

EXMO SR JUIZ FEDERAL DA ___ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO GRANDE DO NORTE

Processo n. [CONTESTAÇÃO DEPOSITADA EM SECRETARIA]

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CAIXA, instituição financeira sob a forma de empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada pelo Decreto-Lei 759/1969 e constituída nos termos do Decreto nº. 66.303/1970, regendo-se atualmente pelo Estatuto aprovado e consolidado pela Resolução do Conselho de Administração nº 799, da Ata nº 635, de 30/10/2019 e pela Assembleia Geral da CAIXA em 17/12/2019, inscrita no CNPJ/MF sob nº. 00.360.305/0001-04, com sede em Brasília/DF e com o seu Jurídico Regional situado na Av. Engenheiro Roberto Freire, n. 3132, Prédio do Praia Shopping, 2º andar, Ponta Negra, Natal/RN, CEP 59082-400, endereço eletrônico jurirna@caixa.gov.br, onde recebe intimações e notificações, por seu advogado que esta subscreve, vem apresentar **CONTESTAÇÃO** pelos fatos e fundamentos jurídicos que seguem.

BREVE RELATO

Trata-se de ação questionando e requerendo a substituição da TR pelo INPC ou IPCA, ou outro índice, para atualizar a conta fundiária nos períodos apontados na inicial.

O Autor traz algumas disposições sobre atualização monetária das contas do FGTS com destaque na Taxa Referencial (TR), finaliza afirmando que a TR não reflete mais a correção monetária e que seria necessária a sua substituição.

DA NECESSÁRIA ANÁLISE SISTÊMICA

O resultado desta ação terá reflexos para todos os empregadores e empregados do país, em todos os contratos de financiamentos, inclusive do SFH, CREDUC, FIES, na Poupança, Depósitos Judiciais, etc., pois usam a TR como índice de atualização monetária.

PRELIMINARMENTE - DA NECESSIDADE DE EXTINÇÃO DO FEITO – JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL AFETADO COMO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA Nº 1.614.874/SC

Inicialmente esclarece-se, que por tratar-se de **Matéria de ordem pública** requer seja a questão apreciada preliminarmente, tendo em vista o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, do Recurso Especial afetado como representativo de controvérsia nº 1.614.874/SC, ocorrido no dia 11/04/2018 e publicado no dia 15/05/2018 requer, seja aplicada a tese acima firmada julgando improcedente o pedido de substituição do índice de correção monetária do FGTS, extinguindo o feito com julgamento do mérito.

Vale ressaltar que a 1ª Seção do STJ, analisando o recurso do Sindicato dos Trabalhadores em Água, Esgoto e Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina, definiu para os fins do art. 1.036 do CPC a seguinte tese paradigma para o Tema nº 731:

“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”.

Tal reconhecimento pelo STJ, de que estes processos tratam de matéria de flagrante interesse público por si só já basta, portanto, para ensejar o exame “ex officio” desta preliminar, determinando a imediata extinção do feito.

Importante destacar a lição de NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, de que as **matérias de ordem pública podem ser alegadas a qualquer tempo e grau de jurisdição**, porque não acobertadas pela preclusão, e devem ser examinadas de ofício pelo juiz ou tribunal. (Código Comentado, Ed. RT, 1994, Art. 267, §3º:22, p. 476).

Com efeito, tal processo tem natureza uniformizadora, tendo o condão de vincular os respectivos entendimentos às instâncias jurisdicionais de primeiro e segundo graus, nos termos das Leis 9.882/99 (dispõe sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), 10.259/01 (dispõe sobre os Juizados Especiais Federais) e 11.672/08 (dispõe sobre os Recursos Repetitivos).

No STF, o Plenário Virtual já entendeu que o tema é infraconstitucional e que não há repercussão geral.

TEMA 787 - Validade da aplicação da Taxa Referencial - TR como índice de correção monetária dos depósitos efetuados na conta vinculada ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS. - plenário virtual do STF reconheceu a inexistência de questão constitucional e de repercussão geral.

Posto isto, e pelo muito que será suprido pelo notório saber jurídico de Vossas Excelências, respeitosamente, a Caixa Econômica Federal (CAIXA), julgando improcedente o pedido de substituição do índice de correção monetária do FGTS, extinguindo o feito com julgamento do mérito.

PREJUDICIAL DE MÉRITO - PRESCRIÇÃO

O prazo prescricional previsto no artigo 23, §5º, da Lei 8.036/90 e no artigo 55 do Decreto 99.684/90, que regulamentam o FGTS, é de 30 (trinta anos), mas o Supremo Tribunal Federal – STF, em 13/11/2014¹, no julgamento do ARE709212/DF, com repercussão geral reconhecida, declarou a inconstitucionalidade de tais dispositivos, adotando entendimento no sentido de que o prazo prescricional seria de apenas 05 (cinco) anos:

Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990. Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da Lei 9.868/1999. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex nunc. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (ARE 709212, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015)

1

Tema	Título	Leading Case	Relator	Situação Atual	Tese / Data Tese
0608	Prazo prescricional aplicável à cobrança de valores não depositados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS	ARE 709212	MIN. GILMAR MENDES	Há repercussão geral	13/11/2014
	Ver Descrição	Manifestação	Plenário Virtual	26/10/2012	
	Ver Assuntos	Acórdão		Trânsito em Julgado	

Houve modulação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade, em prol da segurança jurídica, conforme se verifica no voto do Ministro Gilmar Mendes, Relator:

“(…) Dessa forma, para aqueles cujo termo inicial da prescrição ocorra após a data do presente julgamento, aplica-se, desde logo, o prazo de cinco anos. Por outro lado, para os casos em que o prazo prescricional já esteja em curso, aplica-se o que ocorrer primeiro: 30 anos, contados do termo inicial, ou 5 anos, a partir desta decisão.

Assim se, na presente data, já tenham transcorrido 27 anos do prazo prescricional, bastarão mais 3 anos para que se opere a prescrição, com base na jurisprudência desta Corte até então vigente. Por outro lado, se na data desta decisão tiverem decorrido 23 anos do prazo prescricional, ao caso se aplicará o novo prazo de 5 anos, a contar da data do presente julgamento”.

No caso em tela, aplica-se o prazo quinquenal, pois, na data da decisão do STF (13/11/2014), restavam mais de 05 (cinco) anos para que se completasse o prazo prescricional trintenário.

Considerando que o ajuizamento ocorreu mais de cinco anos após a decisão do STF, verifica-se a prescrição da pretensão do autor em relação às competências prévias aos cinco anos que antecederam o ajuizamento da presente ação.

Diante do exposto, a Caixa requer, desde já, respeitosamente, que seja reconhecida a prescrição parcial, extinguindo-se o processo com resolução de mérito, quanto a tais competências.

DA LEGALIDADE DA TR

A atualização das contas fundiárias prevista na Lei 8.036/90 está assim disposta:

“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. **(Grifos nossos)**.

Posteriormente, em 1991, o legislador entendeu por bem desindexar a economia e criou a Lei 8.177/91, em cujo arcabouço conta com o art. 15, deste modo ementado:

“Art. 15. 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 primeiro, mantida a periodicidade atual para remuneração.

Parágrafo único. As taxas de juros previstas na legislação em vigor do FGTS são mantidas e consideradas como adicionais à remuneração prevista neste artigo.” (grifamos)

A Lei n.º 8.177/91 definia a TRD como fator de remuneração das cadernetas de poupança, aplicável ao FGTS, posteriormente, a Lei n.º 8.660/93 extinguiu a TRD e a poupança passou a ser remunerada pela TR, segue trecho em comento:

Art. 2º Fica extinta, a partir de 1º de maio de 1993, a Taxa Referencial Diária - TRD de que trata o art. 2º da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991.

[...]

Art. 7º Os **depósitos de poupança têm como remuneração básica a Taxa Referencial - TR** relativa à respectiva data de aniversário. – grifo nosso

A **SÚMULA 459 do STJ** define a TR como índice de correção monetária dos débitos do FGTS, demais disso, a legalidade da TR como índice para remunerar as contas vinculadas já foi debatido pelo E. STF ao julgar o RE 226.855/RS e considerou a natureza desse fundo (FGTS), corroborando pela constitucionalidade da Lei 8.177/91. Não há possibilidade de desconsideração deste julgado e de estabelecimento casuístico de qualquer outro índice como quer o Autor.

Note-se que a ação não questiona a atuação da CAIXA na aplicação da lei. Restando preservada a lei e não se discutindo sua aplicação, os pedidos autorais carecem de qualquer respaldo legal, devendo ser integralmente rechaçados.

DA INAPLICABILIDADE DAS ADIS 4.357 E 4.425 COMO PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

A decisão exarada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4.357 e 4.425 não importou em entendimento sobre a inconstitucionalidade da TR para todo o ordenamento jurídico. Pelo contrário, declarou-se a inconstitucionalidade de parte da Emenda Constitucional 62/2009, no trecho referente à expressão 'índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança', constante do § 12º do artigo 100 da CF, para fins de atualização dos débitos judiciais da Fazenda Pública, **apenas e especificamente no tocante à compensação tributária através de Precatórios, nos termos seguintes**:

“14. Prossigo neste voto para assentar, agora, a inconstitucionalidade parcial do atual § 12 do art. 100 da Constituição da República. Dispositivo assim vernacularmente posto pela Emenda Constitucional nº 62/2009:

“§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitos, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.” (Grifou-se)

(...)

16. Observa-se, então, que, em princípio, o novo § 12 do art. 100 da Constituição Federal retratou a jurisprudência consolidada desta nossa Corte, ao deixar mais clara: a) a exigência da “atualização de valores de requisitos, após sua expedição [e] até o efetivo pagamento”; b) a incidência de juros simples “para fins de compensação da mora”; c) a não incidência de juros compensatórios (parte final do § 12 do art. 100 da CF).

Mas o fato é que o dispositivo em exame foi além: fixou, desde logo, como referência para correção monetária, o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, bem como, “para fins de compensação de mora”, o mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança. E contra esse plus normativo é que se insurge a requerente”

Portanto, no acórdão da ADI 4.425, o STF concluiu fundamentalmente pela impossibilidade da utilização do índice oficial de correção da caderneta de poupança na atualização dos débitos dos precatórios da Fazenda em virtude de suas cobranças se pautarem em índices diversos e comprovadamente superiores, o que, na ótica daquela Corte, caracterizaria arbitrária discriminação e violação à isonomia entre devedor público e devedor privado (cf, art. 5º, caput). Senão vejamos o recorte do voto:

“Ademais, o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança “cria distorções em favor do Poder Público, na medida em que enquanto devedor os seus débitos serão corrigidos pela TR e, na condição de credor, os seus créditos fiscais se corrigem por meio da Selic”.

O que, de imediato, se percebe é que **a situação jurídica rechaçada pelo STF na ADI suscitada em nada se assemelha à situação dos depósitos do FGTS** reclamada na presente demanda.

Registre, em primeiro lugar, que – ao contrário de todo alegado pela parte adversa – o STF não afastou a constitucionalidade da aplicação da TR como índice de atualização monetária, nem a revogou, e tão pouco a afastou do ordenamento jurídico brasileiro.

Verifica-se que a pretensão deduzida face ao FGTS não se trata de uma relação jurídico-tributária como no precedente da Corte ventilado. O discrimen fundamental e motivador da decisão do STF é que o crédito de precatórios poderá ser utilizado como instrumento de compensação de dívidas tributárias, cujos índices de correção monetária alcançam patamares manifestamente superiores aos de correção dos precatórios. Tal fato importava na quebra da isonomia entre o credor e o devedor, repita-se, para fins de compensação, mote da decisão do Supremo.

No caso dos precatórios, o que se observa é a existência de um titular de crédito judicial oponível à Fazenda Pública, situação que não se replica no âmbito do FGTS. Neste segundo caso, a relação se dá entre o titular de conta vinculada (em razão do depósito feito pelo empregador) e o próprio Fundo, o que torna impossível a existência de qualquer compensação entre o titular da conta vinculada e o seu operador. Destaque-se que não há a figura do credor e devedor.

Ademais, no FGTS, não é possível falar em direito subjetivo ao pagamento de um “crédito” enquanto não ocorrer a hipótese legal de saque (Lei 8.036, artigo 20), momento em que surge para o fundista a possibilidade de ingresso na sua esfera patrimonial. Os valores que integram as contas vinculadas do FGTS são oriundos dos depósitos realizados exclusivamente pelo empregador (e não pelo empregado). O titular da conta vinculada somente terá direito subjetivo ao saque nas hipóteses *numerus clausus* estabelecidas no artigo 20 da Lei 8.036/90. Conclui-se pela impossibilidade de reconhecimento de ofensa ao direito de propriedade.

Nas ADIs eleitas pela outra parte como precedente jurisprudencial, preocupou-se o STF em preservar um equilíbrio entre os sujeitos jurídicos - titular do precatório e o Fisco – para garantir-lhes isonomia na compensação.

No FGTS a isonomia está preservada. Os sujeitos jurídicos diretos são o titular da conta vinculada e o FUNDO, não havendo qualquer possibilidade de se imputar enriquecimento indevido de uma das partes. Isto porque, segundo a lei que rege o FGTS, os seus recursos possuem destinação social específica que beneficiam outros sujeitos além da relação econômica-financeira entre o fundista e o Fundo, extrapolando os limites das lides individuais. Basta lembrar-se dos milhões de contratos de financiamento habitacional realizados com recursos do FGTS, cujo acesso pela população de baixa renda só é viável porque a sua correção é idêntica à remuneração do FGTS.

Demonstrada a diferença de premissas fáticas e jurídicas entre os casos levados ao Judiciário, conclui-se pela impossibilidade de replicar ao FGTS as conclusões sobre o uso da TR feitas pelo STF no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, seja porque não há hipótese de quebra de isonomia entre credor e devedor, seja porque não há a possibilidade de compensação, seja porque não há enriquecimento indevido de uma das partes litigantes em detrimento da outra, ou, finalmente porque a remissão à ofensa ao direito de propriedade não encontra respaldo na natureza jurídica dos depósitos fundiários.

Portanto, verifica-se que não há similitude entre o paradigma utilizado (ADI 4.357 e 4.425) e o presente caso.

DA REJEIÇÃO DE PROJETO DE LEI – MANUTENÇÃO DA TR – OPÇÃO DO LEGISLADOR – SEPARAÇÃO DE PODERES

Ao Legislativo cumpre fazer as opções políticas, ao Judiciário compete cuidar para que tais opções sejam observadas bem como não ofendam a Constituição. A pretensão ora guerreada é justamente a de que o Poder Judiciário faça opção política quanto ao índice de remuneração do FGTS, apropriando-se de atividade típica do poder legislativo em desatenção ao art. 2º da Constituição Federal, que trata da divisão dos Poderes.

A substituição da TR pelo INPC/IPCA para a correção dos depósitos da conta vinculada foi objeto de Projeto de Lei do Senado (PLS 193/2008), **arquivado pelo legislador, após parecer contrário emitido pela Comissão de Assuntos Econômicos**. Neste parecer ficou consignado os nefastos efeitos na alteração, destaque para o financiamento habitacional para a população de baixa renda (com recursos do FGTS).

Qualquer alteração no índice de atualização dos saldos das contas vinculadas, implicará na adoção deste “novo” índice nos depósitos realizados fora dos prazos regulamentares (pelos empregadores) e sobre os saldos devedores dos contratos de financiamento com recursos do FGTS.

A rejeição, pelo Legislativo, de proposta similar ao presente pedido, reforça a impossibilidade de invasão de competência caso haja deferimento do pleito.

Assim, **seja qual for o índice escolhido pelo legislador, não pode o mesmo ser substituído casuisticamente contra a lei, pelo Judiciário**, pelo simples motivo de que, em um determinado período de

tempo, outro índice não previsto em lei, apresentou percentual maior, uma vez que não cabe a este legislar (usurpação de poderes).

Dos Motivos do Legislador

Na década de 90 a economia brasileira vivia sob o jugo de inflação inaceitável, a MP 294, de 31/01/1991, posteriormente convertida na Lei 8.177, instituiu a TR como novo índice a ser aplicado. Esse dispositivo legal reiterava a disposição do governo e do legislador, de desvincular a correção monetária, tanto de contratos quanto de obrigações fiscais, dos índices de preços, como se constata já no seu art. 1º:

“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 nas agências de bancos comerciais, bancos de investimentos e bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos, e/ou de títulos públicos federais, **de acordo com metodologia a ser aprovada pelo Conselho Monetário Nacional**, no prazo de sessenta dias.” (grifo posto)

A desvinculação da correção monetária dos índices de preços visava à época e até mesmo hoje, ao combate da chamada “inflação inercial”, pela qual os mecanismos de indexação provocam a perpetuação das taxas de inflações anteriores, que são sempre repassadas aos preços correntes.

O pleito ora guerreado, tem missão inversa, quer reverter a posição tomada como certa e inconteste pelo legislador ao, de modo absurdo, pedir a substituição da TR por um que reflita “índices de preços”.

DO REDUTOR DA TR

O Autor deixa claro seu entendimento no sentido de que somente a partir de 1999 a TR teria deixado de espelhar o que entende ser a inflação do período, atribuindo tal resultado ao redutor da TR.

Contudo o redutor é utilizado desde a instituição da TR, como pode se ver da Resolução nº 1.805, de 27 de março de 1991, que o fixou em 2% (dois por cento):

III - a TR será calculada deduzindo-se da taxa média ponderada de remuneração obtida nos termos do item II os efeitos decorrentes da tributação e da taxa real histórica de juros da economia - representados pela taxa bruta mensal de 2% (dois por cento) conforme a fórmula abaixo:

Nesse aspecto, a alegação referente ao redutor é mais um **CASUÍSMO** da ação, vez que o Autor somente contesta os reflexos deste em relação a período favorável ao pleito.

Lembre-se que o redutor pode ser alterado a qualquer tempo, inclusive já foi tratado pelos tribunais, que sempre rechaçaram tese em contrário:

ADMINISTRATIVO – CORREÇÃO DE SALDOS DE CONTA VINCULADA AO FGTS – APLICAÇÃO DA TR – JUROS REMUNERATÓRIOS – ART. 13 DA LEI Nº 8.036/90.

1. A rentabilidade garantida nas contas vinculadas ao Fundo de Garantia de Tempo de Serviço – FGTS é de 3% (três por cento) de juros ao ano, mais correção pela Taxa Referencial (TR). Observância do art. 13 da Lei nº 8.036/90.

2. A lei, portanto, determina a aplicação da TR, índice utilizado para atualização dos depósitos de poupança, como índice de atualização monetária das contas do FGTS e não o IPCA.

3. A Caixa Econômica Federal, órgão gestor do FGTS, não pode deixar de cumprir o disposto na Lei nº 8.036/90, de modo a aplicar índice não previsto em lei.

4. Precedentes: STJ, REsp 2007/0230707-8, Rel. Min. José Delgado, DJe 05/03/2008; TRF-2, AC 2009.51.01.007123-5/RJ, Rel. Des. Federal Reis Friede, E-DJF2R: 09.07.2010.

5. Apelação desprovida. Sentença mantida.

(TRF-2ª Região, 5ª Turma Especializada, Apelação Cível n. 0008652-22.2009.4.02.5101, Rel. Des. Fed. Marcus Abraham, DJe de 30.11.12)

AGRAVO INTERNO – FGTS – TR - ÍNDICE APLICÁVEL - CORREÇÃO MONETÁRIA - DEPÓSITOS DA CONTA VINCULADA AO FGTS – PODER JUDICIÁRIO – IMPOSSIBILIDADE DE ATUAR COMO LEGISLADOR POSITIVO.

I - A TR é índice aplicável, a título de correção monetária, aos depósitos da conta vinculada ao FGTS, nos termos do art. 13 da Lei 8.036/90.

II - O acolhimento da pretensão vertida na inicial implicaria na atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, em flagrante ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, visto que só lhe é dado agir como legislador negativo, afastando do mundo jurídico norma ilegal ou inconstitucional.

II - Agravo Interno da Parte Autora improvido.

(TRF-2ª Região, 7ª Turma Especializada, Apelação Cível n. 2009.51.01.007123-5, Rel. Des. Fed. Reis Friede, DJe de 08.07.2010)

DOS REFLEXOS SISTÊMICOS E ECONÔMICO-FINANCEIROS

Da Desindexação da Economia e Risco de Prejuízo ao Próprio Trabalhador

Como é de conhecimento geral, na história recente do Brasil, o país mergulhou em espiral inflacionária que levou à necessária desindexação da economia, ou seja, à criação de mecanismos legais e de atribuição de competências aos órgãos e entes responsáveis pela gestão monetária nacional, que banisse o uso não virtuoso de índices galopantes que se retroalimentavam e sugavam a capacidade de se ter uma moeda estável.

Os índices travestidos de recuperadores do poder aquisitivo da moeda na prática destruíam, pelo seu uso abusivo, os pilares da macroeconomia brasileira, com reflexos na população com menor capacidade de se defender dos efeitos inflacionários crescentes.

Com esse escopo foi editada a Lei n. 8.177/91, que estabeleceu a TR, com a finalidade precípua de retirar do mercado a prática de uso indiscriminado de parâmetros de atualização monetária nocivos à economia nacional, que acabavam causando desequilíbrio nas aplicações, nos contratos, nos fundos, dentre outros objetos componentes do Sistema Financeiro Nacional.

Vale destacar que o legislador pátrio, ao promulgar a Lei n. 8.036/90, já havia optado por desvincular o FGTS da nefasta indexação.

Cabe lembrar, também, que o termo “correção monetária” foi oficialmente extinto do ordenamento pelo art. 4º da Lei 9.249/95, para dar lugar à “Atualização Monetária”, instrumento da política e do direito financeiro nacional, como forma de se viabilizar a desindexação da economia.

Em se admitindo a correção da conta vinculada com base nos índices inflacionários apontados na inicial, haveria um completo desequilíbrio no Sistema Financeiro Nacional, causando graves impactos na política econômica, fazendo com que, ao final, o próprio trabalhador seja o maior prejudicado pela medida.

Das inúmeras operações corrigidas pela TR – Risco sistêmico decorrente de enxurrada de ações

Dentro do Sistema Financeiro Nacional, há um grande número de operações remuneradas pela TR, podemos citar os contratos do SFH, Poupança, CREDUC, FIES, Depósitos Judiciais, etc.

Uma vez afastada a TR, a despeito da legalidade da sua utilização, todas as operações vinculadas à TR serão levadas ao crivo do poder judiciário para apreciação, fato que envolverá milhões de pessoas, com riscos extremos para o Sistema Financeiro, a economia pátria, o próprio Judiciário que reviverá, aumentada, a época dos “expurgos inflacionários”.

O cenário se torna ainda mais grave quando se analisa a questão sob a ótica dos contratos de financiamento habitacional (**SFH**) firmados entre mutuários e instituições financeiras, uma vez que esses contratos são atualizados com base no índice aplicável aos saldos do FGTS. Nesses contratos há cláusula com a seguinte redação: **“remuneração dos recursos que serviram de lastro à sua concessão” ou “reajuste do saldo devedor mediante a aplicação de coeficiente de atualização monetária idêntico ao utilizado para o reajustamento dos saldos das contas vinculadas ao FGTS”**.

A utilização do IPCA ou INPC atingiria os contratos já firmados, prejudicando o cumprimento das obrigações, fragilizando o crédito concedido, obtido e honrado com boa fé das partes.

Dois terços dos contratos de financiamento habitacional que são realizados com recursos do FGTS são firmados por titulares de contas vinculadas de FGTS, de modo que para dois terços dos contratantes haverá reflexo, de um lado, se beneficiarão de índice mais favorável de atualização do FGTS e, de outro, serão penalizados por terem as mensalidades de seus financiamentos recalculados por índice menos favorável.

Além do já firmado alhures, outras mazelas serão impostas à sociedade brasileira, considerando que a alteração pretendida fere a própria essência de criação do FGTS. Este foi concebido com a nobre missão de atuar no mercado de crédito habitacional em uma camada de menores valores, faixa na qual outros **FUNDINGS** não atuam.

Os contratos do FGTS têm taxas muito abaixo da média das demais fontes de financiamento, o que possibilita a captação dos seus recursos pelos agentes financeiros e a consequente concessão de milhões de empréstimos voltados à realização do sonho de moradia dos mutuários de baixa renda.

Assim, o FGTS deixaria de atuar na faixa de menor renda, fugindo ao escopo de sua formação, haja vista a necessidade de aumento do retorno dos empréstimos, a fim de não prejudicar a saúde financeira do fundo, passando a atuar em faixas já atendidas pelo mercado de crédito de varejo.

Noutra banda, haverá reflexo aos entes federativos, pois é expressivo o percentual de recursos do Fundo que são destinados ao financiamento de obras públicas, habitacionais, de saneamento e infraestrutura junto à União Federal, Estados e Municípios, nos mesmos moldes dos financiamentos linhas atrás mencionados.

Falamos de reflexos em financiamentos da ordem de aproximadamente 12% dos recursos aplicados pelo Fundo de Garantia, o que, somente em 2012, representou **R\$ 5 bilhões de reais**, investidos em programas sociais.

Haverá endividamento dos entes federados ou de seus administradores, com consequente enquadramento na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), isso porque os contratos efetuados com repasses de verbas do FGTS observam a capacidade de endividamento do ente federado, levando-se em consideração o índice legalmente previsto, a TR.

O Autor insiste na questão de que o FGTS é um patrimônio do trabalhador, o que é uma verdade parcial, pois o FGTS tem escopo social. Fosse o FGTS uma forma de investimento de caráter individual, as hipóteses de saque não seriam restritas àquelas previstas em lei.

Além disso, é importante constatar que a fonte dos recursos do FGTS decorrem de depósito do empregador, e não é descontado da remuneração do empregado. Isso significa que não há relação entre o patrimônio do empregado e o do FGTS, mas sim a criação de um pecúlio que, repise-se, não compõe o patrimônio do empregado, é apenas uma garantia para o caso de demissão, aposentadoria, ou outra hipótese legalmente constituída.

Sendo assim, mesmo que o FGTS não tivesse o escopo social, não há que se falar em prejuízo ao patrimônio do fundista.

Da Extrapolação dos Limites Subjetivos da Demanda

Como visto linhas atrás a existência/sobrevivência do FGTS depende diretamente do equilíbrio financeiro entre a atualização aplicada aos saldos e atualização dos contratos de financiamentos a ele vinculados.

Noutro giro, vale destacar, a Lei dispõe sobre a responsabilidade da CAIXA em face de eventual “risco de crédito”:

“Art. 9º...

§ 1º A rentabilidade média das aplicações deverá ser suficiente à cobertura de todos os custos incorridos pelo Fundo e ainda à formação de reserva técnica para o atendimento de gastos eventuais não previstos, sendo da Caixa Econômica Federal o risco de crédito” (grifo nosso)

Entretanto, impera esclarecer que o risco contido no parágrafo transcrito é assumido por esta Empresa Pública apenas em caso de consequências advindas de inadimplementos e/ou decisões negociais com os recursos do fundo, o que não se verifica no presente caso.

A parte autora reclama da correção aplicada pela CAIXA sob o estrito cumprimento das disposições legais atinentes à matéria.

Assim, por não ter praticado ato ilegal, o risco advindo da presente ação, em verdade, onerará, automática, legal e necessariamente, o próprio FGTS, e uma gama imensa de outros atores que não figuram neste feito, a saber: União, contratantes do SFH, do FIES etc.

A CAIXA, enquanto mero Agente Operador não define os índices de correções das contas individuais e dos contratos que firma com recursos provenientes do fundo. Assim, apenas cumpre seu papel de bem aplicar as disposições legais sobre o tema, **de acordo com o princípio da legalidade estrita que rege a administração pública.**

Neste sentido, inclusive, já se manifestou em inúmeras oportunidades o Superior tribunal de Justiça (STJ), sempre nos seguintes termos:

“5. A legislação impõe à CEF o papel de mero agente operador do FGTS, atuando sob orientação ("normas e diretrizes") do Conselho Curador, não podendo responder por atos que não tem autonomia para praticar.” (REsp 681.881/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 29/06/2009.) (grifo nosso)

Com estas considerações, em caso de deferimento do pleito autoral, no que não se acredita, o fundo assumiria o resultado deficitário, em detrimento do seu extenso papel coletivo e social.

Ademais, seria inevitável o aumento imediato da correção em todas as operações lastreadas com recursos do FGTS, a exemplo dos contratos habitacionais (SFH), sujeitaria os clientes, fundistas e população brasileira, aos nefastos efeitos da indexação da economia.

O FGTS não é um investimento, mas um fundo, e não é individual, mas coletivo. Ao ser privilegiado o individual, como quer a ação, o coletivo sofrerá graves consequências, seja pelo déficit imediato, seja pelo aumento do custo de todas as operações envolvendo o FGTS.

Dos reflexos do pedido - Estabilidade/segurança jurídica

A eventual procedência da demanda refletirá diretamente em toda economia nacional e desestruturará 20 anos de estabilidade econômica, alcançada a partir da desindexação, o que torna o pleito muito mais perverso e injusto do que os reflexos econômicos causados com os planos econômicos fracassados (década perdida).

Apenas para se ter uma noção da grandeza do impacto da modificação do índice, por exemplo, com substituição da TR pelo IPCA nos financiamentos do **Sistema de Financiamento Habitacional (SFH)**, haveria um aumento das taxas de financiamento em aproximadamente 15% ao ano, taxas que hoje são de 6% a 8,66% a. a., e que, em alguns casos, apenas, se reequilibraria em patamares superiores a 10% aa.

Ad argumentandum tantum, simulações financeiras feitas com base nesses índices nos mostram em caso de deferimento do pleito, o montante de juros e valores das prestações a serem pagas ao final, por um valor firmado de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) em um prazo de 240 (duzentos e quarenta) meses, vejamos:

Corrigido pela TR, o total das prestações pagas ao final do período é de R\$ 211.149,92 e o montante de juros pagos é de R\$ 110.894,49.

Corrigido pelo IPCA, o total das prestações pagas ao final do período é de R\$ 393.771,21 e o montante de juros pagos é de R\$ 180.645,87.

Isso demonstra que o mutuário passaria a ter que pagar um montante adicional de aproximadamente R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), em face do impacto nos financiamentos concedidos com a mudança das taxas.

Tal retrocesso culminará em um déficit a ser pago pelo próprio trabalhador, em especial, no momento da aquisição de sua moradia ou em contrato já firmado, bem como no acesso aos serviços essenciais, tais como: água tratada, saneamento, coleta e tratamento de resíduo, mobilidade urbana, dentre outros benefícios atualmente financiados com recursos do Fundo de Garantia, o que não se pode admitir.

DA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Restou fartamente demonstrada a ausência do fumus boni iuris na medida em que o pedido do autor é contra legem. Além de o pedido ser contrário a expresso dispositivo legal, o autor em nenhum momento arguiu a inconstitucionalidade ou ilegalidade dos dispositivos legais que instituíram a TR como índice de remuneração das contas vinculadas do FGTS.

Quanto ao periculum in mora, necessária demonstração de fundado receio de ocorrência de lesão grave e de difícil reparação, incumbindo ao Autor o ônus das respectivas provas. Ora excelência, o índice questionado pelo autor foi instituído em 1991, sendo que ele questiona sua idoneidade para remuneração das contas a partir de 1999, o que por si só é suficiente para demonstrar a total ausência de urgência na concessão da medida.

Por outro lado, o artigo 300, §3º do CPC dispõe que não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, o que é evidente no caso em tela, na medida em que há diversas hipóteses legais que autorizam a movimentação da conta vinculada por parte do trabalhador. Considerando o grande número de contas vinculadas, presente o risco de irreversibilidade da medida haja vista a dificuldade/impossibilidade de a CAIXA reaver eventuais valores creditados.

Considerando que os fatos a que o autor se insurge remontam há mais de 15 anos e o pedido é reconhecidamente contra a lei, inexistente fundamento para concessão da tutela antecipada pleiteada.

INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – RELAÇÃO ESTATUTÁRIA

No caso em tela, faz-se necessário ressaltar que a relação jurídica existente entre CAIXA e parte Autora não se consubstancia como uma relação de consumo, motivo pelo qual o Código de Defesa do Consumidor – CDC se mostra inaplicável.

O FGTS é um fundo público, instituído por lei, cabendo à CAIXA a posição jurídica de Agente Operador, uma vez que, nos termos da Lei n. 8.036/90, o referido fundo é gerido pelo seu Conselho Curador, órgão integrado por representantes de trabalhadores, empregadores e órgãos e entidades governamentais.

A CAIXA, portanto, no papel de Agente Operador do FGTS, exerce uma tarefa determinada em lei, de natureza estatutária, afastando, portanto, a aplicação do CDC.

Tal fato já foi expressamente reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça. No julgamento do Recurso Especial n. 535.013/PR, o Ministro Herman Benjamin afirmou categoricamente que “a relação dos empregadores para com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS não possui natureza jurídica que viabilize a aplicação das regras do CDC, devendo ser aplicada a normatização específica” (STJ, Segunda Turma, AgRg no REsp 535.013/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 25/05/2009.).

Em outro caso similar, o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial n. 1.155.684/RN, afetado à sistemática do recurso repetitivo prevista no artigo 543-C do antigo CPC, reconheceu a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em relação aos contratos firmados no âmbito do Programa de Financiamento Estudantil – FIES, tendo em vista que o objeto do contrato é um programa de governo, sem conotação de serviço bancário. (STJ, Primeira Seção, REsp 1.155.684/RN, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 18/05/2010.).

Sendo assim, requer a CAIXA, em consonância com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, a inaplicabilidade das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, em especial seu artigo 6º, VIII, cabendo à parte Autora o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito (artigo 373, inciso I, CPC).

DA INVIABILIDADE DA APLICAÇÃO SELETIVA DE ÍNDICES

A pretensão autoral é imprecisa quanto ao pedido formulado, vez que deixa ao arbítrio do juízo a escolha do índice que melhor aprouver ao fundista. Pede-se, inclusive, interpolação de meses para manter a TR quando superar os demais índices de atualização.

Observa-se que não há fundamentação jurídica precisa e suficiente para respaldar a eleição de índice, tal situação criaria insegurança jurídica para imputar ao agente operador a aplicação de índice que for mais satisfatório.

Segundo a teoria do conglobamento, muito utilizada na justiça trabalhista, não se admite que o empregado escolha e/ou pince normas decorrentes de um acordo ou convenção de forma a aplicar apenas aquilo que lhe beneficie em cada um. Na mesma forma não pode o fundista escolher os índices e meses que lhe for mais favorável.

O critério econômico ou vantagem econômica não é fundamento jurídico idôneo para definir o afastamento da TR muito menos de forma intercalada com outros índices.

Conclui-se, assim, que, na remota hipótese da substituição da TR por qualquer outro índice, deve o mesmo ser aplicado uniformemente por todo período em que vigiu a TR, ainda que menos favorável ao fundista.

DAS CUSTAS PROCESSUAIS E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A ADIn 2.736, declarou inconstitucional o art. 29C da Lei 8.036/90, incluído em razão da Medida Provisória n.º 2.164-41, de 24 de agosto de 2001.

Diante dos efeitos da referida decisão, é passível de condenação em honorários advocatícios os sucumbentes em ações contra o FGTS, desde que não se trate de decisão exarada nos Juizados Especiais Federais, em primeira instância, por força art. 55 da Lei 9.099/95.

Lembramos que é cabível a condenação em honorários advocatícios, inclusive aos que tenham sido contemplados com as benesses da justiça gratuita, vez que apenas a exigibilidade fica suspensa.

Vale destacar que a decisão na ADIn transitou em julgado no dia 20/08/2012, sem qualquer modulação em seus efeitos, logo, as disposições legais que tratam sobre a condenação em honorários devem ser consideradas e aplicadas, especialmente o art. 85 do nosso CPC, senão, vejamos:

Vale destacar o enunciado n. 38 do FONAJEF onde se definiu que a presunção de “necessitado” seria para aquele que tiver renda inferior ao limite de isenção do imposto de renda, logo, todo aquele que tiver renda em patamar tributável é capaz de honrar com as despesas sucumbenciais do processo, sem prejuízo de seu sustento e/ou de sua família, vejamos, grifo nosso:

Enunciado n.º 38

A qualquer momento poderá ser feito o exame de pedido de gratuidade com os critérios da Lei nº 1.060/50. Para fins da Lei nº 10.259/01, presume-se necessitada a parte que perceber renda até o valor do limite de isenção do imposto de renda.

Se o autor tem renda que retira essa presunção (contida no enunciado), incorre, assim, caso sucumbente, no pagamento de custas judiciais e honorários advocatícios.

Por tais fundamentos, jugada improcedente a ação, deve o Autor ser condenado ao pagamento dos honorários advocatícios, em patamar não inferior a 20%, o que desde logo requer.

DO PREQUESTIONAMENTO

Assim, requer a CAIXA o prequestionamento dos dispositivos legais e constitucionais abaixo elencados, pedindo seu expresso enfrentamento por esse juízo:

a) art. 2º da Constituição Federal (separação dos Poderes);

- b) art. 5º, II da CF c/c art. 13 da Lei 8.036/90 (princípio da legalidade);
- c) art. 170, III da CF (função social);
- d) art. 3º, incisos I, II e III da CF (objetivos fundamentais da República);
- e) art. 126 e 127 do CPC c/c art. 13 da Lei 8.036/90 (julgamento *contra legem*).

CONCLUSÕES

Em resumo, em sua defesa a CAIXA logrou demonstrar que:

- a) a lei determina a TR como índice de atualização do FGTS;
- b) as ADIs 4.357 e 4.425 não afastaram a aplicação da TR para remuneração do FGTS, tampouco declararam sua inconstitucionalidade;
- c) a pretensão autoral não apresenta qualquer fundamento referente a eventual inconstitucionalidade e/ou ilegalidade da lei que impõe a TR e sua aplicação no FGTS;
- d) a CAIXA, como ente operador do FGTS deve cumprir estritamente o disposto na Lei n.º 8.036/90, sob pena de lesão ao princípio da legalidade estrita, não podendo agir de forma diversa;
- e) o pedido autoral foi devidamente rejeitado pelo Congresso Nacional ao não aprovar a PL 193/2008, e o poder judiciário não pode legislar positivamente (princípio da separação dos poderes);
- f) a substituição de índices, conforme requerida, traz gravíssimos reflexos para todo o Sistema Financeiro Nacional, com potencial de risco sistêmico, não havendo sequer como mensurar o seu impacto;
- g) a metodologia de cálculo da TR compete ao CMN, e a aplicação do redutor compete ao BACEN;

De tudo quanto exposto e considerando o julgamento Recurso Especial afetado como representativo de controvérsia nº 1.614.874/SC que definiu ser a TR o índice a ser utilizado para atualização monetárias das contas vinculadas ao FGTS, a improcedência dos pedidos é medida que se impõe.

Diante do exposto, a CAIXA requer o acolhimento da preliminar e da prejudicial de mérito arguidas e, no mérito, a TOTAL IMPROCEDÊNCIA dos pleitos formulados na petição inicial, condenando-se a parte autora nos ônus da sucumbência.

Protesta e requer provar o alegado por todos os meios admitidos em Direito, inclusive juntada posterior de documentos.

Termos em que pede e espera deferimento.

Natal/RN, 2 de junho de 2021.

Maria Carolina S. R. Vanderkam
Advogada/CAIXA – OAB/RN 5.997

Paulo Humberto Pinheiro de Souza
Advogado/CAIXA – OAB/RN 2.313

Carlos Roberto de Araujo
Advogado/CAIXA - OAB/RN 3.943