

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRAS-ILIA – EDB
CURSO DE GRAUDAÇÃO EM DIREITO**

EMERSON DOURADO DA CONCEIÇÃO

**IMPACTOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA UTILIZAÇÃO DA TAXA
REFERENCIAL (TR) COMO ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DOS
DEPÓSITOS NAS CONTAS DO FGTS**

**Brasília,
NOVEMBRO 2016**

IMPACTOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA UTILIZAÇÃO DA TAXA REFERENCIAL (TR) COMO ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DOS DEPÓSITOS NAS CONTAS DO FGTS

IMPACTS ON THE FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS OF WORKERS AS THE USE OF THE REFERENCE RATE (TR) AS A MONETARY UPDATE INDEX OF THE DEPOSITS IN THE FGTS ACCOUNTS

Emerson Dourado da Conceição

SUMÁRIO

Introdução; 1. Do Direito Fundamental do Trabalhador ao FGTS; 2. A Utilização da TR como Índice de Correção Monetária; 3. Da Inconstitucionalidade da Taxa Referencial como Índice de Correção Monetária; Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho de conclusão de curso, objeto de pesquisa de natureza qualitativa, na forma exploratória, baseia-se na utilização da Taxa Referencial como índice de correção monetária do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Busca ainda demonstrar os impactos causados pela utilização de tal índice e a expressa violação constitucional decorrente desta, haja vista, a natureza jurídica do FGTS e os princípios constitucionais que o norteiam. O ponto principal do presente trabalho é demonstrar a inviabilidade da utilização do referido índice como instrumento de atualização monetária e a sua disparidade com a Constituição Federal, sendo que para tanto será demonstrado através da análise de diversos ações judiciais e notas técnicas apresentadas à respeito deste tema. Ao final, será evidenciado as diferentes possibilidades de garantir os direitos fundamentais dos trabalhadores por meio de outros índices que efetivamente correspondam a finalidade tal qual foram desenvolvidos.

PALAVRA-CHAVE: FGTS; Taxa Referencial; Trabalhador; Constituição Federal; Correção Monetária; Inconstitucionalidade; Finalidade.

ABSTRACT: The present study, which is the object of research of a qualitative nature, in the exploratory form, is based on the use of the Reference Rate as an index of monetary correction of the Guarantee Fund for Time of Service. It also seeks to demonstrate the impacts caused by the use of such index and the express

constitutional violation resulting from it, given the legal nature of the FGTS and the constitutional principles that guide it. The main point of this paper is to demonstrate the impossibility of using this index as an instrument for monetary updating and its disparity with the Federal Constitution, and for this purpose will be demonstrated through the analysis of several lawsuits and technical notes presented on this subject . In the end, the different possibilities of guaranteeing the fundamental rights of the workers will be evidenced through other indexes that effectively correspond to the purpose as they were developed.

KEYWORDS: FGTS; Reference Rate; Worker; Federal Constitution; Monetary Correction; Unconstitutionality; Goal.

INTRODUÇÃO

Tem-se que o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é um direito fundamental dos trabalhadores, o qual está devidamente resguardado pela Constituição Federal e regulado pela Lei n.º 8.036, de 1990, sendo ainda que tal fundo teve sua origem com o intuito de trazer garantias de estabilidade aos trabalhadores e dar fim a desordem decenal anteriormente existente.

A Lei de regulação do FGTS institui que este deveria ter os saldos existentes em conta vinculada devem ser corrigidos monetariamente pela Taxa Referencial, índice este que deveria garantir a preservação do poder aquisitivo e de compra da moeda.

O presente estudo trata da incompatibilidade do referido índice de correção monetária e o que versa a Constituição Federal, demonstrando assim a inconstitucionalidade dos artigos da Lei n.º 8.036, de 1990 que fixa tal índice e acaba por violar e inviabilizar direitos fundamentais dos trabalhadores.

Para isso, foi realizada pesquisa em diversas demandas judiciais e pareceres técnicos, a fim de elucidar a importância deste problema e as suas implicações na atualidade. A presente pesquisa é predominantemente documental e sob uma abordagem epistemológica.

Em suma, através de toda a análise realizada será demonstrado hipótese de alteração do referido índice e as consequências da permanência do modo que está.

1. DO DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR AO FGTS

Inicialmente, tem-se que a figura do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço teve sua origem na Lei n.º 5.107/66¹, que possuía como objetivo a constituição de uma alternativa ao regime de estabilidade decenal, previsto no art. 492 da CLT²: “O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas”.

Cabe fazer menção a lição trazida pelo professor Maurício Godinho sobre a criação do FGTS³;

Criado pela Lei nº 5.107, de 1966, inicialmente como sistema alternativo ao indenizatório e estabilizatório da CLT, o FGTS submetia-se a uma opção escrita por parte do trabalhador, no início do contrato laborativo. A nova lei facultava também a realização de opção retroativa ao longo do contrato ainda não inserido no sistema do Fundo de Garantia.

Contudo, a existência de tal fundo foi alvo de fortes críticas no meio empresarial e político brasileiro, sendo que a ideia de fundo de proteção aos trabalhadores surgiu no projeto da Constituição de 1934⁴, mais precisamente no art. 124, § 5º, com os seguintes argumentos;

“Toda empresa comercial ou industrial constituirá, paralelamente com um fundo de reserva do capital, e desde que este logre uma remuneração justa, nos termos do artigo 121, um fundo de reserva do trabalho capaz de assegurar aos operários ou empregados, o ordenado ou o salário de um ano, se por qualquer outro motivo a empresa desaparecer”⁵.

Há relatos que o FGTS é fruto de uma suposta dificuldade do Governo da época de desfazer-se da Fábrica Nacional de Motores, a qual, era considerada um “elefante branco”. A principal intenção era vender a FNM para particulares, mas após

¹ Brasil. Lei n.º 5.107, de 13 de setembro de 1966. Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e dá outras providências. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5107.htm >. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

² Brasil, Decreto Lei n.º 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm >. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso do direito do trabalho**. 10º ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 1206.

⁴ Art. 124, § 5º. Brasil, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm >. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

⁵ SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários à Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço**, Ed. LTr, 3ª ed., pg. 43-44.

análise realizada na empresa ficou constatado que haviam mais de 3.500 funcionários, em sua maioria estáveis, ou seja, com mais de 10 anos de serviço, o que evidentemente geraria um gigantesco ônus ao possível comprador, já que ganharia um estrondoso passivo trabalhista⁶.

Com isso, após a aplicação de demasiados atos de concentração e os resultados insatisfatórios foi desenvolvido uma fórmula capaz de criar alguma flexibilidade na relação de ativos da empresa e o trabalho exercido pelo empregado. Resultando então no desenvolvimento do FGTS, como espécie de substituição da estabilidade por ônus financeiro, que consistiria em depósitos numa conta nominal do empregado.

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço era oferecido como alternativa à estabilidade no ato da contratação do empregado, sendo que este poderia escolher entre o regime de estabilidade previsto na CLT ou o regime fundiário, o que não funcionou na prática, haja vista que a indenização nos casos de dispensa sem justa causa era no percentual equivalente a 10% sobre o montante dos depósitos, deste modo os empregados que optavam pelo FGTS, ao serem dispensados, independentemente do tempo de serviço realizavam o saque dos valores depositado e recebia a indenização de 10%.

Cabendo assim a título de esclarecimento, elucidar que de início o não funcionamento se deu porque não havia uma real opção entre o FGTS e a proposta do regime fundiário, uma vez que os contratos eram de adesão, no sentido de que os empregadores só contratavam quem se submetia ao regime do FGTS.

Nesse sentido, verifica-se o esvaziamento do direito do trabalhador à estabilidade, no qual, um instrumento criado para suprir necessidades e trazer garantias, não cumpria com o seu papel. Dispunha a lei regente em seu art. 3.º, que os depósitos efetuados na forma do art. 2º do mesmo diploma legal estariam sujeitos a correção monetária de acordo com legislação específica.

⁶ JANTALIA, Fabiano, **FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço**, ed. LTR, 2008, pg. 129.

Em seguida, com o advento da Constituição Cidadã⁷, o FGTS tornou-se um direito constitucional imperativo, uma vez que os trabalhadores não podiam optar pela substituição do FGTS.

Insta colacionar que o FGTS passou a ser regido pelas disposições da Lei 8.036/90 e que este é um instrumento de financiamento de programas habitacionais popular, saneamento básico e infraestrutura urbana.

No que tange a natureza jurídica do FGTS, tem-se a doutrina não é unanime em tal requisito, sendo um dos questionamentos se este fundo teria natureza tributária, ou não, sendo que o STJ na súmula n. 353⁸ consolidou o entendimento de que “o FGTS não possui natureza tributária”. Assim sendo, uma vez que tal súmula demonstra que o respectivo fundo não possui natureza tributária, não será aplicável a este o Código Tributário Nacional, nem os ritos especiais previstos para execução fiscal.

A importante de tal situação é dada pelo fato do FGTS não se enquadrar entre os tributos ou contribuições, de modo a inviabilizar a execução do mesmo por meios especiais, ou seja, é mais uma forma de fortalecer a sua natureza salarial com as repercussões que lhes são inerentes.

Contudo, Sérgio Pinto Martins entende que a natureza do FGTS é estritamente tributaria, tendo em vista que para o empregador o FGTS é uma contribuição social, espécie essa do gênero tributo.

Na busca de compatibilizar as naturezas, sustenta Vólia Bomfim Cassar⁹:

Para o empregado o FGTS tem natureza jurídica de direito à contribuição que tem caráter salarial (salário diferido). Equipara-se a uma poupança forçada. Para o empregador é uma obrigação e para a

⁷ (...). Deverá, no entanto, ser respeitado o direito adquirido, na medida em que os empregados que na data da promulgação da Constituição Federal se submetiam às regras de estabilidade decenal não poderão ter substituído o regime para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. (...). (CANOTILHO, J. J. Gomes; LEONCY, Léo Ferreira; MENDES, Gilmar Ferreira; Sarlet, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 562). "É evidente que as pessoas que tinham direito adquirido à estabilidade, pois já contavam com mais de 10 anos no emprego em 4-10-88, não irão perdê-la com o direito ao FGTS a partir de 5-10-88. O próprio art. 14 da Lei nº 8.036 ressalva essa questão". (MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 21º ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 454).

⁸ Brasil, Súmula n.º 353, STJ. As disposições do Código Tributário Nacional não se aplicam às contribuições para o FGTS. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_31_capSumula353.pdf>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 1244.

sociedade a contribuição tem caráter social. Daí decorre sua natureza múltipla ou híbrida.

Desta forma, observa-se que não há um consenso sobre a natureza jurídica do FGTS, mas que é imperioso destacar que se prevalece na jurisprudência, trata de uma parcela de cunho salarial e que conforme menciona Eduardo Gabriel Saad¹⁰, essa seria uma posição *sui generis*, ou seja o referido fundo possui funções públicas para interesses próprios. Ou seja, o FGTS acaba por ser um direito e/ou garantia do trabalhador regulado pela CLT, e está destinado a suprir interesses próprios, ou mais especificamente como propriedade do contribuinte.

Frisa-se ainda de acordo com José Cairo Jr¹¹, que os depósitos constituem um *plus salarial* e não um desconto na remuneração do trabalhador, o que acaba por diferenciá-lo das contribuições previdenciárias do empregado. Uma vez em mente que o FGTS possui natureza salarial e que por força de lei é destinado a determinado fundo, o qual o contribuinte não possui livre acesso para saques/movimentações, exceto nos casos previsto em rol taxativo da lei.

Evidente se mostra que o FGTS como *plus salarial*, no sentido de que este é de propriedade do contribuinte e por isso está diretamente ligado a ideia de garantia do trabalhador, uma vez que é desproporcional ter qualquer entendimento diferente a ideia de que os saldos existentes em contas vinculadas não correspondem ao salário ora obtido pelos trabalhadores. Assim sendo, entende-se que tal fundo “seria a forma mais adequada de garantir direitos fundamentais de seus contribuintes e assegurar o salário no decorrer das contribuições”.

Assim, tais valores recolhidos e integrantes da remuneração dos trabalhadores, logicamente constituem parcela de propriedade destes, e embora não possam utilizar de forma livre e segundo sua vontade, haja vista, que tal fundo fica sob guarda e administração do Estado por meio da Caixa Econômica Federal - CEF¹².

“Com o tempo, verificou-se que os levantamentos do fundo eram muito condicionados, que as vultosas importâncias recolhidas em seu nome e os rendimentos de sua aplicação no mercado permaneciam e permanecem detidas nas mãos dos órgãos ou do administrador do fundo, no caso, a Caixa Econômica Federal, que deles dispõem como

¹⁰ SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários à lei do fundo de garantia do tempo de serviço: lei 8.036, de 11.5.90**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995. p. 455-456.

¹¹ CAIRO JR., José. **Curso do direito do trabalho**. 6º ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 115.

¹² VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. **O novo FGTS. Percussões constitucionais**. *Revista de informação legislativa*. Brasília, n.º 116, 1992, 29 v, p. 164.

se fossem próprios ou deles se servem, na maioria das vezes, para suprir o caixa do Governo para a cobertura de “déficits” orçamentários ou de remanejamento de dinheiros em situações imprevistas ou difíceis da administração pública”.

O FGTS foi instituído com o intuito de trazer garantias aos trabalhadores que até então eram negligenciadas. A obtenção de seus recursos ocorre através de contribuição específica e em seguida são destinados e geridos pelo Estado, nos termos da Lei n.º 8.036/90, como uma forma de fomentar o desenvolvimento social e “garantir” alguns direitos da sociedade.

Conforme lição de Paulo Bonavides¹³ no que tange aos direitos de segunda geração:

“Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os **direitos sociais**, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzindo no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, depois que germinaram por obra de ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois faze-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”.

Ainda quanto aos direitos de segunda geração, tem-se que estes não devem ser vistos de forma isolada em relação às liberdades públicas, sendo estas direito de primeira geração. Ao contrário, os direitos sociais como é possível observar no caso do FGTS, estão diretamente vinculados à fruição das demais liberdades e direitos previstos na constituição federal¹⁴.

Cabe demonstrar que conforme preceitua o art. 7º, III da Constituição Federal¹⁵, o qual intitula e elenca os direitos sociais dos trabalhadores, com o intuito de proporcionar a estes melhor qualidade de vida e melhor condição social, uma vez que os depósitos são de natureza salarial e conseqüentemente de propriedade dos contribuintes.

O próprio caput do art. 7º da Constituição Federal remete os direitos ali inscritos ao incremento da proteção dos trabalhadores, principalmente na condição de

¹³ BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, pg. 564.

¹⁴ Arts. 5º e 7º. Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

¹⁵ Art. 7º, inciso III. Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

desemprego (principal hipótese que autoriza o saque). Cabendo ao Estado propiciar da melhor forma e em maior parte a efetivação destes direitos, sem prejuízo das outras hipóteses de saque convencionadas aos direitos fundamentais.

As hipóteses de saque de FGTS estão previstas no artigo 20 da Lei n.º 8.036/90¹⁶, sendo elas; a) na despedida sem justa causa, mesmo no caso de rescisão indireta, culpa recíproca e força maior; b) com o encerramento natural do contrato por prazo determinado; c) na aposentadoria concedida pela Previdência Social; d) no fim do contrato de trabalho por extinção total da empresa, supressão de parte de suas atividades, fechamento de estabelecimentos, agências ou filiais, no falecimento do empregador individual ou quando decretada a nulidade do contrato de trabalho (art. 37, II, da Constituição federal¹⁷); e) falecimento do trabalhador; f) Em casos de necessidade pessoal, grave e urgente, causadas por desastre natural, chuvas ou inundações, as quais tenham afetado a área de residência do trabalhador, quando, por meio de portaria do Governo Federal, for reconhecida a situação de emergência ou o estado de calamidade pública; g) na suspensão do trabalho avulso por período igual ou superior a 90 dias, comprovado por declaração do sindicato da categoria; h) quando o titular da conta que se deseja fazer o saque do FGTS tiver idade igual ou superior a 70 anos; i) na hipótese de o trabalhador ou seu dependente ser portador do vírus HIV; j) quando o trabalhador ou seu dependente estiver acometido de neoplasia maligna (câncer) ou quando o trabalhador ou seu dependente estiver em estágio terminal, em razão de doença grave; k) quando a conta permanecer sem depósito por 3 anos ininterruptos cujo afastamento tenha ocorrido até 13.07.90, inclusive, podendo o saque, neste caso, ser efetuado a partir do mês de aniversário do titular da conta e m) na liquidação ou amortização extraordinária do saldo devedor de financiamento imobiliário, observadas as condições estabelecidas pelo Conselho Curador, dentre elas a de que o financiamento seja concedido no âmbito do SFH e haja interstício mínimo de 2 anos para cada movimentação.

Assim, tem-se que na maioria dos casos em que é possível a realização do saque do saldo do referido fundo, são casos de extrema necessidade e que via de

¹⁶ Art. 20. Brasil. Lei n.º 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e da outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8036consol.htm>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

¹⁷ Art. 37, inciso II. Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

regra demandam demasiado gasto, sendo assim, mais uma vez a correção uma vez realizada por um índice que se quer proporciona uma atualização razoável tem prejudicado de forma até então irreparável os trabalhadores.

Uma vez reconhecida a propriedade que os contribuintes possuem do saldo do FGTS, e que este possui acesso restrito ao seu uso, completamente dependente do surgimento de uma situação prevista em lei para usufruir de algo que lhe pertence e fruto do seu esforço. Assim, é importante que os mecanismos de correção sejam suficientes a preservar o seu valor, tal qual o faria o próprio trabalhador se a ele tivesse acesso direto ou ter a opção por investi-lo. A permanência da Taxa Referencial como índice de correção do saldo do referido fundo, caracteriza além de uma privação de direito fundamental, um desrespeito com o trabalhador, uma vez que não ocorre a justa remuneração dos saldos do FGTS.

O FGTS possui caráter de direito social quando este é observado como um possível instrumento a políticas públicas, de modo a garantir a eficácia dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho e emprego.

Outro ponto de importante relevância é o fato do FGTS ter sido contemplado pela Constituição Federal de 1988 e como direito fundamental, tal qual não é passível nem mesmo de penhora, conforme se depreende do Art. 2º, §2º da Lei 8.036/90¹⁸ e o próprio Código de Processo Civil proíbe a penhora de quantias relativas ao trabalho.

Ainda, uma vez observado o FGTS de cunho salarial tem-se que deveria ser aplicado a este o princípio da irredutibilidade do salário, observando-se também que esta não quer dizer tão somente a redução salarial estritamente considerado como a redução nominal do valor, mas, a falta de atualização e correspondência com a realidade do mercado.

Tal princípio da irredutibilidade do salário está devidamente previsto no artigo 7º, inciso VI da Constituição Federal¹⁹ e este enquadra-se perfeitamente no

¹⁸ Art. 2º, § 2º. Brasil. Lei n.º 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e da outras providências. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8036consol.htm>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

¹⁹ Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

presente questionamento, devido o fato de tal princípio se inserir em uma perspectiva de imodificabilidade lesiva do trabalhador, ou seja, a devida preservação do valor real dos depósitos realizados nas contas vinculadas do FGTS. De maneira tal que os valores fossem preservados e por consequência garantiria os demais direitos inerentes aos contribuintes.

Amauri Mascaro, aponta que “o salário é a principal obrigação do empregador e o principal direito do empregado”²⁰. O que por consequência atinge diretamente as condições sociais e econômicas dos beneficiários, o que garante ou deveria garantir possibilidades produtivas e de desenvolvimento da qualidade de vida dos trabalhadores.

Há de se averiguar que tanto o direito fundamental ao FGTS quanto a irredutibilidade salarial encontram-se elencados no mesmo artigo constitucional, sendo que este último está disposto no Art. 7º, incisos III e VI²¹. E que o seu caráter social traduz-se devido ao fato do trabalhador possuir tão somente a sua força laboral para garantir sua subsistência e de sua família, de modo que através deste angarie ganhos suficientes para sobreviver e arcar com seus deveres econômicos.

Em suma, resta mais do que evidenciado que o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é um direito fundamental, e, que este deve ser protegido e ser proporcionado como tal, sendo que em hipótese alguma pode ser suprimido ou desconsiderado, ainda mais no Estado Democrático de Direito em que está inserido.

Desta forma, tem-se que a utilização da Taxa Referencial como critério de atualização acaba por esvaziar o conteúdo econômico dos direitos fundamentais e o FGTS, não levando em consideração a racionalidade e as finalidades dos direitos, o que implica na sua inconstitucionalidade.

²⁰ SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários à lei do fundo de garantia do tempo de serviço: lei 8.036, de 11.5.90**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995. p. 455-456.

²¹ Art. 7º, inciso VI. Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

2. A UTILIZAÇÃO DA TR COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA

Quanto ao surgimento da Taxa Referencial, essa foi introduzida na economia brasileira, em 1991 pela Lei n.º 8.177/91, em especial nos artigos 12 e 17, que ficou conhecida como Plano Collor II, sendo criada para estabelecer regras de desindexação da economia, pois, na época existia um conjunto de indexadores que desestabilizavam os valores de contratos, fundos financeiros, fundos públicos e dívidas com a União.

Vejamos o que está expresso nos artigos supracitados²²:

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;

II - como remuneração adicional, por juros de:

[...]

§ 1º A remuneração será calculada sobre o menor saldo apresentado em cada período de rendimento.

§ 2º Para os efeitos do disposto neste artigo, considera-se período de rendimento:

I - para os depósitos de pessoas físicas e entidades sem fins lucrativos, o mês corrido, a partir da data de aniversário da conta de depósito de poupança;

II - para os demais depósitos, o trimestre corrido a partir da data de aniversário da conta de depósito de poupança.

§ 3º A data de aniversário da conta de depósito de poupança será o dia do mês de sua abertura, considerando-se a data de aniversário das contas abertas nos dias 29, 30 e 31 como o dia 1º do mês seguinte.

§ 4º O crédito dos rendimentos será efetuado:

I - mensalmente, na data de aniversário da conta, para os depósitos de pessoa física e de entidades sem fins lucrativos; e

²² Brasil. Lei nº 8.177, de 1 de março de 1991. Estabelece regras para a desindexação da economia e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8177.htm>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

II - trimestralmente, na data de aniversário no último mês do trimestre, para os demais depósitos.

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.

Conforme dispõe a Lei n.º 8.177/91, a Taxa Referencial deverá ser calculada da seguinte forma:

Art. 1º O Banco Central do Brasil divulgará Taxa Referencial (TR), calculada a partir da remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos, caixas econômicas, ou dos títulos públicos federais, estaduais e municipais, de acordo com metodologia a ser aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, no prazo de sessenta dias, e enviada ao conhecimento do Senado Federal.

§ 2º As instituições que venham a ser utilizadas como bancos de referência, dentre elas, necessariamente, as dez maiores do País, classificadas pelo volume de depósitos a prazo fixo, estão obrigadas a fornecer as informações de que trata este artigo, segundo normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, sujeitando-se a instituição e seus administradores, no caso de infração às referidas normas, às penas estabelecidas no art. 44 da Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

§ 3º Enquanto não aprovada a metodologia de cálculo de que trata este artigo, o Banco Central do Brasil fixará a TR²³.

Tem-se ainda que conforme os artigos 2º e 13º da Lei 8.036/90²⁴, há uma obrigatoriedade na correção monetária dos depósitos realizados nas contas vinculadas, senão vejamos:

Art. 2º O FGTS é constituído pelos saldos das contas vinculadas a que se refere esta lei e outros recursos a ele incorporados, devendo ser aplicados com atualização monetária e juros, de modo a assegurar a cobertura de suas obrigações.

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.

²³ Brasil. Lei n.º 8.177, de 1 de março de 1991. Estabelece regras para a desindexação da economia e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8177.htm>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

²⁴ Brasil. Lei n.º 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e da outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8036consol.htm>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

A forma na qual deveria ocorrer o cálculo foi devidamente definida pelo Banco Central, por meio da Resolução de n. 3.354 de 31 de março de 2006.

Esse novo índice de correção monetária tinha como objetivo trazer a quebra de índices baseados em preços e a metodologia de cálculo deveria ser realizada pela BACEN e seria divulgada a cada dia útil, baseados em ativos financeiros concedidos por instituições financeiras conforme previsto pela TR.

Há que se mencionar que houve a criação de um redutor aplicado no cálculo pela determinação da TR, onde “A TR para o dia de referência será calculada deduzindo-se da média móvel ajustada das taxas os efeitos decorrentes da tributação e da taxa real histórica de juros da economia, representados por taxa brutal mensal...”. É possível observar que em diversos momentos do ano e até em anos inteiros a TR chega a zero ou aproxima-se de tal número.

Contudo, no que tange ao FGTS, este teve impactos negativos com piora do mercado de trabalho na década de 1990, mas ocorreu uma crescente melhora nos anos seguintes. Nos últimos anos, a arrecadação juntamente com o saldo líquido do referido fundo, mantiveram um crescente aumento de arrecadação, tendo como principal motivo, a possibilidade taxativa por lei das hipóteses de saque deste fundo.

Por sua vez, um período em que a aplicação da TR como índice de correção monetária foi demasiadamente desastrosos foi no período de 1999, haja vista, que a variação teve impacto direto sobre a rentabilidade do fundo e, por outro lado, a remuneração dos contribuintes.

Desta forma, tem-se que tal legislação é expressiva ao trazer que a correção dos saldos referentes à depósitos em contas vinculadas do FGTS devem ser realizados pela Taxa Referencial (TR).

Tal estipulação somente o referido índice ser o adequado para realização da correção monetária, traduz-se em um ato que afeta gravemente o conteúdo econômico de direito ao FGTS, sendo que quanto mais tempo os valores ficarem depositados, maior será a perda.

À guisa de ilustração, apresenta-se o seguinte quadro demonstrativo²⁵:

ANO	TR	INPC	IPCA
------------	-----------	-------------	-------------

²⁵ <https://jus.com.br/artigos/25992/observacoes-sobre-o-calculo-das-diferencas-do-fgts-tr-x-inpc>

1997	9,7849%	4,34%	5,22%
1998	7,7938%	2,49%	1,65%
1999	5,7295%	8,43%	8,94%
2000	2,0962%	5,27%	5,97%
2001	2,2852%	9,44%	7,67%
2002	2,8023%	14,74%	12,53%
2003	4,6485%	10,38%	9,30%
2004	1,8184%	6,13%	7,60%
2005	2,8335%	5,05%	5,69%
2006	2,0377%	2,81%	3,14%
2007	1,4452%	5,15%	4,46%
2008	1,6348%	6,48%	5,90%
2009	0,7090%	4,11%	4,31%
2010	0,6887%	6,46%	5,91%
2011	1,2079%	6,07%	6,50%
2012	0,2897%	6,17%	5,84%
2013	0,1910%	5,56%	5,91%
2014	0,8592%	6,23%	6,41%
2015 (até abril)	0,4576%	4,95%	4,56%

A utilização da Taxa Referencial como índice de atualização monetária dos depósitos em contas do FGTS viola os direitos fundamentais do trabalhador, que por consequência gera o esvaziamento do poder de compra de uma parcela que é, na essência, salarial. Cabe fazer menção que tal critério tem o condão de inibir a fruição de vários direitos fundamentais como moradia, lazer, cultura, etc., o que acaba por evidenciar que tal direito não garante apenas o direito dos trabalhadores, mas, a supre e baseia outros como a própria dignidade da pessoa humana.

Contudo, a Taxa Referencial mesmo tendo sido criada como meio de garantir o direito do trabalhador, desde meados de 1999 não acompanha a inflação, o que está diretamente ligado à correção monetária, e, por consequência onera diretamente os contribuintes deste fundo.

Atualmente, tal questão tem sido mais evidenciada após sucessivos questionamentos dos trabalhadores e seus sindicatos, com isso, deu-se início a

enxurrada de demandas em busca da revisional do FGTS frente à Caixa Econômica Federal.

Dado a sobrecarga de processos junto a Justiça Federal de todo o país e os diversos entendimentos dos magistrados, dando ensejo ao REsp n.º 1.381.683/PE e ADI's n.º 4357, 3059, 4372, 4400 e 4425 que buscam resolver e estipular a forma adequada da correção do saldo existente no fundo de contribuição dos trabalhadores.

Quanto aos processos supra citados, tem-se que os principais ou que tratam em específico do referido tema, são o REsp 1.381.683/PE, o qual teve sua origem devido a ação coletiva de n.º 0008182-42.2011.4.05.8300, interposta pelo Sindicato dos Trabalhadores da Indústria de Petróleo no Estado de Pernambuco, que buscava a efetiva revisional dos saldos em conta do FGTS. Contudo, o juiz titular da 5º Vara Federal, em sentença de mérito negou o referido pleito, baseando-se na argumentação de não há diplomação legal ou constitucional que garanta a efetiva correção que acompanhe a inflação oficial²⁶.

A importância do referido processo é devido ao fato do mesmo ter suspenso todos os processos em tramites seja na justiça comum ou na federal que versassem sobre o referido tempo até o efetivo julgamento do respectivo Recurso Especial.

Faz-se menção à trecho da decisão do referido processo²⁷:

“Caixa Econômica Federal - CEF, por intermédio da petição de fls. 305-309 sustenta que a controvérsia sobre a possibilidade de afastamento da TR como índice de correção monetária dos saldos das contas de FGTS, afetada pelo rito do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/2008, possui mais de 50.000 (cinquenta mil) ações em trâmite nos mais diversos do Poder Judiciário. Com base nisso, requer a suspensão de todos os processos para que se evite insegurança jurídica. O fim almejado pela novel sistemática processual (o art. 543-C do CPC) não se circunscreve à desobstrução dos tribunais superiores, mas direciona-se também à garantia de uma prestação jurisdicional homogênea aos processos que versem sobre o mesmo

²⁶ Nelson, Rocco Antonio Rangel Rosso; Correia, Marcos Vasconcelos. Pelo Direito a uma “Justa” Correção ao FGTS. Disponível em: < <http://www.estudoadministracao.com.br/ler/16-11-2014-como-fazer-citacoes-internet/>>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

²⁷ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Direito Administrativo. Recurso Especial. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. REsp. n.º 1.381.683, da 1ª Turma. Brasília, DF, 25 de fevereiro de 2014. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=34017300&num_registro=201301289460&data=20140226&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 25 de novembro de 2016.

tema, bem como a evitar a desnecessária e dispendiosa movimentação do aparelho judiciário. Sob esse enfoque, ressoa inequívoca a necessidade de que todas as ações judiciais, individuais e coletivas, sobre o tema sejam suspensas até o final julgamento deste processo pela Primeira Seção, como representativo da controvérsia, pelo rito do art. 543-C do CPC”.

O segundo processo com maior popularidade no que tange ao presente caso é a Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 5090, a qual foi apresentada pelo Partido Solidariedade, pautada em elementos que justificam a inconstitucionalidade do art. 13, caput, da Lei 8.036/90²⁸ e do art. 17, caput, da Lei 8.177/91²⁹, os quais tratam em específico da correção do FGTS pela TR, e, por consequência a efetiva violação ao direito de propriedade decorrente do FGTS e da moralidade administrativa, devido o referido fundo ser administrado pela Caixa Federal Econômica e a mesma se manter inerte frente a sucessivas violações aos dispositivos constitucionais.

Elementos estes que baseiam decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nas ADI's 4357, 4372, 4400 e 4425³⁰, no sentido de que a TR não pode ser utilizada como meio de atualização monetária, tratando expressamente “ que a correção monetária de dinheiro e de crédito é instituto jurídico-constitucional, de preservação do valor real de um determinado bem, constitucionalmente protegido e redutível a pecúnia”. Entendendo-se assim, que o direito a percepção dos valores ora depositados, só se efetivaria, se monetariamente corrigido, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

O Procurador Geral da República apresentou parecer nos autos, no sentido de não conhecimento da referida ação, tendo em vista que a própria norma legal regulamentadora do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, estabelece que a TR seria o índice de correção mais adequado, e, caso este seja desconstituído, acabaria por gerar uma lacuna normativa.

²⁸ Brasil. Lei n.º 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e da outras providências. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8036consol.htm>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

²⁹ Brasil. Lei n.º 8.177, de 1 de março de 1991. Estabelece regras para a desindexação da economia e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8177.htm>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

³⁰ Notícia, Partido questiona no Supremo Utilização da TR para correção do FGTS. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=260205>>. Acesso em: 26 de novembro de 2016.

Em outra passagem o Procurador Geral da República afirma que não há violação ao direito de propriedade dos trabalhadores, com base na seguinte argumentação:

Além do direito de propriedade, a Constituição também protege a estabilidade do sistema econômico brasileiro, indiscutivelmente vinculada à estabilidade monetária. A moeda, além de seu nítido valor econômico *stricto sensu*, apresenta relevante valor social e político e costuma servir de instrumento da própria soberania nacional, exercida pelos poderes republicanos constituídos. A validade dos dispositivos legais impugnados decorre da prerrogativa constitucional de o Estado instituir políticas econômicas ativas, mediante leis editadas nos limites da competência legislativa para dispor sobre Direito Monetário³¹.

Há que mencionar que o índice a ser aplicado ao saldo do FGTS não precisa necessariamente acompanhar a inflação, uma vez que tal medida poderia inviabilizar a devida aplicação deste sob argumentos contrários à indenização. Mas, o índice de correção monetária aplicado a este fundo deve ao menos assegurar de forma proporcional e razoável a efetiva correção, pois, somente desta forma será assegurado o poder de compra do saldo existente nas contas vinculadas.

Cabe esboçar quanto ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade e sua importância na aplicação da devida correção monetária dos saldos de FGTS. Sendo que tal princípio tem por finalidade desenvolver o equilíbrio dentre os direitos individuais e os anseios da coletividade.

Dirley da Cunha Júnior³² define da seguinte forma:

“É um importante princípio constitucional que limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais”.

Assim sendo, uma vez que na Constituição Federal não deve conter normas que se contrariem, mas, sim normas que se complementam e auxiliam em seus cumprimentos. No caso de direitos fundamentais como na hipótese do atualização de saldos do FGTS através da TR, poderá ocorrer evidentemente um conflito de norma, pois, a TR não tem aplicado a devida correção aos saldos de

³¹ Brasil. Parecer nº 3.458 da Procuradoria Geral da República, na Ação direta de inconstitucionalidade, p.48. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=4565011&tipoApp=.pdf. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

³² CUNHA Jr, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. Podium, 2009, p. 50.

salário, ou seja, violação ao princípio da proporcionalidade que busca harmonizar em especial o anseio da sociedade e os direitos fundamentais.

Na hipótese em questão, sendo utilizado o referido índice de correção aos saldos de FGTS, e, tendo em vista que tal índice tem muitas vezes beirado a taxa de 0,0%, caracteriza então a completa desproporcionalidade frente aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Ademais, devido o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço não possuir portabilidade e o efetivo saque estar condicionado a um rol taxativo (expresso em lei), o saldo deste fundo não pode deixar de ser corrigido para que o patrimônio dos contribuintes não seja devastado pelo tempo.

Verificar-se-á que a utilização da Taxa Referencial como índice de correção monetária quando comparado a outros índices como INPC ou IPCA tem uma perda de força expressiva, haja vista, que este não tem refletido a real correção monetária.

Ao ser realizada comparação entre a TR e o INPC por exemplo, resta evidente perda ocasionada pela utilização da Taxa Referencial como índice de correção no decorrer dos anos³³.

- a) Caso houvesse em conta R\$ 1.000,00 em 01/99 com aplicação da TR haveria, em 11/13 o montante de R\$ 1.354,55.
- b) Caso houvesse em conta R\$ 1.000,00 em 01/99 com aplicação do INPC haveria, em 11/13 o montante de R\$ 2.643,46.

Percebe-se que a aplicação dos dois tipos de índices de correção monetária corresponderia a uma diferença de R\$ 1.288,91, ou 95,15%, tal demonstração esclarece e evidencia o ônus que os trabalhadores contribuintes de tal fundo sofrem e por consequência a violação aos direitos sociais destes trabalhadores.

Mais uma vez resta demonstrada a violação aos direitos fundamentais e princípios que regem a constituição e todo o Estado Democrático de Direito, o que por outra viés apenas comprova que os contribuintes seguem sendo onerados mês após mês, de maneira que o fundo que inicialmente fora instituído para trazer garantias aos

³³DESIDERE, Francisco Carlos. Observações sobre o cálculo das diferenças do FGTS TR x INPC, 2013. Disponível em: <http://gilbertomelo.com.br/cedula-de-credito-bancario-e-titulo-executivo-extrajudicial-mas-deve-ser-acompanhado-de-informacoes-2/>>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

trabalhadores, acaba por perder sua finalidade. Na hipótese da correção monetária beirar 0% e a inflação estar alcançando patamares cada vez maiores, faz-se cada vez mais premente a alteração nos meios de atualização monetária, para reduzir os danos aos contribuintes de tal fundo.

Entretanto, o que se observa é que no que tange ao FGTS e sua devida correção, são flagrantes os prejuízos aos contribuintes, sem qualquer efeito benigno para assegurar-lhes maior qualidade de vida conforme estipulado constitucionalmente.

A priori a forma existente de remunerar as contas de FGTS sempre teve o intuito de realizar a atualização dos saldos de depósitos.

Tal dispositivo evidencia e “assegura” o direito à correção sobre os valores existentes em todas as contas vinculadas dos contribuintes, atualização qual era correspondente a das cadernetas de poupança, sendo que ambos eram corrigidos por índices de preço.

Tem-se que a referida atualização/correção monetária deve ocorrer com o intuito de garantir o verdadeiro poder de compra da moeda e garantir os direitos dos trabalhadores, desse modo a função da correção monetária é atualizar a moeda em virtude da inflação. Entretanto, mais uma vez a TR não corresponde ao objetivo por ela empreendido, uma vez que este índice realiza a correção monetária através de média aritmética de taxa de juros³⁴, taxa esta de remuneração de capital e não critério de correção monetária.

Conforme se observa:

Art. 1º O Banco Central do Brasil divulgará Taxa Referencial (TR), calculada a partir da remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos, caixas econômicas, ou dos títulos públicos federais, estaduais e municipais, de acordo com metodologia a ser aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, no prazo de sessenta dias, e enviada ao conhecimento do Senado Federal.

³⁴ Brasil, Lei n.º 8.177, de 1 de março de 1991. Estabelece regras para a desindexação da economia e outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8177.htm >. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

Assim, Alcides Jorge Costa³⁵ observa:

“Se a TR, segundo a lei, utiliza-se como taxa de juro. Que na verdade é, e como índice de correção do valor nominal de obrigações pecuniárias, tem duas funções que não se coadunam”.

Ou seja, tal índice de correção monetária em momento algum é o meio correto para realização a atualização monetária e promover os direitos fundamentais dos trabalhadores. Diante deste problema, o Banco Central realizou a aplicação de determinado indexador com o intuito de corrigir o valor monetário e desta forma reestabelecer o poder de compra da moeda.

O Ministro Moreira Alves, em julgamento da ADIn 493 – DF³⁶ fez esclarecer que a Taxa Referencial não é índice de correção monetária, pois este baseia no reflexo de variações de custo primário no que tange a captação dos depósitos a prazo fixo, não constituindo assim um índice que possa refletir a variação do poder aquisitivo da moeda e por consequência causando um esvaziamento do direito dos trabalhadores.

Tais tratativas levam todas a uma única conclusão, a inconstitucionalidade do dispositivo legal que estabelece a TR como índice de correção monetária do FGTS, sendo que tal inconstitucionalidade não está baseada tão somente na violação do direito de propriedade devidamente tratado anteriormente, mas, também à violação de dispositivos constitucionais que tratam do reajuste periódico de valores requisitórios (Art. 100, § 12º), irredutibilidade do valor do benefício, este em especial, far-se-á analogia ao fato da correção próximo a 0%, a depender do lapso temporal tornará obsoletos os saldos existentes nas contras vinculadas dos contribuintes. (art. 194, parágrafo único, IV), atualização do salário de contribuição (Art. 201, § 3º) dentre outros.

³⁵ COSTA, Alcides Jorge. **TR e Princípio da Anterioridade**. Repertório /08 de Jurisprudência n° 12/91, 2ª quinzena de jun. 1991, texto 1/4261, p. 216.

³⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Processo Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 493, Precedente da República x Congresso Nacional, J. 25.06.1992, Rei. Min. Moreira Alves, DJ 04.09.1992, p. 14.089, RTJ 143, p. 724.

3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA REFERENCIAL COMO INDICE DE CORREÇÃO MONETARIA

O Supremo Tribunal Federal em apreciação de outra ação já havia declarado a inconstitucionalidade dos artigos 18, §§ 1º e 4º; 20; 21 e 24 ambos da Lei 8.177/91.

Ao ser declarada a inconstitucionalidade do referido índice de correção monetária pelo Supremo Tribunal Federal e uma vez que suas decisões, no controle abstrato, possuem efeito vinculante e por isso é completamente descabido interpretação diferente desta.

Cabe enfatizar, que a TR foi afastada como índice de correção monetária, devido ser definida por meio de bases que não correspondem a desvalorização da moeda, e, sim em remuneração mensal média líquida de depósitos fixos captados por bancos privados. Ou seja, completamente desproporcional a aplicação deste índice ao FGTS.

Verifica-se o entendimento do Ministro Moreira Alves na apreciação da ADI n.º 493:

Ação Direta de Inconstitucionalidade

-Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ele será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado.

- O disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do STF.

-Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A Taxa Referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna.

- também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP)

Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, “caput” e parágrafos 1 e 4; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1 de março de 1991³⁷.

Resta claro que a TR não é um índice de correção monetária, mas tão somente um meio utilizado para remuneração de capital e que deveria ser utilizado tão somente no âmbito privado. O que não acontece com os outros índices como o INPC ou IPCA, os quais, refletem e acompanham a variação do poder aquisitivo da moeda.

Diferentemente, do que fora alegado pelo Procurador Geral da República na ADI 5090, de que caso a TR seja desconstituída como índice de correção monetária, acabaria por ocasionar uma lacuna na lei, tem-se que uma vez que esta já foi julgada inconstitucional, o legislador preencheria tal lacuna com índice que realmente reflita as perdas monetárias e adequados para tal situação.

Cabe aqui trazer lição de Miguel Reale³⁸: “a lei vai variando de sentido em função de múltiplos fatores sendo um deles quando se altera a tábua dos valores de aferição da realidade social. ”

Outro quesito de grande relevância é o princípio da segurança jurídica, devidamente consignado no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal³⁹, que está intrínseco ao presente caso, uma vez que o Supremo Tribunal Federal já havia declarado a inconstitucionalidade da Lei da TR e caso permaneça a utilização deste índice nas correções dos saldos de contas fundiárias, tem-se que há uma expressa violação a constituição, mais precisamente ao art. 102, § 2º, o qual prevê o efeito vinculante.

Desta forma, admitir a constitucionalidade da Taxa Referencial é o mesmo que negligenciar o poder aquisitivo dos trabalhadores, já que estes muitas das vezes utilizam o FGTS para financiamento imobiliário, tratamento de saúde, ou qualquer outra alternativa que a norma assim permita.

³⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Processo Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 493, Precedente da República x Congresso Nacional, J. 25.06.1992, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 04.09.1992, p. 14.089, RTJ 143, p. 724.

³⁸ REALE, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, ed. 27ª, 2009, pg. 171.

³⁹ Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

Assim sendo, caso os valores existentes em conta vinculada não sejam corrigidos de forma adequada e proporcional, tem-se que o referido fundo não está atingindo a sua finalidade, ou seja, a utilização da TR como índice é uma violação constitucional, atingindo diretamente o bolso (direito) dos trabalhadores.

CONCLUSÃO

Em suma, o presente trabalho foi desenvolvido no intuito de esclarecer e evidenciar o fato da Taxa Referencial representar um verdadeiro risco as garantias e direitos fundamentais dos trabalhadores, haja vista, sua declarada inconstitucionalidade e incorreção dos valores segundo margem inflacionaria.

Cabe ainda demonstrar o risco jurídico apresentado por tal índice de correção, eventualmente observa-se que a inflação nos últimos tempos tem se mantido “baixa” e as correções em sua maioria beirado a taxa de 0%, mas, se ocasionalmente houver o retorno da inflação em patamares muito elevados, tem-se que não só a economia do país estaria afetada, mas os direitos dos trabalhadores e os saldos existentes em suas contas vinculadas.

Tais fatos da correção monetária dos saldos existentes em contas do FGTS serem em sua maioria igual a zero, acaba por potencializar demandas coletivas que acabam por onerar o Estado, não só no inchaço da máquina judiciaria, mas, potencial endividamento, uma vez que ocorreu desrespeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Ainda, na hipótese de efetiva declaração de inconstitucionalidade da referida Taxa Referencial e busca pela garantia de direito dos contribuintes, tem-se que em conformidade com o art. 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro⁴⁰, o juiz deverá atender os fins sociais a que está dirigido as exigências do bem comum. O FGTS tem fim social indiscutível, sendo destinado para proteção do

⁴⁰ Brasil. Decreto Lei n.º 4.657/42. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm>. Acesso em: 26 de novembro de 2016.

trabalhador e garantia de sua dignidade através do valor real da moeda e seu poder de compra.

Desta forma, uma vez que a TR não é índice que resulta e garante os direitos dos trabalhadores, dever-se-á ocorrer a sua substituição por índice que devidamente reponha as perdas monetárias. Sendo que em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade o melhor índice para a substituição da TR é o índice que corrige monetariamente os salários dos trabalhadores e os benefícios previdenciários.

Imperioso se faz que não há motivos para haver tal desequilíbrio, se o salário mínimo é corrigido pelo INPC e o FGTS conforme demonstrado anteriormente corresponde a um *plus salarial* ou em última análise um salário indireto do trabalhador, também deveria ser corrigido por este, já que o mesmo tem acompanhado de forma equiparada a inflação e garantia assim o efetivo poder de compra da moeda.

Restou demonstrado, portanto, que o FGTS, na qualidade de direito social do trabalhador, inserido no catálogo dos direitos fundamentais, como tal, precisa ser preservado contra os atos e leis que venham a desvirtuar suas finalidades, especialmente considerando o seu nítido caráter alimentar. Por se tratar de um direito cujo conteúdo é econômico, a adoção de uma taxa referencial para sua correção que implique a redução contínua do seu valor real não se coaduna com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e esvazia a fruição de outros direitos fundamentais, pelo que é necessária a revisão do entendimento que tem admitido com válida a aplicação da TR na correção dos depósitos.

Por fim, tem-se que o FGTS é principalmente de propriedade dos trabalhadores e está devidamente resguardado constitucionalmente e pela legislação que assim o regula, de modo, que a sua não correção de forma adequada e consideração dos princípios e direitos fundamentais que estão intrínsecos ao mesmo, como o direito à propriedade.

REFERENCIAS

BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

CAIRO JR., José. **Curso do direito do trabalho**. 6º ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes; LEONCY, Léo Ferreira; MENDES, Gilmar Ferreira; Sarlet, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5º ed. Rio de Janeiro: *Impetus*, 2011.

COSTA, Alcides Jorge. **TR e Princípio da Anterioridade**. Repertório /08 de Jurisprudência nº 12/91, 2ª quinzena de jun. 1991, texto 1/4261.

CUNHA Jr, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. Podium, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso do direito do trabalho**. 10º ed. São Paulo: LTr, 2011.

DESIDERE, Francisco Carlos. Observações sobre o cálculo das diferenças do FGTS TR x INPC, 2013. Disponível em: <http://gilbertomelo.com.br/cedula-de-credito-bancario-e-titulo-executivo-extrajudicial-mas-deve-ser-acompanhado-de-informacoes-2/>>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

JANTALIA, Fabiano, **FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço**, ed. LTR, 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 21º ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Nelson, Rocco Antonio Rangel Rosso; Correia, Marcos Vasconcelos. Pelo Direito a uma “Justa” Correção ao FGTS. Disponível em: <<http://www.estudoadministracao.com.br/ler/16-11-2014-como-fazer-citacoes-internet/>>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

REALE, Miguel, **Lições Preliminares de Direito**, ed. 27ª, 2009.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários à Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço**, Ed. LTr, 3ª ed.

VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. **O novo FGTS. Percussões constitucionais. Revista de informação legislativa**. Brasília, n.º 116, 1992, 29 v.

Brasil. Lei n.º 5.107, de 13 de setembro de 1966. Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5107.htm>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

Brasil. Lei n.º 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e da outras providências. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8036consol.htm>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

Brasil. Lei nº 8.177, de 1 de março de 1991. Estabelece regras para a desindexação da economia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8177.htm>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

Brasil, Decreto Lei n.º 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

Brasil, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

Brasil, Súmula n.º 353, STJ. As disposições do Código Tributário Nacional não se aplicam às contribuições para o FGTS. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_31_capSumula353.pdf>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Direito Administrativo. Recurso Especial. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. REsp. n.º 1.381.683, da 1ª Turma. Brasília, DF, 25 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=34017300&num_registro=201301289460&data=20140226&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 25 de novembro de 2016.

Brasil. Notícia, Partido questiona no Supremo Utilização da TR para correção do FGTS. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=260205>>. Acesso em: 26 de novembro de 2016.

Brasil. Parecer nº 3.458 da Procuradoria Geral da República, na Ação direta de inconstitucionalidade, p.48. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=4565011&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

Brasil. Decreto Lei n.º 4.657/42. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 26 de novembro de 2016.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Processo Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 493, Precedente da República x Congresso Nacional, J. 25.06.1992, Rei. Min. Moreira Alves, DJ 04.09.1992, p. 14.089, RTJ 143.