

Planos econômicos, direito adquirido e FGTS

TEORI ALBINO ZAVASCKI

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Direito adquirido e ato jurídico perfeito. 3. Aplicação imediata e aplicação retroativa. 4. Orientação do Supremo Tribunal Federal. 5. A orientação da doutrina. 6. Inexistência de direito adquirido à manutenção de situação institucional. 7. As modificações implantadas no FGTS pelos planos econômicos. 8. Natureza jurídica do FGTS. 9. Momento da ocorrência da alteração legislativa: antes de consumado o lapso temporal da aquisição do direito. 10. Inexistência de direito à escolha de indexador. 11. Legitimação passiva e responsabilidade pelo creditamento. 12. Conclusões.

1. Introdução

O tema proposto situa-se no domínio de um dos mais instigantes campos da ciência jurídica: o que diz com a eficácia da lei no tempo e que define limites ao poder de legislar. Mais precisamente, o que se busca investigar é a legitimidade ou não dos preceitos normativos, editados no âmbito de planos econômicos, que alteraram os critérios de cálculo da correção monetária das contas vinculadas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Houve ofensa a direito adquirido? Violou-se ato jurídico perfeito? Essas as indagações que atualmente estão sendo postas ao exame do Poder Judiciário em todo o Brasil. Para respondê-las, é indispensável sejam traçadas previamente algumas premissas conceituais.

2. Direito adquirido e ato jurídico perfeito

A Constituição, como se sabe, impôs as seguintes limitações ao legislador, no que se refere à criação de leis e à sua incidência no tempo: “a lei não prejudicará o direito adquirido,

o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, inc. XXXVI). Trata-se de norma de sobre-direito, editada com a finalidade de nortear a produção de outras normas, tendo por destinatário direto, conseqüentemente, o próprio legislador infraconstitucional.

Desde logo cabe observar que a restrição constitucional diz respeito não apenas ao poder de legislar sobre direito privado, mas também ao de editar normas de direito público. Em nosso sistema não é cabível, para tal efeito, estabelecer distinção entre os diversos ramos do direito. Todos os preceitos normativos infraconstitucionais, seja qual for a matéria que versarem, devem estrita obediência à cláusula limitativa do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição. Portanto, também as normas de direito econômico, como são as que editam planos econômicos, hão de preservar os direitos adquiridos e o ato jurídico perfeito.

“Reputa-se ato jurídico perfeito”, segundo o § 1º do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, “o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”. O termo “consumado”, aqui, deve ser entendido como se referindo aos elementos necessários à existência do ato, e não à sua execução ou aos seus efeitos materiais. Ou seja: “ato consumado” é ato existente (= em que se acham completos, “consumados”, todos os requisitos para sua formação), ainda que pendentes (= ainda que não “consumados”) os seus efeitos.

“Consideram-se adquiridos”, diz a mesma Lei de Introdução (art. 6º, § 2º), “assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo ou condição pre-estabelecida, inalterável a arbítrio de outrem”. Duas são as situações previstas no dispositivo. A primeira – a que considera direito adquirido aquele que pode ser exercido – estabelece nítida distinção entre aquisição e exercício do direito: considera-se adquirido o direito quando apto a ser exercido, ainda que não tenha havido, efetivamente, o seu exercício. A segunda parte do dispositivo trata dos direitos cujo exercício está condicionado. Não se confundem tais direitos com as chamadas expectativas de direito. Os direitos condicionados, ou expectativos, são direitos existentes, estando condicionado, ou expectante, apenas o seu exercício. Diferentemente é o que ocorre com as chamadas expectativas de direito, situações em que não há direito algum, já que ainda pendentes (“em expectativa”) de configuração os próprios requisitos básicos para sua existência.

3. Aplicação imediata e aplicação retroativa

Não se pode, igualmente, confundir aplicação imediata com aplicação retroativa da lei. A aplicação retroativa é a que faz a norma incidir sobre suportes fáticos ocorridos no passado. Essa incidência será ilegítima, salvo se dela não resultar violação a direito adquirido, a ato jurídico perfeito ou a coisa julgada. Assim, não seria vedada a incidência retroativa de norma nova que, por exemplo, importasse situação de vantagem ao destinatário.

Aplicação imediata é a que se dá sobre fatos presentes, atuais, não sobre fatos passados. Em princípio, não há vedação alguma a essa incidência, respeitada, evidentemente, a cláusula constitucional antes referida. Aqui, todavia, colocam-se os problemas que mais desafiam a argúcia da doutrina e da jurisprudência. É que pode haver fatos atuais (ou até futuros) que constituem, simplesmente, efeitos de atos jurídicos perfeitos ocorridos no passado. É possível, outrossim, ocorrer situação em que o fato gerador do direito, embora não inteiramente consumado, já estava em vias de formação no momento em que veio a lume a nova lei. Há, nesses casos, incidência imediata da norma superveniente?

Para dar resposta a essas e a tantas outras perguntas semelhantes que o tema suscita, há de se partir de um critério fundamental, que adiante será examinado com mais vagar: o que se relaciona com a natureza do ato que deu origem à situação jurídica analisada.

4. Orientação do Supremo Tribunal Federal

Tomemos como parâmetro de trabalho dois precedentes do Supremo Tribunal Federal em que questões dessa natureza foram examinadas. Caso A: decisão do STF que considerou *inconstitucionais* dispositivos da Lei nº 8.177, de 1991, que alteraram o indexador adotado em contratos de financiamento da casa própria (os dispositivos considerados inconstitucionais determinavam a substituição dos índices de correção monetária previstos no contrato, por indexador baseado na variação da Taxa Referencial – TR) (ADIn nº 493, RTJ, v. 143, p. 724). Caso B: decisão do STF que considerou *constitucional* a Lei nº 8.030, de 1990 (conversão da Medida Provisória nº 154, de 1990), que revogou (quando já concluído o trimestre de apuração do índice a ser aplicado) o art. 1º da Lei nº 7.830 de 1989, que assegurava aos

vencimentos dos servidores públicos reajustamentos trimestrais “em percentual igual à variação acumulada do Índice de Preços ao Consumidor – IPC, verificada nos três meses anteriores” (MS 21.216. RTJ, v. 134, p. 1112). É o conhecido precedente sobre o reajustamento de 84,32%, de abril de 1990.

Observe-se que, em ambos os casos, as leis questionadas modificaram critérios de fixação de obrigações pecuniárias (prestação do contrato de financiamento da casa própria e vencimentos dos servidores públicos) e dispunham para o futuro (não importavam alteração de valores já pagos ou devidos no passado), mediante aplicação imediata.

Quais os fundamentos adotados pelo STF para chegar a conclusões aparentemente tão contraditórias?

No caso A (contrato de financiamento da casa própria), a tese central foi a de que os dispositivos eram *inconstitucionais porque ofensivos a ato jurídico perfeito*. Veja-se o que sustentaram os Ministros: “A norma constitucional impede a retroatividade da lei nova em face do ato jurídico perfeito, que, por não poder ser modificado retroativamente, tem os seus efeitos futuros resguardados da aplicação dessa lei” (Alves, p. 753). “O postulado da irretroatividade da lei nova” assegura “a imutabilidade da manifestação de vontade licitamente expressa, segundo direito vigente ao tempo do fato (ato jurídico perfeito)” (Mello, p. 794). “À sobrevivência das cláusulas livremente pactuadas, em matéria que, à época de sua celebração, era confiada à autônoma estipulação das partes, não pode opor-se a lei superveniente, ainda que de ordem pública” (Pertence, p. 797).

No caso B (vencimentos dos servidores públicos), a linha de fundamentação foi a da *inexistência de direito adquirido*. É o que se pode constatar dos seguintes excertos dos votos: “A revogação precedeu a própria aquisição e não somente o exercício do direito”. “Para a aquisição do direito, ou seja, para o ingresso deste no patrimônio do pretense titular, seria mister que, antes da revogação, se houvessem reunido e consumado todos os elementos, isto é, os fatos idôneos à sua constituição ou produção” (Gallotti, p. 1119). “O momento aquisitivo do direito vindicado – não fosse a intercorrente alteração legislativa – ter-se-ia consumado com a conjugação desses dois elementos essenciais já referidos: a ocorrência da variação nominal do IPC e a efetiva prestação laboral, no mês de

abril/90”. Antes disso, a situação jurídica estava “em processo de constituição”, caracterizando “mera expectativa de direito (...) não oponível ao Estado” e que não “pode ser invocada para inibir-lhe o desempenho de suas típicas funções jurídico-institucionais: a função de legislar” (Mello, p. 1125). “Não se adquire o direito a índice, não se adquire o direito a moeda, não se adquire o direito a reajustamento; adquire-se o direito ao salário *pro labore facto* no mês de competência” (Borja, p. 1130). “Não há direito adquirido. Para que este surja é necessário que, no mundo real, (ocorra) o fato complexo previsto abstratamente na norma jurídica como causa de nascimento do direito subjetivo de modo integral” (Alves, p. 1131).

Como se percebe, no caso A, prevaleceu, contra a lei nova, um direito previsto em cláusula de contrato; e, no caso B, prevaleceu a lei nova sobre o que dispunha outra lei, a revogada (art. 1º da Lei nº 7.730, de 1989). Ou seja: no caso A, o ato originante da situação jurídica era um contrato. No caso B, uma lei.

5. A orientação da doutrina

A orientação adotada pelo STF nos precedentes antes alinhados está perfeitamente ajustada aos critérios técnicos definidos na doutrina. Com efeito, a configuração do direito adquirido e do ato jurídico perfeito não ocorre de maneira uniforme em todas as situações jurídicas. Em matéria de direito intertemporal, é indispensável que se trace a essencial distinção entre direito adquirido fundado em ato de vontade (contrato) e direito adquirido fundado em preceito normativo, de cunho institucional, para cuja definição o papel da vontade individual é absolutamente neutro.

Para ilustrar o pensamento da doutrina nesse domínio da ciência do direito, leia-se o que, em síntese esclarecedora e didática, escreveu Celso Antonio Bandeira de Mello:

“2. Como bem o diz Laubadère, ‘denomina-se situação jurídica o conjunto de direitos e obrigações de que uma pessoa pode ser titular.’ As situações jurídicas, basicamente, comportam dois tipos: a) situações gerais e im pessoais, às vezes denominadas estatutárias ou objetivas, cujo conteúdo, segundo o citado mestre, é necessariamente o mesmo para todos os indivíduos que delas são titulares, pois tal conteúdo é determinado por disposição geral. São

também chamadas de situações legais ou regulamentares. (...) b) situações individuais ou subjetivas, cujo conteúdo é individualmente determinado e pode variar de um para outro titular. É o caso da situação de um credor, de um devedor, de um locatário, em que o conteúdo da situação é específico para cada qual, modela-se pelo ato individual (e não por via geral, como no caso anterior). O ato individual (ato subjetivo), ao mesmo tempo que cria a situação jurídica, investe nela o indivíduo. 3. As situações individuais, registra o renomado autor, jamais se encontram em estado puro. São sempre mais ou menos mistas, pois comportam inevitavelmente alguns elementos fixados por disposições gerais, a par dos aspectos subjetivos individuais oriundos do ato individual que as cria. Exemplifica com o contrato, justamente o mais típico gerador das situações subjetivas. Pelo contrato são produzidas situações individuais, de teor específico em cada relação. Não obstante, qualquer contrato está submetido a certas regras gerais que derivam de lei. 4. A utilidade principal da distinção a que se acaba de aludir concerne precisamente – acentua Laubadère – ao problema da modificabilidade das situações jurídicas: enquanto nas situações gerais as alterações se aplicam de plano, alcançando os que nelas estão investidos, as situações individuais e subjetivas permanecem intangíveis, intactas. E conclui: ‘Vê-se que a distinção fornece o critério técnico para solução de problema da aplicação da não-retroatividade das leis.’

E prossegue Celso Antônio:

“Entre nós, o Professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello também faz ampla e completa exposição do tema. A respeito averbou: ‘As situações estatutárias se estendem a número indeterminado de sujeitos e são mutáveis segundo a alteração das regras jurídicas que a regulam. Já as situações individuais se referem apenas a especificados sujeitos, de modo determinado, e são inalteráveis por terceiros ou por uma das partes sem a concordância da outra, obedientes às regras que permitiram a sua criação.’ 6. Em suma: o plexo de direitos e deveres dos indivíduos tanto pode consistir em

situações gerais (ditas também estatutárias, legais, regulamentares ou objetivas) como em situações individuais, subjetivas, pessoais. As situações gerais são produzidas por atos correspondentes, ou seja, atos que têm materialmente o alcance de criar disposições gerais e abstratas. Tais atos denominam-se atos-regra. A lei, o regulamento, estatutos, regimentos, convenções coletivas de trabalho são atos-regra. As situações subjetivas são produzidas por atos correlatos, é dizer, cujo alcance material restringe-se ao produtor ou aos produtores deles. Tais atos são chamados de atos subjetivos. Seu modelo característico é o contrato. Cifram-se a regular relações específicas do ou dos intervenientes no ato. Por meio deles os sujeitos delinham uma específica relação jurídica, desenhando-lhes a figura com o empenho de suas vontades. (...) 7. A aplicação das situações gerais aos indivíduos depende da ocorrência de algum fato ou de algum ato distinto daquele que as gerou. Pelo contrário, nas situações subjetivas, o ato criador delas *ipso facto* investe o sujeito (ou sujeitos) nas situações que produziu. Assim, para que alguém se veja incluído em uma situação geral, cumpre que ocorra algum evento previsto como deflagrador do plexo de regras jurídicas que a compõem. Esse evento é que incorporará ao sujeito a situação geral. Tal evento pode ser um ato ou um fato. 8. Os atos que investem alguém em uma situação jurídica geral denominam-se atos-condição. Consistem em condição para que se desencadeie o conjunto de direitos e deveres que perfazem a situação jurídica de alguém. Por meio deles, não se cria direito novo – ao contrário do ato subjetivo; apenas implementa-se o necessário a fim de que um quadro normativo já existente passe a vigorar em relação ao sujeito ou aos sujeitos que nele se vêm incluir. Seu alcance material é precisamente este: inserir alguém no campo de incidência de um ato geral (ato-regra). O ato condição não cria situação subjetiva: tão-só determina a incidência de uma situação geral e objetiva sobre alguém que destarte ingressa em regime comum aos demais indivíduos colhidos por esta situação

geral. Por exemplo: o ato de aceitar cargo público acarreta a inserção do sujeito na situação jurídica geral de funcionário, situação que é a mesma para os funcionários em geral. O ato de se casar acarreta para os que se convertem em cônjuges suas inserções no correlato *status* jurídico de casados, vale dizer, na situação jurídica geral comum a todas as pessoas casadas, sujeitas ao mesmo quadro de direitos e obrigações. São atos-condição. 9. A inclusão de alguém em uma situação geral pode também resultar de um fato que operará como condição para que se desencadeiem as regras que a delinham. Assim, o fato de uma pessoa auferir certo montante de renda faz com que se concretize para ela a situação – que é disciplinada de modo geral – de contribuinte do imposto de renda. O fato de um jovem completar certa idade determina para ele a particularização da situação jurídica geral, própria dos obrigados à prestação de serviço militar. 10. Nota-se a profunda diferença entre as situações gerais e as situações individuais. Intuitivamente percebe-se a imediata alterabilidade das primeiras e a intangibilidade das segundas”.

“Teria sentido – pergunta ele – alguém pretender se opor à alteração das regras do imposto de renda, arguindo direito adquirido àquelas normas que vigiam à época em que se tornou contribuinte pela primeira vez? Teria sentido invocar direito adquirido para obstar a aplicação de novas regras concernentes ao serviço militar, argumentando que o regime vigorante era mais suave quando o convocado completou 18 anos? Acaso poderia um funcionário, em nome do direito adquirido ou do ato jurídico perfeito, garantir para si a sobrevivência das regras funcionais vigentes ao tempo em que ingressou no serviço público, quais as concernentes às licenças, adicionais etc.? Seria viável alguém invocar direito adquirido a divorciar-se, se a legislação posterior a seu casamento viesse a extinguir este instituto jurídico? Ou, reversamente, teria direito adquirido à indissolubilidade de vínculo se lei nova estabelecer o divórcio? É meridiano claro o descabimento de resistência a tais alterações. Elas colhem de imediato os

indivíduos inclusos nas situações jurídicas gerais modificadas. Salvo hipóteses adiante explanadas, inexistente a intangibilidade reconhecida para as situações individuais.

“Bem ao contrário – continua – se alguém contrata com outrem o trespasse de bem móvel, convindo as partes, das possibilidades legais, que os riscos da coisa, antes da tradição, correm por conta do comprador, cria-se situação subjetiva imutável. Daí que o vendedor poderá invocar direito adquirido àquelas cláusulas, se lei posterior à avença dispuser que os riscos da coisa vendida e ainda não entregue devem ser suportados pelo vendedor. (...) 13. É nítido o discrimen entre ambas as espécies de situações jurídicas e igualmente nítida a imediata aplicação das modificações que incidam sobre as situações gerais, ao contrário do que se passa com as subjetivas” (*Ato administrativo e Direito dos administrados*. Revista dos Tribunais, 1981. p.106-111).

6. Inexistência de direito adquirido à manutenção de situação institucional

Não existe, portanto, direito adquirido a manter inalterado determinado regime jurídico, e quanto a isso, como se viu, há absoluta harmonia entre doutrina e jurisprudência. Confirmam-se, nesse sentido, alguns outros exemplos retirados da jurisprudência do STF, frutos dessa linha de pensamento: a) o direito a aposentadoria regula-se pela lei vigente ao tempo em que forem implementados todos os requisitos necessários. Antes disso, não há direito adquirido, nada impedindo que a lei seja alterada, com modificação do regime vigente (súmula 359-STF; RTJ, v. 75, p. 481); b) não há direito adquirido a determinado regime jurídico de servidor público. O servidor pode adquirir direito a permanecer no serviço público, mas não adquirirá nunca o direito ao exercício da mesma função, no mesmo lugar e nas mesmas condições (RTJ, v. 119, p. 1324); c) enquanto não completado integralmente o período aquisitivo correspondente, não há direito adquirido a licença-prêmio ou à sua conversão em dinheiro, nada impedindo que o legislador modifique ou mesmo extinga tais vantagens (RTJ, v. 123, p. 681); d) não há

direito adquirido a vantagem prevista em lei enquanto não implementada a condição temporal que a autorizaria (RTJ, v. 123, p. 372).

7. As modificações implantadas no FGTS pelos planos econômicos

O saldo das contas vinculadas ao FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço) é atualizado periodicamente, mediante créditos de juros e de correção monetária. A Lei que criou o FGTS (Lei nº 5.107, de 1966) dispunha, em seu art. 3º, que o saldo das contas vinculadas seria corrigido segundo “...critérios adotados pelo Sistema Financeiro da Habitação”. Na época, os índices e a periodicidade do crédito foram fixados por atos do Poder Executivo, sendo que, pelo menos a partir de 1975 (Decreto nº 76.750, de 5-12-75), a periodicidade foi trimestral.

Posteriormente, o FGTS foi alterado pela Lei nº 7.839, de 1989, em cujo artigo 11 ficou estabelecido que a correção monetária do saldo das contas vinculadas se daria “...com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos em poupança” e com periodicidade mensal (§§ 1º e 2º), disposições que foram mantidas pelo artigo 13 e §§ 1º e 2º da Lei nº 8.036, de 1990, que atualmente rege o FGTS.

O que se tem questionado judicialmente diz respeito, de modo específico, às alterações relativas aos índices de correção monetária dos meses de junho de 1987, de janeiro de 1989 e de abril de 1990. Em relação a junho de 1987 (“Plano Bresser”), a controvérsia tem a seguinte origem: o artigo 12 do DL nº 2.284, de 1986, com a redação dada pelo DL nº 2.311, de 1986, estabelecia que “os saldos das cadernetas de poupança, bem como do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e do Fundo de Participação PIS/PASEP, serão corrigidos pelos rendimentos das Letras do Banco Central ou por outro índice que vier a ser fixado pelo Conselho Monetário Nacional, mantidas as taxas de juros previstas na legislação correspondente”. O índice fixado pelo CMN foi o da variação da OTN, que, por sua vez, era calculada com base na variação do IPC ou dos rendimentos produzidos pelas Letras do Banco Central, “...adotando-se o índice que maior resultado obtiver...” (Resolução nº 1.336, de 11-6-87). Sobreveio, porém, a Resolução nº 1.338, de 15-6-87, e, em seu item I, alterou o modo de calcular a OTN de julho daquele ano, estabelecendo que “o valor nominal das

Obrigações do Tesouro Nacional – OTN será atualizado, no mês de julho de 1987, pelo rendimento produzido pelas Letras do Banco Central – LBC no período de 1º a 30 de junho de 1987, inclusive”. Ora, a variação da OTN assim calculada foi de 18,02%, enquanto o IPC, no mesmo período, registrou variação de 26,06%. Sustenta-se a existência de direito adquirido ao crédito dessa diferença.

Em relação a janeiro de 1989 (“Plano Verão”), a controvérsia tem a seguinte origem: a correção monetária das cadernetas de poupança, e, também, das contas vinculadas do FGTS, vinha sendo calculada pela variação da OTN, segundo o disposto na Resolução BACEN nº 1.396, de 22-9-87 (que deu nova redação ao item IV, da Resolução nº 1.338, de 15-6-87). Entretanto, em 15-1-89, foi editada a Medida Provisória nº 32, depois convertida na Lei nº 7.730, de 31-1-89, que extinguiu a OTN (art. 15) e estabeleceu que o saldo das cadernetas de poupança, no mês de fevereiro, seria corrigido “com base no rendimento acumulado da Letra Financeira do Tesouro Nacional verificado no mês de janeiro de 1989, deduzido o percentual fixo de 0,5% (meio por cento)”. O mesmo critério foi adotado para correção do saldo das contas vinculadas do FGTS, pelo art. 6º, I, da Medida Provisória nº 38, de 3-2-89, convertida, posteriormente, na Lei nº 7.738, de 9-3-89, “mantida a periodicidade trimestral”. Em consequência, a correção monetária das contas vinculadas, creditada em 1º de março de 1989 correspondeu à variação acumulada da OTN de dezembro de 1988 (28,79%), mais a da LFT de janeiro (22,359%) e mais a da LFT de fevereiro (18,353831%), totalizando, no trimestre, 86,5095%. O que se tem sustentado é o direito adquirido ao crédito da diferença, correspondente à variação do IPC de janeiro, que foi de 70,28%.

Finalmente, no que se refere ao mês de abril de 1990 (“Plano Collor”), a questão tem a seguinte origem: a correção monetária das contas vinculadas do FGTS, que tinha como base a variação do IPC (Lei nº 7.730, de 31-1-89, art. 17, III, e Lei nº 7.839, de 12-10-89, art. 11), passou a ser calculada, por força da Medida Provisória nº 168, de 15-3-90, convertida na Lei nº 8.024, de 12-4-90, pela variação do BTN Fiscal, já que este foi o critério adotado para a correção dos saldos das cadernetas de poupança (art. 6º, § 2º e Lei nº 7.839, de 12-10-89, art. 11). O crédito, nessa época, já tinha periodicidade mensal (Lei nº 7.839, de 12-10-89, art.

11, §§ 1º e 2º). O que se sustenta é o direito à manutenção, para o mês de abril, da correção monetária com base na variação do IPC, de 44,80% (Em muitos casos, questionou-se também o índice do mês de março de 1990. Todavia, relativamente a esse mês, a discussão não tem substância, já que o crédito efetuado às contas vinculadas foi equivalente ao da variação do IPC).

8. Natureza jurídica do FGTS

Para identificar a existência do questionado direito adquirido é indispensável, à luz das premissas antes estabelecidas, saber se o FGTS tem natureza institucional ou contratual. O que é o FGTS? Qual a sua natureza? Muito se tem debatido, em doutrina e jurisprudência, para buscar resposta a tais indagações. Há os que nele vislumbram um instituto de natureza tipicamente previdenciária, e assim o fazem em atenção aos casos em que o empregado se habilita a movimentar a conta vinculada (desemprego, doença, aquisição da casa própria, necessidade urgente); há os que vêem nele relação jurídica de cunho tributário ou de contribuição social (assim o definiu o STF à luz da Constituição de 1969 – RTJ, v. 136, p. 681), e isso em consideração à natureza cogente do recolhimento dos depósitos; e, enfim, outros vêem ali espécie de salário diferido, ou de indenização, ou de crédito, e essa é perspectiva fundada na relação que se estabelece entre o empregado e o próprio Fundo. Síntese dessas várias correntes de opinião podem ser encontradas em estudos de Amauri Mascaro Nascimento (*Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. Saraiva, 1989. p.473) e de Ney da Fontoura Boccanera (Natureza jurídica e implicações práticas de certas instituições trabalhistas. *Revista de Direito do Trabalho*, n. 17, p. 111). Qualquer que seja, no entanto, a perspectiva a partir da qual se examine o FGTS, uma característica importante nele se identifica desde logo: a sua natureza institucional. Na verdade, o FGTS é uma instituição, da qual decorre um plexo de relações jurídicas com diferentes figurantes: há a relação jurídica que se estabelece entre o empregador e o Fundo, cuja prestação é uma contribuição mensal sobre os ganhos dos empregados; e há a relação jurídica que se estabelece entre o titular da conta vinculada (o empregado) e o Fundo, da qual nasce o dever de creditar rendimentos periódicos e, eventualmente, de entregar ao titular da conta o saldo

disponível. Tais relações jurídicas nascem e se moldam em estrita observância de normas legais, gerais e abstratas, idênticas para todos os empregados e para todas as empresas. Até mesmo a opção pelo “regime instituído na presente lei” (observe-se que a lei fala em “regime”), originalmente prevista no art. 1º da Lei nº 5.107, de 1966, até mesmo essa opção, único resquício de autonomia de vontade do empregado (e que se limitava a aderir ou não ao regime), já não mais existe. Hoje, a adesão ao regime do FGTS é imposta por lei a empresas e a trabalhadores, e é a lei que disciplina, de forma exaustiva, todo o conteúdo e todas as consequências de tal vinculação. Em suma, nada tem de contratual o regime do FGTS. Sua natureza é tipicamente institucional, estatutária, objetiva. É, sob esse aspecto, em tudo semelhante ao regime da Previdência Social: em ambos os casos, o ingresso é automático e decorre tão-somente da existência do contrato de trabalho, que é seu ato-condição.

9. Momento da ocorrência da alteração legislativa: antes de consumado o lapso temporal da aquisição do direito

Se o FGTS tem natureza institucional, e não contratual, os critérios jurídicos a serem adotados em relação a ele são os mesmos que nortearam a dedução do STF no precedente a respeito de reajustamento de vencimentos (Caso B). Não se pode aplicar a ele, sem maior consideração, o outro precedente, relativo a contrato (Caso A), e nem, como tem ocorrido com frequência, os precedentes jurisprudenciais a respeito de rendimentos de caderneta de poupança. É que também a caderneta de poupança tem natureza contratual. É espécie de contrato de depósito bancário a prazo certo de um mês, que pode ser renovado ou não, segundo a vontade do depositante. Ora, conforme antes se viu, em se tratando de contrato, os efeitos futuros regem-se pelas normas estabelecidas quando de sua celebração, e é essa a razão a sustentar o direito a rendimentos previstos na norma vigente ao tempo do depósito.

Aliás, mesmo nas situações de natureza contratual – que, como assevera a doutrina, nunca são encontráveis em estado puro –, a lei nova incide imediatamente sobre as cláusulas nele incorporadas por força de preceito normativo cogente, ou seja, aquelas cujo conteúdo foge ao domínio da vontade dos contratantes. Realmente, em casos de situações jurídicas oriundas

de contratos, notadamente em se tratando de contratos de trato sucessivo e execução diferida, que incorporam cláusulas regradas por lei, é pacífica a jurisprudência no sentido de que não há direito adquirido à manutenção de tais cláusulas. Disciplinadas em lei de forma abstrata e geral, elas são suscetíveis de alteração com eficácia imediata, inclusive em relação aos contratos em curso de execução. Assim: "...as normas que alteram padrão monetário e estabelecem os critérios de conversão dos valores em face dessa alteração se aplicam de imediato, alcançando os contratos em curso de execução, uma vez que elas tratam do regime legal da moeda, não se lhes aplicando, por incabíveis, as limitações do direito adquirido e do ato jurídico perfeito..." (RE 114.982. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ 1º mar. 1991. No mesmo sentido: Relator: Ministro Ilmar Galvão. RTJ, v. 141, p. 1001); "não há direito adquirido a determinado padrão monetário pretérito, seja ele o mil réis, o cruzeiro velho ou a indexação pelo salário mínimo. O pagamento se fará sempre pela moeda definida pela lei do dia do pagamento" (RTJ, v. 117, p. 376); "não há direito adquirido a que os benefícios de previdência privada sejam fixados segundo o valor do salário mínimo, se lei posterior fixa nova escala móvel, alcançando obrigações de origem contratual ou não" (RTJ, v. 118, p. 709; no mesmo sentido: RTJ, v. 121, p. 776, v. 122, p. 1077, v. 122, p. 1147 e v. 124, p. 633).

É nesse sentido também a orientação do STJ, que a adotou, por exemplo, no que se refere a cláusulas contratuais de reajuste de prestações e benefícios da previdência privada (RSTJ, n. 3, p. 1032), em contratos de locação (RSTJ, n. 9, p. 391) e em relação a normas que procederam "expurgo" de correção monetária mediante aplicação de "tablitas".

É certo que, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493-DF, o STF considerou inconstitucional a norma que alterou, para os contratos em curso (do Sistema Financeiro da Habitação), o índice de correção monetária anterior (OTN ou UPC) pela Taxa Referencial – TR. No entanto, tal precedente de modo algum infirma a jurisprudência acima citada. É que o fundamento da inconstitucionalidade, na referida Ação Direta, não decorreu propriamente da modificação do indexador monetário, mas sim da substituição de um indexador monetário ("...que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda") por um indexador não-monetário, que não reflete a correção

da moeda, mas "as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo" (RTJ, v. 143, p. 724). Aliás, isso restou expresso no voto do relator, Ministro Moreira Alves:

"Não é, pois, a Taxa Referencial índice de atualização monetária, razão por que 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" (RTJ, v. 143, p. 758).

Em suma: sendo o FGTS de natureza institucional, o que importa averiguar é se, quando do surgimento da lei nova, estavam ou não implementados os requisitos fáticos indispensáveis para incidência da lei antiga. Não estavam. As alterações legislativas operaram-se por normas que entraram em vigor antes mesmo de consumado o lapso temporal relativo à apuração do índice que incidiria caso não tivesse havido a interveniência legislativa. Assim, no que se refere a junho de 1987, a correção monetária, à época, tinha periodicidade trimestral e abrangia os meses de junho a agosto daquele ano, sendo 1º de setembro a data do crédito. A alteração do regime ocorreu em 15 de junho, no curso do período formativo. O mesmo se passou em relação a janeiro de 1989: o trimestre de competência abrangia os meses de dezembro a fevereiro, sendo em 1º de março a data do crédito. A alteração do regime se deu em 15 de janeiro. E, finalmente, com relação à correção monetária do mês de abril de 1990, a alteração do regime se deu em março daquele ano, antes mesmo que tivesse início o próprio período de apuração do índice, que na época era mensal.

Veja-se que, no precedente antes referido, relativo a reajuste de vencimentos de servidores – que têm garantia constitucional de irredutibilidade (art. 7º, VI e art. 39, § 2º) –, o STF considerou legítima a aplicação da lei nova, mesmo que editada quando já decorrido o período de apuração do índice de reajuste (no caso do FGTS esse período ou estava ainda em curso, ou sequer havia iniciado), e isso porque "o período pesquisado para efeito de apuração do índice alusivo ao reajuste não se confunde com o elemento temporal referente à aquisição do direito às parcelas a serem corrigidas" (RE nº 177.109-7. DJ, p.11.920, 5 maio 1995; no mesmo sentido: RE nº 178.276-5. DJ, p. 11.921, 5 maio 1995; RE 177.857-1. DJ, p.

11.921, 5 maio 1995 e RTJ, v. 134, p. 1112).

Nessa perspectiva, a conclusão a que se chega é a da legitimidade das normas que alteraram o regime, que, certamente, não atingiram direito adquirido. Aliás, se ilegítimas, caberia suscitar, em relação a elas, incidente de inconstitucionalidade, o que, até agora, não ocorreu em qualquer Tribunal.

10. Inexistência de direito à escolha de indexador

Ainda que se admitisse o direito adquirido à correção monetária calculada com base em determinado indexador e, portanto, a ilegitimidade da interferência legislativa para alterar critério de cálculo de correção monetária do FGTS, outras considerações mereceriam destaque.

Os diversos indexadores monetários previstos em nosso sistema têm, cada qual, critérios próprios de aferição, variando segundo o segmento da economia ou dos produtos que lhe servem de suporte para cálculo ou segundo a época, o local e a qualidade das amostras coletadas. É questionável, por isso, a afirmação, muitas vezes repetida, de que este ou aquele é o índice que realmente representa a inflação da economia do país. O próprio STJ, como se sabe, entendeu que, em janeiro de 1989, a variação a ser adotada para correção monetária com base no IPC não deveria ser a de 72,28%, mas sim a de 42,72%.

Todavia, a admitir-se que determinado índice é o juridicamente legítimo para a correção das contas do FGTS, por espelhar com precisão a perda do poder aquisitivo, é certo que deve ele vigorar não apenas num mês determinado, mas também em outros meses, anteriores e subsequentes. Não se poderia deixar ao arbítrio do titular da conta eleger, mês a mês, o índice que melhor lhe conviesse.

Isso tem significativa importância no exame do tema que aqui nos ocupa. Por exemplo: no que se refere ao mês de janeiro de 1989, a se ter por ilegítima a substituição do IPC pela LBC naquele mês, é certo que o IPC deveria ser adotado como fator de reajuste não apenas em janeiro de 1989, mas também nos meses seguintes, especialmente no mês de fevereiro, que, com dezembro e janeiro, compunha o trimestre de referência. Ora, em fevereiro a variação do IPC foi de apenas 3,60%, muito inferior ao índice adotado, o da LBC, que foi

de 18,35%. Assim, o percentual de correção monetária efetivamente creditado em 1º de março de 1989 foi, segundo dados oficiais, de 86,5095% (mais juros). A adotar-se o IPC nesse mesmo período, o índice acumulado do trimestre (28,79% em dezembro, 42,72% em janeiro e 3,60% em fevereiro) passaria a ser de 90,4262%. Ou seja, a diferença entre um e outro seria mínima. E, caso o IPC continuasse sendo adotado no trimestre seguinte (março/abril/maio de 1989), dita diferença estaria inteiramente coberta e com sobras: a variação acumulada do IPC no referido trimestre (6,09% em março, 7,31% em abril e 9,94% em maio) foi de 25,16%, enquanto o crédito efetuado atingiu, também segundo os dados oficiais, o percentual de 46,16% (sem considerar a taxa de juros).

11. Legitimação passiva e responsabilidade pelo creditamento

Outro tema debatido nas ações em que se questionam os indexadores do FGTS é o que diz com a legitimidade passiva. Esse tema guarda relação direta com outro: o de saber quem ou que patrimônio deverá suportar a execução das sentenças condenatórias.

É preciso, antes de mais nada, não confundir, como seguidamente ocorre, “contas vinculadas ao FGTS” com o próprio “FGTS”. O FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço), desde a sua criação, sempre foi muito mais do que o conjunto das contas vinculadas. A ele se agregam outras receitas (receitas patrimoniais e financeiras, multas por atraso no recolhimento, correção monetária e juros perdidos pelos empregados despedidos por justa causa, outras receitas orçamentárias, elencadas expressamente na lei). Ora, o rendimento periódico de juros e correção monetária é devido e incide, não sobre os recursos do Fundo como um todo, mas somente sobre os saldos das contas vinculadas em nome dos trabalhadores. É o que dispunham a Lei nº 5.107, de 1966, art. 3º, e a Lei nº 7.839, de 1989, art. 11, que anteriormente regulavam o FGTS. E é o que dispõe a atual Lei nº 8.036, de 1990, art. 13. O FGTS, em si mesmo, obtém remuneração das aplicações que faz dos seus recursos, cuja rentabilidade não está tarifada, cuidando o legislador de estabelecer apenas certas condições mínimas, a saber: as aplicações devem ter rentabilidade necessária “a assegurar a cobertura das suas obrigações” (Lei nº 5.107,

de 1966, art. 11), “deverá ser suficiente à cobertura de todos os custos incorridos pelo Fundo e, ainda, à formação de reserva técnica” (Lei nº 7.839, de 1989, art. 7º, § 1º, e Lei nº 8.036, de 1990, art. 9º, § 1º).

Pois bem, entre as obrigações do Fundo, a serem cobertas com os rendimentos provenientes da aplicação dos seus recursos, está justamente a de creditar, periodicamente, juros e correção monetária sobre os saldos das contas vinculadas. É o que estabelece expressamente a lei de regência: Lei nº 5.107, de 1966, art. 3º, § 1º (“A correção monetária e a capitalização dos juros correrão à conta do Fundo”), Lei nº 7.839, de 1989, art. 11, §§ 1º e 2º (“... a atualização monetária e a capitalização dos juros correrão à conta do Fundo”), e Lei nº 8.036, de 1990, art. 13, §§ 1º e 2º (“...a atualização monetária e a capitalização de juros correrão à conta do FGTS”). Em outras palavras, se a correção monetária foi paga em valor menor que o devido, quem disso se beneficiou foi quem deveria ter pago a maior e não o fez, ou seja, o próprio Fundo.

É o Fundo, pois, em primeiro lugar, o responsável por eventual complementação ou reparação devida aos titulares das contas a ele vinculadas.

Ocorre que o FGTS não tem personalidade jurídica. No dizer de Eduardo Gabriel Saad, o Fundo é uma espécie de autarquia imperfeita, “porque tem alguns traços característicos, mas lhe faltam outros”. Foi criado por lei, tem finalidade pública, mas não tem administração própria (*Comentários à Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço* 3. ed. Ltr, p. 98). Não tendo personalidade jurídica própria, sua representação processual há de ser por quem o administra. É essa a solução que o nosso sistema oferece em casos análogos, como ocorre com o espólio (que é representado pelo inventariante) e com o condomínio (que é representado pelo síndico). É o que se dá, igualmente, em relação aos consórcios de automóveis e à massa insolvente, na insolvência civil, que, mesmo sem lei expressa a respeito, são representados por seus respectivos administradores. Isso não significa dizer que o patrimônio pessoal do administrador, do síndico ou do inventariante vá suportar os ônus da condenação. Suportá-los-á, se for o caso, o patrimônio do representado.

Pois bem, a Lei nº 8.036, de 1990, estabeleceu que o FGTS tem um Conselho Curador, encarregado, basicamente, de editar normas e

diretrizes (art. 3º), um gestor de suas aplicações (que é um Ministério de Estado), encarregado de estabelecer e fiscalizar programas de alocação dos recursos, acompanhar sua gestão econômica e financeira e assim por diante (art. 5º), e um agente operador, a Caixa Econômica Federal. Apenas esta última é que tem personalidade jurídica. É ela, salvo quando se tratar de cobrança das contribuições, que representa juridicamente o FGTS, judicial ou extrajudicialmente, ativa e passivamente, conforme, aliás, consta expressamente da Resolução nº 52, de 12-11-91, do Conselho Curador do Fundo.

Assim, em princípio (ressalvadas situações peculiares que possam surgir em face da causa ou do fundamento jurídico do pedido), quem deve figurar no pólo passivo da relação processual nas demandas onde se reclamam diferenças de correção monetária das contas do FGTS é a Caixa Econômica Federal, como representante do Fundo (ou, se quisermos ser mais rigorosos tecnicamente, é o Fundo, representado pelo seu agente operador, a Caixa Econômica Federal).

12. Conclusões

São as seguintes, portanto, as principais conclusões a que se pode chegar do que foi exposto:

I – No que se refere à aplicação da lei no tempo: a) o preceito constitucional, segundo o qual a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, é restrição ao poder de legislar aplicável inclusive às normas de direito público, como são as que editam planos econômicos; b) por ato jurídico perfeito entende-se aquele cujos elementos formadores, indispensáveis à sua existência, encontram-se completos; c) considera-se adquirido o direito tão pronto esteja apto a ser exercido, bem como quando o seu exercício dependa apenas de termo prefixo ou condição preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem; d) não se confunde aplicação retroativa com aplicação imediata da lei: aquela é vedada, salvo se importar situação de vantagem ao destinatário; esta é, em princípio, admitida; e) o critério técnico, adotado pela jurisprudência do STF e pela doutrina, para a solução dos problemas relacionados com a aplicação da lei no tempo está baseado na identificação da natureza da situação jurídica: se individual (contratual) ou institucional (geral, estatutária); f) as situações individuais – que decorrem de atos específicos, notadamente de natureza contratual, em que

as partes têm liberdade para disciplinar o conteúdo da relação jurídica – não são modificáveis, nem mesmo quanto aos seus efeitos futuros, por lei nova, eis que isso importaria ofensa a ato jurídico perfeito; g) nas situações institucionais – cuja disciplina é prevista em normas abstratas e cuja aplicação individual depende do implemento de outro ato ou fato posterior à sua edição (suporte fático) –, a lei nova tem aplicação imediata e alcança inclusive as situações em curso de formação; de seu alcance ficam excluídas apenas as situações em que o suporte fático para a incidência da lei antiga já se havia completado inteiramente ainda na vigência daquela.

II – No que se refere especificamente ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço: a) o FGTS tem natureza institucional, e não contratual, de modo que as supervenientes modificações da lei que o disciplina têm aplicação imediata, alcançando situações jurídicas não-aperfeiçoadas na vigência da lei anterior;

b) a intercorrência legislativa que operou alterações nos critérios de cálculo da correção monetária das contas vinculadas, em junho de 1987 (“Plano Bresser”), janeiro de 1989 (“Plano Verão”) e abril de 1990 (“Plano Collor”), deu-se antes de implementado o suporte fático para a incidência da lei antiga, não importando, conseqüentemente, ofensa a direito adquirido; c) de qualquer modo, a se admitir como legítimo o indexador antigo, este há de ser aplicado durante todo o período de competência, e não apenas no mês específico em que seu percentual foi superior ao índice da nova lei; e) os créditos de juros e correção monetária devidos às contas vinculadas correm à conta do próprio Fundo, que, por sua vez, é alimentado por receitas provenientes de variadas fontes (depósitos dos empregadores, receitas patrimoniais e financeiras, multas, receitas orçamentárias); f) por não ter personalidade jurídica própria, o FGTS é representado, em juízo, pela Caixa Econômica Federal, seu agente operador.

