

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090.

**PEDIDO DE INGRESSO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (DPU)
NA QUALIDADE DE *AMICUS CURIAE* E APRESENTAÇÃO DA RESPECTIVA MANIFESTAÇÃO**

Introdução

PEDIDO DE ADMISSÃO DA DPU NA QUALIDADE DE *AMICUS CURIAE*

Parte I

OBJETO DA ADI E INEXISTÊNCIA DE RISCO AO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DOS PODERES

1. Objeto da ADI
2. A supremacia e a força normativa da Constituição da República

Parte II

NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE CONSTITUCIONAL DO FGTS

1. O que a Constituição diz sobre o FGTS
2. O que a Constituição não diz sobre o FGTS

Parte III

VIOLAÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE E AO DIREITO AO PRÓPRIO FGTS

1. A propriedade dos saldos das contas vinculadas do FGTS
2. A correção monetária como componente intrínseco do direito de propriedade
3. A impossibilidade jurídica da utilização do índice de remuneração da caderneta de poupança como critério de correção monetária

Parte IV

VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

1. É a lei que deve se conformar à Constituição e não o inverso
2. Uma forma dissimulada de arrecadação: algo parecido com o confisco

Parte V

O FGTS COMO MEIO DE PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA IMOTIVADA

1. A proteção no plano constitucional
2. A Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)

Conclusão

**INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 13, *CAPUT*, DA LEI 8.036/1990 E
DO ARTIGO 17, *CAPUT*, DA LEI 8.177/1991**

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO, RELATOR DA
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.090.**

A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, no exercício de sua função de propiciar, como expressão e instrumento do regime democrático, a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, prevista no artigo 134, *caput*, da Constituição da República, e no artigo 1.º da Lei Complementar 80/1994, com a redação dada pela Lei Complementar 132/2009, por intermédio do DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL, NOS AUTOS da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.090, **requer a sua admissão na qualidade de *AMICUS CURIAE***, apresentando, desde logo, as razões pelas quais postula a procedência dos pedidos formulados.

Introdução

ADMISSIBILIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NA QUALIDADE DE *AMICUS CURIAE*

Ao teor do disposto no artigo 7.º, § 2.º, da Lei 9.868/1999, o Ministro Relator da ação direta de inconstitucionalidade, considerando a **relevância da matéria** e a **representatividade dos postulantes**, poderá admitir a manifestação de outros órgãos e entidades no processo, além dos legitimados a propô-la e daqueles dos quais emana a lei ou o ato normativo impugnado.

A ADI 5.090 versa sobre a necessidade de proceder-se à adequada correção monetária do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Nos termos da petição inicial, essa providência é imprescindível para afastar as apontadas violações à Constituição da República, em especial, ao seu artigo 5.º, inciso XXII, que prevê o direito de propriedade, ao seu artigo 7.º, inciso III, que institui o direito ao próprio FGTS, e ao seu artigo 37, *caput*, que consagra o princípio da moralidade administrativa.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

A **relevância da matéria é aferível de plano**. A decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que venha a determinar a correta atualização monetária do FGTS, de modo a preservar o valor real dos saldos de que são titulares os cidadãos, acarretará consequências importantes ao **patrimônio de milhões de trabalhadores**. Ademais, tal decisão terá potencial para influenciar as expectativas sociais acerca do **grau de moralidade administrativa exigível em um ambiente regido pelo constitucionalismo democrático**, que tem, dentre os seus fins, a concretização da promessa de boa administração¹.

Do mesmo modo, **afigura-se patente a representatividade da DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO** para contribuir com o debate constitucional ora enfocado. Deveras, foi a esta Instituição Defensória que ocorreu uma verdadeira multidão de trabalhadores, tão logo os meios de comunicação social principiaram a divulgar a possibilidade de se pleitear, perante o Poder Judiciário, a correta atualização monetária do FGTS.

A veiculação de notícias nesse sentido tem por fundamento as decisões proferidas pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (v.g., ADI's 493 e 4.425) no sentido de que a remuneração da caderneta de poupança é meio inidôneo para fins de atualização monetária, em razão de não traduzir o fenômeno inflacionário.

Desde que essa informação começou a ser difundida na sociedade, **centenas de trabalhadores**, notadamente aqueles integrantes das camadas mais pobres da população, vêm procurando a **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, em todo o país**. Nem sempre a mensagem foi integralmente compreendida pelos interessados. O objetivo, porém, é sempre muito claro: afastar os prejuízos produzidos em suas contas vinculadas ao FGTS.

Natural que demandas dessa ordem sejam direcionadas à **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO** pelas camadas da população mais desfavorecidas economicamente. Afinal, por expressa determinação da Constituição da República, é dever do Estado a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes², sendo a Defensoria Pública a instituição estatal que tem a incumbência de materializar esse comando constitucional³.

¹ Conforme Luís Roberto Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, Saraiva, 2009, p. 91: “Democracia, direitos fundamentais, desenvolvimento econômico, justiça social e boa administração são algumas das principais promessas da modernidade. Estes os fins do constitucionalismo democrático, inspirado pela dignidade da pessoa humana, pela oferta de iguais oportunidades às pessoas, pelo respeito à diversidade e ao pluralismo, e pelo projeto civilizatório de fazer de cada um o melhor que possa ser”.

² Constituição da República, artigo 5.º, inciso LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

³ Constituição da República, artigo 134, *caput*: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5.º, LXXIV”.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

A assistência jurídica integral e gratuita prestada pela Defensoria Pública tem a natureza jurídica de direito fundamental⁴, pois, pode ser considerada, em si mesma, um bem essencial. Ao mesmo tempo, tem caráter instrumental de garantia fundamental, uma vez que é por meio dela que os necessitados poderão ter acesso a outros direitos fundamentais, como a isonomia⁵ e a inafastabilidade da tutela jurisdicional⁶, bem como, por decorrência, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa etc.

Conforme o artigo 1.º da Lei Complementar 80/1994⁷, com a redação dada pela Lei Complementar 132/2009, a Defensoria Pública, para cumprir sua função constitucional, configura-se como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, e como expressão e instrumento do regime democrático.

O sobredito dispositivo legal estabelece, ademais, que a Defensoria Pública tem a incumbência de promover os direitos humanos e de defender, em todos os graus, os direitos individuais e **coletivos** dos necessitados.

O artigo 5.º, inciso II, da Lei 7.347/1985, com a redação dada pela Lei 11.448/2007⁸, expressamente, atribui legitimidade à Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública.

Mesmo depois de realizada a supramencionada modificação na Lei da Ação Civil Pública, o legislador ampliou, também, as funções institucionais da Defensoria Pública, como que a convocar os membros dessa Instituição para uma atuação de caráter

⁴ Conforme Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à Justiça*, traduzido por Ellen Gracie Northfleet, Fabris, 1988, p. 11 a 12: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

⁵ De nada vale afirmar que todos são iguais perante a lei se não forem fornecidos os meios necessários para que essa igualdade, ao menos jurídica, possa ser materializada.

⁶ De pouco serve enunciar que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário se não forem implementados os instrumentos que possibilitem a todos os cidadãos, ricos e pobres, o efetivo acesso à tutela jurisdicional.

⁷ Lei Complementar 80/1994, artigo 1.º: “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal”.

⁸ Lei 7.347/1985, artigo 5.º: “Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: [...] II - a Defensoria Pública”.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

metaindividual (artigo 4.º, inciso VII, da Lei Complementar 80/1994⁹, com a redação dada pela Lei Complementar 132/2009).

Dado esse contexto normativo e diante da imensa quantidade de requerimentos de assistência jurídica que recebeu, esta Instituição Defensória precisou valer-se de uma ação coletiva para o atendimento eficiente de seus assistidos. Essa medida foi necessária, em especial, para **evitar a multiplicação de milhares de demandas judiciais com o idêntico objeto e pedido**, de modo a não sobrecarregar o Poder Judiciário nem as unidades de atendimento da **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO** em todo o território nacional.

Assim, por meio de seu Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva no Estado do Rio Grande do Sul, esta Instituição Defensória propôs uma ação civil pública, protocolizada no dia **03/02/2013**, na Seção Judiciária daquela unidade da federação (cópia da petição inicial anexa).

O processo foi autuado sob o número **5008379-42.2014.404.7100** e distribuído à 4.ª Vara Federal de Porto Alegre. No dia **04/02/2014**, o Órgão Julgador proferiu decisão (cópia anexa) para receber a inicial com o reconhecimento de efeitos nacionais da ação civil pública, conforme requerido pela **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**.

Depois desses fatos, amplamente divulgados pela imprensa (vide documentos exemplificativos anexos), foi protocolizada, na data de **12/02/2014**, a petição inicial da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5.090).

Em resumo, portanto, tem-se que:

(1) a **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO** tem a missão constitucional e o dever legal de agir, *em todos os graus*¹⁰, em favor dos interesses de inúmeros cidadãos, notadamente daqueles mais pobres, prejudicados pela ausência da adequada atualização monetária dos saldos de suas contas vinculadas ao FGTS;

⁹ Lei Complementar 80/1994, artigo 4.º: “São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...] VII - promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes”.

¹⁰ Artigo 134, *caput*, da Constituição da República, e artigo 1.º da Lei Complementar 80/1994.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

(2) antes da propositura da presente ação direta de inconstitucionalidade, a questão nela veiculada já estava em discussão por meio de ação civil pública proposta por esta Instituição Defensoria, recebida pelo Poder Judiciário Federal com o reconhecimento de abrangência nacional.

Conforme já decidiu o Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a intervenção do *amicus curiae* consubstancia-se em fator de pluralização e de legitimação do debate constitucional¹¹. O ingresso, nessa qualidade, pode ser demandado até a data em que o Relator liberar o processo para a pauta¹², o que ainda não ocorreu no caso em tela. Em face do contexto acima, portanto, não parece haver espaço para dúvida razoável acerca da representatividade da DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO para manifestar-se a respeito da matéria em discussão no bojo da presente ação direta de inconstitucionalidade.

Parte I

OBJETO DA ADI E INEXISTÊNCIA DE RISCO AO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DOS PODERES

1. A matéria constitucional em debate.

A presente demanda de controle abstrato de constitucionalidade tem por objetivo central a declaração da inconstitucionalidade das seguintes disposições legais:

- a) a expressão “*com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança*”, contida no artigo 13, *caput*, da Lei 8.036/1990;
- b) o *caput* do artigo 17 da Lei 8.177/1991, segundo o qual “*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*”.

¹¹ ADI 2.321 MC / DF, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. *DJ*: 25/10/2000.

¹² ADI 4.4071 AgR / DF, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Menezes Direito. *DJe*: 16/10/2009.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Em sua essência, tal postulação tem fundamento o fato de os dispositivos legais impugnados determinarem a correção monetária dos saldos das contas vinculadas do FGTS, que são de propriedade dos trabalhadores, por índice **incapaz** de preservar o *poder aquisitivo da moeda* em face dos efeitos corrosivos da inflação.

Nessa esteira, a petição inicial argumenta que a ausência de atualização monetária adequada implica vulneração ao núcleo essencial do direito ao próprio FGTS, ofende o direito de propriedade dos titulares das respectivas contas vinculadas e configura desobediência ao princípio da moralidade administrativa.

A consequência, portanto, é a incompatibilidade dos dispositivos legais impugnados com o artigo 7.º, inciso III, com o artigo 5.º, inciso XXII, e com o artigo 37, *caput*, todos da Constituição da República.

2. A supremacia e a força normativa da Constituição da República.

Com a devida vênia, a **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO** entende que são equivocadas e não devem prosperar as alegações¹³ de que o princípio da independência dos poderes configuraria óbice ao pleito veiculado na presente ADI.

Não há dúvidas de que a norma prevista no artigo 7.º, inciso III, da Constituição da República, necessita ser regulamentada por meio de lei e, portanto, mediante o exercício de genuína função legislativa. Contudo, nenhuma atividade legiferante pode ser exercida de modo ilimitado. Como qualquer dos Poderes da República, o Poder Legislativo também deve ter o seu atuar balizado pelos princípios e normas emanados do texto constitucional.

Em face do princípio da **supremacia** constitucional, a Constituição da República ocupa o ápice do ordenamento jurídico brasileiro. Todas as situações jurídicas devem ser conformadas com os princípios e preceitos constitucionais¹⁴. Por força dessa

¹³ O Banco Central do Brasil, em sua manifestação como *amicus curiae*, alegou que “eventual provimento do pedido da parte autora ensejaria ofensa à competência legislativa e violação ao preceito contido no art. 2º da Constituição da República que garante a independência dos Poderes da União”.

¹⁴ José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 25. ed., Malheiros, 2005, p.46.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

supremacia, nenhuma lei ou ato normativo - na verdade, nenhum ato jurídico - poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição¹⁵.

Uma decorrência lógica do princípio da supremacia é o reconhecimento da **força normativa** da Constituição. Afirmar a normatividade das disposições constitucionais significa admitir que elas são aplicáveis direta e imediatamente¹⁶, com capacidade para produzir efeitos sem intermediação legislativa e com potencial, inclusive, para neutralizar a atividade legiferante que com elas seja incompatível.

Ainda que não se verifique a ofensa a uma disposição constitucional expressa, o Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.¹⁷

Em síntese, portanto, sempre que a lei contrariar alguma norma, princípio ou valor constitucional haverá espaço para a atuação da jurisdição constitucional.

Na presente ADI, um *partido político com representação no Congresso Nacional*¹⁸ submete à apreciação do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL a afirmação de existência de violação a dois direitos fundamentais que têm previsão expressa no texto constitucional, além de desrespeito a um dos princípios norteadores da Administração Pública.

Está posta, então, por meio da via processual adequada e por agente legitimado a fazê-lo, a invocação da tutela jurisdicional dessa Corte Suprema para decidir sobre a validade, ou invalidade, de determinados dispositivos legais em face da Constituição. A realização dessa importantíssima atividade insere-se no âmbito das funções típicas desse Tribunal Constitucional.

¹⁵ Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 6. ed., Saraiva, 2012, p. 23.

¹⁶ Em especial, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, como determina o artigo 5.º, § 1.º, da Constituição da República.

¹⁷ ADI 2.551 MC-QO / MG, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. *DJ*: 20/04/2006.

¹⁸ Constituição da República, artigo 103, inciso VIII.

A decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que reconhecer a inconstitucionalidade dos dispositivos legais impugnados, por malferimento a direitos fundamentais, não configurará desrespeito ao princípio da independência dos poderes. Diferentemente disso, decisão nesse sentido exteriorizará **genuíno exercício de controle de constitucionalidade**. Em verdade, dentre as mais importantes funções de um tribunal constitucional inserem-se, justamente, a proteção e a promoção dos direitos fundamentais¹⁹.

No tocante à legitimidade de tal atuação do Poder Judiciário, afigura-se ela inafastável. Afinal, é o próprio poder constituinte que comete a ele a competência de intérprete qualificado da Constituição e das normas jurídicas²⁰.

Não se verifica, dessarte, a presença de nenhum risco à preservação do campo próprio de atuação do Poder Legislativo nem ao princípio da independência dos poderes.

Parte II

NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE CONSTITUCIONAL DO FGTS

1. O que a Constituição diz sobre o FGTS.

A Constituição da República, no capítulo em que prevê os direitos sociais, mais especificamente em seu artigo 7.º, inciso III, estabelece o seguinte (grifou-se):

CAPÍTULO II DOS DIREITOS SOCIAIS

[...]

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

Atualmente, portanto, **o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) é, antes de tudo, um direito fundamental**, de cunho social, que encontra fundamento explícito no texto constitucional.

¹⁹ Conforme Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 6. ed., Saraiva, 2012, p. 377: “Pois este é o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático”.

²⁰ Luis Roberto Barroso, *O novo direito constitucional brasileiro*, Fórum, 2013, p. 92.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Em sua gênese, o FGTS serviu como instrumento para a concretização de profundas modificações no regramento das relações de trabalho estabelecidas no Brasil. Foi criado para substituir as regras de indenização e estabilidade das relações empregatícias, previstas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)²¹.

Antes do advento do FGTS, o ordenamento jurídico pátrio impunha fortes restrições à vontade do empregador no que diz respeito à ruptura desmotivada do contrato de emprego. Nas hipóteses de dispensas imotivadas ocorridas antes de a relação empregatícia completar dez anos, era exigido o pagamento de indenizações crescentes em proporção ao tempo de serviço. Uma vez completados dez anos de trabalhos prestados ao mesmo empregador, surgia para o empregado a garantia da estabilidade, obstáculo intransponível para a sua despedida sem justa causa.

Esse modelo de proteção à relação de emprego sofreu severas críticas, que ganharam terreno fértil no regime autoritário instaurado com o golpe militar de 1964 e na adoção da ideologia neoliberal²². A partir desse contexto, foi instaurado um regime “alternativo” ao modelo celetista inicial, com o objetivo de flexibilizar as normas disciplinadoras do rompimento unilateral do contrato de trabalho.

Dadas as circunstâncias acima, foi editada a Lei 5.107/1966, que criou o FGTS e o estabeleceu como uma suposta “opção”²³ ao sistema de garantia de tempo de serviço previsto nos Capítulos V e VII do Título IV da CLT²⁴.

²¹ Na dicção de Amauri Mascaro Nascimento, *Curso de Direito do Trabalho*, 26. ed., Saraiva: 2011, p. 855: “O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço substituiu a indenização e a estabilidade no emprego previstas pela CLT”.

²² Conforme Maurício Godinho Delgado, *Curso de Direito do Trabalho*, LTR, 2009, p. 1.024: “O sistema estabilitário celetista sempre sofreu críticas, que denunciavam sua rigidez, tida como impermeável e excessiva. [...] Tais críticas encontraram o cenário político ideal no regime autoritário instaurado no país em 1964. Exponenciadas pelo discurso oficial do novo regime, harmônico a uma política econômica de franco cunho neoliberal, e pelo silêncio cirurgicamente imposto às vozes e forças adversas, essas críticas encontraram fórmula jurídica alternativa ao sistema celetista combatido - o mecanismo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço”.

²³ De acordo com Alice Monteiro Barros, *Curso de Direito do Trabalho*, 7. ed., LTR, 2011, p. 797: “Embora a Lei n. 5.107, de 1966 (com vigência a partir de 1967), que criou o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, o tenha instituído em caráter optativo, na verdade tratava-se de uma falsa opção, pois o novo trabalhador, se não manifestasse a opção por esse novo regime, provavelmente não obteria o emprego”.

²⁴ Lei 5.107/1966, artigo 1.º: “Para garantia do tempo de serviço ficam mantidos os Capítulos V e VII do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho, assegurado, porém, aos empregados o direito de optarem pelo regime instituído na presente Lei”.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Em síntese, o empregado que “optasse” pelo sistema do FGTS passaria a ter direito a depósitos mensais em sua conta vinculada, no valor correspondente a 8% (oito por cento) de sua remuneração. Assim, em caso de despedida imotivada, o empregado teria direito ao saque do respectivo saldo, acrescido de multa a ser paga pelo empregador. Em contrapartida, o empregado optante por esse novo modelo legal seria automaticamente excluído do sistema de indenizações crescentes e da estabilidade decenal.

Com o advento da Constituição da República de 1988, o sistema do FGTS foi universalizado, com a revogação do sistema celetista clássico. Assim, a um só tempo, foi (1) eliminada a exigência de “opção” do empregado pelo FGTS, que passou a ser inerente a todo contrato empregatício, e (2) abolido o antigo sistema de indenização progressiva e estabilidade dos celetistas.

Pouco tempo depois, foi sancionada a Lei 8.036/1990, em vigor até hoje, que regulamentou o FGTS. Esse fundo, então, passou a ser constituído pelos saldos de suas contas vinculadas e por outros recursos a ele incorporados, os quais **devem ser aplicados com atualização monetária e juros**, de modo a assegurar a cobertura de suas obrigações²⁵. Bem assim, a responsabilidade para atuar como agente operador do FGTS foi atribuída à **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL**²⁶.

Desse modo, o FGTS, que antes era uma “alternativa” ao sistema de indenização progressiva e estabilidade decenal, hoje é um **direito fundamental, com assento constitucional**, que tem a finalidade precípua de amparar os trabalhadores em casos de extinção do contrato de trabalho ou em outras hipóteses previstas em lei.

O artigo 7.º, inciso III, da Constituição da República, contém uma **norma definidora de direito** e, nessa qualidade, investe os jurisdicionados no poder jurídico de exigir do Estado - ou de outro eventual destinatário do comando - prestações positivas ou negativas, que assegurem o desfrute dos interesses ou dos bens jurídicos consagrados²⁷.

²⁵ Lei 8.036/1990, artigo 2.º: “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”.

²⁶ Lei 8.036/1990, artigo 4.º: “A gestão da aplicação do FGTS será efetuada pelo Ministério da Ação Social, cabendo à Caixa Econômica Federal (CEF) o papel de agente operador”.

²⁷ Luis Roberto Barroso, *O novo direito constitucional brasileiro*, Fórum, 2013, p. 96.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

A admissão da premissa de que o FGTS é um direito fundamental, dada a sua configuração de direito social positivado em *norma definidora de direito*, implica o reconhecimento de que esse instituto goza de especial proteção do próprio texto constitucional. É que, ao teor do disposto no artigo 60, § 4.º, inciso IV²⁸, nem mesmo o poder constituinte reformador pode introduzir alteração tendente a abolir direitos fundamentais. Muito menos admissível, então, é a edição de lei ordinária que tenha por resultado o esvaziamento do conteúdo substancial de um direito dessa natureza.

2. O que a Constituição não diz sobre o FGTS.

A Constituição da República **não** atribui ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço nenhuma finalidade de custear o desenvolvimento de políticas públicas desenvolvidas pelo Governo Federal.

Da própria nomenclatura²⁹ utilizada no artigo 7.º, inciso III, da Constituição da República, já é possível extrair o delineamento basilar e a finalidade precípua do direito ao FGTS. Em sua essência, trata-se de um conjunto de recursos destinado a proteger os trabalhadores em função do tempo em que exercidas as suas atividades laborativas.

Ao menos em nível constitucional, portanto, não se afigura correto afirmar que *o FGTS foi concebido para ter dupla finalidade*.

É certo que a previsão constitucional em tela carece de regulamentação legislativa que estabeleça as normas operacionais necessárias à fruição do direito. O disciplinamento legal, porém, não pode conter regras que levem à desnaturação do objetivo central do instituto, que é a formação de um fundo de proteção (de garantia) do trabalhador, pelo tempo de serviço por ele prestado.

A Lei 8.036/1990 ao permitir a aplicação dos recursos do FGTS para o desenvolvimento de políticas públicas de habitação, saneamento básico e infraestrutura, exorbita do mencionado objetivo traçado pelo poder constituinte originário.

²⁸ Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

²⁹ Fundo de garantia do tempo de serviço.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Em princípio, não há nada de errado nessa atitude do legislador ordinário. A decisão sobre o que fazer com os valores depositados nas contas vinculadas do FGTS, enquanto seus legítimos proprietários não possam levá-los, é realmente uma decisão política de incumbência do Poder Legislativo.

No entanto, a opção legislativa torna-se ilícita a partir do momento em que passa a solapar o patrimônio dos trabalhadores, ainda que ao argumento de que eles devem suportar algum prejuízo para melhor possibilitar o implemento de certas políticas públicas.

Impende salientar: a formação de um fundo de garantia para os trabalhadores, em razão do tempo do serviço prestado, é uma determinação de índole constitucional. Já a utilização dos recursos integrantes desse fundo para o implemento de certas políticas públicas decorre, apenas, de uma autorização legislativa.

Evidentemente, o mandamento constitucional (estruturação de um fundo de proteção por tempo de serviço) não pode ser subordinado a uma autorização legislativa (uso dos recursos desse fundo em políticas públicas).

Parte III

VIOLAÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE E AO DIREITO AO PRÓPRIO FGTS

1. A propriedade dos saldos das contas vinculadas do FGTS.

A Constituição da República, em seu artigo 7.º, inciso III, estabelece que o FGTS é um direito **DOS** trabalhadores urbanos e rurais.

De acordo com o artigo 2.º, *caput*, da Lei 8.036/1990, o FGTS é constituído (1) pelos saldos das contas vinculadas e (2) outros recursos a ele incorporados. Consoante o § 2.º desse dispositivo legal, “*as contas vinculadas em nome dos trabalhadores são absolutamente impenhoráveis*” (grifou-se).

Ao seu turno, os saldos das contas vinculadas do FGTS são formados por meio de depósitos mensais, realizados pelos empregadores, na importância correspondente a 8%

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador. É o que determina o artigo 15, *caput*, da Lei 8.036/1990³⁰.

Já o artigo 17 da Lei 8.036/1990 determina que “*os empregadores se obrigam a comunicar mensalmente aos trabalhadores os valores recolhidos ao FGTS e repassar-lhes todas as informações sobre **SUAS** contas vinculadas recebidas da Caixa Econômica Federal ou dos bancos depositários*” (grifou-se).

O artigo 20 da Lei 8.036/1990³¹ prevê as situações em que a conta vinculada do trabalhador pode ser movimentada, ou seja, as ocasiões em que o saldo poderá ser levantado pelo respectivo titular, por seus dependentes ou por seus sucessores. Bastante ilustrativa a hipótese contida no inciso IV desse dispositivo legal, segundo o qual, se houver o **falecimento** do trabalhador, **a propriedade do saldo** de sua conta vinculada do FGTS **será transferida** ao seus dependentes ou, na falta destes, aos seus sucessores, como prevê o artigo 20, inciso IV, da Lei 8.036/1990³².

Diante desse arcabouço normativo, não se afigura juridicamente possível negar que **os saldos das contas vinculadas do FGTS são de propriedade de seus respectivos titulares.**

Efetivamente, por meio dos depósitos mensais levados a efeito nas contas vinculadas do FGTS, forma-se uma espécie de **poupança compulsória** de propriedade do empregado, como forma de protegê-lo nas hipóteses de despedida imotivada. **Há, porém, uma diferença marcante entre esse direito social e a poupança comum, consistente na mitigação da autonomia da vontade do trabalhador, em razão da impossibilidade de ele dispor livremente dos valores de que é proprietário.**

³⁰ Lei 8.036/1990, artigo 15, *caput*: “Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965”.

³¹ Lei 8.036/1990, artigo 20, *caput*: “A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações: [...]”

³² Lei 8.036/1990, artigo 20, inciso IV: “falecimento do trabalhador, sendo o saldo pago a seus dependentes, para esse fim habilitados perante a Previdência Social, segundo o critério adotado para a concessão de pensões por morte. Na falta de dependentes, farão jus ao recebimento do saldo da conta vinculada os seus sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, expedido a requerimento do interessado, independente de inventário ou arrolamento”.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

É certo que o artigo 9.º da Lei 8.036/1990³³ autoriza a alocação de recursos do FGTS para desenvolvimento de políticas setoriais de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana, estabelecidas pelo Governo Federal. Essa autorização legislativa, porém, não retira do fundo de garantia a sua natureza jurídica de **direito social**, constitucionalmente assentada, nem, muito menos, implica a mitigação do direito de propriedade do trabalhador sobre o saldo de sua conta vinculada.

Ao revés, o mesmo artigo 9.º da Lei 8.036/1990, em seu § 2.º³⁴, determina que as disponibilidades financeiras do FGTS devem ser mantidas em volume que satisfaça as condições de liquidez e remuneração mínima necessária à **preservação do poder aquisitivo da moeda**, de modo a não solapar esse patrimônio dos trabalhadores. Em seu artigo 2.º³⁵, a lei determina, textualmente, a aplicação com **atualização monetária** e juros.

Em resumo, portanto, os saldos das contas vinculadas do FGTS não pertencem ao Poder Público, mas, sim, aos trabalhadores que as titularizam. Enquanto não configurada uma das hipóteses legais que autorizam o levantamento, os respectivos valores podem ser utilizados pelo Governo Federal para o atendimento de políticas públicas específicas, como autoriza a lei. Porém, isso não faz com que o direito de propriedade do cidadão sobre o saldo de sua conta vinculada não seja digno de proteção jurídica.

2. A correção monetária como componente intrínseco do direito de propriedade.

A correção monetária consiste em um ajuste contábil periódico de certos valores da economia, tendo como base, especialmente, o valor da inflação de um dado período e realizado com o intuito de compensar a perda do valor da moeda, mantendo o seu poder de compra. Nesse sentido, dispõe a Resolução 750/1993, com a redação dada pela Resolução 1.282/2010, ambas do CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE (grifos não constam do original³⁶):

³³ Lei 8.036/1990, artigo 9.º, *caput*: “As aplicações com recursos do FGTS poderão ser realizadas diretamente pela Caixa Econômica Federal e pelos demais órgãos integrantes do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, exclusivamente segundo critérios fixados pelo Conselho Curador do FGTS, em operações que preencham os seguintes requisitos: (Redação dada pela Lei 10.931, de 2004)”.

³⁴ § 2º Os recursos do FGTS deverão ser aplicados em habitação, saneamento básico e infra-estrutura urbana. As disponibilidades financeiras devem ser mantidas em volume que satisfaça as condições de liquidez e remuneração mínima necessária à preservação do poder aquisitivo da moeda.

³⁵ Lei 8.036/1990, artigo 2.º, *caput*: “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”.

³⁶ Disponível em http://www2.cfc.org.br/sisweb/sre/detalhes_sre.aspx?Codigo=2010/001282.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Art. 7º O Princípio do Registro pelo Valor Original determina que os componentes do patrimônio devem ser inicialmente registrados pelos valores originais das transações, expressos em moeda nacional.

[...]

§ 2º São resultantes da adoção da atualização monetária:

I – a moeda, embora aceita universalmente como medida de valor, **não representa unidade constante em termos do poder aquisitivo**;

II – **para** que a avaliação do patrimônio possa **manter** os valores das transações originais, **é necessário atualizar** sua expressão formal em moeda nacional, **a fim de que permaneçam substantivamente corretos** os valores dos componentes patrimoniais e, por consequência, o do Patrimônio Líquido; e

III – a atualização monetária não representa nova avaliação, mas **tão somente o ajustamento dos valores originais para determinada data**, mediante a aplicação de indexadores ou outros elementos aptos a traduzir a variação do poder aquisitivo da moeda nacional em um dado período.

Assim, porquanto a moeda *não representa uma unidade constante em termos do poder aquisitivo*, é imprescindível a atualização monetária dos saldos das contas vinculadas do FGTS, de modo a assegurar *o ajustamento dos valores originais* ao longo do tempo. Caso contrário, é impossível manter o poder de compra do trabalhador, em razão dos efeitos do processo inflacionário.

De modo harmônico com as disposições acima, o Eminentíssimo Ministro LUIZ FUX, no voto proferido quando do julgamento da ADI 4.425/DF, citando o Eminentíssimo Ministro AYRES BRITTO, assinala que *“a finalidade da correção monetária, enquanto instituto de Direito Constitucional, não é deixar mais rico o beneficiário, nem mais pobre o sujeito passivo de uma dada obrigação de pagamento. É deixá-los tal como qualitativamente se encontravam, no momento em que se formou a relação obrigacional”*.

Daí que a correção monetária de valores no tempo é circunstância que decorre diretamente do núcleo essencial do direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII). Corrigem-se os valores nominais para que permaneçam com o mesmo valor econômico com o passar do tempo, diante da inflação.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

A ideia é simplesmente preservar o direito original em sua genuína extensão. Nesse sentido, **o direito à correção monetária é reflexo imediato da proteção da propriedade**. Deixar de atualizar valores pecuniários ou atualizá-los segundo critérios evidentemente incapazes de espelhar o fenômeno inflacionário acarreta aniquilação do direito de propriedade em seu núcleo essencial.

Os valores depositados nas contas vinculadas do FGTS são de propriedade dos trabalhadores em nome dos quais foram abertas. Assim, ainda que mediante autorização legislativa, a utilização de um índice incapaz de refletir a inflação do período, a pretexto de atualizar monetariamente os respectivos saldos, equivale a diminuir o patrimônio desses cidadãos.

A TR não é um índice capaz de espelhar a inflação. Logo, permitir a sua utilização para fins de atualização monetária equipara-se a violar o direito de propriedade dos titulares das contas vinculadas do FGTS.

Efetivamente, portanto, a determinação legal nesse sentido, contida no artigo 13, *caput*, da Lei 8.038/1990, bem como no artigo 17, *caput*, da Lei 8.177/1991, é inconstitucional, por ofensa ao artigo 5.º, inciso XXII, da Constituição da República.

3. A impossibilidade jurídica da utilização do índice de remuneração da caderneta de poupança como critério de correção monetária.

A Lei 8.036/1990, em seu artigo 13, *caput*, estabelece que:

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.

Por sua vez, a Lei 8.177/1991, em seu artigo 17, *caput*, determina que:

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.

Essas previsões legais violam o texto constitucional.

É que, conforme já decidiu o Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, quando do julgamento da ADI 4.425, é patente a “*impossibilidade jurídica da utilização do índice de remuneração da caderneta de poupança como critério de correção monetária*”, havendo “*inadequação manifesta entre meios e fins*”.

Nesse ponto, a DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO adota como suas, no que couber, as razões declinadas pelo Eminentíssimo Ministro LUIZ FUX, Redator do acórdão proferido para julgar a sobredita ADI 4.425, adiante reproduzidas em transcrição livre, com as alterações adequadas ao caso em tela.

O referencial eleito nos dispositivos legais supramencionados **não é idôneo a mensurar a variação do poder aquisitivo da moeda**. Isso porque a remuneração da caderneta de poupança, regida pelo artigo 12 da Lei 8.177/1991, com atual redação dada pela Lei 12.702/2012, é fixada *ex ante*, a partir de critérios técnicos em nada relacionados com a inflação empiricamente considerada. Já se sabe, na data de hoje, quanto irá render a caderneta de poupança. E é natural que seja assim, afinal, a poupança é uma alternativa de investimento de baixo risco, no qual o investidor consegue prever com segurança a margem de retorno do seu capital.

A inflação, por outro lado, é fenômeno econômico insuscetível de captação apriorística. O máximo que se consegue é estimá-la para certo período, mas, jamais fixá-la de antemão. Daí porque os índices criados especialmente para captar o fenômeno inflacionário são sempre definidos em momentos posteriores ao período analisado, como ocorre com o Índice de Preços ao Consumidor (IPCA), divulgado pelo INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE), e o Índice de Preços ao Consumidor IPC, divulgado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).

A razão disso é clara: a inflação é sempre constatada em apuração *ex post*, de sorte que todo índice definido *ex ante* é incapaz de refletir a efetiva variação de preços que caracteriza a inflação. É o que ocorre na hipótese dos autos. A prevalecer o critério adotado no artigo 13, *caput*, da Lei 8.036/1990, e no artigo 17, *caput*, da Lei 8.117/1991, os saldos das contas vinculadas de FGTS seriam “atualizados” por índices pré-fixados e

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

independentes da real flutuação de preços apurada no período de referência. Assim, **o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança não é critério adequado para refletir o fenômeno inflacionário.**

Destaca-se que nesse juízo não é levada em conta qualquer consideração técnico-econômica que implique usurpação, pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, de competência própria de órgãos especializados. Não se trata de definição judicial de índice de correção. Essa circunstância, já rechaçada pela jurisprudência dessa Corte Constitucional, evidentemente transcenderia as capacidades institucionais do Poder Judiciário. Não obstante, a hipótese aqui é outra. Diz respeito à idoneidade lógica do índice fixado pelo legislador ordinário para capturar a inflação, e não do valor específico que deve assumir o índice para determinado período. Reitera-se: **não se pode quantificar, em definitivo, um fenômeno essencialmente empírico antes mesmo da sua ocorrência. A inadequação do índice aqui é autoevidente.**

Corroborando essa conclusão reportagem esclarecedora veiculada em 21 de janeiro de 2013 pelo jornal especializado *Valor Econômico*. Na matéria intitulada “*Cuidado com a inflação*”, o periódico aponta que “*o rendimento da poupança perdeu para a inflação oficial, medida pelo IPCA, mês a mês desde setembro*” de 2012. E ilustra: “*Quem investiu R\$1mil na caderneta em 31 de junho [de 2012], fechou o ano com poder de compra equivalente a R\$996,40. Ganham da inflação apenas os depósitos feitos na caderneta antes de 4 de maio, com retorno de 6%. Para os outros, vale a nova regra, definida no ano passado, de rendimento equivalente a 70% da meta para a Selic, ou seja, de 5,075%*”. Em suma: há manifesta discrepância entre o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança e o fenômeno inflacionário, de modo que o primeiro não se presta a capturar o segundo. O meio escolhido pelo legislador ordinário (remuneração da caderneta de poupança) é, portanto, inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período).

Não bastasse essa constatação, é de se ver que **o próprio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já decidiu que a Taxa Referencial não reflete a perda do poder aquisitivo da moeda**. Ao julgar a ADI 493, da relatoria do Ministro MOREIRA ALVES, o Plenário dessa Corte Suprema entendeu que o aludido índice não foi criado para captar a variação de preços na economia, daí ser insuscetível de operar como critério de atualização monetária. Eis trecho esclarecedor da respectiva ementa (grifou-se):

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 5, 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 de 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 maio de 1991. (ADI 493, Relator(a): Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/1992, DJ 04-09-1992 - grifou-se).

Diante dessa orientação jurisprudencial firmada pelo Pleno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, afigura-se que não há mais espaço para dúvida sobre a impossibilidade jurídica de se utilizar a TR como critério de correção monetária. Em se tratando de FGTS, a *inadequação autoevidente* desse índice é ainda mais perversa, pois o proprietário do saldo da conta vinculada vê o seu patrimônio ser dilapidado sem nada poder fazer a respeito.

Parte IV

VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

1. É a lei que deve se conformar à Constituição e não o inverso.

Em meados do século passado, por meio da Lei 5.107/1966, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço surgiu como uma “alternativa” ao sistema de indenização progressiva e estabilidade decenal. Com a promulgação da Constituição de 1988, esse instituto ganhou o status de **direito fundamental** dos trabalhadores.

Como já referido acima, é possível extrair diretamente do artigo 7.º, inciso III, da Constituição da República, os contornos elementares e o fim primordial do direito ao FGTS. Infere-se dos termos empregados pelo dispositivo constitucional a determinação para a instituição de um conjunto de recursos (um fundo) com o escopo de proteção (de garantia) aos trabalhadores em função do tempo de serviço por ele prestado.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Do mesmo modo, por meio de uma simples leitura da sobredita norma constitucional definidora de direito, é possível concluir que **a Constituição não confere ao FGTS a finalidade de custear o desenvolvimento de políticas públicas.**

A Lei 8.036/1990, destinada a definir as regras necessárias para o exercício do direito criado pela Constituição, extrapolou aquilo que foi previsto pelo poder constituinte originário. Isso porque, ao autorizar a utilização dos recursos do FGTS para a implementação de determinados programas governamentais, esse diploma legal impôs ao patrimônio dos trabalhadores obrigação não prevista na Lei Maior.

Essa decisão política do legislador ordinário somente pode ser considerada válida até o ponto em que não implicar a deturpação do objetivo constitucionalmente traçado (garantia do trabalhador em razão do tempo de serviço). Porém, no instante em que a lei acarretar o aviltamento dos saldos das contas vinculadas do FGTS, que são de propriedade dos trabalhadores, restará configurada flagrante a sua incompatibilidade com a Constituição. E a alegação de que a classe laboral precisa experimentar certo sacrifício patrimonial para permitir o financiamento de políticas governamentais não tem o condão de afastar esse contraste entre a norma legal e a norma constitucional.

É a lei que deve se conformar à Constituição e não o inverso. O objetivo de proteger o trabalhador, à razão de seu tempo de serviço, mediante a instituição de fundo de garantia, não pode ser abalado por uma autorização legislativa de utilização dos recursos desse fundo para a implementação de políticas públicas.

2. Uma forma dissimulada de arrecadação: algo parecido com o confisco.

Se for negada a adequada atualização monetária, ao argumento de que isso impactaria negativamente o desenvolvimento de determinadas políticas públicas, os saldos das contas vinculadas do FGTS deixam de ser um conjunto de recursos destinados à proteção do trabalhador e passam a ser uma forma dissimulada de arrecadação. **Algo muito parecido com o confisco de propriedade privada.**

Ora, o instrumento que o Estado tem à disposição para o desenvolvimento de suas políticas públicas é a instituição e a arrecadação de tributos. **E os trabalhadores brasileiros já estão submetidos a uma das mais elevadas cargas tributárias do mundo,** sem receber a devida contrapartida por parte da Administração Pública.

De acordo com matéria veiculada hoje (03/04/2014), no Jornal Folha de São Paulo, pela quinta vez consecutiva, o Brasil é o país que proporciona o **pior retorno de valores arrecadados com tributos** em qualidade vida para a sua população. A conclusão consta de estudo do INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO, que compara 30 países com maior carga tributária em relação ao produto interno bruto e verifica se o que é arrecadado volta aos contribuintes em serviços de qualidade (cópia anexa).

Não é moralmente aceitável, portanto, que a Administração Pública brasileira, que tanto arrecada e tão pouco retribui, possa ainda minar a propriedade privada dos contribuintes trabalhadores, sob a alegação de que isso é necessário para a implementação de políticas públicas que deveriam ser custeadas por meio da já elevada tributação.

Se práticas dessa natureza forem toleradas, quais serão os seus limites? Se hoje a lei permite que os saldos das contas vinculadas do FGTS sejam corrigidos por índice incapaz de repor as perdas inflacionárias, nada garante que amanhã a lei não poderá abolir a atualização monetária desses saldos, ou mesmo determinar que uma parcela dos valores depositados não seja repassada ao trabalhador. A desculpa para isso já está pronta: basta dizer que *o FGTS foi concebido para ter dupla finalidade* e que uma parte do dinheiro será aplicada *no financiamento de projetos com forte apelo social*.

Nesse cenário, não faz sentido a pretensão de afastar a atuação da jurisdição constitucional. Imaginar que a solução esteja em restringir o papel do Judiciário é assustar-se com a assombração errada. O que o país precisa é resgatar a dignidade da política, superando o descrédito da sociedade civil, particularmente em relação ao Legislativo³⁷.

A propriedade é um direito humano básico consagrado universalmente³⁸. No Brasil, tanto a propriedade quanto o FGTS são positivados na Constituição da República como direitos fundamentais. As normas legais que impliquem desrespeito a esses direitos, além de inconstitucionais por incompatibilidade com os dispositivos que os preveem, são eivadas por antijuridicidade constitucional por violação ao princípio da moralidade³⁹.

³⁷ Conforme Luís Roberto Barroso, *O novo direito constitucional brasileiro*, Fórum, 2013, p. 42.

³⁸ Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo XVII, item 1: “Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros”; item 2: “Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade”.

³⁹ Conforme Robert Alexy, *La institucionalización de la justicia*, 2005, p. 76: “[A]s normas jurídicas devidamente promulgadas e socialmente eficazes que são incompatíveis com o núcleo dos direitos humanos básicos são extremamente injustas e, portanto, não são direito”, citado por Luís Roberto Barroso, *Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*.

No caso em tela, tal como posto na petição inicial, a ausência de atualização monetária adequada implica a apropriação, pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, de significativa parcela dos recursos que deveriam ser creditados nas contas vinculadas do FGTS. O resultado disso é o enriquecimento ilícito do agente operador do fundo de garantia, que mantém em seu poder valores que deveriam ser entregues aos seus proprietários, quais sejam, os trabalhadores brasileiros.

Parte V

O FGTS COMO MEIO DE PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA IMOTIVADA

1. A proteção no plano constitucional.

O artigo 7.º, inciso I, da Constituição da República⁴⁰, estabelece que é direito dos trabalhadores a relação de emprego protegida contra despedida imotivada, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

Embora o referido dispositivo constitucional não tenha sido explicitamente destacado na petição inicial como parâmetro para o controle de constitucionalidade pretendido, tem-se que ele é relevante para o deslinde da presente ADI.

É que, em razão da norma prevista no artigo 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, até que seja promulgada a lei complementar exigida no artigo 7.º, inciso I, da Constituição da República, a proteção contra a despedida imotivada fica limitada ao aumento, para quatro vezes, da alíquota da multa que incide, justamente, sobre o FGTS⁴¹.

Assim, nos dias atuais, por força de expressa disposição constitucional, o saldo da conta vinculada do FGTS, além de sua função garantia do trabalhador pelo tempo de serviço, também serve de base de cálculo para o valor da indenização devida pelo empregador nos casos de demissão imotivada.

⁴⁰ Constituição da República, artigo 7.º, “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.”, inciso I: “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

⁴¹ Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, artigo 10: “Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição.”, inciso I: “fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, ‘caput’ e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966”.

Logo, a deficiente atualização monetária dos saldos das contas vinculadas do FGTS acarreta, também, a diminuição do grau de eficácia das normas constitucionais de proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Enseja-se, assim, vulneração ao artigo 7.º, inciso I, e da Constituição da República, em sua combinação com o artigo 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

2. A Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Na data de 22/06/1982, foi assinada, em Genebra, a Convenção 158 da ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT), sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador. Essa Convenção foi submetida à apreciação do Congresso Nacional, que a aprovou por meio do Decreto Legislativo 68, de 16/09/1992. Em seguida, foi promulgada mediante o Decreto 1.855, de 10/04/1996, do Presidente da República.

Pouco tempo depois, o Presidente da República, sem prévia deliberação do Congresso Nacional, expediu o Decreto 2.100, de 20/12/1996, para tornar pública a denúncia, pelo Brasil, da sobredita Convenção internacional.

Na linha da argumentação expendida na ADI 1.625⁴², a DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO entende que é inconstitucional a denúncia de tratados e convenções internacionais, sem a participação do Congresso Nacional, por ato unilateral do Presidente da República. Isso porque, em apertada síntese, tal postura viola a norma prevista no artigo 49, inciso I, da Constituição⁴³.

A mencionada ADI 1.625 ainda está pendente de julgamento. Não obstante, afigura-se oportuno registrar que a constituição de um fundo de garantia, destinado a proteger os trabalhadores contra os efeitos da despedida involuntária, é um direito reconhecido, também, no plano internacional. Nesse sentido, o artigo 12, item 1, alínea “a”, da Convenção 158 da OIT, estabelece que:

SEÇÃO E
Indenização por Término de Serviços e Outras Medidas
De Proteção dos Rendimentos

⁴² A ADI 1.625, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG), na data de 19/06/1997, continua em tramitação no Supremo Tribunal Federal.

⁴³ Constituição da República, artigo 49: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional:”, inciso I: “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

Artigo 12

1. Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, todo trabalhador cuja relação de trabalho tiver sido terminada terá direito:

a) a uma **indenização por término de serviços** ou a outras compensações análogas, cuja importância será fixada em função, entre diretamente pelo empregador ou **por um fundo** constituído através de cotizações dos empregados; ou

b) a benefícios do seguro desemprego, de um sistema de assistência aos desempregados ou de outras formas de previdência social, tais como benefícios por velhice ou por invalidez, sob as condições normais às quais esses benefícios estão sujeitos; ou

c) a uma combinação de tais indenizações ou benefícios.

Não se ignora que, no dia 04/09/1997, o STF deferiu parcialmente o pedido de medida cautelar formulado na ADI 1.480, para afastar toda exegese que considere a Convenção 158 da OIT autoaplicável. Essa decisão lastreou-se no entendimento, preponderante naquela ocasião, de que os tratados e convenções internacionais ingressariam no ordenamento jurídico pátrio no mesmo nível em que posicionadas as leis ordinárias.

Tem-se que essa decisão não prejudica o eventual reconhecimento de vigência da Convenção 158 da OIT no Brasil. A uma, porque a ADI 1.480 foi julgada extinta, sem resolução do mérito, por perda superveniente do objeto, no dia 26/06/2001. A duas, porque a jurisprudência do STF evoluiu para admitir a hierarquia **supralegal**⁴⁴ dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

A Convenção 158 da OIT é um tratado que versa sobre direitos humanos, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro antes da inclusão do § 3.º do artigo 5.º na Constituição⁴⁵, pela Emenda 45/2004. Assim, embora não se possa afirmar que possua o status de norma constitucional, é possível reconhecer a sua **estatura supralegal**, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna⁴⁶.

Diante desse cenário, caso o STF venha a entender que a Convenção 158 da OIT continua vigente e eficaz no Brasil, será possível identificar, além dos contrastes

⁴⁴ Em posição hierárquica superior tanto às leis ordinárias quanto às leis complementares.

⁴⁵ § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

⁴⁶ RE 349.703/RS, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Carlos Britto. *DJe*: 05/06/2009. No mesmo sentido, RE 466.343/SP, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Cezar Peluso. *DJe*: 05/06/2009.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

constitucionais apontados na inicial, a presença de vício de inconveniência nos dispositivos legais impugnados.

Em sentido diverso, na hipótese de essa Corte Suprema decidir pela inaplicabilidade dessa Convenção, será digna de nota, pelo menos, a constatação de que as regras legais atacadas situam-se na contramão das normas internacionais de proteção contra os efeitos da despedida imotivada.

Conclusão

INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 13, *CAPUT*, DA LEI 8.036/1990 E DO ARTIGO 17, *CAPUT*, DA LEI 8.177/1991

Os saldos do FGTS são de propriedade dos trabalhadores que titularizam as respectivas contas vinculadas. A propriedade é um direito humano básico universalmente consagrado. No Brasil, o FGTS também é um direito fundamental, de cunho social, positivado em nível constitucional.

Porque revestidos de fundamentalidade, os direitos de propriedade e ao FGTS são dignos de especial proteção jurídica. Não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a esses direitos. O controle abstrato de constitucionalidade das leis é função precípua do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e não caracteriza ofensa ao princípio da independência dos poderes.

A correção monetária é um componente intrínseco do direito de propriedade, que decorre diretamente de seu núcleo essencial. O Pleno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já decidiu que há impossibilidade jurídica da utilização do índice de remuneração da caderneta de poupança como critério de correção monetária. Logo, realizar a atualização monetária dos saldos das contas do FGTS por tal índice equivale a solapar o direito de propriedade dos trabalhadores.

Assim, o artigo 13, *caput*, da Lei 8.036/1990, e o artigo 17, *caput*, da Lei 8.177/1991, ao determinarem a atualização monetária dos saldos das contas vinculadas do FGTS pelo índice de remuneração da caderneta de poupança, são incompatíveis com a Constituição da República, notadamente, com o seu artigo 5.º, inciso XXII, que prevê o direito de propriedade, com o seu artigo 7.º, inciso III, que prevê o direito ao próprio FGTS, e com o seu artigo 37, *caput*, que institui o princípio da moralidade administrativa.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Em síntese, pois, à vista das regras aplicáveis à proteção do direito de propriedade, bem como do princípio da moralidade, os trabalhadores brasileiros têm direito a seus créditos referentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço monetariamente atualizados por índice capaz de preservar o valor real dos saldos de que são titulares.

Em virtude do exposto, a **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**, por meio do **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**, requer e pede:

1. a sua admissão na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, com fundamento no artigo 7.º, § 2.º, da Lei 9.868/1999;
2. sejam observadas as suas prerrogativas de receber intimação pessoal, inclusive, para a realização de **sustentação oral**, e de contagem em dobro de todos os seus prazos, em conformidade com o artigo 44, incisos I e VI, da Lei Complementar 80/1994;
3. no mérito, a procedência dos pedidos formulados pela parte autora.

Brasília-DF, aos 03 dias de abril de 2014.

ANTONIO EZEQUIEL INÁCIO BARBOSA
DEFENSOR PÚBLICO FEDERAL

HAMAN TABOSA DE MORAES E CÓRDOVA
DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL