

20/04/2023

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
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
& 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):

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Solidariedade, tendo por objeto

ADI 5090 / DF

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 portátil, acumulável por prazo indeterminado, o que agravaria o prejuízo decorrente da aplicação do aludido índice, dado que o

ADI 5090 / DF

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 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 ação.

II – Mérito. Não ocorrência de violação ao direito de propriedade, ao direito ao FGTS e ao princípio da moralidade

ADI 5090 / DF

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.”

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 Brasil - ANABB (pet. 20541/2018) e por dezenas, senão centenas, de pessoas físicas que afirmam ter interesse na discussão (pets. 28556/2019 e

ADI 5090 / DF

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 normas que alteraram a rentabilidade do Fundo não ajustaram de forma retroativa; (ii) a distribuição de lucros depende da ocorrência da efetiva

ADI 5090 / DF

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.

Revisado

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, Presidente.

Estamos, como relatei no início, diante de uma ação direta de inconstitucionalidade em que se questiona o critério legal de

ADI 5090 / DF

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 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

ADI 5090 / DF

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

ADI 5090 / DF

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 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

ADI 5090 / DF

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 levantá-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.

ADI 5090 / DF

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 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

ADI 5090 / DF

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

ADI 5090 / DF

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 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

ADI 5090 / DF

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 meio de aplicação financeira. O mercado, em geral, adota

ADI 5090 / DF

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

ADI 5090 / DF

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 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

ADI 5090 / DF

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

ADI 5090 / DF

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 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?

ADI 5090 / DF

Quanto a esse ponto, não há dúvida. Esta foi a minha tese, defendida da tribuna pela União e pelo Banco Central: remuneraram 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.

ADI 5090 / DF

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 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

ADI 5090 / DF

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.

Simplesmente não é legítimo impor a um grupo social - precisamente, um grupo vulnerabilizado - o ônus de financiar, com o

ADI 5090 / DF

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. 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

ADI 5090 / DF

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

ADI 5090 / DF

recurso público com natureza de direito constitucional social, provido de garantias iguais ou maiores do 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

ADI 5090 / DF

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 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

ADI 5090 / DF

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

ADI 5090 / DF

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 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.

ADI 5090 / DF

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

ADI 5090 / DF

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 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 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

ADI 5090 / DF

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 trestinação, 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 produzir-se-ão prospectivamente a partir da publicação da ata de

ADI 5090 / DF

juizamento. A quest3o da ocorr4ncia de perdas passadas somente poder3 ser avaliada e equacionada por via legislativa e/ou mediante negocia3o entre entidades de trabalhadores e o Poder Executivo.

Minha tese de julgamento 4 a seguinte, Presidente:

A remunera3o do FGTS n3o pode ser inferior 3 da caderneta de poupan3a.

4 como voto, Presidente.

Em elabora3o