



CONSIDERAÇÕES SOBRE A AÇÃO DA CORREÇÃO MONETÁRIA DOS DEPÓSITO DO FGTS

- A ADI 5.090 pleiteia a inconstitucionalidade do artigo de Lei que determina a TR como taxa de atualização da conta do FGTS, e, conseqüentemente, a aplicação de indexador diverso e que reflita a manutenção do poder de compra do trabalhador;
- Ainda não houve julgamento pelo STF da ADI nº5.090, e não há prazo para que isso ocorra, visto que o processo foi retirado de pauta em 13 de maio de 2021;
- O STJ julgou improcedente a tese, ao argumento de que a remuneração das contas vinculadas ao FGTS possui disciplina própria ditada por lei, sendo vedado ao Poder Judiciário determinar a substituição do índice TR;
- O STF já declarou a inconstitucionalidade da utilização da TR como índice de correção monetária em outras situações, mas nenhuma delas envolvendo o FGTS;
- Tem direito a revisão do FGTS os trabalhadores que possuem saldo na conta do FGTS a partir de janeiro de 1999 até os dias atuais;
- A estimativa é de que aplicando um índice melhor condizente com a inflação, haveria uma variação de 48% a 950% no valor da correção;
- Atualmente os processos de revisão do FGTS que não foram julgados estão com tramitação suspensa até que o STF julgue o mérito da questão da ADI nº 5.090;
- Os interessados podem ingressar através do Juizado Especial Federal para casos de valores até 60 (sessenta) salários mínimos, sendo que valores superiores, a via de ingresso é através da Justiça Federal;
- Pode ocorrer de o STF modular os efeitos em caso de procedência da ação, ou seja, decidir se irá abranger toda a população, ou apenas os que ingressaram com a ação e qual será o prazo prescricional;
- Não existe garantia de sucesso na ação, tendo em vista que não existem precedentes similares.

Estas e outras dúvidas podem ser sanadas neste boletim informativo.

A ação de correção dos valores do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, também conhecida como **Revisão do FGTS**, tem sido um dos assuntos mais comentados dentre os trabalhadores, e ganhou ainda mais repercussão por conta da notícia de julgamento da tese pelo Supremo Tribunal Federal.

As notícias indicam que a tese poderá beneficiar mais de 70 milhões de trabalhadores e o valor global envolvido está sendo previsto pelo governo como próximo de R\$290 bilhões. Considerando que o tema também ganhou destaque dentro das empresas atendidas pela SB&A, mostra-se oportuno alguns breves esclarecimentos sobre a matéria.

I – DO FGTS

O FGTS foi instituído no ano de 1966, vindo a sofrer considerável alteração pela Lei nº 8.036/1990. Passou a ser formado por depósitos mensais, efetuados pelo empregador, em contas individuais e vinculadas em nome de cada trabalhador, correspondentes a 8% da remuneração mensal do empregado.

A correção monetária das contas do FGTS está garantida em lei, no art. 2º da Lei nº 8.036/1990: *“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”*.

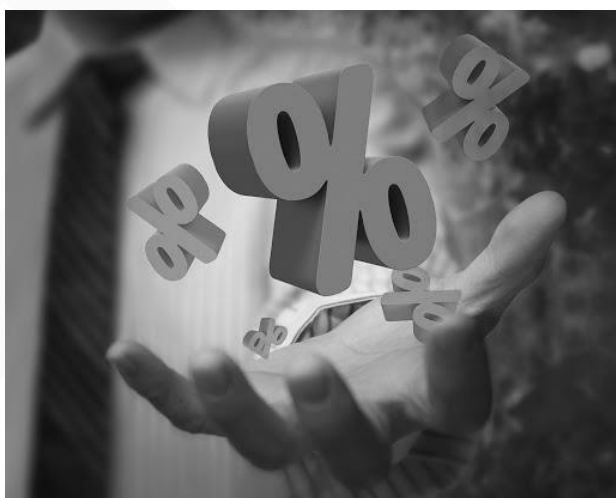
A partir de fevereiro de 1991, quando a TR foi criada por meio da Lei nº 8.177/91, **passou a corrigir os saldos do FGTS** conforme art. 17 da referida lei: *“A partir de fevereiro de 1991, os saldos das contas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) passam a ser remunerados pela taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos de poupança com data de aniversário no dia 1º, observada a periodicidade mensal para remuneração.”*

II – DA TAXA REFERENCIAL (TR)

A Taxa Referencial (TR) foi instituída na economia brasileira pela Lei nº 8.177, de 31/03/1991 (Plano Collor II), e teve por objetivo estabelecer regras para a desindexação da economia. É fixada pelo Banco Central, a partir do cálculo dos juros médios pagos pelos CDBs (Certificados de Depósito Bancário) e RDB (Recibos de Depósito Bancário) pelos 30 maiores bancos. Em 1995, o Banco Central introduziu na fórmula um redutor sobre esse cálculo.

A questão em debate decorre do fato de que o FGTS, assim outros valores corrigidos pela TR, foram depreciados justamente porque durante muitos anos a TR ficou abaixo da inflação.

A tese, portanto, visa discutir se é constitucional a utilização da Taxa Referencial (TR) para corrigir as contas de depósito do FGTS junto à Caixa Econômica Federal, uma vez que tal índice não acompanha a inflação e não é um índice próprio para medir a desvalorização da moeda.



III – PONTO DE PARTIDA DA DISCUSSÃO

A discussão envolvendo o uso da TR (taxa referencial) como índice de correção não é nova. Isso porque, o Supremo Tribunal Federal, analisando outras situações, já entendeu que a TR não pode ser usada como índice de correção monetária. Na ocasião, ficou decidido que o índice correto a ser adotado, é o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), considerado mais adequado porque reflete a inflação do período.

No julgamento de uma ação proposta em 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei nº 11.960/2009, que estabeleceu a aplicação dos índices da caderneta de poupança da Taxa Referencial como critério de atualização monetária nas condenações da Fazenda Pública.

Tal entendimento foi reafirmado recentemente, em julgamento conjunto das ADCs 58 e 59 e ADIs 5.867 e 6.021. Nessa particular situação, o STF decidiu pela inconstitucionalidade da aplicação da taxa referencial como índice de atualização monetária de débitos trabalhistas e de depósitos recursais na esfera da Justiça do Trabalho. A maioria dos ministros concordou com o relator, ministro Gilmar Mendes, que votou para afastar o uso da Taxa Referencial (TR) para índice de correção monetária. Os ministros também decidiram modular a decisão para que a correção seja feita pelo IPCA-e e Selic até que haja legislação específica.

Com base nesse entendimento do STF, muitas juristas entenderam que ganhou força a tese de que a remuneração do FGTS também não pode se dar através da Taxa Referencial (TR).

IV – DO JULGAMENTO PERANTE O STF

Apesar de milhares de demandas, a *leading case* é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.090. A ação em questão foi ajuizada no ano de 2014, pleiteando justamente a declaração de inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei nº 8.036/1990 e do artigo 17, caput, da Lei nº 8.177/1991.

IV.1 – DO PEDIDO DA ADIN

O autor da ADI (Partido Solidariedade) alega que a taxa referencial (TR), prevista como índice de atualização das contas vinculadas ao FGTS, nem sequer repõe o índice inflacionário brasileiro, o que acaba por prejudicar de forma significativa os titulares das contas de FGTS.

O pedido da ação, portanto, versa justamente sobre as correções aplicadas nos depósitos de FGTS efetivadas na conta vinculada do empregado desde o ano de 1999, tendo em vista que não vem observando a finalidade disposta em Lei, dentre ela a rentabilidade média, liquidez e garantia de remuneração mínima necessária a preservação do poder aquisitivo da moeda, conforme preconiza o art. 9º § 1º, e §2º da Lei n. 8.036 de 11/05/1990.

A correção aplicada ao saldo das contas vinculadas a partir de janeiro de 1991, obedece a taxa aplicável a remuneração básica dos depósitos de poupança correspondente à acumulação das TR. Ocorre, que referida taxa não representa parâmetro suficiente para recompor as perdas inflacionárias das contas do FGTS, sendo que nos últimos anos o indexador chegou a 0%, reduzindo assim, o poder de compra da moeda e, conseqüentemente, causando perdas de capital remuneratório e prejuízos ao titular do crédito.

IV.2 – DO ANDAMENTO DA ADIN

A ação estava programada para ser julgada pelo STF o dia 13 de maio de 2021, mas foi retirada de pauta pelo presidente do Supremo Tribunal Federal. Ainda não foi definida nova data para o julgamento.

Na época do ingresso da referida ação, a AGU (Advocacia Geral da União) emitiu parecer defendendo a TR como índice de correção do rendimento do FGTS. No mesmo período, a PGR (Procuradoria Geral da União) enviou parecer no mesmo sentido da AGU, ou seja, pela improcedência da ação e manutenção do uso da TR como índice de correção do FGTS.

Até o momento nenhum dos ministros proferiu voto, ou seja, o “placar” continua fechado. Com isso, não se sabe qual será o posicionamento do relator e se os fundamentos do seu voto serão acompanhados pelos demais colegas.

Vale lembrar que em junho de 2019, o ministro relator, Roberto Barroso, determinou a suspensão de todos os feitos que versam sobre a matéria até houvesse o julgamento do mérito pelo Supremo Tribunal Federal.

V – DAS CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE AÇÃO

Qualquer trabalhador pode pleitear a correção monetária, mas deve estar ciente dos riscos envolvidos, pois ainda não se sabe qual será o entendimento da Suprema Corte.

V.1 - PERÍODO PARA REQUERER A REVISÃO

A ADI que está aguardando julgamento pelo STF foi interposta em 2014, abrangendo o período de 1999 e 2013. Porém, acredita-se que neste julgamento seja também decidido, caso se entenda pela inconstitucionalidade da TR, se deve ser aplicado outro índice de correção monetária somente dentro deste período, ou até a data de julgamento ou até nova legislação definir índice compatível com a inflação.

As novas ações que estão sendo interpostas, inclusive aquelas apresentadas após o ano de 2014, estão requerendo a revisão dos saldos dos depósitos desde janeiro de 1999 (data em

que a TR começou a regredir) até a data de trânsito em julgado da ação, ou seja, abrangendo período maior do que a ADIN.

Como todas as ações, inclusive as novas, estão sendo automaticamente sobrestadas, deve-se aguardar pela decisão do STF para dirimir esta questão.

V.2 – QUAL O VALOR A SER RECUPERADO

O cálculo leva em consideração a realidade de cada trabalhador, logo, deve ser individualmente apurado. Ademais, ainda não há como se fazer uma conta precisa, pois, como visto acima, a decisão a ser proferida pelo do STF definirá os elementos necessários para tanto.

Juristas indicam que as perdas de valores aos trabalhadores variam de 48,3% a 88,3%, entre os anos de 1999 a 2014. Já no período de 2015 a 2020, a TR registrou um índice de apenas 4,41%, enquanto que o IPCA-E, no mesmo período, apontou 32,23%, ou seja, uma diferença de 27,82%.

V.3 – QUAL O MELHOR MOMENTO PARA AJUIZAR A AÇÃO

Essa é uma questão importante, e que precisa ser ponderada juntamente com os riscos envolvidos.

A princípio, o ideal seria aguardar por uma decisão positiva para, então, ajuizar a demanda ou se aproveitar de alguma decisão em ação coletiva. Todavia, não se pode ignorar a possibilidade de o STF modular os efeitos de uma eventual decisão favorável aos trabalhadores, resguardando o direito apenas ao que já tiverem ajuizado a ação.

Do outro lado, o entendimento pelo ajuizamento da ação o quanto antes, pois não se sabe quando o STF retomará o julgamento, precisa ser ponderando com o fato de se perder a ação e com isso arcar com o pagamento de honorários de sucumbência.



Importante informar que a Defensoria Pública da União esclareceu em nota¹ que não é necessário que a pessoa interessada entre com ação individual neste momento, pois a entidade disse que, se o julgamento do STF for favorável ao recálculo, será publicado um edital a fim de comunicar aos interessados que proponham ações individuais.

Esclarece-se, ainda, que em 2014 a DPU ingressou com a Ação Civil Pública nº 5008379-42.2014.4.04.7100 a fim de obter provimento jurisdicional que condene a CEF na obrigação de fazer, qual seja, corrigir os depósitos efetuados na conta vinculada do FGTS pelo índice que melhor reflita a inflação a partir de janeiro de 1999.

Com isso, cada um deverá avaliar os riscos envolvidos, ponderar o benefício a ser buscado, para então definir pelo ajuizamento da ação o quanto antes ou se aguarda a definição do tema.

¹<https://www.dpu.def.br/noticias-institucional/233-slideshow/62224-nota-esclarecimento-sobre-acao-para-mudanca-de-indice-de-correcao-do-fgts>

V.4 - DA POSSIBILIDADE DE INGRESSO ATRAVÉS DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL

Ainda considerando as ponderações sobre o momento de ajuizamento X riscos, deve ser avaliada também a possibilidade de ingresso da ação perante o Juizado Especial Federal. Isso porque, além dos custos reduzidos numa eventual condenação, não há pagamento de honorários de sucumbência (salvo em caso de recurso para segunda instância).

A análise deve ser feita caso a caso, principalmente diante do valor da causa, que deve ser o valor apresentado através de cálculo de um provável montante devido, o que é variável, tendo em vista o salário do autor e o tempo de contribuição.

Isso porque, o Juizado Especial Federal possui alçada de até sessenta salários mínimos, o que, no dia de hoje, chega a R\$66.000,00. Valores superiores a esse não poderão ser pleiteados perante o JEF, mas apenas na Justiça Federal.

Para aqueles que tiverem direito a valores não superiores a 60 (sessenta) salários-mínimos, a melhor opção é ajuizar a ação perante o Juizado Especial Federal.

Vale alertar que alguns juristas entendem não ser possível o ingresso da demanda perante o JEF, visto a necessidade de realização de prova pericial contábil visando apurar o valor devido. Nestes casos, os Juizes estão declinando a competência e enviando a ação para a Justiça Federal.



VI – DOS RISCOS

Como toda ação judicial, existe o risco de êxito ou não. Logo, é importante estar ciente dos riscos e avaliar se eventual benefício compensará o ajuizamento da demanda.

VI.1 – DA EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PELA TR

Argumento no sentido de manter a TR como índice de correção, decorre do fato de que existe previsão legal para tanto, não podendo o Poder Judiciário estabelecer outro parâmetro. Com isso, alguns juristas entendem que o ajuste em tal situação deve se dar no âmbito legislativo.

VI.2 – DO JULGAMENTO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apesar de o STF ter adiado o julgamento da tese, não se pode ignorar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por ocasião do julgamento do Tema nº 731 (Recurso Especial nº 1.614.874/SC), analisou a questão e fixou a seguinte tese:

“A remuneração das contas vinculadas ao FGTS tem disciplina própria, ditada por lei, que estabelece a TR como forma de atualização monetária, sendo vedado, portanto, ao Poder Judiciário substituir o mencionado índice.”

Nota-se, portanto, que o STJ se posicionou no sentido de que não cabe ao Judiciário interferir na questão por se tratar de competência apenas do Legislativo, e, mesmo se tivesse essa alçada, seria difícil identificar um índice adequado.

Deste entendimento, o STJ editou a Súmula nº 459, a saber: “A *Taxa Referencial (TR)* é o índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos com o FGTS recolhidos pelo empregador mas não repassados ao fundo.”

VI.3 - DA PRESCRIÇÃO

Ainda existe uma questão relacionado à prescrição, isto é, ao prazo para se buscar a correção de forma retroativa: 5 anos ou 30 anos?

Para uma primeira corrente de pensamento, o prazo a ser aplicado é o trintenário (ou seja, de 30 anos). Em linhas gerais, esse entendimento é baseado no verbete sumular 210/STJ, que dispõe que “a ação de cobrança de contribuições par ao FGTS prescreve em trinta anos”, bem como na decisão proferida no RESP 1.112.520, julgado sob o regime de recurso repetitivo, determinando que é trintenária a prescrição para cobrança de correção monetária de contas vinculadas ao FGTS no caso de expurgos inflacionários referentes aos índices de junho/87, janeiro/89, abril/90, maio/90, julho/90 e fevereiro/91.

Para uma segunda linha de pensamento, o prazo a ser aplicado é o quinquenal (ou seja, de 5 anos). Em resumo, este entendimento é amparado na interpretação dos acórdãos proferidos no RE 522.897-RN e ARE 709.212, julgados em regime de Repercussão Geral, onde ficou decidido que o prazo para cobrança de valores não pagos a título de FGTS é de cinco anos.

Diante de existirem entendimentos opostos, não é possível antever qual será o entendimento adotado pelos Tribunais no que diz respeito ao prazo prescricional.

VI.4 - DA DECISÃO CONTRÁRIA PELO STF

Evidentemente o risco de uma decisão desfavorável existe. É preciso ter em mente que o rombo financeiro que uma decisão favorável aos trabalhadores poderia acarretar é imenso, motivo pelo qual é possível que seja determinada a modulação dos efeitos da decisão, a exemplo do que ocorreu no recente julgamento conjunto das ADIn's 5.867 e 6.021. A modulação, caso seja aplicada, restringiria substancialmente o número de trabalhadores que poderiam pleitear valores retroativos, diminuindo o prejuízo financeiro decorrente da decisão.

Nesse ponto, há de se ressaltar que a declaração de inconstitucionalidade da TR (sem qualquer modulação) poderia alcançar 60 milhões de trabalhadores brasileiros vinculados ao FGTS, com o potencial de gerar um prejuízo de bilhões de reais aos cofres públicos, fator que pode influenciar uma decisão.

Já a situação da prescrição merece maior atenção, pois o prazo prescricional para pleitear a reposição de índices de correção monetária do FGTS tem sido objeto de debates, conforme apontado em tópico próprio.

VII - CONCLUSÃO

De forma geral, entende-se que a tese da inconstitucionalidade da TR é juridicamente sustentável e bastante relevante em termos de argumentos em prol dos trabalhadores. No entanto, há um risco envolvido, não podendo se prever com absoluta certeza qual será a decisão da Suprema Corte.

Assim sendo, e considerando as diversas variáveis envolvidas, é fundamental que seja ponderado o eventual benefício em face dos riscos antes de se ingressar com a ação.

Aos que não temem arcar com eventual sucumbência em caso de derrota, sugere-se que a ação seja proposta o mais breve possível.

Já aos que consideram que o benefício pretendido é baixo e/ou que não querem correr o risco de condenação ao pagamento de custas processuais e honorários, a sugestão é aguardar a decisão pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, como acima alertado, em caso de procedência da tese, pode o STF modular (restringir) os efeitos de forma a resguardar o direito apenas aos que ingressaram com a ação antes do julgamento.

Por fim, tem-se, ainda, a hipótese de se aguardar o julgamento favorável pela Suprema Corte e buscar se aproveitar da Ação Civil Pública patrocinada pela Defensoria Pública da União, partindo diretamente para a execução (cobrança) dos valores.

O Boletim Informativo In extenso é uma publicação idealizada e elaborada pelo escritório Sanfelice, Baldasoni & Associados Advocacia e Consultoria Jurídica. A divulgação do informativo se dá por meio eletrônico, através da página www.sbadvocacia.com.br, por e-mail e redes sociais. Os interessados em receber mensalmente este informativo deverão enviar solicitação para sbadvocacia@sbadvocacia.com.br. As opiniões emitidas nas notícias e jurisprudências não refletem, necessariamente, a opinião de nossos advogados e consultores. Qualquer dúvida, comentário ou sugestão favor enviar e-mail para sbadvocacia@sbadvocacia.com.br ou nos contactar através do acesso ao site: www.sbadvocacia.com.br.



**SANFELICE
BALDASONI
& ASSOCIADOS**
ADVOCACIA E CONSULTORIA JURÍDICA