68,00 por ano a mais. Só que, ao mesmo tempo, inúmeros trabalhadores passariam a não ter acesso aos financiamentos da casa popular. Isso foi aqui colocado pela Advocacia-Geral da União, que produziu essa documentação, que um aumento em até 2,75% na taxa de juros na faixa 1, que é a renda familiar bruta de até R\$ 2 mil, as pessoas de mais baixa renda, nesse cenário, 234 mil famílias, ou seja, 48% dessas famílias, passariam a não ter acesso ao financiamento em 2023. Ou seja, um pequeno acréscimo, um pequeno acréscimo não tão sentido de remuneração para baixa renda significaria uma exclusão gigantesca de 234 mil famílias do acesso ao financiamento em 2023. O maior aumento na remuneração seria daqueles que têm uma renda maior. O Ministro Flávio Dino citou aqui, por exemplo, os jogadores de futebol. Com certeza, não os jogadores de futebol do meu time, que hoje não merecem esse aumento de renda. Não estão a merecer, Ministra Cármen, nem sem nenhuma correção monetária.

Ainda, Presidente, é importante dizer, dessa segunda finalidade do FGTS. Entre 1995 e 2023, o FGTS financiou 9.985.402 unidades habitacionais. É pouco, ainda, pelo tamanho do Brasil, mas é um número considerável. É inegável, Presidente, Colegas, que não haverá um Brasil desenvolvido, um Brasil com um mínimo de dignidade enquanto cada família não tiver a sua casa. É algo impensável, em qualquer país civilizado do mundo, um país com tantas pessoas sem um lar, sem uma casa. Obviamente, não tenho e não tive a experiência do Ministro Flávio Dino, que foi governador por oito anos, mas, por mais de dez anos, tive alguns cargos, vários cargos, no Poder Executivo. E nós víamos isso principalmente quando exerci cargo municipal, secretário de transportes

ADI 5090 / DF

e secretário de serviços. Quando havia inundação, nas grandes chuvas de janeiro, em São Paulo, os maiores prejudicados são aqueles que não têm a sua casa própria, casa construída, de alvenaria. São sempre as pessoas de mais baixa renda, as pessoas que esse valor do FGTS pretende alcançar.

Volto aqui a insistir, talvez, lá em 66 e durante todo esse período, não tenhamos, enquanto legislação, alcançado uma melhor fonte de financiamento. Mas é a fonte legal de financiamento. Hoje, é a fonte legal de financiamento. E uma alteração na estrutura remuneratória, na sua correção, vai, como eu disse, excluir 48% das famílias de baixa renda. Essa exclusão, parece-me, não compensa o fato de se ampliar um pouco a remuneração.

Ainda, Presidente, aqui é importante dizer que, além da habitação, e a habitação corresponde a 90,56% dos recursos do FGTS, ainda quase 10% auxiliam a infraestrutura urbana, saneamento básico e saúde. É uma estrutura realmente extremamente complexa para que, eventualmente, haja uma alteração que acabe - e acabará -, como eu disse, lamentavelmente, prejudicando essa segunda finalidade do FGTS.

E se pegarmos o ponto de vista estritamente jurídico, os precedentes da Corte? Os precedentes da Corte não determinam, não iriam avançando no sentido de se aplicar a correção da poupança. Nós tivemos um precedente antigo, o RE 226.855, de 2000, de relatoria do Ministro Moreira Alves, em que o Supremo Tribunal Federal afirmou que a natureza do FGTS é estatutária, por decorrer da lei, e por ela deve ser disciplinada, não se confundindo com as cadernetas de poupança que têm natureza contratual.

Então, desde 2000, o Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre a matéria e já fez essa diferenciação entre a natureza meramente contratual - e aí remuneratória do direito de propriedade, nesse caso, a questão da caderneta de poupança - ou uma natureza institucional, estatutária do FGTS. Em virtude disso, não deveria ser aplicada. Naquele momento, entendeu-se pela correção da caderneta de poupança.

Há outros inúmeros precedentes da Corte, afastando essa aplicação pela caderneta de poupança. Eu poderia citar aqui alguns julgamentos,

ADI 5090 / DF

por exemplo, quando analisamos a questão dos créditos liquidados em desfavor da Fazenda Pública, e ainda um precedente relacionado também à Caixa Econômica Federal, em que, para evitar a indexação, a questão inflacionária, se afastou, em determinados casos não meramente contratuais e patrimoniais, a incidência da correção pela caderneta de poupança.

Presidente, reafirmo que, no fundo, todos os trabalhadores de baixa renda, seja os que têm esse pecúlio, o FGTS, seja os que não têm, acabam sendo beneficiados em virtude da política pública da casa própria, do sistema habitacional.

Ao mesmo tempo, não há nenhum comando constitucional que vincule o legislador ao tratamento do FGTS como aplicação financeira. Ele não foi criado como aplicação financeira. Nós podemos até pensar numa forma de socorrer a perda patrimonial, mas, lá em 66, a ideia não era é de uma aplicação financeira. Foi a substituição, conforme disse, da estabilidade, mas dentro de uma ideia de criação de política pública também do sistema habitacional. Por isso, a sua natureza institucional, híbrida, que não se confunde com a questão meramente de correção de patrimônio da poupança.

Ainda que a alteração desse critério de rentabilização das contas vinculadas ao FGTS não bastasse - e a posição de Vossa Excelência é no sentido de que, daqui para frente, seriam os novos contratos -, isso acabaria, no cálculo atuarial, comprometendo a viabilidade do sistema de financiamento da casa própria.

Presidente, por essas considerações, peço todas as vênias a Vossa Excelência e a todos os que o acompanharam, em especial ao Ministro André e ao Ministro Nunes Marques, para acompanhar a divergência inaugurada pelo Ministro Zanin, porque o caso específico aqui trata da procedência ou da improcedência. Voto pela improcedência da ação.

Desde logo, coloco que, se for esse o encaminhamento da maioria do Plenário, ou mesmo do voto médio, não me oponho a apoiar o que foi dito pelo Ministro Flávio Dino, encaminhado por esse acordo das centrais sindicais com o Governo.

ADI 5090 / DF

É o meu voto, Presidente.

12/06/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. FLÁVIO DINO**
REQTE.(S) : **SOLIDARIEDADE**
ADV.(A/S) : **TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **ALYSSON SOUSA MOURAO**
ADV.(A/S) : **MARCELO MONTALVAO MACHADO**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
AM. CURIAE. : **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF**
ADV.(A/S) : **JAILTON ZANON DA SILVEIRA E OUTRO(A/S)**
AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
AM. CURIAE. : **BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE ALIMENTAÇÃO E AFINS**
ADV.(A/S) : **SID HARTA RIEDEL DE FIGUEIREDO**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL e CNTSS/CUT**
ADV.(A/S) : **RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO**
ADV.(A/S) : **RODRIGO CAMARGO BARBOSA**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO SOCIAL AO FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ART. 7º, III, CF. ART. 13 DA LEI 8.036/1990. ART. 17 DA LEI 8.177/1991. CORREÇÃO PELA TAXA REFERENCIAL DAS CADERNETAS

ADI 5090 / DF

DE POUPANÇA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE (ART. 5º, XXII. CF), AO DIREITO DOS PRINCÍPIO DA MORALIDADE. PERDA DO OBJETO. LEI 13.446/2017 E ALTERAÇÃO DO REGIME DE RENTABILIZAÇÃO DO FGTS. NATUREZA ESTATUTÁRIA DAS RELAÇÕES ENTRE TRABALHADORES E O FGTS. ESCOPO SOCIAL DE FINANCIAMENTO DE POLÍTICAS DE MORADIA, SANEAMENTO BÁSICO E INFRAESTRUTURA. IMPROCEDÊNCIA.

I. CASO EM EXAME

1. Ação direta em que se questiona os critérios legais de remuneração dos saldos de depósitos vinculados ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. O debate sobre o critério para correção dos saldos contrapõe duas distintas visões sobre o papel constitucional do FGTS: (a) de disponibilidade econômica e, portanto, propriedade individual dos trabalhadores, em decorrência do que o critério da legislação impugnada para a remuneração dos saldos de contas de depósito vinculadas ao FGTS (TR + 3% a.a.) não seria apto a compensar a perda de poder aquisitivo decorrente da inflação; ou (b) de direito social e garantia institucional, relacionada à existência de um meio de acesso facilitado ao financiamento de bens de interesse de toda a classe trabalhadora, cenário no qual a estrutura econômica e financeira atribuída pelo legislador ao FGTS seria constitucional.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Superveniência das Leis 13.446/2017 e 13.932/2019 e modificação dos mecanismos de remuneração dos saldos das contas de depósito vinculadas ao FGTS. A alteração substancial do panorama normativo sobre o qual deduzida em juízo a tese de inconstitucionalidade impede o exame da questão em sede concentrada. Precedentes.

4. A Jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL assentou que a natureza do FGTS é estatutária, em razão do que

ADI 5090 / DF

não há direito adquirido à aplicação de índices de correção ou remuneração diversos daqueles previstos na legislação. Precedentes.

5. A legislação de regência prevê o emprego dos recursos do FGTS no financiamento de ações de interesse social em proveito de todos os trabalhadores. A previsão de correção dos saldos de contas vinculadas pelo índice aplicável à caderneta de poupança, além de outros acréscimos legais, não compromete a efetividade do direito social, tampouco viola o patrimônio do trabalhador, mas, ao contrário, favorece o acesso dos trabalhadores aos direitos sociais da moradia e saneamento básico.

6. Demonstrada a repercussão econômica da imposição de critério de remuneração diverso do adotado pela lei sobre a viabilidade das operações financeiras vinculadas ao FGTS, com efeitos negativos sobre indicadores sociais de emprego, renda e moradia.

IV. DISPOSITIVO E TESE

7. Ação Direta não conhecida e, caso superada a preliminar, julgada improcedente.

Tese de julgamento: "O FGTS é um direito social com dupla finalidade institucional: a formação de patrimônio do trabalhador, em prol da sua estabilidade laboral, e o financiamento de ações de interesse da classe trabalhadora. É constitucional a adoção de critérios de correção (art. 13 da Lei 8.036/1990 e o art. 17 da Lei 8.177/1991) que viabilizem as operações financeiras do FGTS, em prol dos trabalhadores, em condições mais acessíveis que as de mercado".

Dispositivos relevantes citados: Constituição Federal, arts. 5º, XXII, e 7º, III. Jurisprudência relevante citada: ADIs 4357, 4425 e 5348, Rel. Min. Ayres Britto, red. p/ ac. Min. Luiz Fux; RE 870947-RG, Rel. Min. Luiz Fux, red. p/ ac. Min. Alexandre de Moraes; RE 928902, Rel. Min. Alexandre de Moraes; ADI 5938, Rel. Min. Alexandre de Moraes; RE 828.040, Rel. Min. Alexandre de Moraes; ADI 5766, Rel. Min. Alexandre de Moraes; RE 629.053, Rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ ac. Min.

ADI 5090 / DF

Alexandre de Moraes; RE 100249; ARE 709.212, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 226.855, Rel. Min. Moreira Alves; ARE 1288550, Rel. Min. Alexandre de Moraes.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Trata-se de Ação Direta proposta pelo Partido SOLIDARIEDADE em face do art. 13 da Lei 8.036/1990 (Lei do FGTS) e o art. 17 da Lei 8.177/1991 (regras para a desindexação da economia), dispositivos com o seguinte teor:

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.

O Requerente sustenta, essencialmente, que os dispositivos impugnados impuseram a atualização dos saldos em contas de depósito vinculadas ao FGTS pela Taxa Referencial, o que não atenderia ao “*desenho constitucional da correção monetária*”, pois a TR consistiria em uma captação apriorística (*ex ante*), desvinculada do fenômeno inflacionário e não compatível com a obrigatoriedade e a ausência de portabilidade dos depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Nesse sentido, defende que *o art. 13, caput, da Lei nº 8.036/1990, c/c o*

ADI 5090 / DF

art. 17, caput, da Lei nº 8.177/1991 deixaram de garantir ao FGTS a recomposição das perdas inflacionárias, sujeitando os depósitos titularizados por trabalhadores a perdas consideráveis em relação à inflação .

Assim, alega que a correção monetária dos montantes depositados em contas vinculadas ao FGTS pelo índice em questão violaria o direito fundamental à propriedade (art. 5º, XXII, CF), bem como o direito social estabelecido no art. 7º, III, da CF. Ao não atualizar corretamente o saldo do FGTS, a Caixa Econômica Federal *acaba por se apropriar de parcela do saldo do empregado* , em enriquecimento indevido, situação que viola a moralidade administrativa (art. 37, caput, da CF).

A Advocacia-Geral da União se manifestou pelo PREJUÍZO DA AÇÃO, em razão do advento da Lei 13.446/2017, que modificou o panorama normativo impugnado pelo autor, uma vez que *“o FGTS passou a distribuir uma parcela de seus lucros, levando a remunerações superiores às da TR”*. No mérito, pugnou pela improcedência da ação, sustentando que o FGTS tem dupla função: poupança forçada do trabalhador e instrumento de financiamento de projetos de interesse social, pelo que não seria possível afirmar que o saldo das contas vinculadas seria propriedade do trabalhador.

A Procuradoria-Geral da República apresentou parecer em que descartou a ocorrência de perda do objeto em função do acréscimo na rentabilidade do FGTS, promovida pela Lei 13.446/2017 e pela Medida Provisória 889/2019. Sustentou que as contas vinculadas ao FGTS continuam sofrendo correção pela TR e que a Lei 13.446/2017 não alcança a correção monetária aplicadas às contas do FGTS no período anterior a 2016. Assim, afirmou que *“o interesse de agir consistente no afastamento da atualização dos saldos pelo índice de remuneração da caderneta de poupança (TR) durante todo o período de vigência das Leis 8.036/1990 e 8.177/1991”*, ademais, destaca que o *“acrécimo de remuneração, não afasta a tese de inconstitucionalidade fundada na defasagem na correção monetária ocasionada pela aplicação da TR”*, pois seria *“mera reposição do valor real da moeda perante processos inflacionários”*.

A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL e o BANCO CENTRAL DO

ADI 5090 / DF

BRASIL, na qualidade de amicus curiae , opinaram pela perda do objeto e, no mérito, pela improcedência da Ação Direta.

Iniciado o julgamento da matéria no Plenário, em 20/4/2023, o eminente Relator, Ministro ROBERTO BARROSO, proferiu voto pela procedência parcial da Ação Direta, para assentar que “*a remuneração do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança*”, no que foi acompanhado pelo Ministro ANDRÉ MENDONÇA.

Seguiu-se o pedido de vista do Ministro NUNES MARQUES. Na continuidade de julgamento (sessão de 9/11/2023) o Ministro Relator veio a reajustar seu voto, no sentido de modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, limitando a incidência da tese proposta apenas aos depósitos futuros, determinando ainda que, nos anos de 2023 e 2024, seja distribuída a totalidade dos lucros auferidos pelo FGTS aos seus cotistas.

Essa proposição foi acompanhada pelos Ministros ANDRÉ MENDONÇA, que já havia acompanhado a proposta original, e NUNES MARQUES.

Pediu vista dos autos o Ministro CRISTIANO ZANIN.

É o relatório.

I – Questão preliminar: prejuízo da Ação Direta

Aprecio, de início, a preliminar de suscita pela AGU no sentido do prejuízo da Ação Direta, em razão da superveniência das Leis 13.446/2017 (resultado da conversão da MP 763/2016) e 13.932/2019, que alteraram a Lei do FGTS para *elegar a rentabilidade das contas vinculadas do trabalhador por meio da distribuição de lucros do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e dispor sobre possibilidade de movimentação de conta do Fundo vinculada a contrato de trabalho extinto até 31 de dezembro de 2015* , dispondo sobre a distribuição de resultados positivos auferidos pelo FGTS para todas as contas vinculadas, e para *instituir a modalidade de saque-aniversário no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do Fundo* .

O art. 13, §§ 5º, 6º e 7º da Lei 8.036/1990 passou a vigorar com a

ADI 5090 / DF

seguinte redação:

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.(...)

§ 5º O Conselho Curador autorizará a distribuição de parte do resultado positivo auferido pelo FGTS, mediante crédito nas contas vinculadas de titularidade dos trabalhadores, observadas as seguintes condições, entre outras a seu critério:

I - a distribuição alcançará todas as contas vinculadas que apresentarem saldo positivo em 31 de dezembro do exercício-base do resultado auferido, inclusive as contas vinculadas de que trata o art. 21 desta Lei;

II - a distribuição será proporcional ao saldo de cada conta vinculada em 31 de dezembro do exercício-base e deverá ocorrer até 31 de agosto do ano seguinte ao exercício de apuração do resultado; e

III - a distribuição do resultado auferido será de 50% (cinquenta por cento) do resultado do exercício.

§ 6º O valor de distribuição do resultado auferido será calculado posteriormente ao valor desembolsado com o desconto realizado no âmbito do Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV), de que trata a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009 .

§ 7º O valor creditado nas contas vinculadas a título de distribuição de resultado, acrescido de juros e atualização monetária, não integrará a base de cálculo do depósito da multa rescisória de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 18 desta Lei.

Nessa mesma direção, a Lei 13.932/2019 alterou o art. 5º, IV, da Lei do FGTS, para atribuir ao Conselho Curador do FGTS a competência para *aprovar as demonstrações financeiras do FGTS, com base em parecer de auditoria externa independente, antes de sua publicação e encaminhamento aos órgãos de controle, bem como da distribuição de resultados* .

Embora essa alteração não alcance o texto impugnado, pois o *caput*

ADI 5090 / DF

do art. 13 segue prevendo a correção dos saldos pela metodologia questionada nesta Ação Direta (TR + 3% a.a.), impõe-se reconhecer que a previsão de incremento da rentabilidade das contas afeta diretamente a questão em debate, uma vez que a tese de inconstitucionalidade está fundada na alegação de que a remuneração desses montantes estaria muito abaixo de outros índices inflacionários.

Inclusive, conforme dados aportados pela AGU, a composição desses saldos com os resultados positivos da gestão financeira do FGTS permite a constatação que, em certos períodos a partir da alteração legislativa, o rendimento das contas vinculadas ao FGTS foi superior ao IPCA, segundo dados da AGU e do BACEN.

O acumulado do período 2017-2023 indicaria rendimento de 62,42% do FGTS e 52,69% do IPCA.

O BACEN também refere a Nota Técnica 18.219/2016-MP, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a qual, analisando a repercussão das novas regras, concluiu pela sustentabilidade das atividades do Fundo, considerada a sua função social e a necessidade de correção dos saldos depositados, proporcionando maior rentabilidade a cada trabalhador cotista, ao mesmo tempo em que confere a pessoas de baixa renda o acesso a financiamento com juros em patamar abaixo aos praticados no mercado.

A referida Nota Técnica também compara, tomado o interregno 2016-2019, a remuneração dos montantes depositados com a aplicação dos índices da poupança, formulando a seguinte tabela:

	2016	2017	2018	2019
Regra da Poupança	3,74%	4,39%	4,82	5,10%
Distribuição Resultado + PMCMV	5,96%	5,5%	5,45%	5,25%

Em memoriais apresentados pela Advocacia-Geral da União, com dados mais atualizados, já produzidos sob a nova disciplina (Resoluções 1.062/2023 e 1.067/2023 do Conselho Curador do FGTS, que veiculam a programação orçamentária do Fundo), e considerando a projeções de indicadores econômicos recentes (Boletim FOCUS de 30/6/2023), consta

ADI 5090 / DF

que a rentabilidade do FGTS em 2022, incluída a distribuição dos resultados, alcançou 7,09%, superior à inflação do período (IPCA – 5,79%).

Como se sabe, a remuneração da poupança, em cenário de taxa SELIC acima de 8,5%, como se verifica no presente momento (12,75%), é apurada pela soma da remuneração básica (TR) e do percentual de 0,5%. Esse foi o cenário verificado também em 2016 e 2017.

Entre 2018 e 2021, com a baixa do índice SELIC, remuneração dos depósitos da poupança foi calculada pela soma da TR ao índice correspondente a 70% SELIC. Nesse período, os rendimentos do FGTS foram superiores.

Desde a edição da Lei 13.446/2017, a distribuição de resultados do FGTS alcançou os seguintes montantes (dados em R\$ bilhões):

Ano	Resultado Total	Resultado Distribuído
2017	14,6	7,3
2018	12,5	6,2
2019	11,3	7,5
2020	8,5	8,1
2021	13,3	13,2
2022	12,8	12,7

Há, portanto, uma normatividade distinta daquela em que proposta a Ação Direta. A alegação deduzida na petição inicial dizia respeito à inadequação da TR para servir, isoladamente, de critérios de correção dos saldos do FGTS, o que já não ocorre concretamente. Inclusive, essa nova disciplina foi proposta pelo Poder Executivo e deliberada pelo Congresso Nacional justamente em atenção aos apelos por um critério mais favorável de remuneração dos depósitos.

A exposição de motivos interministerial enviada ao Presidente da República e ao Poder Legislativo (MP 763/2016), descarta a possibilidade de equiparar a remuneração do FGTS aos rendimento da poupança, afirmando que essa medida “*traria impactos negativos à política de aplicação do Fundo, que teria que elevar sua taxa de aplicação dos recursos, prejudicando setores como o de saneamento básico e o de habitação que têm elevado retorno*”

ADI 5090 / DF

social". Mas complementa:

Nada obstante, é possível melhorar a remuneração das contas vinculadas sem impor prejuízo ao papel do Fundo como fonte de recursos para setores chaves da economia. Essa solução passa pela distribuição anual de parte do resultado alcançado pelo conjunto de aplicações realizadas pelo FGTS às contas vinculadas.

Tudo considerado, impõe-se reconhecer que não é possível inferir a idoneidade do critério de remuneração dos depósitos de FGTS em comparação, no plano normativo, com os depósitos da poupança ou índices inflacionários como o IPCA. Variações no cenário econômico poderão resultar em maior vantajosidade para um ou outro critério.

Ainda que se considere um dado período em que o rendimento da poupança foi superior ao FGTS, como 2022, não será possível concluir pela ocorrência de uma desproporção significativa. A alteração do índice implicaria diferenças relevantes apenas em relação às contas com saldo médio acima de R\$ 60.000,00, que correspondem aproximadamente a 1% das contas do Fundo. A maior parte (86%) das contas com saldo médio inferior a R\$ 4.000,00, corresponde aos cotistas da faixa de rendimentos entre 1 e 4 salários mínimos, seria favorecida, em média, em valor irrisório (R\$ 126,85) se comparado aos benefícios proporcionados pelas operações financiadas pelo Fundo.

A discussão, assim, teria apelo para o cotistas de maior renda, apenas, sendo que a maior parte dos assistidos pelo FGTS tem mais a ganhar com a distribuição de resultados, tal como regulado pela Lei 13.446/2017, e com o oferecimento de crédito facilitado para moradia.

A Jurisdição Constitucional abstrata brasileira não admite o ajuizamento ou a continuidade de Ação Direta de lei ou ato normativo cuja eficácia já tenha se esgotado, ou que tenha sido substancialmente alterado, como ocorre no caso em julgamento, independentemente do fato de terem produzido efeitos concretos residuais (ADI 709, Rel. Min. PAULO BROSSARD, DJ de 20/6/1994, ADI 3.885, Rel. Min. GILMAR

ADI 5090 / DF

MENDES, Pleno, DJe de 28/6/2013; ADI 2.971 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 13/2/2015; ADI 5.159, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/2/2016; e ADI 3.408 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 15/2/2017), sob pena de transformação da Jurisdição Constitucional em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concretas (ADI 649, Pleno, Rel. Min. PAULO BROSSARD, DJ de 23/9/1994; ADI 870-QO, Pleno, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 20/8/1993).

Em vista disso, NÃO CONHEÇO da presente Ação Direta.

II - Mérito

No mérito, identifico que a tese em debate propõe a modificação do critério legal previsto para a correção monetária das contas vinculadas ao FGTS como medida necessária para a efetividade do direito social ao fundo de garantia por tempo de serviço (art. 7º, III, da CF) e garantia do direito de propriedade dos trabalhadores sobre os saldos dessas contas.

O Requerente argumenta que a adoção da TR incorreu em *inconstitucionalidade progressiva*, ou *omissão inconstitucional parcial*, em decorrência da defasagem, ou mesmo da inaptidão desse índice em sanar o fenômeno inflacionário e recompor o padrão monetário dos montantes depositados.

Essa tese teria respaldo nos precedentes firmados pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no julgamento das ADIs 4357, 4425 e 5348, bem como do RE 870947-RG (correção das condenações da Fazenda Pública), onde a CORTE “*declarou inconstitucional o índice de remuneração da caderneta de poupança como critério de correção monetária em condenações judiciais da Fazenda Pública*”. Também sustentaria a tese do Requerente o julgamento da ADC 58, Rel. Ministro GILMAR MENDES, que tratou da correção de créditos trabalhistas, e no qual a CORTE conferiu interpretação conforme aos arts. 879, §7º, e 899, §4º, da CLT (que também adotavam a TR como índice de correção), para estabelecer que, enquanto não adotada solução legislativa diversa, “*deverão ser aplicados à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho os mesmos índices de*

ADI 5090 / DF

correção monetária e de juros vigentes para as hipóteses de condenações cíveis em geral (art. 406 do Código Civil), à exceção das dívidas da Fazenda Pública que possui regramento específico (art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009), com a exegese conferida por esta Corte na ADI 4.357, ADI 4.425, ADI 5.348 e no RE 870.947-RG (tema 810)”.

A proposta de voto do eminente Ministro Relator acolhe a tese de inconstitucionalidade pelos seguintes fundamentos, em síntese:

(a) o FGTS seria um direito social do trabalhador, caracterizado como uma poupança forçada de valores que seriam de titularidade do trabalhador, correspondendo, assim, ao seu patrimônio;

(b) não haveria o alegado “*caráter multifuncional*” do FGTS, pois esse aspecto não integraria a conformação constitucional do Fundo;

(c) a Constituição exigiria a recomposição de perdas inflacionárias, embora não necessariamente por meio de correção monetária, mas também pela adoção de taxas de remuneração praticadas pelo mercado;

(d) o legislador fez uma opção inicial pela indexação dos saldos do FGTS, superada pelo texto impugnado, que adotou um critério de remuneração desses saldos (TR + 3% a.a.), que destoa da remuneração das cadernetas de poupança (TR + 0,5% a.m.);

(e) a comparação entre a rentabilidade da poupança e dos saldos do FGTS revelaria que o critério legal adotado para o Fundo favoreceria a aplicação de seus recursos em investimentos de interesse social, em prejuízo dos trabalhadores fundistas;

(f) não haveria razoabilidade, ou uma justa distribuição de encargos públicos, na viabilização desses investimentos a partir de remuneração baixa de aplicações financeiras compulsórias;

(g) não haveria equivalência entre a remuneração paga aos depositários do FGTS e os juros aplicados em operações de financiamento ligadas ao Fundo;

(h) a distribuição de parte dos resultados positivos do

ADI 5090 / DF

FGTS aos cotistas não caracterizaria um critério objetivo ou garantido de remuneração dos saldos de FGTS;

(i) a remuneração dos depósitos do FGTS deve ser ao menos equivalente à remuneração da poupança, considerando que o trabalhador não tem a opção de sacar o dinheiro e buscar investimento de melhor rentabilidade;

(j) os recursos do FGTS são patrimônio do trabalhador, e não recursos públicos; seria socialmente injusto financiar ações de interesse social com os saldos de contas vinculadas ao FGTS;

(k) não há imoralidade ou enriquecimento sem causa a favor da Caixa Econômica Federal, que é remunerada de acordo com as práticas de mercado;

(l) modulando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade (versão ajustada do voto de Sua Excelência), aplica o novo entendimento apenas aos depósitos futuros e determina a distribuição aos cotistas da totalidade dos lucros auferidos pelo FGTS nos exercícios de 2023 e 2024;

(m) fixa a tese: *“a remuneração global do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança”*.

No entanto, DIVIRJO do Ministro Relator, considerando que:

(a) o direito ao FGTS constitui direito social de natureza não estritamente patrimonial, mas institucional, de modo a englobar as utilidades que a legislação de regência, desde sempre, atribui à gestão desses recursos;

(b) a conformação constitucional desse direito social não apenas é compatível com esse caráter multifuncional, como na verdade supõe essa utilidade, sem a qual careceria de fundamento constitucional a imposição de um regime de poupança forçada aos trabalhadores, ao invés da entrega direta da verba salarial;

(c) todos os trabalhadores são favorecidos pelas ações financiadas pelo FGTS, uma vez que o acesso aos seus benefícios é formatado de acordo com critérios de renda, pelos

ADI 5090 / DF

quais as condições mais vantajosas são reservadas para as classes mais vulneráveis;

(d) não há nenhum comando no texto constitucional que vincule o legislador ao tratamento do FGTS como aplicação financeira, de modo a atrelá-lo a taxas de mercado;

(e) não há fundamento para equiparação entre poupança e FGTS, dada a natureza diversa dos vínculos em questão;

(f) o FGTS não substitui, tampouco pode ser substituído pela ação direta do Poder Público no financiamento e execução de serviços públicos, mesmo reconhecida a sua relevância social;

(g) a alteração do critério de rentabilização das contas vinculadas ao FGTS compromete a viabilidade das operações financiadas com seus recursos, em prejuízo de indicadores sociais de renda, emprego e moradia.

Esses fundamentos são demonstrados pela adequada compreensão do perfil constitucional do FGTS, de garantia social institucional, conforme exposto a seguir.

II.a - Da natureza do FGTS: direito social

Como anotei em diversos julgados nessa CORTE que trataram da efetividade de direitos sociais como o RE 928902 (Programa de Arrendamento Residencial e direito à moradia e redução da desigualdade social); a ADI 5938 (exposição de trabalhadoras gestantes a atividades insalubres); RE 828.040 (responsabilidade objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho); ADI 5766 (Reforma Trabalhista e regras sobre gratuidade de justiça); RE 629.053 (estabilidade da empregada gestante); entre outros, bem como assentado em sede doutrinária (*Direito Constitucional* , 40ª edição. São Paulo: Atlas, 2024, Capítulo 5), os direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos

ADI 5090 / DF

do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da CF.

Como ressaltam Canotilho e Vital Moreira,

a individualização de uma categoria de direitos e garantias dos trabalhadores, ao lado dos de carácter pessoal e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos direitos, liberdades e garantias como direitos do homem ou do cidadão genéricos e abstractos, fazendo intervir também o trabalhador (exactamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade. (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 285)

É o que se tem no caso, a respeito da efetividade do direito social de todo trabalhador aos benefícios decorrentes do regime do FGTS. Na verdade, o presente julgamento reclama uma compreensão mais abrangente da natureza e do escopo do direito social estabelecido no art. 7º, III, CF, se seria um direito patrimonial individual do trabalhador, ou, em paralelo a essa dimensão individual, revelaria a exigência do constituinte pela existência de uma instituição com as características do Fundo em questão: uma fonte de financiamento e acesso da classe trabalhadora a certos bens sociais, como habitação, saneamento e infraestrutura.

Não será demais lembrar que os direitos sociais previstos constitucionalmente são normas de ordem pública, com a característica de imperativas, invioláveis, portanto, pela vontade das partes contraentes da relação trabalhista. E sua previsão no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas consequências imediatas: (a) subordinação à regra da autoaplicabilidade prevista, no art. 5º, § 1º, CF; e (b) suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver a omissão do poder público na regulamentação de

ADI 5090 / DF

alguma norma que preveja um direito social e, conseqüentemente, inviabilize seu exercício.

A Constituição consagrou diversas regras garantidoras da socialidade e corresponsabilidade, entre as pessoas, os diversos grupos e camadas socioeconômicas. (CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda. *Os valores constitucionais fundamentais: esboço de uma análise axiológico-normativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. p. 26), em especial, considerando o objeto do presente julgamento, o direito à segurança no emprego, que compreende aspectos como a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, o seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário, e o “*fundo de garantia do tempo de serviço*” (art. 7º, III, CF).

Essa última figura remonta à ordem constitucional anterior (art. 165, XIII, da CF/1967-69), com previsão na legislação infraconstitucional (Lei 5.107/1966, posteriormente pelas Leis 5.958/1973 e 7.839/1989) quando previsto como alternativa à estabilidade no vínculo laboral (e indenização respectiva).

No Brasil, até 1923, não havia previsão legal para estabilidade de trabalhadores na iniciativa privada, situação alterada com a edição da Lei Eloy Chaves (Decreto 4.682/1923), que previa a estabilidade do empregado após 10 anos de serviço efetivo, em relação aos trabalhadores ferroviários.

A garantia da estabilidade, foi, ainda, reforçada pelo art. 10, da Lei 62/35, pela alínea “f”, do art. 137, da Constituição de 1937, pelo art. 492, da CLT e pelo art. 157, da Constituição de 1946. Em seguida, o art. 46, da Lei 3.470, alterado pelo Decreto 53.767/64, a Lei 4.357/64 e o art. 62, da Lei 5.406/64, passaram a determinar fundos de indenização trabalhista.

Esses avanços legislativos em prol do trabalhador empregado evoluíram e culminaram no Fundo de Garantia de Tempo de Serviço disciplinado pela Lei 5.107/1966. Com a finalidade de avançar em relação às previsões anteriores, o Fundo substituiu a estabilidade, de modo que:

(...) o objetivo principal do FGTS foi o de proporcionar a dispensa por parte do empregador, inclusive do empregado

ADI 5090 / DF

público, tendo o empregador de pagar apenas uma indenização sobre os depósitos, liberando-os para o saque. Assim, a empresa não tinha mais de arcar com a estabilidade do empregado, que, para ser despedido, provocava ônus muito maior, pois só podia ser dispensado mediante inquérito para apuração de falta grave, e, caso este não apurasse a falta, o empregado retornaria ao serviço, ou teria direito a indenização em dobro do período trabalhado, o que era muito oneroso para a empresa. (MARTINS, 2010)

A previsão do art. 3º da Lei 5.107/66 disciplinava a correção monetária conforme os critérios do Sistema Financeiro da Habitação, que varia a depender do contrato firmado, podendo-se utilizar, entre outros, a Taxa Referencial (TR). Assim, desde sua criação, os saldos de depósitos do FGTS podiam ser corrigidos pela TR, conforme veio a ser estabelecido pelas Leis 8.036/1990 e 8.177/1991. A finalidade da adoção da TR, no contexto econômico do início dos anos 1990, era desvincular a correção monetária de qualquer indexação a índices de preços, como política antinflacionária.

Sob a ordem constitucional anterior, a doutrina e a Jurisprudência controverteram a respeito da natureza das relações decorrentes do regime legal do FGTS em questões como, por exemplo, a identificação do prazo prescricional de pretensões fundadas nesse regime.

Anoto os precedentes da CORTE que, sob a Constituição de 1967-69, afirmaram a natureza trabalhista/remuneratória do FGTS, afastando a sua caracterização como tributo, para efeito de incidência da prescrição quinquenal dos arts. 173 e 174 do CTN. Assim o julgamento do RE 100249, Rel. Min. OSCAR CORREA, Rel. para acórdão Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 02/12/1987, onde afirmado que *as contribuições para o FGTS não se caracterizam como crédito tributário ou contribuições a tributo equiparáveis*. O julgado também assentou que a natureza de garantia social do trabalhador se traduziria em garantia, pelo Estado, do pagamento dos valores depositados, independentemente de seu recolhimento ser efetivado pelo empregador.

ADI 5090 / DF

Após a constitucionalização do FGTS, ocorrida sob a CF/1988 (art. 7º, III), foi novamente afirmada, em relação ao FGTS, a natureza de direito social dos trabalhadores, sem prejuízo de se reconhecer as peculiaridades de seu regime legal. Como apontado pelo Ministro GILMAR MENDES (ARE 709.212, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014):

Ocorre que o art. 7º, III, da nova Carta expressamente arrolou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais, colocando termo, no meu entender, à celeuma doutrinária acerca de sua natureza jurídica.

Desde então, tornaram-se desarrazoadas as teses anteriormente sustentadas, segundo as quais o FGTS teria natureza híbrida, tributária, previdenciária, de salário diferido, de indenização, etc.

Trata-se, em verdade, de direito dos trabalhadores brasileiros (não só dos empregados, portanto), consubstanciado na criação de um pecúlio permanente, que pode ser sacado pelos seus titulares em diversas circunstâncias legalmente definidas (cf. art. 20 da Lei 8.036/1995).

(...)

Trata-se, como se vê, de direito de natureza complexa e multifacetada, haja vista demandar a edição de normas de organização e procedimento que têm o escopo de viabilizar a sua fruição, por intermédio, inclusive, da definição de órgãos e entidades competentes para a sua gestão e da imposição de deveres, obrigações e prerrogativas não apenas aos particulares, mas também ao Poder Público. Cuida-se de verdadeira garantia de caráter institucional, dotada de âmbito de proteção marcadamente normativo (PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte: StaatsrechtII*. Heidelberg: C.F. Müller, 1995, p. 53).

Sobressai, portanto, a natureza peculiar das relações reguladas pelo regime do FGTS. Os direitos do trabalhador sobre os montantes depositados em seu nome são restringidos por inúmeras regras que limitam o acesso a eles a ocasiões e propósitos especificados em lei, o que

ADI 5090 / DF

se explica pela sua dimensão social (e não estritamente patrimonial), pela qual o constituinte pretendeu proporcionar aos trabalhadores meios de acesso facilitado a outros direitos sociais, em vez de criar uma vantagem remuneratória direta.

Entende-se que o FGTS apresenta natureza híbrida, de modo a atender os interesses do trabalhador e da sociedade, sem que o primeiro venha a ser prejudicado, mas, pelo contrário, visa garantir seu bem-estar e melhoria de sua condição social, como apoio financeiro em momentos de maior dificuldade, como a situação de desemprego. Assim, cumpre destacar a lição de Maurício Godinho Delgado (*Curso de Direito do Trabalho* , 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 1515):

O Fundo de Garantia é um instituto jurídico complexo, de caráter multidimensional. Uma de suas mais importantes dimensões senão a principal é, sem dúvida, a trabalhista, que é, inclusive, expressamente reconhecida pela Constituição (art. 7º, III, CF/88).

Grande parte de suas mais significativas características são de natureza trabalhista, sem dúvida. Contudo, nem todas elas têm essa estrita natureza: é que o FGTS tornou-se no País um dos mais importantes fundos sociais de destinação variada, com notável impacto público.

II.b - O caráter institucional do FGTS e sua função dúplice

O debate sobre o critério para correção dos saldos contrapõe duas distintas visões sobre o papel constitucional do FGTS: (a) de mera disponibilidade econômica e, portanto, limitada à propriedade individual dos saldos depositados, como sustenta o Requerente; ou (b) garantia institucional, relacionada à existência de um meio de acesso facilitado ao financiamento de bens de interesse de toda a classe trabalhadora.

O legislador buscou conciliar o interesse de cada cotista por maior rentabilidade dos depósitos com o interesse social em conferir ao FGTS um papel relevante no acesso dos trabalhadores a bens essenciais, como a moradia e saneamento básico.

ADI 5090 / DF

Ao fazê-lo, agiu de acordo com o ideal assumido pelo constituinte, ao promover a constitucionalização do FGTS (art. 7º, III, CF) com o escopo de consolidar um programa de ação social fundado na formação de um pecúlio em prol de todos os trabalhadores, cuja existência visava, desde sua criação, a favorecer o gozo de outras garantias sociais, como a habitação.

A natureza social do direito em questão, insista-se, tem uma dimensão maior do que a mera disponibilidade econômica dos numerários recolhidos pelo empregador. Caso a garantia social estivesse limitada apenas ao aspecto patrimonial, não faria sentido privar o trabalhador do acesso imediato a esses valores, por meio de ganhos salariais diretos.

A Jurisprudência da CORTE dá respaldo a essa compreensão do direito social ao FGTS como instituição carregada de dupla funcionalidade (rentabilidade e retorno social).

No julgamento do RE 226.855 (Rel. Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 31/8/2000, DJ de 13/10/2000), a CORTE debateu se a proteção constitucional ao direito adquirido (CF, art. 5º, XXXVI), seria fundamento para o pagamento de diferenças de correção oriundas dos expurgos inflacionários, desde o Plano Bresser até o Plano Collor II.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL afirmou, então, na esteira do voto do Relator, Ministro MOREIRA ALVES, que a natureza do FGTS é estatutária por decorrer da lei e por ela deve ser disciplinado. E não se confunde com as cadernetas de poupança, que têm natureza contratual.

Entendeu-se ser de rigor aplicar ao FGTS a jurisprudência pacífica do STF no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, razão pela qual a correção das contas do FGTS no mês de fevereiro de 1991 deve ser feita com base na MP 294 (convertida na Lei 8.177/1991), vigente naquela data e que alterou o critério de atualização de BTN para TR. A propósito, confirmam-se os seguintes trechos do voto do eminente Ministro Relator na ocasião:

(...) Assim, a não-atualização dos saldos das contas do FGTS pela aplicação da TR por ofender o princípio do direito

ADI 5090 / DF

adquirido desrespeita a orientação desta Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, pois a Medida Provisória nº 294 entrou em vigor no início de fevereiro de 1991, aplicando-se de imediato.

É, pois, de ser conhecido e provido o recurso extraordinário da Caixa Econômica quanto a essa atualização.

7. Em face do exposto, e resumindo, conheço do presente recurso extraordinário em parte, e nela lhe dou provimento, para afastar da condenação as atualizações dos saldos do FGTS no tocante aos Planos Bresser, Collor I (apenas quanto à atualização no mês de maio de 1990) e Collor II.

Eis a ementa do acórdão do precedente acima do Plenário desta CORTE:

EMENTA: Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS. Natureza jurídica e direito adquirido. Correções monetárias decorrentes dos planos econômicos conhecidos pela denominação Bresser, Verão, Collor I (no concernente aos meses de abril e de maio de 1990) e Collor II.

- O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária, por decorrer da Lei e por ela ser disciplinado.

- Assim, é de aplicar-se a ele a firme jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico.

- Quanto à atualização dos saldos do FGTS relativos aos Planos Verão e Collor I (este no que diz respeito ao mês de abril de 1990), não há questão de direito adquirido a ser examinada, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional.

- No tocante, porém, aos Planos Bresser, Collor I (quanto ao mês de maio de 1990) e Collor II, em que a decisão recorrida se fundou na existência de direito adquirido aos índices de correção que mandou observar, é de aplicar-se o princípio de

ADI 5090 / DF

que não há direito adquirido a regime jurídico. Recurso extraordinário conhecido em parte, e nela provido, para afastar da condenação as atualizações dos saldos do FGTS no tocante aos Planos Bresser, Collor I (apenas quanto à atualização no mês de maio de 1990) e Collor II.

Conforme assentei em outros julgamentos nessa CORTE, a natureza institucional das relações entre trabalhadores e FGTS afasta as pretensões de recomposição dos saldos bancários vinculados a esse regime por índices diversos daqueles previstos na legislação de regência. Nesse sentido, o ARE 1288550, de minha relatoria (Tribunal Pleno, julgado em 14/12/2021, DJe de 10/1/2022), em que fixada a tese de que: "*Inexiste direito adquirido à diferença de correção monetária dos saldos das contas vinculadas ao FGTS referente ao Plano Collor II (fevereiro de 1991), conforme entendimento firmado no RE 226.855, o qual não foi superado pelo julgamento do RE 611.503 (Tema 360)* .

O Superior Tribunal de Justiça julgou a matéria (RESP 1.614.874, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 11/4/2018), afirmando que *o FGTS não tem natureza contratual, na medida em que decorre de lei todo o seu disciplinamento e que a remuneração das contas vinculadas ao FGTS tem disciplina própria, ditada por lei, que estabelece a TR como forma de atualização monetária, sendo vedado, portanto, ao Poder Judiciário substituir o mencionado índice* .

E, ainda em sentido convergente, cite-se diversos posicionamentos doutrinários em trabalhos acadêmicos específicos sobre o tema aqui debatido, afirmando a natureza social e institucional do FGTS:

Passou o FGTS a representar uma contribuição de intervenção no domínio econômico, destinada a financiar o desenvolvimento econômico no setor habitacional e também a compensar o tempo de serviço trabalhado pelo empregado na empresa. Anteriormente, o fundo de indenizações trabalhistas sí servia como o próprio nome diz para pagar indenizações trabalhistas, porém não havia sua utilização para financiar o

ADI 5090 / DF

sistema financeiro habitacional. Passa também o FGTS a ter característica social, de ajudar o desenvolvimento econômico do país no campo habitacional.

A relação que se forma entre o empregado e o empregador é de emprego. Nesse ponto, o FGTS tem natureza trabalhista.

Há vínculo em o empregador e o Estado, a título de exigência da contribuição social.

Existe, ainda, a relação entre o Estado, na condição de aplicador dos recursos do FGTS, e a coletividade, na condição de usuária dos serviços.

Nota-se, por conseguinte, a dificuldade de se especificar qual a real natureza jurídica do FGTS, que é, portanto, múltipla ou híbrida, devendo ser analisada por dois ângulos, o do empregado e o do empregado. (MARTINS, Sérgio Pinto. Manual do FGTS. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2010. pag. 58-59)

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.

(...)

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

ADI 5090 / DF

para investimentos, que a lei, no caso do FGTS, impõe que sejam direcionados ao fomento de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura. (JANTALIA, Fabiano. *Fundo de Garantia do Tempo de Serviço*. São Paulo: LTr, 2008, p. 51-52)

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência inclinam-se no sentido de conceber o FGTS simplesmente como um direito social, ante a inequívoca literalidade do art. 7º da CF/88. Enquanto direito, tem reflexa uma obrigação que, caso cumprida, verte ativo, por lançamento, na conta-corrente vinculada ao trabalhador. Figurando o obreiro como titular do direito, o Estado lhe substituiria na cobrança da exação correspondente. Nessa linha, como o montante respectivo não passa pelo caixa do Estado, refugindo da função arrecadatória, denegaram alguns a natureza tributária do FGTS, v. REsp nº 898.274-SP. (CORDEIRO, André Felipe de Barros. *Reflexões sobre a natureza do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço*. Revista Dialética de Direito Tributário nº 156, set./2008, p. 7-22)

A natureza jurídica dos valores recolhidos ao FGTS, na forma pela qual foi construído, não se confunde com uma indenização por tempo de serviço nos moldes da revogada indenização por tempo de serviço, atrelada ao regime de estabilidade.

Em primeiro lugar não se trata da indenização porque o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço consiste na capitalização de valores que ultrapassam os limites de um único contrato de trabalho e, porque, em caso de rescisão por justa causa ou a pedido do empregado, os depósitos permanecem vinculados ao empregado, cujo saque apenas será autorizado nos casos previstos na legislação fundiária.

Em segundo lugar, pelo caráter compulsório das contribuições mensais, as quais são geridas por um Conselho Curador, gestão esta cujo objetivo é fomentar políticas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura, ou seja, financiar obras cuja obrigação principal é do Estado. Neste sentido, inadimplemento dos recolhimentos à conta vinculada do empregado é passível de execução fiscal aos moldes dos demais tributos, e o pagamento direto destas pelo empregador ao

ADI 5090 / DF

empregado, além de não afastar a execução, é considerado ato ilícito, na medida em que se entende fraudado o financiamento do Sistema Nacional de Habitação.

Por derradeiro, em caso de rescisão sem justa causa do contrato de trabalho, ao empregador é atribuído o encargo de proceder ao recolhimento de um valor equivalente a 40% do total dos depósitos efetuados na conta vinculada, valor este que representa uma multa pelo ato do empregador cuja finalidade é de desestimular dispensas imotivadas. (JOÃO, Paulo Sérgio. *O Direito ao Fundo de Garantia de Tempo de Serviço: desconstrução jurídica do modelo* . Revista LTr, Vol. 80, n. 1, jan./2016, p. 63-69)

II.c – Dos dados sobre a aplicação dos recursos do FGTS

Essas premissas (direito social, de natureza institucional) são fortalecidas pelas informações trazidas aos autos pela Advocacia-Geral da União e pelos *amicus curiae* CEF e BACEN, ilustrando como as operações do FGTS, mais do que mera custódia e gestão financeira dos montantes recolhidos, atuam como fonte de financiamento de ações e projetos de interesse social, em áreas como moradia, saneamento básico, saúde, acesso ao microcrédito, etc. Como já afirmado, essa atuação é inerente ao perfil institucional que o FGTS sempre apresentou, conforme prevê o art. 9º da Lei do FGTS:

Art. 9º As aplicações com recursos do FGTS serão realizadas exclusivamente segundo critérios fixados pelo Conselho Curador do FGTS e em operações que preencham os seguintes requisitos:

(...)

§ 2º Os recursos do FGTS deverão ser aplicados em habitação, saneamento básico, infraestrutura urbana, operações de microcrédito e operações de crédito destinadas às entidades hospitalares filantrópicas, às instituições que atuem com pessoas com deficiência e às entidades sem fins lucrativos que participem do SUS de forma complementar, desde que as

ADI 5090 / DF

disponibilidades financeiras sejam mantidas em volume que satisfaça as condições de liquidez e de remuneração mínima necessárias à preservação do poder aquisitivo da moeda.

§ 3º O programa de aplicações deverá destinar:

I - no mínimo, 60% (sessenta por cento) para investimentos em habitação popular; e,

II - 5% (cinco por cento) para operações de crédito destinadas às entidades hospitalares filantrópicas, bem como a instituições que atuam no campo para pessoas com deficiência, e sem fins lucrativos que participem de forma complementar do SUS.

III - no mínimo, 5% (cinco por cento) para instituições financeiras autorizadas pelo Banco Central do Brasil a operar com microcrédito.

§ 3º-A. Os recursos previstos no inciso II do § 3º deste artigo não utilizados pelas entidades hospitalares filantrópicas, bem como pelas instituições que atuam no campo para pessoas com deficiência, e sem fins lucrativos que participem de forma complementar do SUS poderão ser destinados a aplicações em habitação, em saneamento básico e em infraestrutura urbana.

§ 3º-B. Os recursos de que trata o inciso III do § 3º deste artigo terão o seu limite mínimo revisto pelo Conselho Curador a cada 3 (três) anos.

§ 3º-C. Na hipótese prevista no § 3º-B deste artigo, o montante não utilizado pelas instituições autorizadas pelo Banco Central do Brasil a operar com microcrédito poderá ser destinado a aplicações em habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana.

§ 4º Os projetos de saneamento básico e infraestrutura urbana financiados com recursos do FGTS serão, preferencialmente, complementares aos programas habitacionais.

(...)

§ 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

ADI 5090 / DF

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.

A sustentabilidade do Fundo, seja da liquidez das contas vinculadas, seja da viabilidade da sua destinação social, depende dos critérios financeiros e econômicos adotados pelo legislador.

Considerando que o critério de correção praticado permite o financiamento de ações que também favorecem o trabalhador (e toda a sociedade brasileira), não há desproporcionalidade a demonstrar uma situação de burla ou inefetividade dos direitos sociais em causa.

Como visto ainda, a partir dos já mencionados dados aportados pela AGU, o proveito final para o trabalhador, resultante do regime da Lei 8.036/1990, em sua redação vigente, é idôneo à recomposição do poder aquisitivo do montante depositado, pois, acrescido dos demais consectários previstos na norma, chega a atingir patamares condizentes com índices oficiais, como o IPCA, a depender do cenário econômico.

Isso considerando apenas o proveito monetário em favor do trabalhador, por ocasião de saque nas hipóteses legais, colocando de lado todas as demais utilidades que o FGTS proporciona. Como também demonstrado pela AGU, o financiamento com recursos do Fundo proporciona o acesso à moradia para famílias de baixa renda mediante taxas de juros inferiores aos valores de mercado (4% a.a.) ou por políticas de descontos sobre o preço de imóveis adquiridos.

Merece ser realçado que 90,56% do montante correspondente aos saldos do FGTS é investido na área da habitação, sendo que mais de 80% dos financiamentos foram concedidos a trabalhadores com renda entre 1 e 4 salários mínimos, dos quais 76,31% desses financiamentos foram concedidos a trabalhadores vinculados ao FGTS, nessa mesma faixa de renda.

O alcance social das operações financiadas pelo FGTS merece ser destacado: entre 1995 e 2023, o FGTS financiou 9.985.402 unidades

ADI 5090 / DF

habitacionais, beneficiando mais de 45 milhões de pessoas. Considerando dados atuais da carteira de investimento do FGTS, discriminada a área de aplicação favorecida, temos o seguinte:

Área de Aplicação	Saldo da Carteira	% Participação
HABITAÇÃO	R\$ 413.992.240.682	90,56%
INFRAESTRUTURA URBANA	R\$ 17.477.807.622	3,82%
SANEAMENTO BÁSICO	R\$ 23.949.421.713	5,24%
SAÚDE	R\$ 1.709.838.375	0,37%
TOTAL	R\$ 457.129.308.392	100,00%

Fonte: Memoriais da Advocacia-Geral da União, com dados do SIAPF (junho/2023)

As projeções apresentadas pela Advocacia-Pública a respeito do impacto da alteração dos critérios de correção do FGTS dão respaldo às alegações de que o escopo social do Fundo seria severamente restringido, como se depreende do trecho a seguir:

Cenários projetados que simulam alternativas para viabilização da remuneração das contas do FGTS pela poupança que impactam: 1) num período de 4 anos, um aumento de despesa para a União com recursos do OGU em cerca de R\$ 8,6 bilhões, sem, contudo, modificar a tendência de queda na rentabilidade da carteira de investimentos do FGTS; 2) aumento de até 2,75% na taxa de juros na Faixa 1 (renda bruta familiar até R\$ 2.000,00), cenário em que 234 mil famílias (48%) não teriam acesso ao financiamento em 2023; 3) redução do desconto do MCMV, cenário em que, apenas em 2023, cerca de 129 mil famílias não teriam sido beneficiadas com o valor do desconto.

O caráter social da gestão dos recursos do FGTS pode ser evidenciado ainda pelo exemplo recentemente verificado na calamidade pública decorrente das enchentes no Rio Grande do Sul. Atendendo ao apelo público pelo socorro às vítimas dessa tragédia, foram liberados R\$

ADI 5090 / DF

16,5 bilhões para o financiamento de obras de reconstrução em caráter emergencial. 411 municípios gaúchos em situação de emergência ou calamidade são favorecidos pela possibilidade de saques operacionalizados pela Caixa Econômica Federal.

Em decorrência dos desastres ocorridos no Estado, estima-se que mais de 48 mil famílias gaúchas dependerão do acesso facilitado ao financiamento habitacional nos próximos anos. Nesse cenário, a exemplo do ocorre em muitas situações de necessidade social, as condições normais de mercado não proporcionam à população mais vulnerável as disponibilidades financeiras para a retomada e reconstrução de seus projetos de vida.

Alterar os critérios de remuneração dos saldos depositados implicaria subverter uma opção legítima do legislador, na regulamentação do FGTS como instrumento de ação social do Estado brasileiro, para acentuar o aspecto da rentabilidade do FGTS em prejuízo da aplicação de recursos em áreas socialmente prioritárias, como saúde e habitação.

Mesmo considerando a possibilidade de utilização de recursos do orçamento da União para o atingimento desses mesmos objetivos, o que ocorre independentemente do funcionamento do FGTS, não há qualquer razoabilidade em desestruturar uma política pública bem sucedida e que dedica investimento de vulto para áreas que, de outra forma, teriam que competir com outras necessidades do Estado brasileiro.

Deve ser frisado a alteração do critério de remuneração das contas vinculadas ao FGTS seria relevante para uma parcela muito pequena dos trabalhadores, como já assinalado. Por outro lado, os principais beneficiários da gestão do Fundo são os próprios trabalhadores. 80,26% dos financiamentos habitacionais realizados com recursos do FGTS foram concedidos a pessoas com renda de até 4 salários mínimos, dos quais 75,79% são trabalhadores com recursos aportados no próprio Fundo.

II.d – Da inaplicabilidade dos precedentes da CORTE a respeito da TR

ADI 5090 / DF

Por fim, cabe anotar que essa mesma natureza institucional ou estatutária do FGTS não permitiria, como defendido pelo Requerente, a aplicação do entendimento adotado pela CORTE em relação a créditos trabalhistas e créditos contra a Fazenda Pública.

O julgamento que tratou da inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494/1997 (redação da Lei 11.960/2009, editada com fundamento no art. 100, § 12, da CF, na redação da EC 62/2009) estabeleceu que a opção do legislador pela correção dos débitos da Fazenda Pública pela Taxa Referencial das cadernetas de poupança, TR, violava o direito fundamental de propriedade dos titulares desses créditos, solução também aplicada no exame da correção de créditos trabalhistas.

Há que se fazer a seguinte distinção.

Os créditos liquidados em desfavor da Fazenda Pública representam, no mais das vezes, lesões a direitos perpetrados pela Administração há muito tempo, mesmo décadas. De modo semelhante, a execução de créditos trabalhistas também corresponde a uma parcela do patrimônio indevidamente retirado da disponibilidade de seu titular.

Nesses casos, o jurisdicionado: (a) foi indevidamente lesado pelo Poder Público (ou pelo empregador) e suportou um desfalque patrimonial; (b) teve o ônus de buscar socorro no Poder Judiciário, com custos adicionais; (c) mesmo vitorioso, teve que executar o valor devido pela sistemática de precatórios (no caso de créditos contra a Fazenda).

Foi nesse cenário que a CORTE concluiu pela inconstitucionalidade da correção de créditos pela TR, entendido que esse índice, por si só, não recompõe de forma integral o patrimônio desfalcado.

Essa premissa não adere à discussão presente, pois no recolhimento de valores pelo empregador em conta vinculada ao FGTS não se tem uma conduta ilícita que priva o trabalhador de um direito já adquirido e aperfeiçoado (de um numerário que, de outra forma, teria plena disponibilidade).

O recurso foi recolhido em seu favor, por determinação constitucional, e na forma da lei, para subsidiar indenização futura, além

ADI 5090 / DF

de outras finalidades sociais atribuídas pelo legislador ao Fundo, que, como visto, também favorecem o trabalhador.

Não há mora ou comportamento ilícito por parte do empregador, que recolhe regularmente os valores devidos, ou da Caixa Econômica Federal, que administra esses recursos de forma legalmente vinculada.

O direito do trabalhador à disponibilidade financeira surge apenas com o implemento das condições previstas na legislação de regência, na forma e extensão ali definidos. Não há uma relação credor/devedor, mas relação jurídica complexa que extrapola o mero depósito e custódia dos saldos de cada trabalhador vinculado. Nesse sentido:

O afastamento da natureza salarial do FGTS, relativamente à obrigação do empregador/tomador, ganha contornos mais expressivos quando se tem presente que aqui o sujeito competente e ativamente capaz é a União, que constitui, cobra e executa seus créditos. Além da competência e capacidade, a União é quem titulariza o direito inserto na relação jurídico-tributária. Significa que o crédito tributário não pertence ao trabalhador; este apenas é, socorrendo-nos das palavras de Misabel Derzì, "partícipe"; "para ele a administração do tributo é res inter alios". Em verdade, o obreiro sequer se apresenta como destinatário das exações fiscais, papel esse reservado ao Fundo. O trabalhador passa a titularizar direito concreto a receber o montante relativo ao FGTS (em face do Fundo) tão-somente quando presentes duas condições: a) que haja disponibilidade pecuniária na conta; b) que se perfaça ao menos um dos requisitos legais que autorizam o saque .(...)

Existem, por conseguinte, na fenomenologia do FGTS, três relações jurídicas distintas: a) a relação jurídico-tributária, travada entre a União e o tomador de serviço; b) a relação jurídica de matiz financeiro, travada entre a União e o Fundo; e, por fim, c) a relação jurídica estatutária e social, que tem de um lado o trabalhador e, do outro, o Fundo, administrado pela CEF.

(CORDEIRO, André Felipe de Barros. Reflexões sobre a

ADI 5090 / DF

natureza do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço . Revista Dialética de Direito Tributário nº 156, set./2008, p. 7-22)

Dessa forma, não há óbice constitucional a que a remuneração dos saldos de depósitos vinculados ao FGTS ocorra pelo critério adotado pelo legislador.

III – Modulação de Efeitos

Caso a CORTE conclua no sentido indicado pelo Ministro Relator, estabelecendo uma vinculação entre a remuneração dos depósitos vinculados ao FGTS e a remuneração da poupança, será necessário enfrentar as consequências diretas desse entendimento sobre a própria sustentabilidade do Fundo e das ações por ele financiadas, como já assinalado neste voto e reconhecido pelo Ministro Relator, que admite a modulação de efeitos com fundamento no art. 27 da Lei 9.868/1999.

Considerando que a vinculação aos índices da poupança impõe condições contratuais radicalmente novas, é imperativo que a eficácia do julgamento seja prospectiva, aplicada apenas a novos depósitos. Caso contrário, a Caixa Econômica Federal, que não teria mecanismos para repassar o novo encargo às operações financeiras já contratadas, teria de assumir integralmente o ônus decorrente da nova regra de remuneração dos depósitos.

Além disso, as mesmas razões depõem contra qualquer intervenção imediata sobre as dinâmicas contratuais e financeiras que regem o FGTS, no que se inclui as decisões do Conselho Gestor a respeito da conveniência e viabilidade de distribuição de resultados.

Conforme dados apresentados pela Advocacia-Geral da União, mesmo com a modulação proposta pelo Ministro Relator, a aplicação do novo critério de remuneração, acompanhado da obrigatoriedade de distribuição de todos os resultados nos próximos anos, acarretaria uma despesa da ordem de R\$ 19,9 bilhões nos próximos 6 anos, além do aumento das taxas de juros praticadas nas operações financeiras vinculadas ao FGTS (entre 4,33 %, para a faixa 1, e 3,84, para a faixa 3). E isso virá associada à inviabilização de mais de 680 mil habitações que

ADI 5090 / DF

deixariam de ser financiadas e 2,7 milhões de empregos que deixariam de ser criados, em prejuízo de vários indicadores sociais vinculados à renda, emprego e moradia.

Ainda que se tratasse de alterar a dinâmica econômica e financeira dessas operações, seria o caso de, por prudência e reconhecimento das capacidades institucionais das autoridades e órgãos envolvidos, contemplar as soluções construídas negocialmente entre Governo e centrais sindicais, conforme noticiado pela Advocacia-Geral da União, no sentido da manutenção dos critérios legais em vigor, com a garantia de que a remuneração das contas do FGTS não sejam remuneradas abaixo da inflação registrada pelo IPCA, sob pena de estipulação, pelo Conselho Curador do FGTS, de mecanismos de compensação.

Por esse motivo, caso vencido em relação à discussão de fundo, ACOMPANHO PARCIALMENTE o Ministro Relator em relação à proposta de modulação de efeitos, apenas para atribuir eficácia prospectiva ao presente julgamento, excluída a determinação pela distribuição obrigatória de resultados auferidos pelo FGTS.

IV - Conclusão

Em vista do exposto, NÃO CONHEÇO da presente Ação Direta, por reconhecer que o conjunto normativo impugnado sofreu substancial alteração após o ajuizamento e instrução da ação.

Caso o Plenário supere a questão preliminar, JULGO IMPROCEDENTE a Ação, para declarar a constitucionalidade do art. 13, caput, da Lei 8.036/1990, e do art. 17 da Lei 8.177/1991.

É o voto.

12/06/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, cumprimento Vossa Excelência, os eminentes Pares, a Ministra Cármen Lúcia, os eminentes Pares que votaram nesta sessão, a partir do voto de Sua Excelência o Ministro Cristiano Zanin, Senhor Procurador-Geral da República, advogadas e advogados aqui presentes e todos os servidores desta Casa, bem como os representantes da comunidade indígena aqui presentes.

Senhor Presidente, eu já houvera manifestado, ainda que agora vou reiterar, a adesão ao voto que Vossa Excelência já houvera proferido. Nada obstante, antes de fazer isso, gostaria de sublinhar duas coisas.

A primeira é a riqueza dos dados aportados por todos os interessados, que, de fato, ilumina este debate. Não se pode, obviamente, deliberar qualquer matéria sem que se dê eco à afirmação aqui hoje feita de que certamente é preciso cuidar das finanças, especialmente das finanças públicas. Contudo, também é preciso cuidar das garantias funcionais das finanças dos trabalhadores. De fato, o cuidado com as finanças está na base da compreensão deste tema à luz da Constituição.

A declaração de voto que trago enaltece, portanto, essa importante contribuição, nomeadamente pelo papel da Advocacia-Geral da União e de tantos entes legitimamente interessados nesta matéria.

A segunda observação que faço, nada obstante estará também na declaração de voto que irei juntar, diz respeito à tentativa de localizar nos votos o que temos em comum e onde está a divergência. Creio que talvez até tenhamos alguma divergência naquilo que localizamos cada um que seja a divergência.

Nada obstante, é possível divisar, o que creio não haver dissonância, no sentido de reconhecer que o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço corporifica um direito social fundamental do trabalhador, expressamente inserido na Constituição. Nenhum dos votos dissentiu disso. Nenhum dos votos, pelo menos até onde compreendi. Também não dissentiram os

ADI 5090 / DF

votos proferidos a partir de Vossa Excelência, como Relator, que a política distributivista que se dá com investimentos essenciais e importantes em habitação e saneamento é uma política essencial, é uma política de importância inegável, que realiza um objetivo público meritório a todos os títulos.

Começamos a encontrar dissonâncias na configuração jurídica desse direito social fundamental, na medida em que, a partir do voto de Vossa Excelência, Presidente, identificamos uma certa caracterização de poupança, digamos, compulsória, dos saldos do Fundo de Garantia. Começamos a ver aí, como decorrência da máxima eficácia possível desse direito social fundamental, a necessidade de uma remuneração adequada. Evidentemente, é possível encontrar, digamos assim, em uma mesma balança, a necessidade da política pública de habitação e de saneamento valendo-se desses recursos e, de outro, os valores depositados e os saldos atinentes ao Fundo de Garantia.

Por isso, o debate que se trava é saber se a atual remuneração, na lei impugnada na inicial, é ou não adequada à configuração constitucional desse direito social fundamental. E, portanto, se, ao se adequar essa remuneração, este Tribunal estará ou não desbordando dos limites de suas funções, para fixar o índice adequado a que essa remuneração se dê.

Parece-me que este Tribunal, em outras oportunidades - recordo-me aqui, pelo menos de memória, do julgamento, que ainda tenho presente, da ADC 58, em que debatemos a questão atinente aos depósitos judiciais e sua respectiva correção -, portanto, este Tribunal já compareceu em alguns precedentes para dizer qual é a forma adequada, à luz do regramento da legalidade constitucional, de fazer a manutenção, a preservação, do poder aquisitivo da moeda. É disto que se trata aqui: fazer a preservação do poder aquisitivo da moeda desses depósitos, cujos saldos - dê-se o nome que se dê - seja propriedade *lato sensu*, *stricto sensu*, seja uma titularidade atípica, mas, evidentemente, são de titularidade do trabalhador.

A decisão aqui, portanto, é legítima para que seja tomada. O Tribunal, no meu modo de ver, pode avançar para isso e, ao fazê-lo,

ADI 5090 / DF

encontra-se diante, sim, de uma encruzilhada, considerando-se a essencialidade dessa política pública de investimento em habitação e saneamento - entre outros, mas especialmente essas duas vertentes, poderá fazê-lo não realizando a remuneração adequada dos saldos desse Fundo atinentes aos trabalhadores?

Entre esses dois pesos da balança, se tivermos que optar, e por que temos que optar? Ministro Alexandre acabou de dizer sobre as fontes de financiamento. Quiçá, deveríamos ter uma multiplicidade de fontes de financiamento, mas tendo esses recursos haverá um determinado sacrifício. Para o trabalhador é uma espécie - acho que já se usou essa expressão aqui, se não na sessão de hoje, na anterior - de custo de oportunidade, porque o depósito do Fundo de Garantia para o trabalhador não é uma opção, é um depósito que se dá compulsoriamente, nada obstante se dá à conta do trabalhador, à titularidade do trabalhador.

Com toda vênua aos argumentos relevantes, especialmente contidos no voto que traz a divergência, na sessão de hoje, esses depósitos, esses saldos, em meu modo de ver, devem ser adequadamente corrigidos. Não me parece que seja possível cometer esta grave injustiça com os saldos que estão nas contas dos trabalhadores brasileiros.

A mensuração de classes dos quantitativos dos depósitos em caderneta de poupança é um argumento efetivamente relevante. Nada obstante, relevante também é considerar macroscopicamente a posição do trabalhador brasileiro, seja ele de que estamento social efetivamente se encontre, seja qual for o quantitativo em que esse saldo aí se encontra.

Por isso, Senhor Presidente, o meu voto, como disse, homenageia a contribuição de inúmeros cálculos e são bem-vindos. É possível e até necessário considerar o impacto das decisões, nada obstante, a consequência não deve ser necessariamente uma premissa da decisão. Ela deve iluminar a decisão para que se faça uma determinada opção, mas não pode ela condicionar a decisão, até porque, em matérias como essas, muitas vezes, os cálculos vêm, de certo modo, abundantes, para expressar a realidade e, outras vezes, também para causar a devida impressão no

ADI 5090 / DF

leitor.

Homenageando essa ordem de ideias e homenageando a divergência, Senhor Presidente, estou reiterando que acompanho Vossa Excelência, como também acompanho no que diz respeito aos efeitos da decisão.

Vossa Excelência está atento a questões de segurança jurídica e previsibilidade. Por isso, essa ideia de aplicação pró-futuro, portanto, para o futuro, creio, presta essa devida homenagem.

Com essas singelas observações, estou acompanhando integralmente Vossa Excelência, para julgar parcialmente procedente o pedido, a fim de declarar que viola a Constituição a remuneração das contas do FGTS em patamares inferiores ao da poupança e estabelecer que os efeitos da presente decisão se produzirão prospectivamente, nos exatos termos do voto condutor.

Acabo, portanto, de também rezar minha missa fiel ao credo que sempre professei.

Muito obrigado, Presidente!

12/06/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. FLÁVIO DINO**
REQTE.(S) : **SOLIDARIEDADE**
ADV.(A/S) : **TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **ALYSSON SOUSA MOURAO**
ADV.(A/S) : **MARCELO MONTALVAO MACHADO**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
AM. CURIAE. : **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF**
ADV.(A/S) : **JAILTON ZANON DA SILVEIRA E OUTRO(A/S)**
AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
AM. CURIAE. : **BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE ALIMENTAÇÃO E AFINS**
ADV.(A/S) : **SID HARTA RIEDEL DE FIGUEIREDO**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL e CNTSS/CUT**
ADV.(A/S) : **RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO**
ADV.(A/S) : **RODRIGO CAMARGO BARBOSA**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Acolho o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Roberto Barroso.

ADI 5090 / DF

Apenas para elucidar as premissas que conduziram as minhas conclusões na matéria, permito-me consignar tratar-se de ação direta de inconstitucionalidade por meio da qual o Partido Solidariedade se insurge contra trecho do artigo 13, caput, da Lei 8.036/90 e artigo 17, caput, da Lei 8.177/1991.

As normas em questão preveem a correção dos depósitos nas contas vinculadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) pela Taxa Referencial (TR).

Em síntese, o Partido requerente aduz que essas normas violam o artigo 5º, inciso XXII (direito de propriedade), o artigo 7º, inciso III (direito ao FGTS) e o artigo 37, caput (princípio da moralidade administrativa) da Constituição da República. Sustenta que os valores depositados nas contas vinculadas ao FGTS são bens dos trabalhadores e que a aplicação da TR para correção desses valores reduz seu valor real, resultando em enriquecimento ilícito para a Caixa Econômica Federal.

O Ministro Roberto Barroso, relator do feito, proferiu substantivo voto julgando parcialmente procedente a demanda, a fim de declarar que viola a Constituição a remuneração das contas do FGTS em patamares inferiores aos da poupança.

Foi afastada a alegação de perda de objeto pela superveniência da Lei 13.446/2017, alterada pela Lei 13.939/2019, que autorizou a distribuição de lucro líquido auferido pelo Fundo aos cotistas, eis que tais alterações não interferem na rentabilidade passada e tampouco constituem garantia quanto à rentabilidade futura.

As conclusões que levaram sua Excelência a esta decisão estão ancoradas nas seguintes premissas, das quais compartilho:

1. O FGTS é um direito social do trabalhador previsto expressamente no art. 7º, III, CF), destinado, “à melhoria de sua condição social” (art. 7º, caput, CF).

2. Os valores recolhidos a este título integram seu patrimônio, na forma de uma poupança compulsória, destinada a assegurar sua

ADI 5090 / DF

manutenção em caso de cessação de vínculo de emprego.

Essas são as características e as finalidades constitucionais do FGTS.

3. *“O alegado caráter multifuncional do Fundo – relacionado à destinação dos seus recursos para o financiamento de projetos do interesse de toda a sociedade – não integra a conformação a sua constitucional. É a lei que deve se adequar à Constituição de 1988, e não o inverso. A utilização dos recursos em políticas públicas é bem-vinda, desde que não restrinja os direitos constitucionais dos trabalhadores ou interfira sobre a finalidade constitucional do benefício.”*

4. A Constituição não impõe um dever genérico de indexação da economia como forma de proteção ao direito de propriedade. Há mais de uma forma constitucionalmente legítima de enfrentar o fenômeno inflacionário.

5. Em aplicações financeiras como o FGTS é lícito lidar com risco inflacionário por meio de correção monetária ou por previsão de remuneração razoável do capital. Essa remuneração deve ser proporcional aos riscos de liquidez. Como o FGTS se assemelha a poupança forçada, com níveis de segurança semelhantes e liquidez inferior, essa remuneração deve se dar ao menos pelo mesmo índice da caderneta de poupança.

6. Sobre as demais finalidades do FGTS, não há como se impor o custo de uma política pública de interesse geral exclusivamente aos trabalhadores, grupo composto por estratos mais vulneráveis.

O Ministro relator atribuiu efeitos *ex nunc*, por razões de segurança jurídica, tendo em vista que as normas impugnadas, em vigor há mais de 30 anos, tiveram sua validade confirmada pelo STJ em sede de recurso especial repetitivo em 2018 e que o STF já reconheceu ausência de repercussão geral ao tema, o que teria levado a uma percepção de estabilidade desse quadro normativo.

Posteriormente, em sessão realizada no ano passado, houve reajuste do voto no que diz respeito à modulação de efeitos.

Adianto que, no mérito, estou acompanhando o voto reajustado de Sua Excelência em sessão pretérita, tanto no que diz respeito à preliminar

ADI 5090 / DF

de prejuízo, quanto ao mérito e à modulação, ratificando as premissas esposadas, especialmente no que diz respeito à vertente constitucional de que se reveste o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

É verdade que este Tribunal vem reconhecendo que a TR, ou seja, a taxa referencial, não serve para preservação do valor real das aplicações financeiras, por violar o direito constitucional à propriedade.

Com efeito, este Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do uso da TR como índice de atualização dos débitos trabalhistas, dos depósitos judiciais, das condenações judiciais da Fazenda Pública e dos precatórios.

A TR, como sabemos, foi criada durante os anos de hiperinflação e foi utilizada como medida de desindexação da economia, a fim de remunerar os custos de captação dos depósitos à vista. A partir do momento em que a inflação se estabiliza e a taxa de juros oficial acaba por refletir tanto a correção monetária como o valor do dinheiro, que também já foi reconhecido por este Tribunal, a TR deixa de cumprir sua função de desindexação e sua manutenção acaba por servir apenas à retribuição a menor de valores depositados à vista.

Não por acaso, para o agente econômico racional, qualquer aplicação financeira que tenha um rendimento menor do que a taxa de juros oficial deixa de fazer sentido. Isso não significa, porém, que ela seja ilegal.

Há diversos índices que, livremente pactuados pelas partes, refletem a correção monetária dos depósitos. Em virtude de uma maior liquidez, por exemplo, seria possível ao investidor optar por um índice menor, porque o desconto em relação à taxa de juros oficial serviria para remunerar outros valores. Mas essa opção só ocorre no mercado livre.

No caso do FGTS a União e alguns dos *amici curiae* sustentam que a baixa remuneração das contas decorreria do caráter social inerente à aplicação dos recursos do Fundo.

Os recursos recolhidos pelo Fundo são, por lei, destinados aos investimentos realizados em saneamento básico, infraestrutura e à moradia popular, subsidiando juros mais baixos, que existem para o financiamento do crédito imobiliário.

ADI 5090 / DF

O caráter multifacetado do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço foi muito bem explorado pelos Patronos que ocuparam a Tribuna ao início desse julgamento. A inegável dimensão social decorrente de seu atrelamento à política habitacional já se fazia presente no regramento que lhe conferia o Decreto 5.107 de 1966.

O valor efetivamente empregado no financiamento dessas políticas públicas, contudo, até o início do julgamento, não ficara nítidos dos documentos juntados aos autos. A estimativa de dano potencial indicado pela Advocacia Geral da União, outrossim, depende da concretização de índices financeiros que são atualmente objeto de estimativas. Conforme dados trazidos ao feito pela AGU e bem explicitados no ajuste de voto promovido pelo Ministro Relator, diante da distribuição de lucros atualmente operada, os saldos das contas de FGTS foram remunerados de maneira global, até 2021, em patamar ao menos equivalente ao da poupança.

O que, por outro lado, ficou nítido no presente caso, é a natureza de poupança. O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, objeto da presente ação direta, ostenta atributos muito próximos aos de uma poupança forçada ou compulsória. Uma poupança que sequer pode ser livremente sacada.

Dada essa pouca liquidez, seria de se imaginar que os poupadores, que são, na verdade, trabalhadores, têm algum benefício em troca, algo que possa compensar o custo de oportunidade de não se ter optado por outra sorte de investimentos. E a razão para isso, como se argumentou, é social.

O problema, porém, é que esses custos são suportados justamente pelos trabalhadores, que, como se sabe, são a parte mais frágil da relação econômica. Uma política distributiva que retire recursos dos trabalhadores para alocar em políticas públicas essenciais, apesar da relevante alegação de prejuízo futuro potencial, não é compatível com o direito à igualdade e com a proteção constitucional ao direito do trabalhador.

O que está evidenciado, portanto é a existência de um fundamento

ADI 5090 / DF

normativo-constitucional a sustentar esta posição pela impossibilidade de o FGTS ser remunerado apenas pela forma atual: o FGTS é direito fundamental social dos trabalhadores previsto no artigo 7º, III da Constituição.

Deve, portanto, ser tratado de modo a ter remuneração, **no mínimo**, igual à remuneração do investimento que, por natureza, mais dele se aproxima - a poupança, como bem elucidado nas razões do voto do Relator.

Isso significa tratar uma escolha da Constituição - a de definir o FGTS como direito fundamental social do trabalhador - com a gravidade que uma norma de direito fundamental exige, ou seja, dando-lhe a maior eficácia possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Tem-se, portanto, possibilidade jurídica para corrigir esse modo de remunerar o FGTS equacionando um tratamento desigual. Há também possibilidade fática, porque o uso do FGTS se consubstancia em escolha político-econômica de alocação de recursos. Corrigir, pois, a atual forma de *remuneração* do FGTS é um imperativo constitucional.

Não se olvida da relevância dos argumentos de consequência apresentados pela Advocacia Geral da União no que diz respeito à atribuição de remuneração das contas do FGTS pelos índices da poupança. A remuneração de contas discutida pode vir a ter impacto sobre as formas e valores de financiamento do direito à moradia e ao saneamento, que se valem dos recursos do FGTS por disposição legal.

Mas esse argumento só é válido ao se pensar o financiamento dessas relevantes políticas públicas com base exclusiva nos recursos do FGTS. Não é esse caso.

Ainda que assim o fosse, é então dever do Estado promover a correção das políticas públicas de financiamento de moradia e saneamento para que, ao realizar justiça social na implementação desses direitos fundamentais, não cometa grave injustiça contra direito igualmente fundamental dos trabalhadores.

Por essas razões, acompanho minudente voto trazido pelo Ministro Relator que bem equaciona todos os aspectos que ora tangencio.

ADI 5090 / DF

No que diz respeito aos efeitos da decisão, atento aos argumentos de segurança jurídica e previsibilidade muito bem equacionados por Sua Excelência para fundamentar a proposta de modulação, também o acompanho quanto ao ponto.

Com essas breves considerações, senhor Presidente, acompanho integralmente Vossa Excelência para (i) julgar **parcialmente procedente** o pedido, a fim de declarar que viola a Constituição a remuneração das contas do FGTS em patamares inferiores aos da poupança; (ii) **estabelecer** que os efeitos da presente decisão se produzirão prospectivamente, nos exatos termos do voto condutor.

É como voto.

12/06/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Obrigada, Presidente! Peço desculpas a todos, especialmente aos Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, que me antecederiam neste voto. Serei brevíssima.

Cumprimento Vossa Excelência, a todos os Senhores Ministros, o Senhor Procurador-Geral da República, Doutor Paulo Gonet, os Senhores Advogados presentes. Faço o cumprimento de todos na pessoa do Ministro Jorge Messias, Senhores Advogados, servidores, todos que nos acompanham.

Senhor Presidente, estudei o caso sob a luz de tudo o que foi dito nos votos que me antecederam, a partir do voto de Vossa Excelência, exarado na sessão inicial. Essa é questão realmente grave, porque afeta a vida dos trabalhadores e a todos aqueles que têm possibilidade de ter acesso à habitação.

Entretanto, Presidente, a despeito de todos os argumentos expendidos por Vossa Excelência, peço vênias a Vossa Excelência, aos Ministros André Mendonça, Nunes Marques e Fachin, cujos argumentos, como sempre, fizeram-me refletir mais uma vez sobre o tema.

Todos estão empenhados em garantir não apenas a estrutura e a manutenção do Fundo, mas a função social a que ele se destina, basicamente à habitação e à daqueles que mais precisam. Tenho para mim que os dados carreados aos autos, especialmente pela Advocacia-Geral da União, levam-me a votar no sentido de acompanhar o voto, parcialmente divergente, do Ministro Flávio Dino, que também dá parcial procedência à ação, que não inaugura para nós do Supremo algo inédito, proposto a partir de dados extraídos da nossa convicção, mas traz fundamentos

ADI 5090 / DF

garantidores tanto dos direitos dos trabalhadores quanto dos direitos daqueles que têm acesso à habitação e precisam do sistema, pela natureza do sistema e da atribuição constitucional dessa jurisdição, que encontra, nessa base, nesses números expressos, nas propostas apresentadas, incluídas as dos trabalhadores, a adesão para que tenhamos melhor interpretação da Constituição.

Por essa razão, Senhor Presidente, voto no sentido de dar parcial procedência, tal como formulado pelo Ministro Flávio Dino em seu voto.

Mais uma vez agradeço a deferência de Vossa Excelência.

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF.

12/06/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Queria cumprimentar Vossa Excelência, não só pela Presidência mas também pelo voto que trouxe, Sua Excelência a Procuradora-Geral da República. Cumprimento nossos Colegas, de mesma hierarquia. Não há Decano na sala, não há Decana na sala, então quero saudar todos os Colegas.

Senhor Presidente, verifiquei que aqui todos estão com a razão, conforme destacou o Ministro Fachin. As preocupações são absolutamente homogêneas, no sentido de que é um direito fundamental do trabalhador e, ao mesmo tempo, há um aspecto reflexo, porque as disposições do Fundo estão intimamente vinculadas com contratos financiados com esses valores do Fundo. Qualquer impacto econômico no Fundo vai automaticamente gerar um impacto econômico, digamos assim, na classe menos favorecida, que é aquela que se vale dos financiamentos para casa própria.

Não há, então, nenhuma divergência sobre a natureza desse direito fundamental; não há nenhuma outra divergência em relação à necessidade de se remunerar adequadamente esse Fundo.

Aqui também houve um debate colateral sobre a necessidade de governabilidade, questões tributárias. Eu até ia sugerir que, se a preocupação for muito grande, há que se excluir um capítulo da Constituição, que são as limitações constitucionais do poder tributário. Há que tirar isso e estabelecer uma regra na Constituição de que o Supremo Tribunal Federal não pode julgar inconstitucional uma lei tributária. Isso resolve a questão dessa sanha pelo Estado Fiscal quando se desconsidera que o contribuinte hoje não é mais um objeto de tributação, ele é sujeito de direitos.

Se as empresas quebrarem por causa da tributação, evidentemente que não há mercado de trabalho, não há rendimento para tributar, não há

ADI 5090 / DF

folha de salário, não há imposto de renda retido na fonte e assim por diante.

Por outro lado, verifico aqui, Senhor Presidente, não só esse consequencialismo, mas a necessidade de se garantir essa administração complexa do Fundo de Garantia com as suas repercussões. Sobre esse aspecto, não podemos ser mais realistas do que o rei. O governo chega na tribuna do Supremo e esclarece o que já era do meu voto originário: o IPCA é mais adequado do que o índice de Poupança.

Quando pensamos em Fundo de Garantia, esquecemos em que momento ele é sacado. Só se saca o Fundo de Garantia no momento em que há a rescisão do contrato de trabalho, nos casos de calamidade pública, enfim, naqueles casos previstos em lei. Para que é essa verba do FGTS? Para que o trabalhador tenha poder de compra, poder de aquisição de bens fundamentais necessários à vida. Qual índice mede isso? O IPCA.

Eu já trouxera esse IPCA na minha manifestação, que não tive a oportunidade de expor porque acho que o julgamento foi interrompido por um pedido de vista, alguma coisa nesse sentido - Vossa Excelência não estava aqui ainda. Mas eu já havia trazido o IPCA, pelos cálculos que pedi aos órgãos técnicos competentes para fazer.

De sorte que, garantindo a governabilidade e protegendo o direito fundamental do trabalhador, entendo que a proposta da União é irrecusável. E, se assim o é e conspira em prol de todos esses valores constitucionais relevantes - do Estado, do direito fundamental do trabalhador -, em certo modo, utilizando uma expressão do Ministro Fachin, a lei não é totalmente adequada, com a devida vênias das opiniões já aqui esposadas.

Por essas razões e por tudo que aqui já foi dito - tenho um voto narrando o surgimento do Fundo de Garantia, mas o Ministro Dino e o Ministro Zanin já expuseram à saciedade -, na minha disposição final, estou julgando parcialmente procedente o pedido, no afã de interpretar conforme a Constituição, adotando a solução trazida pela União e, *a fortiori*, encampada por alguns integrantes aqui do Colegiado.

Usando, digamos assim, uma dicção de Vossa Excelência na tese, eu

ADI 5090 / DF

só mudaria:

A remuneração do Depósito Fundo de Garantia por Tempo de Serviço não pode ser inferior ao IPCA, sob pena de ofensa ao direito constitucional do trabalhador.

Eu ficaria com essa tese, Presidente. Tivemos uma juventude e uma maturidade para concordarmos com muita coisa. Agora, temos crédito para discordamos um pouquinho aqui.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Veja, a posição proposta pela Advocacia-Geral da União, esposada pelo Ministro Flávio Dino, já é uma alteração relevante no quadro injusto que eu achava que existia. Pode não ter chegado até o ponto que eu achava ideal, mas, verdade seja dita, já é uma melhora substancial. É um fato.

12/06/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. FLÁVIO DINO**
REQTE.(S) : **SOLIDARIEDADE**
ADV.(A/S) : **TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **ALYSSON SOUSA MOURAO**
ADV.(A/S) : **MARCELO MONTALVAO MACHADO**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
AM. CURIAE. : **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF**
ADV.(A/S) : **JAILTON ZANON DA SILVEIRA E OUTRO(A/S)**
AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
AM. CURIAE. : **BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE ALIMENTAÇÃO E AFINS**
ADV.(A/S) : **SID HARTA RIEDEL DE FIGUEIREDO**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL e CNTSS/CUT**
ADV.(A/S) : **RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO**
ADV.(A/S) : **RODRIGO CAMARGO BARBOSA**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Presidente, cumprimento os eminentes Colegas na pessoa do nosso Decano, o Ministro **Gilmar Mendes**, o Senhor Procurador-Geral da

ADI 5090 / DF

República, o Senhor Advogado-Geral da União, os senhores e as senhoras advogados e advogadas, as servidoras, os servidores, a imprensa e todos que nos acompanham.

Senhor Presidente, aqui é uma discussão sobre índice de correção monetária. Eu só queria aqui fazer um registro. Penso ser necessário para a história lembrar da criação da correção monetária.

Quando surge a época inflacionária, a partir do início da década de 1960, embora existissem leis específicas para alguns atos jurídicos de correção monetária, foi a idealização do único vivo ainda, Professor Arnoldo Wald, jurista extraordinário, que tanto contribuiu para a evolução das instituições jurídicas em nosso país. Então, eu gostaria de fazer aqui um registro. Junto a Santiago Dantas e junto a Otávio Bulhões, ainda no governo João Goulart, eles começaram a pensar um método para que a moeda não perdesse o seu valor corrente. Não há dúvida de que isso teve uma função social, num país de desigualdade, de extrema importância. Do trabalho realizado por ele, surgiu, em 1964, no dia 16 de julho, a Lei nº 4.357, que, em seu art. 79, estabeleceu que haveria uma correção monetária para manter o valor de aquisição da moeda.

Então, não há dúvida de que, na linha do voto que Vossa Excelência traz – e com o qual todos nós concordamos –, a remuneração do trabalhador há de corresponder à sua capacidade de aquisição.

Por outro lado, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço teve como pais o Roberto Campos, avô do atual presidente do Banco Central, Nascimento e Silva e Otávio Bulhões, isso já em 1966, com a lei de 13 de setembro daquele ano, a Lei nº 5.107.

Questiona-se, então, qual foi a razão fática necessária da criação dessa lei. O país, o Brasil, até meados da década de 50, era um país eminentemente agrário. As pessoas moravam na roça, não era um país urbano. A partir da industrialização, que se iniciou no pós-Segunda Guerra, especialmente a partir de 1950, houve o chamado êxodo rural. Todos nós estudamos nos livros de história, no ginásio, o chamado êxodo rural, que fez com que a grande população rural, que na década de 40 era 75% na zona rural, apenas 25% na zona urbana, virasse esse jogo na

ADI 5090 / DF

década de 60.

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço surge, então, para financiar a infraestrutura e a habitação e, para além disso, para criar uma poupança interna.

O Brasil, até hoje, carece de poupança interna. Só é possível receber investimentos internacionais e fazer investimentos internos com poupança. Sem dinheiro poupado, não há como fazer investimentos. Até hoje, o Brasil carece de um nível de poupança relativo ao seu PIB, comparativamente a outros países. Naquela época, muito mais, porque as pessoas sequer tinham conta bancária. Como é que se poupava? Não havia como haver poupança popular, e é ela que traz a massificação da poupança em todos os países.

Vejam: da inteligência de Roberto Campos, surge a ideia de uma poupança compulsória do trabalhador, mas é uma poupança compulsória do trabalhador paga pelo empregador. Todavia, o recurso é do trabalhador.

Como lembraram, aqui, os eminentes Colegas, eu estava ouvindo pela TV e, depois, pelo rádio, os votos de todos, o Ministro **Flávio Dino** lembrou, o Ministro **Alexandre de Moraes** também, mais especificamente, do precedente do Moreira Alves, que o regime é estatutário. Essa é uma poupança compulsória, do trabalhador, paga pelo empregador para financiar o Sistema Nacional de Habitação.

Ao se fazer esse financiamento, este é voltado às populações de baixa renda. Então, é um financiamento subsidiado. Daí que a sua remuneração também tem um **déficit** comparativamente com outros tipos de regime de poupança em que eles não são estatutários. Eles são de livre disposição das pessoas. Aqui, neste caso, todos nós sabemos, o FGTS não é de livre disposição das pessoas que o têm. Há uma série de normativas, há uma série de regras que foram, ao longo da história, sendo estabelecidas.

Então, a razão de ser do FGTS é o financiamento do próprio trabalhador. Isso aqui já foi dito por vários Colegas, e ao se estabelecer um custo maior, esse custo, do ponto de vista de investimento, vai ter um

ADI 5090 / DF

custo maior. Além disso, quem acaba por pagar esse custo, como os Colegas já mencionaram em votos anteriores, é o próprio trabalhador, que é o beneficiário. Qual trabalhador? É aquele que tem contas altas no Fundo de Garantia? Não. Esse já tem a sua casa, esse já tem as condições de vida estabelecidas, porque tem como dar garantia.

O trabalhador não tem como dar uma garantia. Se ele for num banco privado normal, ele vai ter que se sujeitar a taxas de juros extremamente terríveis, porque ele não tem patrimônio para estabelecer uma condição de acesso ao financiamento. Esse financiamento popular é a função social do Fundo de Garantia que foi criado exatamente para ser um fundo de infraestrutura urbana naquele êxodo rural em que se formavam favelas nas grandes cidades do Brasil. Até hoje, a população trabalhadora mais pobre tem acesso aos projetos como o Programa Minha Casa Minha Vida via financiamento do FGTS e via juros subsidiados. Então, na verdade, aqui há uma repartição de solidariedade entre os próprios trabalhadores, para que aqueles trabalhadores com menos condições econômicas e sociais tenham acesso a uma casa própria.

Portanto, Senhor Presidente, sendo um regime estatutário e baseado em precedentes e nos votos que me antecederam, a partir do voto do Ministro **Cristiano Zanin**, peço vênias a Vossa Excelência, também peço indiretamente vênias, mas, pelo que vejo, com o meu voto, será já definido o voto médio do Ministro **Flávio Dino**, no sentido de se estabelecer as condições do anunciado acordo que o Advogado-Geral da União trouxe à tribuna no início da sessão, no início do julgamento. Portanto, julgo improcedente a ação.

Ademais, não vou fazer o adendo de que, caso vencido na improcedência, aderiria à proposição do Ministro **Flávio Dino**, porque, na minha experiência de resultados, o voto do Ministro **Flávio Dino** já é agora, neste instante, o voto médio.

Então, pedindo vênias a Vossa Excelência e acompanhando o Ministro **Zanin**, voto pela improcedência da ação.

12/06/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. FLÁVIO DINO**
REQTE.(S) : **SOLIDARIEDADE**
ADV.(A/S) : **TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **ALYSSON SOUSA MOURAO**
ADV.(A/S) : **MARCELO MONTALVAO MACHADO**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
AM. CURIAE. : **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF**
ADV.(A/S) : **JAILTON ZANON DA SILVEIRA E OUTRO(A/S)**
AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
AM. CURIAE. : **BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE ALIMENTAÇÃO E AFINS**
ADV.(A/S) : **SID HARTA RIEDEL DE FIGUEIREDO**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL e CNTSS/CUT**
ADV.(A/S) : **RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO**
ADV.(A/S) : **RODRIGO CAMARGO BARBOSA**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

VOTO - VOGAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Voto-Vogal): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido Solidariedade, postulando a declaração de

ADI 5090 / DF

inconstitucionalidade do art. 13, *caput*, da Lei 8.036/1990 e do art. 17, *caput*, da Lei 8.177/1991, que preveem a correção dos depósitos nas contas vinculadas ao FGTS pela taxa referencial (TR).

Na inicial, o requerente defende que *"é imperativa por força direta da própria Carta Magna a correção monetária dos valores titularizados pelos trabalhadores em suas contas de FGTS"*.

Afirma que *"o cálculo da TR se desvinculou de seus objetivos iniciais (indicar a previsão do mercado financeiro para a inflação no período futuro escolhido) para se ater tão somente à necessidade de impedir que a poupança concorra com outras aplicações financeiras"*, motivo pelo qual postula, em síntese: i) *"a inconstitucionalidade da utilização da TR como índice de correção monetária, porque de captação apriorística (ex ante) e, como tal, totalmente desvincilhado do real fenômeno inflacionário e não correspondente à real garantia constitucional de propriedade"*; ii) que a *"apropriação pelo gestor do FGTS (Caixa Econômica Federal) da diferença devida pela real atualização monetária afronta o princípio constitucional da moralidade administrativa"*.

O relator do feito, Min. Roberto Barroso, adotou o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999.

Tanto a Advocacia-Geral da União como a Procuradoria-Geral da República manifestam-se, no mérito, pela improcedência do pedido. Eis as ementas das peças processuais, respectivamente:

"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

ADI 5090 / DF

Monetário. Contexto histórico dos planos econômicos. Inviabilidade de extrair diretamente da ordem constitucional direito à 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.” (eDOC 52, AGU)

“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.” (eDOC 57, PGR)

Em 6.9.2019, o Min. Roberto Barroso deferiu medida cautelar, diante da conjuntura em que a questão será enfrentada pelo Plenário: *“(a) a pendência da presente ADI 5090, que sinaliza que a discussão sobre a rentabilidade do FGTS ainda será apreciada pelo Supremo e, portanto, não está julgada em caráter definitivo, estando sujeita a alteração (plausibilidade jurídica); (b) o julgamento do tema pelo STJ e o não reconhecimento da repercussão geral pelo Supremo, o que poderá ensejar o trânsito em julgado das decisões já proferidas sobre o tema (perigo na demora); (c) os múltiplos*

ADI 5090 / DF

requerimentos de cautelar nestes autos; e (d) a inclusão do feito em pauta para 12/12/2019".

Assim, foi determinada a suspensão de todos os feitos que versem sobre a matéria, até julgamento do mérito pelo Supremo Tribunal Federal.

Registre-se, finalmente, que a União apresentou manifestação requerendo que seja julgada prejudicada a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, por perda superveniente de seu objeto, em razão da edição da Lei 13.446/2017, extinguindo-se o processo, sem resolução de mérito. Chamadas a se pronunciar, a Advocacia-Geral da União e a Caixa Econômica se pronunciam pela prejudicialidade da ação, enquanto a Defensoria Pública da União e a Procuradoria-Geral da República opinam pela rejeição do pedido de prejudicialidade.

Foram admitidos, na condição de *amici curiae*, a Caixa Econômica Federal (CEF), a Defensoria Pública-Geral Federal, o Banco Central do Brasil, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria de Alimentação e Afins, além da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Seguridade Social (CNTSS/CUT).

1) Preliminar de perda de objeto

Alega-se que, por força da MP 763, de 22 de dezembro de 2016 (DOU 23.12.2016), e posterior conversão na Lei 13.446/2017, teria ocorrido a perda superveniente de objeto.

Sem razão, eis que o complexo normativo que está em debate não foi alterado pela Lei 13.446/2017, permanecendo formal e materialmente hígidos o art. 13, *caput*, da Lei 8.036/1990 e o art. 17, *caput*, da Lei 8.177/1991.

Frise-se que a citada Lei 13.446/2017 apenas conferiu um acréscimo rentável adicional, por meio de distribuição de lucros, às contas existentes no FGTS, não interferindo diretamente na fórmula de correção monetária (juros de 3% ao ano e remuneração pela TR), razão pela qual inexistente qualquer prejudicialidade posterior por força daquela lei federal.

ADI 5090 / DF

2) Mérito

O art. 7º, III, da Constituição Federal de 1988 trata do FGTS como direito social do trabalhador, a saber:

“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”;

Os dispositivos questionados, quais sejam, art. 13, *caput*, da Lei 8.036/1990 e o art. 17, *caput*, da Lei 8.177/1991 assim dispõem, respectivamente:

“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”.

“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”.

Perceba-se que a correção monetária do saldo das contas do FGTS é um combo que envolve os “*parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança e capitalização juros de (três) por cento ao ano*”, isto é, atualização da poupança (que é pela Taxa Referencial -TR) e juros de 3% ao ano.

É assim que essa temática tem que ser compreendida. Junção do debate dos juros e atualização monetária que perfaz a correção monetária, esta que deve ser interpretada à luz do ordenamento jurídico-constitucional do direito fundamental ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

ADI 5090 / DF

A análise conglobante dos juros e correção monetária não é inédita ou desarrazoada. Ela tem sido realizada por esta Corte há décadas. Cito, por exemplo, o julgamento da ADI 2.332, Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, DJe 16.4.2019, cuja ementa descreve:

“Administrativo. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Regime Jurídico dos Juros Compensatórios e dos Honorários Advocatícios na Desapropriação. Procedência Parcial.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o controle judicial dos pressupostos constitucionais para a edição das medidas provisórias tem caráter excepcional, justificando-se apenas quando restar evidente a inexistência de relevância e urgência ou a caracterização de abuso de poder do Presidente da República, o que não ocorre no presente caso.

2. É constitucional o percentual de juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano para a remuneração do proprietário pela imissão provisória do ente público na posse do seu bem, na medida em que consiste em ponderação legislativa proporcional entre o direito constitucional do proprietário à justa indenização (art. 5º, XXIV, CF/88) e os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade (art. 37, caput, CF/88).

3. Declaração da inconstitucionalidade do termo até e interpretação conforme a Constituição do caput do art. 15-A, de maneira a incidir juros compensatórios sobre a diferença entre 80% do preço ofertado pelo ente público e o valor fixado na sentença.

4. Constitucionalidade dos §§ 1º, 2º e 4º, do art. 15-A, do Decreto-lei nº 3.365/1941, ao determinarem a não incidência dos juros compensatórios nas hipóteses em que (i) não haja comprovação de efetiva perda de renda pelo proprietário com a imissão provisória na posse (§ 1º), (ii) o imóvel tenha graus de utilização da terra e de eficiência na exploração iguais a zero (§ 2º), e (iii) sobre o período anterior à aquisição da propriedade ou posse titulada pelo autor da ação. Voto reajustado para expressar o entendimento da maioria.

ADI 5090 / DF

5. É constitucional a estipulação de parâmetros mínimo e máximo para a concessão de honorários advocatícios, previstos no § 1º, do art. 27, do Decreto-lei nº 3.365/1941.

6. Declaração da inconstitucionalidade da expressão não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais) por inobservância ao princípio da proporcionalidade e por possibilitar violação reflexa ao justo preço na indenização do expropriado (art. 5º, XXIV, CF/88).

7. Ação direta julgada parcialmente procedente. Fixação das seguintes teses: **(i) É constitucional o percentual de juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano para a remuneração pela imissão provisória na posse de bem objeto de desapropriação;** (ii) A base de cálculo dos juros compensatórios em desapropriações corresponde à diferença entre 80% do preço ofertado pelo ente público e o valor fixado na sentença; (iii) São constitucionais as normas que condicionam a incidência de juros compensatórios à produtividade da propriedade; (iv) É constitucional a estipulação de parâmetros mínimo e máximo para a concessão de honorários advocatícios em desapropriações, sendo, contudo, vedada a fixação de um valor nominal máximo de honorários". (ADI 2.332, Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, DJe 16.4.2019, grifo nosso).

Mesmo em caso de desapropriação (atuação do Estado na propriedade privada para cumprimento da função social), o STF entendeu que *"o percentual de juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano para a remuneração do proprietário pela imissão provisória do ente público na posse do seu bem"* seria constitucional, *"na medida em que consiste em ponderação legislativa proporcional entre o direito constitucional do proprietário à justa indenização (art. 5º, XXIV, CF/88) e os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade (art. 37, caput, CF/88)"*.

Em outras palavras: mesmo em um contexto de desapropriação-sanção, em que o proprietário é privado de seu bem imóvel por ter atuado em desconformidade com o direito, ou seja, descumprido a

ADI 5090 / DF

função social da propriedade, esta Corte entendeu que os juros compensatórios (pela imissão na posse do ente público) seriam constitucionais no patamar de 6%, **tendo como pano de fundo a longa estabilidade monetária e a baixa inflação no período.**

Para os críticos – de que estaríamos diante de institutos jurídicos diversos e inconfundíveis (correção monetária e juros) –, responde-se que o Direito e seu intérprete não podem fechar os olhos para a realidade, sendo prova disso a jurisprudência de longa data do Supremo Tribunal Federal, que sempre tratou a condição inflacionária do país na análise da taxa de juros e vice-versa.

Assim também procedemos nas ADIs 5.867 e 6.021 e ADCs 58 e 59, de minha relatoria, Pleno, DJe 7.4.2021.

Visto isso, reforço que aquelas conclusões também, *mutatis mutandis*, fazem-se presentes nesta ação de controle concentrado de constitucionalidade, na medida em que vivemos longo período de razoável e controlada inflação, aliado à manutenção razoável do padrão monetário quando comparados os períodos anteriores de nossa história recente (décadas de 1970 e 1980, até meados da década de 1990).

2.1) O histórico inflacionário brasileiro, a Constituição de 1988 e a Política de Desindexação da Economia

A Constituição de 1988, grande conquista civilizatória de nossa sociedade, trouxe um certo dirigismo econômico, fruto do seu momento histórico, com normas protecionistas e monopolistas, de clara intervenção do Estado no domínio econômico.

Sabe-se, no entanto, que a economia é dinâmica, recebe influxos de toda a ordem. Assim, ao longo desses mais de 30 anos, muitas normas constitucionais originárias, em matéria econômica, precisaram ser alteradas, para se adequar aos novos rumos da política econômica e governamental do momento.

A política de juros e combate à inflação tem sido, no entanto, uma constante, quer nas alterações legislativas, quer nas decisões

ADI 5090 / DF

jurisprudenciais. Nesse processo, parecem de particular relevo as “batalhas” travadas a respeito da limitação dos juros e da escolha de índices de correção monetária.

2.2) Política de correção monetária e tabelamento de juros (art. 192, CF)

Recordo-me de parecer elaborado pelo Dr. Saulo Ramos, então Consultor-Geral da República, que, no Governo Sarney, adiou o tabelamento dos juros previsto no art. 192 da CF.

Em 1988, às vésperas da promulgação da Constituição, o cenário jurídico e econômico vivia a incerteza do que representaria o estabelecimento de um teto de juros em 12% ao ano e a partir de quando ele estaria valendo. Em seu parecer, aprovado com caráter normativo pelo Presidente da República, o consultor-geral defendeu que a vontade do constituinte era de que as regras para o tabelamento dos juros fossem detalhadas em uma lei complementar, antes de entrar em vigor, retirando a autoaplicabilidade do art. 192 da CF. Um dos pontos a demandar regulamentação pela lei de criação de uma nova estrutura para o sistema nacional, segundo Saulo Ramos, seria a definição de “juros reais”. Eis a conclusão do Parecer SR-70:

“A Constituição, ontem promulgada, propõe-se a criar um Estado de Direito voltado à causa social e à Justiça. No idealismo jurídico desses propósitos, o legislador constituinte entendeu ser necessária a estruturação, nova estruturação, do sistema financeiro nacional, submetendo-o à mais alta forma de legislação infraconstitucional, a lei complementar, que, pelo ‘quorum’ qualificado, reúne maior consenso dos representantes da sociedade no Congresso Nacional.

A importância dada pelo constituinte a esta matéria, de alta relevância, não pode ser frustrada pelo intérprete afoito em aplicá-la através da fragmentação da organicidade do sistema concebida pela nova constituição.

ADI 5090 / DF

Deixou o constituinte bem claro, ao tratar da matéria em um único artigo, sua vontade de reformar o sistema financeiro como um todo e, nessa reforma, incluir as diretrizes dispostas nos incisos e parágrafos do comando principal.

Nem poderia ser de outra maneira. Em reforma de tal profundidade, o legislador constituinte agiu prudentemente, pois não desejou desestabilizar 'ex-abrupto' as finanças nacionais e seu mercado, pois o atual sistema é extremamente complexo e sofisticado, conforme o demonstra a impressionante análise do Banco Central, transcrita neste Parecer.

É, pois, o artigo 192, por inteiro, norma de eficácia limitada e condicionada, dependente de intervenção legislativa infraconstitucional para entrar em vigência. Cumpre, portanto, respeitar a vontade do constituinte e, através dos dois Poderes que compõem o processo legislativo brasileiro, agilizar o previsto projeto de lei complementar, em que dará efetiva concreção ao novo mandamento constitucional".

Com base no parecer vinculante, o Banco Central emitiu a Circular 1.365, com instruções aos bancos estatais e privados, para ignorar o dispositivo constitucional de limitação dos juros. Na circular, informa, justamente, que o esclarecimento do regime jurídico dos mercados financeiro e de capitais se impõe pelos equívocos e tumulto que poderiam nascer de diferentes interpretações quanto ao conceito de juro real, inexistente no sistema jurídico brasileiro de então.

Segundo notícia do jornal O Estado de São Paulo, de 7 de outubro de 1988, o governo estava preparando projeto de lei com a intenção de *"estabelecer como juro real tudo o que exceder o custo de captação, pelo qual os bancos remuneram os investidores, mais as alíquotas de impostos"*. E concluía a reportagem:

"Os 12% seriam, nesse caso, a margem de ganho dos bancos em cada operação – hoje, essa margem mal alcança os 3% ao ano. Em outras palavras, o projeto, se aprovado, representaria o fim do tabelamento. Nada vai mudar para quem

ADI 5090 / DF

tomar empréstimo. Na verdade, talvez a situação até piore, pois uma limitação em lei poderia desestimular a concorrência e, assim, funcionar como um freio à queda dos juros.

O projeto deverá seguir ao Congresso acompanhado de uma exposição de motivos. Nela, o governo pretende mostrar as dificuldades em executar uma política monetária adequada caso não haja certa liberdade na aplicação do dispositivo constitucional. Sem controle da moeda em circulação, o País poderia mergulhar numa inflação muito mais alta do que a atual. De acordo com o governo, os instrumentos clássicos de política monetária ficariam seriamente comprometidos. Um deles, é a retirada de dinheiro em circulação pela colocação de títulos públicos – ninguém, é a explicação oficial, se interessaria por papéis do governo que pagassem, tão somente, 12%. Hoje, as taxas estão entre 15% e 17% ao ano. Enquanto isso, outro instrumento disponível é considerado hoje como praticamente esgotado: recolhimento compulsório sobre os depósitos a vista. O compulsório chega a atingir, nos grandes bancos, 48%.

OUTROS

O governo está, na verdade, contra-atacando. O seu projeto não será o primeiro. Ontem mesmo, o deputado Luiz Salomão (PDT-RJ) apresentou o seu projeto de lei, no qual 'taxa de juro real é a de efetivo custo ou remuneração do capital, descontado o efeito da inflação ocorrida ou estimada no período a que se refere'. A taxa, na versão de Salomão, não inclui impostos já incidentes ou que venham a ser criados sobre as operações financeiras e sobre tomadores ou aplicadores do mercado de capitais. O projeto estabelece ainda que as tarifas bancárias serão fixadas pelo Conselho Interministerial de Preços (CIP) e não mais pelo Conselho Monetário Nacional (CMN).

Na relação de projetos não vai faltar, obviamente, o do deputado Fernando Gasparian (PMDB-SP), autor do dispositivo constitucional que limita os juros em até 12% ao ano. Gasparian vai apresentar, na próxima semana, um projeto de decreto legislativo sustando os efeitos do parecer do consultor-geral

ADI 5090 / DF

Saulo Ramos. O parecer diz que o tabelamento de juros não é auto-aplicável”. (Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/119251/1988_07%20a%2010%20de%20Outubro_%20%20042a.pdf?). Acesso em: 4.4.2024).

As notícias da época ajudam-nos a lembrar o contexto histórico da construção da norma original do art. 192 da Constituição Federal, bem como os sucessivos planos econômicos pensados a partir da redemocratização, que culminaram no Plano Real, sempre buscando vencer o processo inflacionário e tornar nossa economia saudável.

Em 7 de outubro de 1988, a possibilidade de tabelamento de juros trazia diferentes repercussões para a economia, gerando, naquela ocasião, medo tanto nas instituições financeiras como nos consumidores, conforme noticiava ainda a reportagem do Estadão:

“As financeiras trabalharam com muita cautela ontem, enquanto aguardam as definições sobre a limitação dos juros em 12% ao ano, determinada pela Constituição. Nas grandes lojas e magazines a situação não era diferente. Diante da incerteza, a rede de lojas de eletrodomésticos Arapuã começa hoje a cobrança de correção monetária pela variação da OTN fiscal, além de juros de 12% ao ano. O Mappin já havia adotado o mesmo sistema no início da semana.

Os consumidores também foram atingidos pela mudança. Em praticamente todas as lojas de departamento, a procura pelo crediário esteve bem abaixo do normal. ‘Parece que todo mundo está esperando pelas definições. As vendas a prazo despencaram nos últimos dias, informa Júlio Chauvet, gerente da Ultralar no centro da Capital. Ali, as taxas de juros permaneciam inalteradas. Na Arapuã, ontem, os juros nas vendas pelo crediário eram de 32% ao mês, para o plano de nove pagamentos. Só hoje entra em vigor o novo plano. (...)”

O Parecer SR-70 foi impugnado na ADI 4 pelo PDT. A ação, de

ADI 5090 / DF

relatoria do Ministro Sydney Sanches, teve o pedido de medida cautelar inferido em 19 de outubro de 1988. Em 7 de março de 1991, o Plenário da Corte julgou improcedente a ação, restando o acórdão assim ementado, no que interessa:

“(...) 6 – Tendo a Constituição Federal, no único artigo em que trata do Sistema Financeiro Nacional (art. 192, estabelecido que este será regulado por lei complementar, com observância do que determinou no caput, nos seus incisos e parágrafos, não é de se admitir a eficácia imediata e isolada do disposto em seu §3º, sobre taxa de juros reais (12% ao ano), até porque estes não foram conceituados. Só o tratamento global do Sistema Financeiro Nacional, na futura lei complementar, com a observância de todas as normas do caput, dos incisos e parágrafos do art. 192, é que permitirá a incidência da referida norma sobre juros reais e desde que estes também sejam conceituados em tal diploma.

7 – Em consequência, não são inconstitucionais os atos normativos em questão (parecer da Consultoria Geral da República, aprovado pela Presidência da República e circular do Banco Central), o primeiro considerando não auto-aplicável a norma do §3º sobre juros reais de 12% ao ano, e a segunda determinando a observância da legislação anterior à constituição de 1988, até o advento da lei complementar reguladora do Sistema Nacional.

8 – Ação declaratória de inconstitucionalidade julgada improcedente, por maioria de votos.”

A norma constitucional de limitação de juros acabou por ser suprimida pela Emenda Constitucional 40/2003, resultado, nesse ponto da PEC 21, de 1997, de autoria do Senador José Serra. Destaco, da justificativa apresentada, o seguinte trecho:

“(...) Devo ressaltar, também, que embora sempre tenha entendido que a Constituição deve conter apenas as normas que assegurem os direitos e as garantias fundamentais dos

ADI 5090 / DF

cidadãos, bem como as que estabeleçam as regras do jogo democrático, por duas razões não tive como não aceitar a inserção, no anteprojeto, de matérias que normalmente deveriam ser reguladas unicamente por leis ordinárias. A primeira delas, porque naquele momento político predominava a vontade clara dentre os constituintes de inscrever minuciosamente na Carta Magna todos os temas que eram objeto de debate na sociedade brasileira; a segunda, porque esperava que os trabalhos da Comissão de Sistematização levariam a uma simplificação dos diversos anteprojeto das comissões temáticas.

(...)

No que diz respeito ao sistema financeiro nacional, o anteprojeto tratava a matéria de maneira muito singela. Dispunha, basicamente, que lei (ordinária e não complementar (i) regularia as denominadas ‘cartas patentes’, firmando que seriam inegociáveis e intransferíveis; (ii) estabeleceria as condições para a participação de capital estrangeiro nas instituições financeiras, ambos assuntos relevantes, na época; (iii) trataria da organização do Banco Central e das instituições financeiras privadas.

O anteprojeto estipulava uma regulação constitucional escassa sobre sistema financeiro porque a Comissão Temática entendia que essa matéria, pela sua natureza, não deveria ser tratada na Constituição Federal e tampouco em lei complementar, mas sim, através de lei ordinária, como sempre foi da tradição da legislação brasileira. Entretanto, face ao ambiente político daquela época não houve como deixar de dispor sobre alguns temas relativos ao sistema financeiro.

(...)

Acontece que no decorrer dos trabalhos da Constituinte transformou-se o que era lei ordinária em lei complementar. Além disso, foram acrescentadas ao Anteprojeto normas que obrigam o legislador a definir atos praticamente impossíveis de serem definidos, tal como ‘taxa de juros reais’, ou então, que vedem fatos impossíveis de serem vedados, tal como a

ADI 5090 / DF

transferência de poupança de uma região para outra. (...) Assim, a tarefa de regulamentação do sistema financeiro nacional, que era extremamente complexa, acabou se transformando em obra quase impossível”.

Da promulgação, em 1988, até sua revogação, em 2003, a aplicabilidade e regulamentação da norma do § 3º do art. 192 da Constituição foi alvo de grande embate doutrinário e jurisprudencial. Mesmo após sua revogação, a judicialização da matéria levou à edição da Súmula 648 do STF:

“A norma do §3º do art. 192 da constituição, revogada pela EC 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar”.

Anos depois, Saulo Ramos lembra, assim, o episódio:

“Dia 4 de outubro, fim de tarde. No dia seguinte seria promulgada a Constituição de 1988. Enfim, a democracia por escrito, com muitos erros, mas conseguimos! Eu era consultor-geral da República e, como brasileiro, estava feliz. O telefone tocou. O presidente Sarney me chamou. Reunião no gabinete, que estava lotado. Maílson da Nóbrega, o finado Roberto Cardoso Alves e muitas outras autoridades, inclusive as monetárias, entre as quais o presidente do Banco Central, que devia usar babador.

Assunto: o art. 192 da Constituição (sistema financeiro), que, segundo alguns, entraria em vigor ‘na data da publicação’ e, segundo outros, dependia de lei complementar. A ameaça maior era o par. 3º, que fixava os juros reais em 12% ao ano, coisa do Fernando Gasparian, que, num momento de padre Vieira e inspirado pelo constituinte Fernando Henrique Cardoso (Comissão de Sistematização, lembram-se?), teve a ideia de fixar os juros no texto constitucional, único na história da humanidade e do dinheiro. Mas não sabia o que era juro

ADI 5090 / DF

real, nem a diferença do juro fictício.

Muita discussão no gabinete: o sistema vai quebrar; como não cuidaram disso antes; o texto era um inciso do artigo e, de repente, virou parágrafo, vai entrar em vigência, houve sabotagem.

Resumindo: sobrou para mim. Sugeri elaborar um parecer jurídico que, aprovado pelo presidente, vincularia o Banco Central e este baixaria ato obrigando o mercado a esperar a lei complementar prevista naquele artigo. As pessoas ficaram aliviadas e se foram. (...) E o 'Diário Oficial' rodou, no dia 6, edição especial com a nova Constituição e uma normal, mais modesta, com o meu parecer dizendo que o art. 192 não entrava em vigor.

Lembro que estudei tudo sobre juros aqui e nos outros países. Passei até por dom Sebastião, o rei menino, que, em 1500, baixou uma ordem régia proibindo cobrar dinheiro sobre dinheiro. Creio ter sido por isso que os mouros o mataram em Alcácer Quibir.

A imprensa atirou de todos os lados. Confundi tudo e baralhou mais o debate. Diante de palavras como anatocismo, aumentaram as vendas de dicionários. Mas um aspecto curioso da discussão sobre o entrar ou não em vigor deu-se na semana seguinte, num restaurante de Brasília, onde fui almoçar e encontrei o então senador Fernando Henrique Cardoso. Ele me questionou:

'Você pensa que vai impedir a vigência da Constituição com um simples parecer jurídico?'

'Penso.'

E o Supremo Tribunal Federal pensou a mesma coisa. Quando atacaram meu simples parecer jurídico com uma Adin (ação direta de inconstitucionalidade), acabou a festa. Além de dizer que não entrava em vigor, o STF ainda avisou que a regulamentação legal teria de ser feita através de uma única lei complementar. Uma só. Assim, estava na Constituição, escrito pelos dois Fernandos, o Gasparian e o Henrique Cardoso.

Com suas ironias caprichosas, o destino fez um terceiro

ADI 5090 / DF

Fernando, o Collor, ser defenestrado do poder e o professor Fernando Henrique eleger-se presidente da República na vaga do xará. E, na sua política econômica, foi quem mais usou os juros como ferramenta monetarista. Criou o Copom, com viés para cima, viés para baixo (que palavra horrível esse tal de viés! E por demais oblíquo!). Já pensaram em convocar uma Constituinte para baixar ou levantar meio ponto dos juros, ou para declarar que o mês é de viés para cima ou para baixo?

Quando estudei o assunto, verifiquei ser uma grande bobagem, além de fantástico erro técnico, a Constituição fixar juros no sistema capitalista, ou tabelar o preço do chuchu, ou dizer que uma dúzia de abobrinhas tem que ter exatamente 12 pequenas abóboras – detalhes e miudezas que nossos constituintes adoravam.

Mas Fernando Henrique arrependeu-se e pediu ao senador José Serra para consertar o erro, que era de todos eles (inclusive do Lula, que votou a Constituição), por meio de emenda que manda para o direito infraconstitucional, mantendo o nível complementar das respectivas leis, todo o sistema financeiro. É a solução. Em direito penal isto é chamado de arrependimento eficaz”.

Perdoem-me a digressão histórica, feita, apenas, com a intenção de rememorar as origens do problema enfrentado. Não quero, aqui, defender posições econômicas ou escolhas políticas.

Entendo, tão somente, necessário que esta Corte, decorridos mais de 30 anos da promulgação da Constituição de 1988, passados tantos planos econômicos, bem como suas judicializações, reflita sobre os riscos de uma constitucionalização de normas do sistema financeiro e direito monetário, especialmente por meio de sua criação jurisprudencial.

Nesse aspecto, lembro-me, sempre, das advertências de Roberto Campos. Em discurso realizado no Senado Federal, em 21 de fevereiro de 1990, relembrando sua fala inaugural, no Senado, em junho de 1983, Roberto Campos sintetiza bem nossa luta histórica contra a inflação e a hiperinflação, apontando as dificuldades de implementação de normas

ADI 5090 / DF

constitucionais de uma Constituição dirigente no plano econômico:

“(…) Relendo minha fala inaugural no Senado, em junho de 1983, verifico que o Brasil tem uma infinita capacidade de repetir erros por não querer aprender da História. Isso tem um consolo. Neste país, para ser sábio não é preciso saber mais. Basta viver mais, para assistir à repetição da ‘problemática’, e à frustração da ‘solucionática’.

(…)

Lembro-me de que falei também na gaveta dos sonhos:

- A ilusão da ilha da prosperidade;
- A ura indolor da inflação;
- A ilusão transpositiva;
- A ilusão distributiva.

Essa gaveta foi bem esvaziada nos últimos anos. Não somos uma ilha de prosperidade. Parecemos mais, com a hiperinflação, um continente de desesperos.

O último sonho de cura indolor da inflação foi Plano Cruzado. Tornou-se um ensaio de desorganização planejada da economia, exsudando dois deletérios efeitos colaterais: a ‘subcultura antiempresarial’, pela estigmatização da alta de preços como causa, quando é efeito de inflação; e a subcultura da moratória, que transformou a inadimplência em independência, e fez que o desprezo aos contratos deixasse de ser safadeza para se tornar esperteza.

Persiste atenuada o que chamei de ‘ilusão transpositiva’. Atenuada, porque hoje se percebe que as renúncias fiscais em favor de setores ou atividades distorcem o uso dos fatores e não raro são fontes de corrupção. Há menos realismo no tocante ao subvencionamento de certos preços críticos, na esperança de conseguir-se, de um lado, proteger o consumidor e, de outro, conter a onda inflacionária. Nossa experiência a respeito continua sendo um rosário de derrotas. Se o subsídio é financiado pela emissão de moeda ou pela dívida pública, perde-se pela inflação o que se ganha com a subvenção. A intenção pode ser baratear o pão do nordestino; o resultado é

ADI 5090 / DF

favorecer o spaghetti do paulista.

A última das ilusões que mencionei – a ilusão distributiva – continua fagueira e robusta. Muitos no governo e no Congresso pensam que podem aumentar os salários reais por ukase legislativo ou decreto executivo. Infelizmente, o que podemos manipular são apenas os salários nominais. Se estas se descompassarem em relação à oferta e à procura, o mercado responderá com mais inflação ou mais desemprego. (...)

A verdade é que na raiz de tudo está nossa crônica e ‘mui tupiniquim’ inflação. Um país inflacionário é por definição um país reincidente na insolvência, porque é um país cronicamente deficitário. Nosso problema é essencialmente de ajuste interno. (...)

Agora o problema que enfrentamos não é mais o da inflação. É o da hiperinflação. (...)

Em uma nova doutrina anti-inflacionária, a política monetária, orientada para o controle quantitativo da moeda e não para a fixação dos juros, teria papel relevante, porém menos eficaz que o da política fiscal. Haveria ênfase sobre dois novos elementos, retoricamente mencionados no passado, mas nunca implementados, a saber, a privatização e a desregulamentação.

Se essas são as soluções, quais são as falsas soluções? Uma falsa solução é o congelamento de preços, que tem quarenta séculos de fracasso, sem que isto nos desencorajasse na repetição do erro nos Planos Cruzados, Bresser e Verão. (...) O grande pacto social de que o Brasil precisa é que o governo se comprometa a realizar uma reversão de expectativas, obtendo um superávit fiscal confiável, eliminando controles que encarecem e entorpecem a atividade econômica e mantendo estáveis as regras do jogo”. (CAMPOS, Roberto. As falsas soluções e as seis liberdades. In: A Constituição contra o Brasil: ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a Constituição de 1988. Org. Paulo Roberto de Almeida. São Paulo: LVM Editora, 2018, p. 250 a 268).

ADI 5090 / DF

Contudo, não só as normas constitucionais originárias trouxeram profundos embates jurídicos nesta Corte. Também as normas infraconstitucionais, criadas no âmbito de políticas de governo para combate à inflação, tiveram sua constitucionalidade contestada e, entre tantas, a Taxa Referencial – TR é um exemplo constante da tentativa de constitucionalizar a matéria.

2.3) Política de desindexação da economia e criação da TR

O Governo Collor enfrentou a persistência da inflação elevada e o fracasso das políticas de estabilização em que resultou o descontrole geral nos preços do final do Governo Sarney. Nesse contexto, a equipe econômica montou um programa de ajuste macroeconômico que identificava no excesso de liquidez da economia, no desequilíbrio orçamentário do setor público e no processo de indexação da economia as causas do desequilíbrio econômico de então.

Conforme ensina Sérgio Fischer, o sucesso de um plano como esse requeria *“a não-aplicação integral da correção monetária nos ativos, sejam eles capital ou trabalho”*, sob pena de *“a estrutura de preços relativos que provoca o desequilíbrio das contas públicas retorna(r), e o processo inflacionário continua(r) como antes do ajuste”*. (FICHER, Sérgio. *“A desindexação, os indexadores e o Plano Collor”*, 1990).

Dentro desse contexto, a Taxa Referencial (TR) – instituída pela Medida Provisória 294, de 31.1.1991, convertida na Lei 8.177, de 1º.3.1991, foi criada como medida de política econômica para desindexação da economia no conhecido Plano Collor II.

A TR é calculada pelo Banco Central do Brasil *“a partir da remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos e caixas econômicas, ou de títulos públicos federais, estaduais e municipais”* (artigo 1º, *caput*, da Lei 8.177/1991).

A Resolução 3.354/2006, ao regulamentar a metodologia e cálculos da TR, estabelece o seguinte:

ADI 5090 / DF

“(…) para fins de cálculo da Taxa Básica Financeira - TBF e da Taxa Referencial - TR, de que tratam os arts. 1º da Lei 8.177, de 1º de março de 1991, 1º da Lei 8.660, de 28 de maio de 1993, e 5º da Lei 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, deve ser constituída **amostra das 30 maiores instituições financeiras do País, assim consideradas em função do volume de captação efetuado por meio de certificados e recibos de depósito bancário (CDB/RDB), com prazo de 30 a 35 dias corridos, inclusive, e remunerados a taxas prefixadas, entre bancos múltiplos, bancos comerciais, bancos de investimento e caixas econômicas**”. (artigo 1º, *caput* – grifo nosso).

A Taxa Referencial Diária (TRD), também instituída pela Lei 8.177/1991 (artigo 2º, *caput*), correspondia ao valor diário da distribuição *pro rata* da TR fixada para o mês corrente, metodologia de cálculo revogada pelo art. 2º da Lei 8.660/1993, de 1º.5.1993. Esta lei ainda modificou a forma de cálculo da TR mensal, passando esta a ser verificada diariamente “*para períodos de um mês, com início no dia em que a TR se referir*” (artigo 1º).

Segundo Leonardo Medeiros Braghetto e Edmundo Emerson de Medeiros, a TR foi criada pela MP 294, com a finalidade de prefixar a taxa nominal de juros, sem refletir a inflação, para remunerar as aplicações financeiras. Com a conversão das MPs na Lei 8.177, a TR passou a ser utilizada como fator de correção monetária, adquirindo natureza dúplice (natureza de juros e índice), “*ora a caracterizando como indexadora (art. 18) ora como taxa de juros (art. 39)*”, levando Marcos Cintra Cavalcanti de Albuquerque à conclusão de que a TR não desindexava a economia, apenas alterava o mecanismo de indexação. Concluem os autores que “*fica evidente que a TR é uma forma distinta de indexação dentre as que já vigoraram no país, pois é determinada pela taxa de juros de mercado, enquanto as outras (indexações de preços) utilizam como substrato índices de custo de vida*”. (BRAGHETTO, Leonardo Medeiros; e MEDEIROS, Edmundo Emerson de. **A Taxa Referencial com índice para correção monetária do fundo de**

ADI 5090 / DF

garantia do tempo de serviço – análise de sua constitucionalidade ou debates sobre sua inconstitucionalidade, In: Universidade Presbiteriana Mackenzie).

A Lei de desindexação da economia foi alvo de muitas críticas, tendo tido vários de seus artigos impugnados perante o Supremo Tribunal Federal, especialmente por meio das seguintes ações diretas: ADI 493, Rel. Min. Moreira Alves; ADI 768, Rel. Min. Marco Aurélio, ADI 959, Rel. Min. Néri da Silveira; ADI 1.220, Rel. Min. Roberto Barroso e ADI 3.005, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, todas já julgadas.

Como sabemos, os planos econômicos se sucederam, culminando com o Plano Real, atualmente disposto na Lei 9.069, de 1995. A política econômica em vigor, assim, voltou a utilizar índice de indexação de preços para a correção monetária em geral. No entanto, manteve a utilização da TR nos seguintes termos:

“Art. 27. A correção, em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária contraída a partir de 1º de julho de 1994, inclusive, somente poderá dar-se pela variação acumulada do Índice de Preços ao Consumidor, Série r – IPC-r.

§1º. O disposto neste artigo não se aplica:

I – às operações e contratos de que tratam o Decreto-lei nº 857, de 11 de setembro de 1969, e o art. 6º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994;

II – aos contratos pelos quais a empresa se obrigue a vender bens para entrega futura, prestar ou fornecer serviços a serem produzidos, cujo preço poderá ser reajustado em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados;

III – às hipóteses tratadas em lei especial.

§ 2º. Considerar-se-á de nenhum efeito a estipulação, a partir de 1º de julho de 1994, de correção monetária em desacordo com o estabelecido neste artigo.

§3º. Nos contratos celebrados ou convertidos em URV, em que haja cláusula de correção monetária por índice que reflita a

ADI 5090 / DF

variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, o cálculo desses índices, para efeitos de reajuste, deverá ser nesta moeda até a emissão do REAL e, daí em diante, em REAL, observado o art. 38 da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994.

§ 4º. A correção monetária dos contratos convertidos na forma do art. 21 desta Lei será apurada somente a partir do primeiro aniversário da obrigação, posterior à sua conversão em REAIS.

§ 5º. A Taxa Referencial – TR somente poderá ser utilizada nas operações realizadas nos mercados financeiros, de valores mobiliários, de seguros, de previdência privada, de capitalização e de futuros.

§ 6º. Continua aplicável aos débitos trabalhistas o disposto no art. 39 da Lei 8.177, de 1º de março de 1991”.

Faço essa análise superficial de algumas das políticas econômicas que vivenciamos desde a redemocratização para demonstrar a complexidade da matéria em julgamento.

Ter vivenciado, inclusive no plano profissional, a formulação, implantação, judicialização e superação dos sucessivos planos econômicos me faz ver com extrema cautela a impugnação deste ou daquele índice econômico com fundamento em inconstitucionalidade.

2.4) A função social do FGTS

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) foi instituído pela Lei 5.107/1966, sendo substituído pela Lei 8.036/1990, regramento esse que dispõe, atualmente, sobre o FGTS, sendo utilizados os recursos dos depósitos nas contas individuais para os seguintes objetivos primordiais:

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

I - estabelecer as diretrizes e os programas de alocação dos recursos do FGTS, **de acordo com os critérios definidos nesta Lei, em conformidade com a política nacional de**

ADI 5090 / DF

desenvolvimento urbano e as políticas setoriais de habitação popular, saneamento básico, microcrédito e infraestrutura urbana estabelecidas pelo governo federal;

(...)

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

a) aprovar a política de investimento do FI-FGTS por proposta do Comitê de Investimento;

b) decidir sobre o reinvestimento ou distribuição dos resultados positivos aos cotistas do FI-FGTS, em cada exercício;

c) definir a forma de deliberação, de funcionamento e a composição do Comitê de Investimento;

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

e) definir a exposição máxima de risco dos investimentos do FI-FGTS;

f) estabelecer o limite máximo de participação dos recursos do FI-FGTS por setor, por empreendimento e por classe de ativo, observados os requisitos técnicos aplicáveis;

g) estabelecer o prazo mínimo de resgate das cotas e de retorno dos recursos à conta vinculada, observado o disposto no § 19 do art. 20 desta Lei;

h) aprovar o regulamento do FI-FGTS, elaborado pela Caixa Econômica Federal; e

i) autorizar a integralização de cotas do FI-FGTS pelos trabalhadores, estabelecendo previamente os limites globais e individuais, parâmetros e condições de aplicação e resgate.

(...)

XV - autorizar a aplicação de recursos do FGTS em outros fundos de investimento, no mercado de capitais e em títulos públicos e privados, com base em proposta elaborada pelo agente operador, devendo o Conselho Curador regulamentar as formas e condições do investimento, vedado o aporte em fundos nos quais o FGTS seja o único cotista;

(...)

ADI 5090 / DF

Art. 6º-A. Caberá ao Ministério da Saúde regulamentar, acompanhar a execução, subsidiar o Conselho Curador com estudos técnicos necessários ao seu aprimoramento operacional e definir as metas a serem alcançadas nas operações de crédito destinadas às entidades hospitalares filantrópicas, bem como a instituições que atuem no campo para pessoas com deficiência, sem fins lucrativos, que participem de forma complementar do Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 6º-B. Caberá ao Ministério do Trabalho e Previdência regulamentar, acompanhar a execução e subsidiar o Conselho Curador com os estudos técnicos necessários ao seu aprimoramento operacional e estabelecer as metas a serem alcançadas nas operações de microcrédito.

(...)

Art. 9º. As aplicações com recursos do FGTS serão realizadas exclusivamente segundo critérios fixados pelo Conselho Curador do FGTS e em operações que preencham os seguintes requisitos:

(...)

§ 2º. **Os recursos do FGTS deverão ser aplicados em habitação, saneamento básico, infraestrutura urbana, operações de microcrédito e operações de crédito destinadas às entidades hospitalares filantrópicas, às instituições que atuem com pessoas com deficiência e às entidades sem fins lucrativos que participem do SUS de forma complementar**, desde que as disponibilidades financeiras sejam mantidas em volume que satisfaça as condições de liquidez e de remuneração mínima necessárias à preservação do poder aquisitivo da moeda”. (grifo nosso).

Vê-se, pois, que os recursos dos saldos das contas de FGTS são utilizados pelo Governo Federal para desenvolvimento urbano e as políticas setoriais de habitação popular, saneamento básico, microcrédito e infraestrutura urbana estabelecidas pelo Governo Federal, além de subsidiar operações de microcrédito e “*operações de crédito destinadas às entidades hospitalares filantrópicas, bem como a instituições que atuem no campo*”

ADI 5090 / DF

para pessoas com deficiência, sem fins lucrativos, que participem de forma complementar do Sistema Único de Saúde (SUS)”.

Os valores integrantes das contas individuais do FGTS são descontados no percentual de 8% do salário do trabalhador e depositados de forma cogente naquelas contas para que o trabalhador seja amparado em caso de demissão, aposentadoria ou, ainda, para o Governo Federal subsidiar a infraestrutura urbana, saneamento básico, habitação popular, microcrédito etc.

Alterar, por força judicial, a fórmula de atualização monetária ou dos juros, de forma retroativa ou quiçá futura, repercutirá inevitavelmente sobre o Sistema Financeiro de Habitação (SFH), com reflexos sobre o setor de construção civil (habitação corresponde à 90,5% da carteira do FGTS e saneamento básico à 5,18%) e infraestrutura urbana (3,93% da carteira do FGTS), causando uma consequência sistêmica, de proporção incalculável, diante do disposto no § 1º do art. 9º da Lei 8.036/90:

“Art. 9º. As aplicações com recursos do FGTS serão realizadas exclusivamente segundo critérios fixados pelo Conselho Curador do FGTS e em operações que preencham os seguintes requisitos:

(...)

§ 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, e caberá ao agente operador o risco de crédito”. (grifo nosso).

Inúmeros contratos, que são correlacionados com o financiamento - por meio de recursos do FGTS, sofrerão as consequências do presente julgamento, tendo em vista que a *“rentabilidade média das aplicações deverá ser suficiente à cobertura de todos os custos incorridos pelo Fundo”.*

Em sua sustentação oral, o Advogado-Geral da União, Jorge Messias, destacou que *“Qualquer alteração na forma de correção das contas do FGTS pode inviabilizar esta finalidade social do fundo, e que é direcionada,*

ADI 5090 / DF

precipualemente, à população mais carente”, além de que, “Para exemplificar, só em habitação, em 2021, o relatório de gestão do FGTS estimou que foram beneficiadas mais de 355 mil famílias e gerados ou mantidos cerca de 1,13 milhão de postos de empregos. De 1995 até 2022, R\$ 773 bilhões foram desembolsados, dos quais R\$ 718 bilhões foram direcionados para a área de habitação”.

Segundo dados divulgados recentemente, o incremento da remuneração do FGTS pode inviabilizar projetos estratégicos como o programa “Minha Casa Minha Vida” em razão do aumento no custo dos financiamentos, trazendo prejuízo para a população mais desassistida economicamente.

Segundo informações recebidas em memoriais, cerca de 90% (89,58%) dos financiamentos imobiliários, com valores do FGTS, destinam-se a pessoas com renda familiar mensal de até 5 salários mínimos, de sorte que *“a maioria dos financiamentos são contratadas por cotistas do Fundo – e ressalta-se, aqueles que possuem menor renda familiar bruta mensal, ou seja, são os que mais se beneficiam da política do Fundo na área de Habitação”.*

No âmbito do programa “Minha Casa Minha Vida”, a utilização do numerário do FGTS corresponde a 66,27% das unidades contratadas, sem olvidar que *“se o mutuário é cotista do FGTS possui um benefício exclusivo, com redução em sua taxa de juros em 0,5%”.*

Dito de forma direta: *“A cobrança atual das taxas de juros pelo FGTS garante aos mutuários uma menor taxa de juros final, e conseqüentemente uma menor prestação ou maior valor de financiamento para aqueles que são cotistas”.*

Aumentando-se a correção monetária (binômio juros e atualização monetária) do FGTS, inevitavelmente a rentabilidade média das aplicações deverá seguir a mesma lógica, isso sem contar nos custos operacionais.

Após a leitura do voto do relator, foram produzidos dados ainda não publicados (em revisão), os quais expressam que *“no período de 2023 a 2026, o resultado projetado do FGTS é insuficiente para equiparar a rentabilidade do Fundo à da Poupança, faltando cerca de R\$ 1,4 bilhão por ano em 2023 e 2024, R\$ 1,6 bilhão em 2025 e R\$ 800 milhões em 2026”.*

ADI 5090 / DF

2.5) A intervenção do Estado na Economia e a consequente inconstitucionalidade por omissão parcial da rentabilidade das contas do FGTS

No ponto, saliente-se que, em inúmeros julgamentos, este Tribunal manteve como válida a norma que dispunha sobre a correção monetária pela TR, quer por não tê-la declarado inconstitucional, quer por não ter visto na demanda matéria constitucional.

O RE 175.678, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, inclusive, é didático ao consignar que o Supremo Tribunal Federal não declarou a inconstitucionalidade da Taxa Referencial *per se*. Confirma-se, a propósito, a ementa do acórdão:

“CONSTITUCIONAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. UTILIZAÇÃO DA TR COMO ÍNDICE DE INDEXAÇÃO. I. - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIns 493, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves, 768, Relator o Sr. Ministro Marco Aurélio e 959-DF, Relator o Sr. Ministro Sydney Sanches, não excluiu do universo jurídico a Taxa Referencial, TR, vale dizer, não decidiu no sentido de que a TR não pode ser utilizada como índice de indexação. O que o Supremo Tribunal decidiu, nas referidas ADIns, e que a TR não pode ser imposta como índice de indexação em substituição a índices estipulados em contratos firmados anteriormente a Lei 8.177, de 01.03.91. Essa imposição violaria os princípios constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. C.F., art. 5., XXXVI. II. - No caso, não há falar em contrato em que ficara ajustado um certo índice de indexação e que estivesse esse índice sendo substituído pela TR. E dizer, no caso, não há nenhum contrato a impedir a aplicação da TR. III. - R.E. não conhecido”. (RE 175.678, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 4.8.1995).

No âmbito do controle difuso, em várias oportunidades, a Corte assinalou a constitucionalidade da incidência da TR, conforme pode-se

ADI 5090 / DF

verificar da ementa dos seguintes precedentes:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DEBÊNTURES. CORREÇÃO MONETÁRIA. TR/TRD. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 493/DF, Rel. Min. Moreira Alves, entendeu que a inconstitucionalidade da aplicação da TR como índice de atualização monetária é relativa apenas aos contratos anteriores à Lei nº 8.177/1991. 2. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento.” (ARE 860.157 ED, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 24.6.2015);

“Agravo regimental. Taxa Referencial Diária (TRD). Incidência em débitos tributários, como juros de mora, desde fevereiro de 1991. Constitucionalidade. Inovação no agravo regimental. Súmula nº 287/STF. 1) A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que é constitucional a incidência da Taxa Referencial Diária (TRD), como juros de mora sobre débitos tributários, desde fevereiro de 1991, segundo dispõe o art. 9º da Lei nº 8.177/91, modificado pelo art. 30 da Lei nº 8.218/91. 2) A agravante inova nas razões de agravo regimental. Incidência da Súmula nº 287/STF. 3) Agravo Regimental não provido.” (RE 413.214 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 11.10.2011);

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. TR-TRD COMO JUROS DE MORA. ART. 9º DA LEI 8.177/91. REDAÇÃO DO ART. 30 DA LEI 8.218/91. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA IRRETROATIVIDADE E ANTERIORIDADE. INEXISTÊNCIA. OMISSÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS PARA ESCLARECIMENTOS SEM ALTERAÇÃO DO JULGADO. 1. É

ADI 5090 / DF

constitucional a aplicação da TR-TRD como juros de mora (Leis 8.177/91 e 8.218/91) no parcelamento de débito para com a Fazenda Nacional, cuja incidência se deu a partir de fevereiro de 1991. Precedentes. 2. Afastada a hipótese de erro material no que tange à data dos fatos geradores. 3. Embargos de declaração acolhidos tão-somente para prestar esclarecimentos quanto à omissão apontada, sem alteração do julgado.” (RE 567.673-AgR-ED, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 14.12.2010).

Esses precedentes sugerem que, em tais situações específicas, o debate sobre a constitucionalidade da TR acabou sendo abordado de forma meramente secundária, sem que seja possível afirmar em caráter peremptório que o STF a considere abstratamente inválida como critério de correção monetária *in genere*.

E mais: esta Corte, no RE 226.855, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, DJ 13.10.2000, decidiu que, ao contrário da caderneta de poupança (viés contratual), o FGTS possui caráter estatutário-legal. Eis a ementa do referido precedente:

“Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS. Natureza jurídica e direito adquirido. **Correções monetárias decorrentes dos planos econômicos conhecidos pela denominação Bresser, Verão, Collor I (no concernente aos meses de abril e de maio de 1990) e Collor II. - O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária, por decorrer da Lei e por ela ser disciplinado.** - Assim, é de aplicar-se a ele a firme jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico. - Quanto à atualização dos saldos do FGTS relativos aos Planos Verão e Collor I (este no que diz respeito ao mês de abril de 1990), não há questão de direito adquirido a ser examinada, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional. - No

ADI 5090 / DF

tocante, porém, aos Planos Bresser, Collor I (quanto ao mês de maio de 1990) e Collor II, em que a decisão recorrida se fundou na existência de direito adquirido aos índices de correção que mandou observar, é de aplicar-se o princípio de que não há direito adquirido a regime jurídico. Recurso extraordinário conhecido em parte, e nela provido, para afastar da condenação as atualizações dos saldos do FGTS no tocante aos Planos Bresser, Collor I (apenas quanto à atualização no mês de maio de 1990) e Collor II". (RE 226.855, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 13.10.2000, grifo nosso).

Neste julgado, o Tribunal chancelou a imposição da correção monetária dos Planos Verão e Collor I (quanto ao mês de abril de 1990) e afastou a condenação judicial quanto aos Planos Bresser, Collor I (mês de maio de 1990) e Collor II.

Isto é, nesse precedente, esta Corte placitou uma dissociação entre os índices oficiais de inflação de vários períodos [Planos Bresser, Collor I (mês de maio de 1990) e Collor II] e a atualização monetária das contas do FGTS, em um contexto de planos econômicos, gestados na tentativa de refrear o processo inflacionário.

Isso porque, a despeito de a remuneração do FGTS situar-se no plano estatutário-legal e atrair-se o espectro da incidência vertical dos direitos e garantias fundamentais (art. 7º, III, da CF), tal exegese não pode conduzir direta ou indiretamente à existência de direito adquirido à obtenção de variação da inflação, de forma totalmente dissociada do arcabouço social, econômico e estrutural no qual o FGTS está inserido.

Em outras palavras, a reposição da inflação não pode ser automática e paritária com as variáveis do mercado (demais índices de inflação), tendo em vista a finalidade legal da existência do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

Ao enviar o PLDO 2024 (Projeto de Lei do Congresso Nacional 4/2023), a União calculou em R\$ 295,9 bilhões a eventual repercussão financeira advinda da procedência desta ADI 5.090. (Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?>

ADI 5090 / DF

dm=9316380&ts=1681509121655&disposition=inline. p. 877. Acesso em: 11.6.2024).

Evidentemente, o importe considerou o marco prescricional trintenário (30 anos), o que perfaz, analisando em média, uma quantia de R\$ 9,86 bilhões ao ano.

Ocorre que esta Corte declarou a inconstitucionalidade do prazo trintenário no ARE 709.212, sob minha relatoria, Pleno, DJe 19.2.2015 (tema 608 da RG), diante da inconstitucionalidade do art. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990, e do art. 55 do Decreto 99.684/1990, no trecho que dispõe sobre o “privilégio do FGTS à prescrição trintenária”. A tese aprovada, ao final, foi a seguinte:

“O prazo prescricional aplicável à cobrança de valores não depositados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) é quinquenal, nos termos do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal”.

A interpretação que tem sido conferida pelo TST é a seguinte, tal como se observa da Súmula 362 daquela Corte:

“I – Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato;

II – Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709212/DF)”.

Tenho que, *in casu*, em se tratando de verba depositada em conta junto à CEF (agente operador), por força de lei, para fins econômicos e sociais (política pública de financiamento de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana), a União é quem suportará eventual repercussão financeira, por se tratar de critério de correção

ADI 5090 / DF

monetária de contas vinculadas do FGTS, **havendo, por força da especialidade, a aplicação do prazo prescricional quinquenal, previsto no art. 1º do Decreto 20.910/1932, em vez do trintenário.**

Isso é o que se encontra disposto no art. 4º da Lei 8.036/1990:

“Art. 4º. O gestor da aplicação dos recursos do FGTS será o órgão do Poder Executivo responsável pela política de habitação, e caberá à Caixa Econômica Federal (CEF) o papel de agente operador”. (grifo nosso).

Está claro que a gestão da aplicação dos recursos incumbe ao órgão do Poder Executivo da União responsável pela política de habitação (Conselho Curador do FGTS, presidido pelo Ministro de Estado do Trabalho e Previdência ou representante por ele indicado), assumindo a CEF apenas o papel de agente operador.

Por conseguinte, questões correlatas ao aspecto normativo de baixa remuneração das contas do FGTS são atribuídas à União, como política institucional, sendo essa a razão pela qual está inserida no anexo de riscos fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias da União.

Deixo isso aqui bem registrado até para que seja possível calcular o impacto financeiro de eventual decisão desta Corte. Evidentemente, trata-se de distinção do caso concreto desta ADI 5.090 em relação àquele precedente qualificado sob minha relatoria, acima transcrito.

De fato, a remuneração de 3% ao ano, acrescida da TR, em determinados períodos, desde junho de 1999, distanciou-se em demasia daquilo que se espera como razoável retorno financeiro em um depósito compulsório (caderneta de poupança), por força de lei, em razão da intervenção operada pelo Conselho Monetário Nacional.

Senão vejamos as simulações realizadas na ferramenta “calculadora do cidadão” do Banco Central do Brasil:

O saldo de R\$ 1.000,00 depositados na caderneta de poupança, corrigidos monetariamente (juros e atualização monetária), de 1º.6.1999 a 30.8.2017, perfaz a quantia de R\$ 4.062,51;

O mesmo saldo de R\$ 1.000,00 depositados no FGTS (juros e

ADI 5090 / DF

atualização monetária) alcança, no idêntico período, a quantia de cerca de R\$ 2.100,00 (praticamente metade do resultado da poupança).

De outro lado, R\$ 1.000,00 atualizados tão somente pelo IPCA-E (atualização monetária), no mesmo interregno, alcança o importe de R\$ 3.209,50. Repetindo as mesmas variáveis, substituindo apenas o índice de correção monetária pelo INPC, atinge o valor de R\$ 3.290,44. Igualmente, trocando o índice de atualização pelo IGP-M, a quantia totaliza R\$ 4.027,49.

De forma semelhante, R\$ 1.000,00, corrigidos pela taxa Selic (juros e correção monetária) atingiria, no mesmo interstício, R\$ 10.973,63.

Evidentemente, não se está exigindo coincidência matemática com os índices usuais de inflação (o que seria retornar à indexação), porém não se pode ficar aquém do limite mínimo tolerável (que, concordo com o relator, poderia ser a caderneta de poupança ou a inflação, na linha do acordo aportado aos autos), havendo que se considerar flutuações positivas e outras negativas em determinados períodos da rentabilidade, ao longo de um período significativo.

Tal descasamento surgiu a partir da Resolução 2.604, de 23 de abril de 1999, do Conselho Monetário Nacional (de autoria do Banco Central do Brasil), a qual introduziu uma modificação da aplicação do redutor (R) no cálculo da TR, atuando-se como nítida intervenção do Estado na economia, com clara repercussão indireta sobre diversas aplicações, entre elas poupança, títulos antigos do Tesouro Nacional, financiamentos habitacionais, créditos subsidiados para a construção civil etc.

Tal decisão adveio do voto aprovado pelo Conselho Monetário Nacional 43/99, do Presidente do Banco Central do Brasil, em exercício à época, Sérgio Darcy da Silva Alves, com base no voto BCB 126/1999, assim expresso:

“A Lei nº 8.177, de 10 de março de 1991, determina, em seu art. 1º. que o Banco Central do Brasil divulgue mensalmente a Taxa Referencial - TR, calculada a partir da remuneração mensal líquida de impostos dos depósitos a prazo fixo, de acordo com metodologia aprovada pelo Conselho Monetário

ADI 5090 / DF

Nacional. Posteriormente, a Lei nº 8.660, de 28 de maio de 1993, modificou a periodicidade de divulgação da TR, passando-a para diária, observada, igualmente, a metodologia aprovada por aquele colegiado, nos termos do art. 1º, *caput*, da Lei nº 8.177, de 1991.

2. Atualmente, o cálculo da Taxa Referencial - TR é disciplinado pela Resolução nº 2.437, de 30 de outubro de 1997, com a redação dada ao seu art. 4º pela Resolução nº 2.459, de 18 de dezembro de 1997. O mencionado artigo dispõe que a TR será obtida pela aplicação de um redutor "R" à Taxa Básica Financeira - TBF, criada pela Medida Provisória nº 1.540, de 18 de dezembro de 1996 - cujas disposições constam atualmente da Medida Provisória nº 1.750-49, de 8 de abril de 1999 - e calculada de acordo com a mesma Resolução nº 2.437, de 1997.

3. O redutor 'R', por sua vez, é obtido mensalmente, de acordo com fórmula específica que, desde a vigência da mencionada Resolução nº 2.437, de 1997 - e mesmo após a alteração promovida pela Resolução nº 2.459, de 1997 - **tem como uma de suas variáveis a média aritmética simples das TBF referentes aos 5 últimos dias úteis de cada mês (TBFm).**

4. A metodologia vigente, contudo, tem sido questionada por gerar fortes oscilações no diferencial entre a rentabilidade dos depósitos de poupança e a dos demais ativos financeiros do mercado, alternando períodos onde tais depósitos apresentam excessiva competitividade - logo após bruscas variações positivas nas taxas de juros reais - , atraindo depósitos pouco estáveis, com períodos de rentabilidade bastante inferior e conseqüente migração de parcela da poupança para outras formas de aplicação. As distorções apontadas têm origem, em grande parte, na utilização de um redutor mensal pre-fixado, calculado com base em valores de TBF do mês anterior, aplicado às TSF diárias do mês de referência.

5. A busca de ganhos decorrentes de abruptas alterações no custo de oportunidade da aplicação em depósitos de poupança, embora não seja característica da grande maioria dos detentores de cerca de 69 milhões de contas, tem causado forte

ADI 5090 / DF

instabilidade nos saldos desses depósitos em razão da grande concentração dos recursos. Segundo dados do DECAD/DIHAF, 36% do saldo dos depósitos de poupança do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE) estavam depositados, em dezembro de 1998, em apenas 0,65% das contas.

6. Outro inconveniente das bruscas elevações na remuneração desses depósitos é o excessivo custo para os mutuários do Sistema Financeiro da Habitação e do SBPE da variação de suas dívidas, que são a contraparte mais expressiva desse segmento do mercado financeiro.

7. Tal instabilidade, no caso dos depósitos de poupança, tem consequências ainda mais indesejáveis se analisada sob a ótica da aplicação dos recursos captados, que têm de observar percentuais fixos de direcionamento nas várias modalidades previstas, de elevados prazos de retorno, na sua quase totalidade, em contraposição à alta liquidez dos referidos depósitos.

8. Com vistas a minimizar a volatilidade do diferencial entre as taxas de remuneração dos depósitos de poupança e as dos depósitos a prazo, propomos a adoção de um redutor diário, a ser calculado por fórmula semelhante à que vigorava anteriormente à Resolução nº 2.459, de 1997, substituindo-se a variável TBFm pela TBF do dia de cálculo da TR (TBFi) e estabelecendo-se, para os parâmetros 'a' e 'b' fixados na referida fórmula, os valores de 1,005 e 0,48, respectivamente.

9. A proposição apresentada resultaria em menor volatilidade da TR, em decorrência da eliminação dos problemas relacionados ao diferencial de dias úteis existentes de um mês para outro, bem como permitiria que o redutor incorporasse tempestivamente alterações no patamar das taxas básicas de juros.

10. Com a adoção desses critérios, a remuneração dos depósitos de poupança, em nenhuma hipótese, superaria a rentabilidade - líquida de imposto de renda - dos Certificados de Depósitos Bancários (CDB) com prazos entre 30 e 35 dias e, na ocorrência de elevações das taxas de juros reais, seria

ADI 5090 / DF

mantida uma relação aproximadamente constante entre ambas, impedindo que a diferença absoluta das taxas de juros fosse, em sua totalidade, repassada aos aplicadores e aos mutuários.” (Disponível em: https://www.bcb.gov.br/conteudo/cmn/AtasCmn/Ata_0657_CMN.pdf. Acesso em: 11.6.2024, p. 318/322; grifo nosso).

O Conselho Monetário Nacional, no intuito de evitar flutuações da TR, com repercussões nas prestações devidas pelos mutuários do Sistema Financeiro de Habitação e na proporcionalidade entre a rentabilidade dos depósitos de poupança, bem ainda dos demais ativos financeiros do mercado, resolveu alterar o fator “R” (reductor), dissociando-se da captação de mercado e passando a incidir, na fórmula da TR, um reductor diário, “a ser calculado por fórmula semelhante à que vigorava anteriormente à Resolução nº 2.459, de 1997, substituindo-se a variável TBFm pela TBF do dia de cálculo da TR (TBFi) e estabelecendo-se, para os parâmetros ‘a’ e ‘b’ fixados na referida fórmula, os valores de 1,005 e 0,48”.

Tal ato praticado pelo Estado brasileiro – destaque-se de forma legal e constitucional –, somado à taxa legal de juros de 3% ao ano, operou, no plano fático, um descasamento com a realidade inflacionária do período vivenciado e a remuneração global das contas do FGTS, havendo nítida insuficiência protetiva de um direito fundamental por omissão inconstitucional parcial, em recompor a remuneração das contas do FGTS (juros e atualização monetária), a partir daquela intervenção do Estado na economia.

Do que ressoa dos autos, o que está em jogo é a verificação do cumprimento de um dever de proteção constitucional (*Schutzpflicht*), que visa a tutelar o fundo de garantia por tempo de serviço como garantia ao trabalhador em caso de infortúnio ou para financiar a compra da casa própria.

Nesse sentido, os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais

ADI 5090 / DF

expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*).

A forma como o dever de proteção de direitos fundamentais deve ser satisfeita constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais que dispõem de alguma liberdade de conformação.

Como adverte Bernhard Schlink, a tutela insuficiente não se configura apenas quando o Estado não faz nada para atingir dado objetivo para o qual deva envidar esforços, mas também quando os instrumentos de tutela existentes não se afiguram aptos a garantir o exercício de direitos e liberdades individuais. O referido autor assevera que:

“A conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (*untermässig*), porque ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito (*unverhältnismässig im engeren Sinn*) (*Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 462-463)”.

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a utilização do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente pode ser encontrada na segunda decisão sobre o aborto. O *Bundesverfassungsgericht* assim se pronunciou:

“O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que levem a alcançar atendendo à contraposição de bens jurídicos a uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência). (...) É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...). Considerando-se

ADI 5090 / DF

bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis". (BverfGE 88, 203, 1993).

A omissão estatal, a partir de 1º.6.1999, para coibir a baixa rentabilidade das contas existentes no FGTS traduziu em uma proteção deficiente do direito previsto no art. 7º, III, da CF.

Dito de outra forma: a inconstitucionalidade por omissão parcial não está identificada na alteração na fórmula da TR ou nos juros de 3% ao ano, quando tais fatores são analisados isoladamente (os quais considero constitucionais para os fins a que se destinam em cada uma de suas aplicações), mas na conjugação dos dois elementos que compõem a remuneração final das contas de FGTS, produzindo uma baixa rentabilidade no depósito compulsório de cada trabalhador.

Ou seja, registre-se que a TR, em si, não é inconstitucional ou ilegal, devendo ser mantida para o fim de corrigir monetariamente os contratos de financiamento junto ao Sistema Financeiro de Habitação; poupança e outras avenças existentes na seara privada ou pública. Igualmente, a taxa de juros de 3%, não é, por si só, inconstitucional ou ilegal.

O resultado da conjugação de ambos (saldo corrigido pela incidência de juros de 3% ao ano e TR), em uma ambiência constitucional protetiva ao trabalhador (art. 7º, III, da CF), é que se mostra deficitário para o fim de proteger as economias dos brasileiros-fundistas, havendo, neste ponto, omissão inconstitucional de o Estado brasileiro superar essa proteção deficiente.

Todavia, a partir da Medida Provisória 763, 22 de dezembro de 2016 (DOU 23.12.2016), houve um acréscimo financeiro justamente em razão dessa baixa rentabilidade, calhando transcrever a exposição de motivos daquela:

ADI 5090 / DF

“Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

1. Submetemos à apreciação de Vossa Excelência minuta de Medida Provisória que altera a Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, objetivando distribuir parte dos lucros do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) para os titulares das contas vinculadas e dispor sobre a possibilidade de movimentação da conta do FGTS vinculada ao contrato de trabalho extinto até 31 de dezembro de 2015.

2. O FGTS foi criado pela Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, como opção ao regime de estabilidade decenal celetista, reformulado pela Lei nº 8.036, de 1990, e regulamentado pelo Decreto nº 99.684, de 8 de novembro de 1990, com duplo objetivo: (i) garantir ao trabalhador optante a formação de um pecúlio relativo ao tempo de serviço em uma ou mais empresas, para ampará-lo em caso de demissão e a seus dependentes em caso de falecimento; e (ii) fomentar políticas públicas por meio do financiamento de programas de habitação popular, de saneamento ambiental e de infraestrutura urbana.

3. Ocorre que, nos últimos anos as contas dos trabalhadores tiveram correção inferior a muitas aplicações financeiras, notadamente em relação à remuneração da poupança. Diante disso, há diversas ações na justiça solicitando uma correção mais adequada para as contas vinculadas do FGTS.

4. Ressalta-se que o FGTS é formado por depósitos mensais efetivados pelo empregador, equivalentes a 8,0% do salário pago ao empregado. **O fundo rende, ao titular da conta vinculada, 3,0% ao ano (a.a.) mais a taxa referencial (TR), e pode ser sacado em demissão sem justa causa, aposentadoria, aquisição da casa própria e outros motivos de saques específicos.**

5. O fundo financia, principalmente, programas de habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana. O orçamento dos programas de desenvolvimento urbano no ano de 2015 foi de aproximadamente R\$ 100 bilhões, sendo que R\$

ADI 5090 / DF

12,1 bilhões foram destinados a descontos no Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV). Além disso, a remuneração do ativo é superior à do passivo, preservando a sustentabilidade intertemporal do Fundo, o que garante recursos suficientes para distribuição de lucros.

6. Cumpre mencionar que existem proposições legislativas que visam alterar a remuneração das contas vinculadas para que essas tenham rendimento equivalente a taxa de poupança. Tal regra traria impactos negativos à política de aplicação do Fundo, que teria que elevar sua taxa de aplicação dos recursos, prejudicando setores como o de saneamento e o de habitação que têm elevado retorno social.

7. Nada obstante, é possível melhorar a remuneração das contas vinculadas sem impor prejuízos ao papel do Fundo como fonte de recursos para setores chaves da economia. Essa solução passa pela distribuição anual de parte do resultado alcançado pelo conjunto de aplicações realizadas pelo FGTS às contas vinculadas.

8. Estudos recentes demonstram que destinar 50% do resultado alcançado pelo Fundo aos detentores de contas vinculadas não traria riscos à sua liquidez ou ao seu desenvolvimento de médio e longo prazo, mas permitiria uma elevação na rentabilidade média das contas de 3,7% ao ano para 5,5% ao ano, isto, sem impor qualquer ônus às taxas de aplicação do FGTS.

9. Diante do exposto, propõe-se a destinação de 50% do resultado alcançado pelo FGTS em cada exercício às contas vinculadas.

10. Aliado à melhoria da remuneração das contas dos trabalhadores, faz-se necessário empreender em medidas que permitam, ainda que de forma parcial, uma recomposição da renda dos trabalhadores.

11. O momento que vivenciamos na economia é de endividamento das empresas e famílias, de restrição ao crédito e de recrudescimento no mercado de trabalho.

(...)

ADI 5090 / DF

16. Desta forma, a urgência desse conjunto de medidas decorre tanto da premente necessidade de dar maior segurança jurídica ao FGTS, quanto pela necessidade de darmos aos nossos trabalhadores condições mínimos para ajustarem sua renda. Em especial, dada situação em que o país se encontra de recessão intensa e prolongada, com impacto significativo sobre o emprego e a renda. Essas medidas, em função da magnitude e tempestividade de seus efeitos sobre a economia, devem contribuir para a retomada do crescimento tão necessária ao desenvolvimento do país". (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP%20763-16.pdf. Acesso em: 11.6.2024, grifo nosso).

De fato, houve um reconhecimento estatal implícito da baixa rentabilidade dessa aplicação financeira dos trabalhadores pelo Governo Federal, que restou sacramentado pela conversão na Lei 13.446/2017, a qual possui a seguinte redação:

“Art. 1º. A Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990 , passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art.13.
.....

§ 5º. O Conselho Curador autorizará a distribuição de parte do resultado positivo auferido pelo FGTS, mediante crédito nas contas vinculadas de titularidade dos trabalhadores, observadas as seguintes condições, entre outras a seu critério:

I - a distribuição alcançará todas as contas vinculadas que apresentarem saldo positivo em 31 de dezembro do exercício-base do resultado auferido, inclusive as contas vinculadas de que trata o art. 21 desta Lei;

II - a distribuição será proporcional ao saldo de cada conta vinculada em 31 de dezembro do exercício-base e

ADI 5090 / DF

deverá ocorrer até 31 de agosto do ano seguinte ao exercício de apuração do resultado; e

III - a distribuição do resultado auferido será de 50% (cinquenta por cento) do resultado do exercício.

§ 6º. O valor de distribuição do resultado auferido será calculado posteriormente ao valor desembolsado com o desconto realizado no âmbito do Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV), de que trata a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009 .

§ 7º. O valor creditado nas contas vinculadas a título de distribuição de resultado, acrescido de juros e atualização monetária, não integrará a base de cálculo do depósito da multa rescisória de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 18 desta Lei. (NR)

[...]

Art. 2º. A apuração do resultado auferido pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), para fins de distribuição, será iniciada no exercício de 2016”.

Segundo consulta ao sítio eletrônico do FGTS, acerca da distribuição de resultados, tem-se o seguinte:

“A Distribuição de Resultado do FGTS é uma medida legal que tem como objetivo elevar a rentabilidade das contas vinculadas do trabalhador, por meio da distribuição de resultado do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

A Lei nº 13.446 assinada em 25 de Maio de 2017 definiu que cabe ao Conselho Curador do FGTS autorizar a Distribuição de Resultado do FGTS, e a CAIXA operacionalizar o crédito nas contas do FGTS dos trabalhadores que tenham esse direito.

O valor referente à Distribuição de Resultado é proporcional ao saldo da conta vinculada posicionado em 31 de Dezembro do ano-base do resultado auferido e o crédito ocorre até o dia 31 de Agosto do ano seguinte. Esse valor é obtido por meio da multiplicação do saldo existente na sua conta pelo

ADI 5090 / DF

índice de distribuição aprovado pelo Conselho Curador do FGTS". (Disponível em: <https://www.fgts.gov.br/Pages/sou-trabalhador/distribuicao-de-resultados.aspx>. Acesso em: 11.6.2024).

Posteriormente, por meio da MP 889/2019 (convertida na Lei 13.932/2019), a trava da distribuição do resultado positivo do FGTS de 50% foi revogada (anteriormente prevista no inciso III do § 5º do art. 13 da Lei 8.036/1990), de sorte que, atualmente, é possível repassar a totalidade da distribuição de resultado do FGTS.

Tanto é que, no ano de 2022, o percentual de repasse, a título de distribuição dos lucros, nas contas individuais foi de 99% do resultado do fundo; em 2021, 96% do resultado positivo; e em 2020, 66,2%.

Desse modo, atualmente, praticamente 100% do resultado positivo encontra-se sendo revertido ao trabalhador, por meio de complemento de rentabilidade, providência estatal hábil a afastar, a partir de 31.8.2017, a inação ilegítima da União.

Portanto, considero que, a partir de 30.8.2017, quando passou a ocorrer um incremento significativo à rentabilidade daquelas contas de todos os trabalhadores brasileiros, deixou-se de persistir aquela omissão inconstitucional, anteriormente existente por baixa rentabilidade (correção monetária e juros), totalmente fora da curva média do mercado (caderneta de poupança).

A partir de então, aquela situação inconstitucional anteriormente existente foi superada pela atuação acertada do Presidente da República, à época, Michel Temer, que apresentou a referida medida provisória.

Desde 2017, momento o qual os lucros começaram a ser distribuídos com os fundistas, o FGTS remunerou em patamar próximo ou maior que a inflação.

Inúmeras matérias jornalísticas, de órgãos especialistas em dados econômicos, expõem essa constatação:

“FGTS rendeu mais que o CDI e quase o dobro da poupança em 2021.

ADI 5090 / DF

Na competição entre os lanternas dos investimentos, o fundo de garantia acabou saindo na frente por conta da decisão de dividir 99% dos lucros com os cotistas.

Nesta sexta-feira (22), o Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) aprovou a distribuição de 99% do lucro líquido do fundo entre os cotistas, ou seja, qualquer um que tenha saldo positivo. No total, serão depositados R\$ 13,2 bilhões dos R\$ 13,3 bilhões do lucro para os trabalhadores com contas vinculadas ao fundo, com ano-base 2021.

Assim, ao somar o lucro distribuído à rentabilidade de 3% ao ano mais Taxa Referencial, a Caixa Econômica calcula que o retorno do FGTS em 2021 tenha sido de 5,83% ao ano ante os 2,94% da poupança no período.

(...)

O fundo teve um retorno 95% maior que a caderneta, quase o dobro. Na briga entre as aplicações com piores rendimentos, o fundo se mostrou 'menos pior' após a decisão do conselho. Também rendeu mais que o CDI, que ficou em torno de 4,4% no ano.

(...)

E apesar de superar outras aplicações, o retorno do fundo de garantia segue inferior à inflação oficial de 10,06% pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) no ano passado. **Essa é a primeira vez desde 2017 em que os rendimentos do FGTS não conseguirão repor as perdas com a inflação.**

(...)

O lucro líquido do FGTS é resultante de receitas de R\$ 39,3 bilhões e despesas de R\$ 26 bilhões. No ano passado, foram distribuídos R\$ 8,1 bilhões, o equivalente a 96% do lucro do fundo. Em 2020, o repasse foi de R\$ 7,5 bilhões, o equivalente a 66,2% do resultado positivo de 2019, totalizado em R\$ 11,3 bilhões.” (Valor Investe. *FGTS rendeu mais que o CDI e quase o dobro da poupança em 2021*. Isabel Filgueiras e Daniel Cristovão. Jul. 2022 Disponível em:

ADI 5090 / DF

<https://valorinveste.globo.com/produtos/renda-fixa/noticia/2022/07/22/fgts-rendeu-mais-que-o-cdi-e-quase-o-dobro-da-poupanca-em-2021-calcula-caixa.ghtml>. Acesso em: 11.6.2024; grifo nosso).

Ao meu ver, a situação de inconstitucionalidade por omissão parcial pela baixa remuneração das contas do FGTS foi corrigida pela distribuição dos lucros, a partir de 31.8.2017, sendo exatamente a razão pela qual registra a reportagem que *“Essa é a primeira vez desde 2017 em que os rendimentos do FGTS não conseguirão repor as perdas com a inflação.”* **Dito de outro modo: à exceção do ano de 2021, em todos os anos desde 2017 (após a distribuição dos lucros), a remuneração do FGTS superou a inflação.** No ano de 2021, ficou muito próximo de alcançá-la, não se mostrando razoável fazer qualquer intervenção judicial.

Portanto, reconheço que a situação anteriormente existente modificou-se, considerando que, a partir de 31.8.2017, houve o início de divisão de lucros com os cidadãos-cotistas.

Outrossim, considero importante destacar que, de acordo com o que foi divulgado pelo Conselho Curador do FGTS, para alcançar a *“remuneração da Poupança em 2022, o FGTS teria que distribuir R\$ 4 bi a mais do que o valor efetivamente distribuído de 12,7 bi (99% do resultado auferido no período)”* (ADI 5090 – Impactos e cenários – agosto 2023, agente operador do FTGS).

Isso desaguaria no *“aumento de despesa para União, com recursos do OGU, em cerca de R\$ 8,6 bilhões em 4 anos”* (OGU – Orçamento Geral da União).

Portanto, o resultado de determinar judicialmente a remuneração igual à da caderneta de poupança poderá trazer consequências sistêmicas de difícil mensuração no mercado, na economia e na população mais desassistida economicamente, que sofrerá com o aumento da taxa de juros do financiamento habitacional paga pela menor faixa de renda, que ficaria com a capacidade de financiamento comprometida, impedindo cerca de 48% da base de mutuário de 2023 a ter direito ao financiamento da casa própria, em sentido inverso ao pretendido pelo relator.

ADI 5090 / DF

Considero que todas as questões envolvendo a adequada remuneração das contas do FGTS devem ser resolvidas no Parlamento ou em negociações com o Governo Federal, diante do efeito sistêmico sobre um *funding* que serve para financiamento de inúmeros ramos do setor de infraestrutura (saneamento, habitação etc.).

Penso que tal constatação possui relevo na correspondente análise de conformidade constitucional advinda da revisão dos fatos e prognoses do legislador, a qual tive oportunidade de registrar em sede doutrinária:

“Questão de importância capital para o exercício das atividades jurisdicionais das Cortes Constitucionais diz respeito à possibilidade de exame de fatos legislativos ou prognoses legislativas aceitos ou adotados pelo legislador ao promulgar uma dada norma.

Em muitos casos, as dificuldades acentuam-se em razão de não ser admissível, em variados processos especiais, a produção adicional de provas ou a realização de perícias.

De qualquer sorte, ainda que se aceite uma instrução processual ampla, coloca-se sempre a indagação sobre os limites dos poderes de que se encontra investido o Tribunal para rever os fatos e prognoses legislativos adotados e, assim, chegar à conclusão de que a norma não se mostra compatível com a Constituição.

No que concerne à relação da Corte Constitucional com os tribunais ordinários, especialmente no contexto do recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), reitera-se a orientação segundo a qual a verificação e a apreciação de fatos (*Tatbestand*) são da competência da jurisdição ordinária. Enfatiza-se, nessa linha, que o Tribunal não é uma simples Corte de Revisão. Na prática, identificam-se, porém, vários casos em que o Tribunal Constitucional relativiza esse postulado, procedendo a uma reavaliação ou a uma nova avaliação dos fatos apreciados pelas instâncias ordinárias. Tal prática tem gerado algumas críticas por parte da doutrina, que vislumbra nesse aspecto uma tendência de usurpação das atribuições da justiça criminal e da justiça cível.

ADI 5090 / DF

É verdade, entretanto, que essa crítica é mitigada, como observa Bryde, caso se aceite que, no tocante à (re)avaliação dos elementos fáticos, cuida-se de um critério de divisão de trabalho com o fito de proteção dos direitos fundamentais. Tal postulado poderá ser afastado se assim o exigir a defesa dos direitos fundamentais.

(...)

Philippi observa que o Tribunal procura basear as suas investigações sobre os fatos legislativos em análises das mais diversas, muitas vezes de índole empírica. Em alguns casos, o Tribunal socorre-se de argumentos relacionados com a experiência comum (não empírico).

Na verificação desses fatos, o Tribunal utiliza documentos históricos, literatura especializada, dados estatísticos e análises de peritos ou *experts*.

(...)

Restou demonstrado, então, que até mesmo no chamado controle abstrato de normas não se procede a um simples contraste entre disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional.

Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com a própria competência do Tribunal.

Cumprindo indagar sobre quando eventual deficit na análise dos fatos verificados por parte do órgão legislativo acarreta a ilegitimidade da lei.

Se se constata que a verificação dos fatos levada a efeito pelo legislador é incorreta numa decisão de caráter restritivo, então o Tribunal deverá declarar a inconstitucionalidade da medida questionada.

Assim, houve por bem a Corte Constitucional declarar a inconstitucionalidade da lei sobre proteção de animais, por

ADI 5090 / DF

lesão ao art. 12, I, da Lei Fundamental (liberdade de profissão), que, no § 13, n. 9, proibia o transporte de animais sob o sistema de reembolso (*Nachnahme*), com o fundamento de que essa forma de remessa possibilitava, não raras vezes, a recusa por parte do destinatário, o que ocasionaria um tratamento inadequado dos animais e um tempo de transporte acima do tolerável.

Após verificar que grande parte do transporte de animais se operava sob o regime de reembolso, tanto pelos correios como pela empresa ferroviária, a Corte Constitucional constatou que os registros fornecidos pelo Ministério da Agricultura indicavam um número quase inexpressivo de devoluções ou de qualquer outro obstáculo na entrega dos animais a seus destinatários. A lei estabelecia, assim, restrição incompatível com a liberdade de profissão.

Considera-se problemática a situação jurídica quando a avaliação dos fatos pelo legislador revela-se incompleta ou ausente. Ossenbühl anota, a propósito, que, na decisão sobre atividade do comércio varejista (*Einzelhandelbschluss*) (BVerfGE 19, 330 (340)), a Corte declarou a inconstitucionalidade da lei questionada por considerar que o perigo que ela pretendia evitar não se indicava singularmente nem se revelava provável.

Embora não haja dúvida de que a análise de fatos legislativos pelo Tribunal contribui para uma adequada proteção dos direitos fundamentais, afigura-se possível que mediante inventário rigoroso dos elementos fáticos envolvidos, venha o Tribunal criar uma base fática confiável para a lei cuja constitucionalidade se questiona. Ossenbühl critica tal possibilidade, tendo em vista especialmente que a complementação de fundamentação (*Nachschieben von Gründen*) revelar-se-ia, em princípio, inadmissível¹⁸⁰.

Em razão das singularidades das espécies processuais algumas delas submetidas à Corte Constitucional após decisão de diversas instâncias judiciais, outros processos apresentados diretamente ao Tribunal, poder-se-ia cogitar, em alguns casos, de cassação de decisão impugnada, com devolução dos autos às

ADI 5090 / DF

instâncias inferiores.

Com relação aos eventos futuros, entende-se que a decisão sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de uma dada lei depende da confirmação de um prognóstico fixado pelo legislador ou da provável verificação de um determinado evento.

Segundo Philippi, a Corte Constitucional alemã utilizar-se-ia de diversos procedimentos racionais para a realização de prognósticos:

a) o processo-modelo (*Modellverfahren*), que se refere a um procedimento das ciências sociais destinado a antever desenvolvimentos futuros a partir de uma análise causal-analítica de diversos fatores estáveis ou variáveis;

b) a análise de tendências (*Trendverfahren*), no qual se analisam determinadas tendências de desenvolvimento em função do tempo;

c) o processo de teste (*Testverfahren*), que propicia a generalização de resultados de experiências ou testes para o futuro;

d) o processo de indagação (*Befragungsverfahren*), no qual se indaga sobre a intenção dos partícipes envolvidos no processo.

Esses processos seriam, em geral, utilizados de forma isolada ou combinada, predominando, segundo Philippi, o *Modellverfahren*. A utilização desses procedimentos não exclui as formulações intuitivas, ainda que estas, para terem algum poder de convicção de terceiros, devam ser traduzidas para um processo racional.

(...)

Tal como visto, a aferição dos fatos e prognoses legislativos pela Corte Constitucional é um controle de resultado (*Ergebniskontrolle*) e não do processo (*Verfahrenskontrolle*), até porque para isso faltaria qualquer parâmetro de controle ou uma específica autorização constitucional. Em outros termos, não se cuida, no juízo de constitucionalidade, de analisar como o Legislativo examinou

ADI 5090 / DF

os fatos legislativos, mas o que, efetivamente, ele constatou.

Na análise de Philippi, a Corte Constitucional tem revelado uma grande capacidade de estabelecer prognósticos corretos, capacidade essa que se mostra muito superior à do próprio Legislativo. Segundo sua opinião, a Corte utiliza-se de métodos de análise que se revelam superiores àqueles eventualmente adotados pelo Parlamento, permitindo que as decisões judiciais sejam racionalmente mais fundamentadas que as do legislador.

Conforme já anotado, Bryde coloca em dúvida, porém, a correção dessa assertiva por estar baseada em um número restrito de casos. Destaca, ainda, que por se pronunciar depois da aplicação da lei, pode a Corte, às mais das vezes, confrontar o legislador com o resultado de sua obra.

No tocante a falhas de prognósticos, a Corte adota uma solução diferenciada, avaliando se a prognose legislativa se revela falha de início (*im Ansatz verfehlt*) ou se se cuida de um erro de prognóstico que somente pode ser constatado *a posteriori*, depois de uma continuada aplicação da lei.

No primeiro caso, o deficit de prognose há de ensejar a nulidade da lei.

Na segunda hipótese, quando se verifica a falha na prognose legislativa após o decurso de certo tempo, o Tribunal considera irrelevante, do prisma constitucional, o erro de prognóstico cometido, desde que seja parte integrante de uma decisão tomada de forma regular ou obrigatória. No chamado *Mühlen-Beschluss*, deixou assente o Tribunal que erros sobre a evolução do desenvolvimento econômico devem ser admitidos, até porque o legislador está obrigado no limite do possível, para evitar perigos futuros, a tomar decisões cuja eficácia depende de fatores variados e que, por isso, podem ter desenvolvimentos não desejados (ou diversos daqueles desejados).

Nesse caso, deverá o legislador, todavia, empreender os esforços necessários para superar o estado de inconstitucionalidade com a presteza necessária". (MENDES,

ADI 5090 / DF

Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 1.218/1.225).

Mutatis mutandis, as mesmas considerações da revisão dos fatos e prognoses no âmbito legislativo devem ser transportadas para a análise dos dados em que, *in casu*, o legislador baseou-se para atenuar a baixa rentabilidade anteriormente existente nas contas dos fundistas, ao escolher determinada linha de atuação legislativa ao prever a distribuição dos lucros aos trabalhadores.

Consequentemente, entendo que, a partir de 30.8.2017, quando passou a ocorrer um incremento significativo à rentabilidade daquelas contas de todos os trabalhadores brasileiros, com a divisão dos lucros operada pela Lei 13.446/2017 e MP 889/2019 (convertida na Lei 13.932/2019), superou-se a situação anteriormente existente de baixa rentabilidade (correção monetária e juros), inexistindo qualquer inconstitucionalidade.

Peço vênia ao relator para julgar improcedentes os pedidos, considerando o atual cenário normativo que permite uma rentabilidade razoável do ponto de vista financeiro e sustentável do ponto de vista estrutural-sistêmico para os fins da política nacional de desenvolvimento urbano e as políticas setoriais de habitação popular, saneamento básico, microcrédito e infraestrutura urbana estabelecidas pelo governo federal.

3) Voto

Ante o exposto, voto pela improcedência dos pedidos, na linha da fundamentação.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. FLÁVIO DINO

REQTE.(S) : SOLIDARIEDADE

ADV.(A/S) : TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA (23167/DF) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : ALYSSON SOUSA MOURAO (18977/DF)

ADV.(A/S) : MARCELO MONTALVAO MACHADO (34391/DF, 31755-A/PA, 4187/SE, 357553/SP)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

ADV.(A/S) : JAILTON ZANON DA SILVEIRA (77366/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE ALIMENTAÇÃO E AFINS

ADV.(A/S) : SID HARTA RIEDEL DE FIGUEIREDO (1509-A/DF, 11497/SP)

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL ; CNTSS/CUT

ADV.(A/S) : RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO (32147/DF, 140251/MG, 234932/RJ, 1190/SE, 439314/SP)

ADV.(A/S) : RODRIGO CAMARGO BARBOSA (34718/DF, 256872/RJ)

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), que: (i) julgava parcialmente procedente o pedido, a fim de interpretar conforme a Constituição os dispositivos impugnados (art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036/1990 c/c art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177/1991), para declarar que a remuneração das contas do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança; e (ii) estabelecia que os efeitos da presente decisão se produzirão prospectivamente, a partir da publicação da ata de julgamento. Por fim, assentava que a questão da ocorrência de perdas passadas somente poderá ser avaliada e equacionada por via legislativa e/ou mediante negociação entre entidades de trabalhadores e o Poder Executivo, e firmava a seguinte tese: "A remuneração do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança"; e do voto do Ministro André Mendonça, que julgava parcialmente procedente a ação, acompanhando o Relator, nos termos de seu voto, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, os Drs. Alysson Sousa Mourão e Saul Tourinho Leal; pela Advocacia-Geral da União, o

Ministro Jorge Rodrigo Araújo Messias, Advogado-Geral da União; pelo *amicus curiae* Caixa Econômica Federal - CEF, o Dr. Jailton Zanon da Silveira; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, a Dra. Tatiana Melo Aragão Bianchini, Defensora Pública Federal; pelo *amicus curiae* Banco Central do Brasil - BACEN, o Dr. Erasto Villa Verde de Carvalho Filho, Procurador-Geral Adjunto do Banco Central; e, pelo *amicus curiae* Confederação Nacional dos Trabalhadores em Seguridade Social - CNTSS/CUT, o Dr. Raimundo Cezar Britto Aragão. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 20.4.2023.

Decisão: Em continuidade de julgamento, pediu vista dos autos o Ministro Nunes Marques. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Gilmar Mendes. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 27.4.2023.

Decisão: Após o voto reajustado do Relator, Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente), no sentido de: (i) julgar parcialmente procedente o pedido, a fim de interpretar conforme a Constituição os dispositivos impugnados (art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036/1990 e art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177/1991), para declarar que a remuneração das contas do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança; (ii) estabelecer que os efeitos da presente decisão se produzirão prospectivamente, para os novos depósitos efetuados a partir de 2025; e (iii) estabelecer, como regra de transição aplicável aos exercícios de 2023 e 2024, que a totalidade dos lucros auferidos pelo FGTS no exercício seja distribuída aos cotistas, podendo a questão da ocorrência de perdas passadas somente ser avaliada e equacionada por via legislativa e/ou mediante negociação entre entidades de trabalhadores e o Poder Executivo, firmando, ao final, a seguinte tese: "A remuneração global do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança", no que foi acompanhado pelos Ministros André Mendonça e Nunes Marques, pediu vista dos autos o Ministro Cristiano Zanin. Aguardam os demais Ministros. Plenário, 9.11.2023.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto médio do Ministro Flávio Dino, Redator para o acórdão, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta, com atribuição de efeitos ex nunc, a contar da publicação da ata de julgamento, estabelecendo o seguinte entendimento: a) Remuneração das contas vinculadas na forma legal (TR + 3% a.a. + distribuição dos resultados auferidos) em valor que garanta, no mínimo, o índice oficial de inflação (IPCA) em todos os exercícios; e b) Nos anos em que a remuneração das contas vinculadas ao FGTS não alcançar o IPCA, caberá ao Conselho Curador do Fundo (art. 3º da Lei nº

8.036/1990) determinar a forma de compensação. Vencidos os Ministros Luís Roberto Barroso (Presidente e Relator), André Mendonça, Nunes Marques e Edson Fachin, que julgavam parcialmente procedente o pedido para declarar que a remuneração das contas do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança, modulando os efeitos para os novos depósitos efetuados a partir de 2025. Ficaram vencidos parcialmente os Ministros Cristiano Zanin, Alexandre de Moraes, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que julgavam inteiramente improcedente o pedido. Plenário, 12.6.2024.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, André Mendonça, Cristiano Zanin e Flávio Dino.

Procurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário