

VICTOR DAHER

**PLANOS DE ESTABILIZAÇÃO MONETÁRIA E A
ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL Nº 165:**

argumentos relevantes

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Prof^ª Dr^ª Neide Teresinha Malard

BRASÍLIA

2010

Dedico este estudo à minha mãe, Ivana, que tornou tudo possível. E ela, apenas ela, sabe a que custo.

Dedico à memória de meu avô Wasfi, cada vez mais saudosos nesse tempo em que tanto carecemos de heróis.

Agradeço à Professora Neide Malard por ter aceitado orientar-me, pela atenção e pela compreensão.

E à Bárbara, que, pelas oportunidades, pelo incentivo e, acima de tudo, pela amizade, terá sempre a minha gratidão.

Acaso todos quantos nos devotamos ao bem público e a estes perigosos labores da vida, havemos de parecer tão mesquinhos, que, chegados ao fim da existência sem lazeres para retomar alento, pensemos que tudo se há de acabar juntamente conosco? Se tantos varões eminentes tiveram o zelo de deixar estátuas e efígies, representação não de seu espírito, mas de seu corpo, não é muito mais de nosso dever deixar o retrato de nossas decisões e nossos méritos, num desenho acabado dos maiores gênios? Eu, por mim, já na própria execução de quanto realizei, tinha a impressão de que o espalhava e difundia para a memória eterna do mundo. Quer esta, após a morte, haja de estar ausente de minha consciência, quer, como acreditaram homens de profunda sabedoria, se aloje nalguma parte da minha alma, o certo é que presentemente me deleita esse pensamento e essa esperança.

Cícero (106 – 43 a.C.) em defesa do poeta Aulus Licinius Archias, de Antióquia, acusado de assumir ilegalmente a cidadania romana.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo um estudo sobre o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca dos Planos de Estabilização Monetária (ou planos econômicos), usados para, de forma heterodoxa, tentar controlar a inflação que assolou a economia brasileira no fim da década de 1980 e no início da década de 1990, e estabilizar o poder aquisitivo da moeda. Será abordado o embate “poupadores *versus* bancos” na busca pelo recebimento dos expurgos inflacionários e o passivo judicial resultante dessa batalha, simbolizada hoje, em caráter terminativo, pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 165, ora em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal. Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, a ação de descumprimento de preceito fundamental será abordada em seus objetivos e seus argumentos mais relevantes.

Palavras-chave: planos econômicos; inflação; expurgos inflacionários; Plano Cruzado; Plano Bresser; Plano Verão; Plano Collor.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|--------|---|
| BTN | Bônus do Tesouro Nacional |
| CDB | Cédulas de Depósito Bancário |
| CONSIF | Confederação Nacional do Sistema Financeiro |
| Cz\$ | Cruzado |
| FGTS | Fundo de Garantia por Tempo de Serviço |
| IBGE | Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística |
| IOF | Imposto sobre Operações Financeiras |
| IPC | Índice de Preços ao Consumidor |
| IPC | Preços ao Consumidor |
| LBC | Letras do Banco Central |
| LFTs | Letras Financeiras do Tesouro |
| ORTNs | Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional |
| OTN | Obrigações do Tesouro Nacional |
| TR | Taxa Referencial |
| URP | Unidade de Referência de Preços |

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| 1 A INFLAÇÃO E OS PLANOS ECONÔMICOS | 10 |
| 1.1 Plano Cruzado | 13 |
| 1.2 Plano Bresser | 14 |
| 1.3 Plano Verão | 17 |
| 1.4 Plano Collor | 20 |
| 2 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL | 24 |
| 2.1 Da natureza da ação | 24 |
| 2.2 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 165 | 27 |
| <i>2.2.1 Perspectivas da demanda</i> | <i>29</i> |
| 3 QUESTÕES JÁ ENFRENTADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL | 30 |
| 3.1 Da inexistência de direito adquirido a regime monetário | 30 |
| <i>3.1.1 O voto do Ministro Relator Cordeiro Guerra</i> | <i>35</i> |
| 3.2 A constitucionalidade da tablita | 41 |
| <i>3.2.1 Tese vencedora: o voto do Ministro Relator Ilmar Galvão</i> | <i>43</i> |
| <i>3.2.2 Divergência aberta pelo Ministro Celso de Mello</i> | <i>46</i> |
| 4 OS PLANOS ECONÔMICOS E A TEORIA DA IMPREVISÃO | 55 |
| CONCLUSÃO | 60 |
| REFERÊNCIAS | 63 |

INTRODUÇÃO

Após experimentar um grande crescimento na década de 1970, a economia brasileira, afetada pela crise do petróleo, que teve o segundo grande choque em 1979, entrou em recessão no ano de 1981. Durante o restante da década de 1980, a escalada da inflação a níveis preocupantes foi observada por um governo inerte, que não adotava as medidas necessárias.

O dinheiro perdia valor considerável caso não fosse circulado ou depositado. Nesse mesmo contexto surgiam as oportunidades para especulação, ocasião em que os investidores podiam fazer ou perder fortunas na bolsa de valores, no pregão *overnight*.

O país passava, ainda, por um momento político delicado, pois Tancredo Neves, eleito indiretamente para a Presidência da República, após décadas de ditadura militar, falecera, tendo tomado posse José Sarney.

O governo Sarney, compelido a tomar providências de efeito imediato, para combater a elevada inflação, implementou, em 1986, um pacote de medidas econômicas heterodoxas concebidas pelo Ministro da Fazenda Dilson Funaro, que ficou conhecido como Plano Cruzado.

O Plano Cruzado e os outros planos que viriam a sucedê-lo, não resolveram o problema da inflação, mas acarretaram uma enxurrada de ações judiciais. A maior parte do passivo judicial é relativa aos milhões de ações propostas por poupadores em face dos bancos,

visando receber os expurgos inflacionários das cadernetas de poupança resultantes das alterações instituídas pelos planos.

Este trabalho aborda os diversos planos econômicos e as respectivas repercussões jurídicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, no capítulo primeiro, será feito um breve histórico das crises inflacionárias e dos planos ensejadores da controvérsia jurídica, de modo que se possa compreender o contexto em que foram implementados e as alterações promovidas.

No segundo capítulo, passa-se à descrição do objeto e fundamentos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 165, ação em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, que inspirou o presente estudo, passando por seus elementos e perspectivas

No terceiro capítulo será abordada a jurisprudência já sedimentada no Supremo Tribunal Federal, já que a reunião de alguns de seus conceitos forma a espinha dorsal da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 165.

No quarto capítulo será feita uma abordagem da Teoria da Imprevisão diante dos planos econômicos.

Conclui-se, afinal, que o contexto político-econômico deve ser analisado, por tratar de uma decisão de grande magnitude para a economia do país.

1 A INFLAÇÃO E OS PLANOS ECONÔMICOS

Antes de adentrar a discussão que norteia o presente estudo, necessário se faz trazer a comento alguns conceitos de inflação e um breve histórico do processo inflacionário pelo qual passou o Brasil.

O termo “inflação” deriva da expressão latina *inflatio*, que se refere ao ato de inflar. Segundo Pedro Jorge Ramos Vianna, a inflação pode ser conceituada como “um movimento contínuo e ascendente do nível geral de preços que se associa imediatamente a um processo dinâmico”.¹ Portanto, um simples aumento de preço, por si só, já poderia ser qualificado como inflação. A associação desse conceito à ocorrência de movimento contínuo e ascendente em processo dinâmico é que passa a ser danosa para a economia de um país, e remete à inflação objeto de estudo do Direito Econômico.

Em um conceito mais simples, de Nali de Souza, a inflação é definida como “um processo de alta generalizada de preços, o que provoca a redução do poder de compra da moeda”.²

Com a evolução do Índice de Preços ao Consumidor medido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) ao longo dos últimos 28 anos, pode-se notar na figura 1 a explosão inflacionária ocorrida naquele período.

¹ VIANNA, Pedro Jorge Ramos. **Inflação**. Barueri: Manole, 2003, p. 15.

² SOUZA, Nali de Jesus de. **Economia básica**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 180.

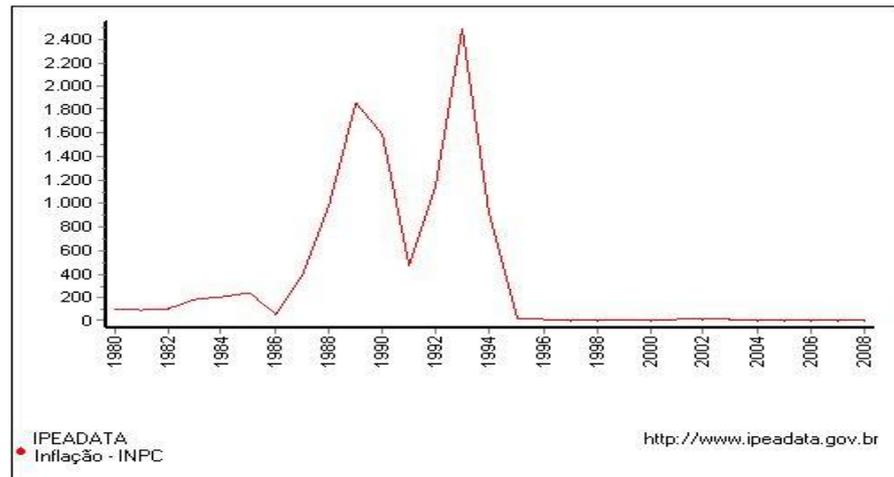


Figura 1 - Evolução do Índice de Preços ao Consumidor

Fonte: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. Disponível em: <http://www.ipeadata.gov.br/ipeaweb.dll/ipeadata?SessionID=881983948&Tick=1255368094015&VAR_FUNCAO=Ser_TemasFonte%28128%2C407%29&Mod=M>. Acesso em: 2 set. 2009.

De qualquer forma, além dos danos econômicos, uma crise inflacionária pode ter elevado custo político, prejudicando a governabilidade e, conseqüentemente, a agenda do governo. Deve, portanto, ser evitada, o que tem sido feito por todos os governos no Brasil, persistentemente, nas últimas décadas.

As crises inflacionárias observadas ao longo da história ensinaram aos economistas que um quadro de hiperinflação normalmente precede o caos econômico e social, sendo esse um dos temores que motivaram os planos econômicos, que buscavam resultados imediatos a qualquer custo.

Uma das medidas mais duradouras de controle inflacionário foi a indexação da economia na década de 1960, o que possibilitou, apesar da inflação, a assinatura de contratos de longo prazo, uma vez que os valores passaram a ser corrigidos por índices inflacionários. Era criado, então, o instituto da correção monetária. Afastava-se, assim, o risco de que os valores se perdessem ao longo do tempo corroídos pela inflação. Apesar da eficiência momentânea, já que possibilitou à economia a convivência com a inflação, essa medida paradoxalmente gerava cada vez mais inflação. Isso porque se corrigia a inflação do

mês corrente com a inflação do mês anterior. E esse índice corrigiria a inflação do mês seguinte, dando início à bola de neve que, como já se sabe, comprometeria no futuro a estabilidade monetária.

Foi isso que ocorreu, por exemplo, nos anos que precederam o Plano Cruzado. A taxa média de inflação era de 100% em 1981 e 1982, saltando para 211% em 1983. Em 1985, em meio ao cenário político de transição para a democracia, a inflação alcançou 235,1% ao fim do ano. Tudo isso com a dívida externa crescendo a níveis assustadores.³

Assim, nessas condições, em 1986, foi instituído o Plano Cruzado, o primeiro dos polêmicos pacotes econômicos que a economia brasileira viria a experimentar nos anos vindouros.

³ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. Disponível em: <http://www.ipeadata.gov.br/ipeaweb.dll/ipeadata?SessionID=881983948&Tick=1255368094015&VAR_FUNCAO=Ser_TemasFonte%28128%2C407%29&Mod=M>. Acesso em: 2 set. 2009.

1.1 Plano Cruzado

O Plano Cruzado foi instituído em 1986, por meio dos Decretos-Leis nº 2.283⁴ e nº 2.284⁵. Era criado assim o Cruzado (Cz\$), que substituiu a moeda corrente, o Cruzeiro, com um milésimo de seu valor.

A partir daquele dia passou-se a negociar valores com três zeros a menos, já que a população estava acostumada a tratar de milhões de cruzeiros em compras de supermercado. Todas as obrigações e contratos em curso foram convertidos para a nova moeda, e as disposições do Decreto-Lei aplicaram-se de imediato. Os salários foram reajustados e congelados, assim como os preços, que, também congelados, só podiam ser aumentados com autorização prévia do governo.

De uma forma ou de outra, as medidas de choque impactaram imediatamente o mercado. E, diante do congelamento de preços, a inflação havia sido estancada e zerada, mesmo que de forma fictícia. Iniciava-se ali o mecanismo paradoxal que consistia em combater a inflação com medidas que, apesar de criar efeitos imediatos, geravam ainda mais inflação a longo prazo.

Segundo Letácio Jansen, o Plano Cruzado, além de congelar preços e salários e criar a nova moeda, deflacionou obrigações com correção monetária ao longo de um ano por meio de tabela fixa; determinou atualização, até o mês de sua edição, de obrigações com cláusula de correção monetária, prevendo a sua conversão em cruzados; atualizou obrigações, a exemplo de aluguéis, salários, prestações da casa própria, de acordo com a

⁴ DECRETO-LEI Nº 2.283, de 27.02.1986. Dispõe sobre a instituição da nova unidade do sistema monetário brasileiro, do Seguro-Desemprego e dá outras providências. DOU de 28.2.1986. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2283.htm>>.

⁵ DECRETO-LEI Nº 2.284, de 10.3.1986. Mantém a nova unidade do sistema monetário brasileiro, o seguro-desemprego, amplia e consolida as medidas de combate à inflação. DOU 11.03.1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Decreto-Lei/Del2284.htm>.

média de poder aquisitivo; deu às Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTNs) a designação de Obrigação do Tesouro Nacional (OTN), congelando o seu preço por um ano.⁶ Em síntese, o Plano Cruzado determinou que as obrigações contratadas sem cláusulas explícitas de correção monetária seriam alvo de deflação, conforme tabela acostada ao Decreto-Lei nº 2.284.

Por meio desse Decreto-Lei também foi criado o seguro desemprego, que instituía ajuda financeira para os trabalhadores que preenchessem certos requisitos e tivessem sido demitidos sem justa causa. Portanto, já se previa a onda de desemprego, que de fato aconteceu em razão do estrangulamento econômico e do desabastecimento. O seguro desemprego foi aperfeiçoado ao longo dos anos e hoje ainda integra o rol de direitos trabalhistas do brasileiro.

1.2 Plano Bresser

Passado o impacto inicial do Plano Cruzado e “estabilizada” a inflação, as medidas heterodoxas e estranhas à economia de mercado passaram a surtir efeitos práticos. Com a inflação zerada, o poder aquisitivo da população aumentou, o que rendeu ao governo bons dividendos políticos. Mas, como efeito resultante desse aumento, cresceu também a demanda por bens e serviços.

Como a economia se encontrava estrangulada e a produção não tinha condições de crescer no mesmo ritmo, o que houve foi um desabastecimento generalizado, chegando inclusive à necessidade de racionamento de certos produtos. Com a demanda em alta e a oferta em baixa, a lei maior do mercado operou à margem do congelamento de preços. Como o preço não podia ser reajustado sem permissão do governo, passou a ser comum o

⁶ JANSEN, Letácio. **A face legal do dinheiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 154.

pagamento de ágio sobre os valores oficiais. E a inflação submersa emergiu novamente, chegando a aumentar 20% no período de um ano.⁷

Dessa forma, antes mesmo do fim do ano de 1986, já se atestava o fracasso do Plano Cruzado. Conseqüentemente, seu idealizador, Dilson Funaro, foi substituído por Luís Carlos Bresser Pereira, tendo este, em 12 de junho de 1987, anunciado o novo pacote econômico, implementado por meio do Decreto-Lei nº 2.335⁸, posteriormente alterado pelos Decretos-Lei nº 2.236⁹ e nº 2.237¹⁰.

Ressalte-se que o plano foi elaborado no mesmo tom do anterior, mas dessa vez mesclado a medidas ortodoxas.

O fracasso do Plano Cruzado ensinara que o congelamento de preços era medida de emergência que não poderia se estender por muito tempo. E que a demanda também necessitava ser controlada.

Os preços, os salários e os aluguéis foram congelados por 90 dias nos níveis em que estavam. Depois do congelamento, o governo permitiria aumentos graduais a cada mês, numa forma de tentar controlar a quantidade de oferta e de demanda. Os salários também passaram a ser reajustados mensalmente, criando-se um novo indexador para corrigi-los.

⁷ IPEA, ob. cit. p. 12

⁸ DECRETO-LEI Nº 2.335, de 12.6.1987. Dispõe sobre o congelamento de preços e aluguéis, reajustes mensais de salários e vencimentos, institui a Unidade de Referência de Preços (URP), e dá outras providências. DOU de 16.6.1987. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del2335.htm>>.

⁹ DECRETO-LEI Nº 2.336, de 15.6.1987. Altera a redação de dispositivos do Decreto-lei nº 2.335, de 12 de junho de 1987. DOU de 13.6.1987. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/24/1987/2336.htm>>

¹⁰ DECRETO-LEI Nº 2.337, de 18.6.1987. Altera os artigos 13 e 14 do Decreto-lei nº 2.335, de 12 de junho de 1987, e dá outras providências. DOU de 19.6.1987. Disponível em: <<http://cnb.org.br/CNBV/decretosleis/dle2337-1987.htm>>.

O Plano Bresser forçou, de fato, uma nova queda da inflação, dando fôlego ao governo.

O Decreto-Lei nº 2.335 de 1987 criou novas tabelas de deflação, gerando uma nova leva de ações judiciais. A constitucionalidade da tablita do Plano Bresser seria decidida pelo Supremo Tribunal em 2005, 15 anos após o recebimento do Recurso Extraordinário. Entre adiamentos, renovações de julgamento por conta de aposentadoria e posse de novos ministros, houve até um pedido de vista que durou 4 anos.

O plano ainda previu um fator de deflação aplicável especificamente aos contratos firmados entre 1º de janeiro de 1987 a 15 de junho de 1987, evitando assim que houvesse contaminação pelos índices de inflação anteriores. Foi alterado também o método de correção das cadernetas de poupança, medida que no futuro agravaria o congestionamento do Judiciário e resultaria em perdas milionárias para os bancos.

A remuneração da poupança era corrigida mensalmente pela OTN desde o Plano Cruzado, com base na variação do Índice de Preços ao Consumidor (IPC) ou das Letras do Banco Central (LBC), dependendo do que fosse mais rentável. Antes da implementação do plano foi excluída do cálculo a OTN, mas antes do anúncio a regra anterior foi prorrogada até o fim do ano.

Como a mudança no indexador trazida pelo Plano Bresser foi anunciada em 15 de junho de 1987, seus efeitos começaram a ser sentidos já no dia 1º de julho, e posteriormente o Judiciário reconheceria que os titulares de cadernetas de poupança que aniversariavam na primeira quinzena do mês teriam sido prejudicados.

Entendeu-se que esses poupadores teriam direito, em relação ao mês de julho, ao método antigo de remuneração, que era consideravelmente mais vantajoso que a nova norma. Como o dinheiro foi mantido na poupança, entendeu-se que nesse caso existia sim direito adquirido, e o lapso temporal entre as mudanças favoreceu um alto número de poupadores, que buscaram ser indenizados judicialmente.

Estima-se, segundo os bancos, que corram ainda hoje cerca de 515.000 ações, entre individuais e coletivas, que discutem as perdas relativas aos planos econômicos.¹¹ Conforme se aproximam os prazos decadenciais de cada um dos planos, a quantia de ações ajuizadas todos os dias tende a aumentar consideravelmente.

1.3 Plano Verão

Com nova alta da inflação, Bresser foi substituído no ministério por Maílson da Nóbrega, que adotou uma política menos intervencionista que as anteriores, consistindo numa redução drástica do déficit de receita do governo como forma de conter a inflação. Para tanto, utilizou-se o controle de aumento de preços, contenção drástica de despesas e política de arrocho salarial.

Foram tomadas medidas de toda sorte para equilibrar as contas do governo, mas sem muito sucesso, o que levou ao início de uma nova alta da inflação. Instalou-se na população uma onda de insegurança e havia receio de novo congelamento de preços, o que acarretou outra crise de credibilidade.

¹¹ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO SISTEMA FINANCEIRO - CONSIF. ADFP 165. Petição inicial. Brasília, 5 mar. 2009, fl. 4.

Assim, já sob o manto da Constituição de 1988, o Plano Verão foi implementado por meio da Medida Provisória nº 32, de 15 de janeiro de 1989, posteriormente convertida na Lei nº 7.730¹², de 31 de janeiro de 1989.

O plano consistia na redução da inflação por meio da diminuição de gastos públicos e no aumento da taxa de juros para atrair investimentos, política que foi adotada reiteradamente pelos governos sucessores. O Plano Verão, assim como os que o precederam, apostava na desindexação da economia e no congelamento de preços como instrumentos. Foram extintas a Unidade de Referência de Preços (URP) e a OTN, e criadas novas formas acrobáticas de correção, bem como uma nova moeda, o Cruzado Novo.

Também como os antecessores, o Plano Verão surtiu efeitos imediatos e conseguiu reduzir consideravelmente a inflação, possibilitando posteriormente o descongelamento dos preços. Com a volta da liberdade do mercado, o Cruzado Novo sofreu desvalorização, o que motivou o retorno da indexação.

As cadernetas de poupança passaram a ser corrigidas pela remuneração das Letras Financeiras do Tesouro (LFTs) deduzida de 0,5%. Nos demais meses, a correção seria feita dessa forma ou pela variação do Índice de Preços ao Consumidor (IPC), ou seja, a que fosse mais vantajosa. Esse método, aperfeiçoado ao longo dos anos, vigora até hoje na remuneração da poupança, que usa a Taxa Referencial (TR) como indexador.

O Judiciário entendeu, posteriormente, que essa mudança prejudicou aqueles cuja poupança aniversariava na primeira quinzena, da mesma forma que ocorreu no

¹² LEI Nº 7730, de 31.1.1989. Institui o cruzado novo, determina congelamento de preços, estabelece regras de desindexação da economia e dá outras providências. DOU 1.2.1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7730.htm>.

Plano Bresser, e reconheceu o direito ao recebimento da diferença resultante dos métodos de remuneração, dando causa a uma nova enxurrada de ações.

Previendo a onda de ações civis públicas que ocorreria e cientes da consequência que o efeito *erga omnes* de que eram então dotadas, poderia resultar, os bancos, desde então, se insurgiram contra esse entendimento. Na Reclamação nº 597, proposta pelo Banco Crefisul, foi suscitado que as instâncias inferiores usurpavam a competência do Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a inconstitucionalidade do plano econômico. Foi concedida liminar para suspender tais ações, mas a Reclamação foi desprovida em setembro de 1997, vez que a Corte já havia firmado entendimento no sentido de que era cabível a declaração incidental de inconstitucionalidade no plano da ação civil pública.

Apesar de cassada a liminar anteriormente concedida, curiosamente, o acórdão¹³ foi lavrado e publicado quase 10 anos após o julgamento, quando o Tribunal já havia pacificado a jurisprudência sobre os planos e buscava encerrar os processos relativos a eles.

¹³ “Reclamação: alegação de usurpação de competência originária do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, a): improcedência. 1. Decisão reclamada que, em ação civil pública, reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade da regra do direito intertemporal do decreto-lei que estabeleceu o Plano Verão sobre o cálculo da correção monetária das cadernetas de poupança e condenou instituição bancária a creditar correção monetária mais favorável, que advinha do regime legal anterior: validade: inexistência de usurpação da competência exclusiva do Supremo Tribunal para a ação direta de inconstitucionalidade. 2. Ação civil pública que veicula pedido condenatório, em favor de ‘interesses individuais homogêneos’ de sujeitos indeterminados mas determináveis, quando fundada na invalidez, em face da Constituição, de lei federal não se confunde com ação direta de inconstitucionalidade, sendo, pois, admissível no julgamento da ACP a decisão incidente acerca da constitucionalidade da lei, que constitua questão prejudicial do pedido condenatório. 3. Hipótese diversa daquelas em que a jurisprudência do Supremo Tribunal entende que pode se configurar a usurpação da competência da Corte. Reclamação 434, DJ de 9.12.1994; Rcl 337, Brossard, DJ de 19.12.1994.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. Reclamação nº 597 Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 03.set.97. DJ de 02.2.07, p.75.

1.4 Plano Collor

A posse de Fernando Collor em 1990, como o primeiro presidente eleito diretamente após o fim da ditadura, trouxe novos ares à política econômica, embora os problemas fossem os habituais.

Com discurso populista, prometia caçar os marajás, acabar com a inflação e estabilizar a economia brasileira. Porém, assumiu o governo com a moeda praticamente em estado de decomposição, devido aos índices exorbitantes de inflação. E sem ter um plano de contenção, tomou uma medida drástica: resolveu bloquear todas as aplicações financeiras dos brasileiros numa tentativa de reduzir a inflação como consequência da falta de liquidez. Isso se deu em 16 de março de 1990, data de sua posse, considerado por alguns o dia mais infame da história política brasileira. Antes do anúncio, o presidente do Banco Central tomaria o prudente cuidado de decretar feriado bancário nos dias 14, 15 e 16.¹⁴

Entre as medidas anunciadas, além das já conhecidas da população e do confisco das aplicações por 18 meses, havia a criação de outra moeda, o Cruzeiro, com novo corte de zeros, congelamento de preços e salários, acompanhado, estranhamente, do aumento de preço dos serviços públicos.

Collor extinguiu quase todos os incentivos fiscais existentes à época e indexou os impostos à taxa de inflação. Como forma de estrangular ainda mais o mercado financeiro, criou o Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), vigente até hoje na ordem tributária.

¹⁴ BANCO CENTRAL. Circular nº 1.595, de 13.3.1990. DOU de 14.03.1990.

Oficialmente o plano econômico se chamava “Plano Brasil Novo”, cuja primeira medida foi o já citado congelamento de preços e salários por tempo indeterminado. O referido plano foi formalizado pela Medida Provisória nº 154, posteriormente convertida na Lei nº 8.030¹⁵, de 12 de abril de 1990.

O pacote econômico também era composto pelas Medidas Provisórias 148 e 149, posteriormente convertidas nas Leis nº 8.011¹⁶ e nº 8.025¹⁷ de 1990. Serviram para autorizar a venda de bens da União. Na sequência, as Medidas Provisórias 150 e 151, convertidas nas Leis nº 8.028¹⁸ e nº 8.029¹⁹, objetivaram a reestruturação da Administração Federal, aglutinando alguns órgãos e extinguindo outros.²⁰

A Medida Provisória 152, que também resultaria na Lei nº 8.028 de 1990, buscou reorganizar os gastos das estatais com os planos de previdência privada, maneira mais rápida encontrada para reduzir gastos.²¹

Ainda nesse sentido foi editada a Medida Provisória 155 de 1990, convertida na Lei nº 8.031²², que instituiu o Programa Nacional de Desestatização. A norma previa a alienação de ativos de empresas estatais a empresas privadas, com consequente

¹⁵ LEI Nº 8.030, de 12.4.1990. Institui nova sistemática para reajuste de preços e salários em geral e dá outras providências.-DOU de 13.4.1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8030.htm>.

¹⁶ LEI Nº 8.011, de 4.4.1990. Dispõe sobre a alienação de bens imóveis da União situados em Brasília - DF, e dá outras providências. DOU de 6.4.1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8011.htm>>.

¹⁷ LEI Nº 8.025, de 12.4.1990. Dispõe sobre a alienação de bens imóveis residenciais de propriedade da União, e dos vinculados ou incorporados ao FRHB, situados no Distrito Federal, e dá outras providências. DOU de 13.4.1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8025.htm>.

¹⁸ LEI Nº 8.028, de 12.4.1990. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. DOU de 13.4.1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L8028.htm>>.

¹⁹ LEI Nº 8.029, de 12.4.1990. Dispõe sobre a extinção e dissolução de entidades da administração Pública Federal, e dá outras providências. DOU de 13.4.1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8029cons.htm>.

²⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Aspectos jurídicos do planejamento econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 196.

²¹ Ibidem, loc. cit.

²² LEI Nº 8.031, de 17.4.1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. DOU de 18.4.1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8031.htm>.

extinção das entidades e diminuição do tamanho do Estado.²³ O pacote era composto ainda de medidas tributárias e criminais, tendo sido vendido sob o mote da “guerra à inflação”.

O malfadado confisco da poupança aconteceria por meio da Medida Provisória 168 de 1990, transformada posteriormente na Lei nº 8.024²⁴. Ao implementar a nova moeda, o Cruzeiro, os valores depositados seriam convertidos apenas até o limite de NCz\$ 50.000,00, ficando todo o excedente bloqueado a título de empréstimo compulsório. A quantia seria convertida apenas 18 meses depois, rendendo juros de 6% ao ano, e seria paga em 12 parcelas iguais e sucessivas.

Mais tarde o confisco seria declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Apesar do impacto na sociedade e de acordo com a teoria econômica, as medidas realmente teriam o efeito de baixar a inflação. Mas, diante do pânico generalizado e da reação do mercado, o que se observou foi o desabastecimento e a retração, conforme já observado no Plano Cruzado, mantendo-se assim a ameaça inflacionária.

Assim, diante do fracasso do Plano Collor, foram idealizadas novas medidas. De forma ainda mais intervencionista, o governo decidiu desindexar a economia. O Bônus do Tesouro Nacional (BTN), índice oficial de inflação, foi substituído pela Taxa Referencial (TR), que era calculada de acordo com as condições reais do mercado, nascendo aí o direito aos expurgos inflacionários. Isso porque a poupança passaria a ser corrigida de maneira diferente daquela contratada. Tal mudança foi instituída pela Lei nº 8.178²⁵, de 1º de

²³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Aspectos jurídicos do planejamento econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 196.

²⁴ LEI Nº 8.024, de 12.4.1990. Institui o cruzeiro, dispõe sobre a liquidez dos ativos financeiros e dá outras providências. DOU de 13.4.1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L8024.htm>>.

²⁵ LEI Nº 8.178, de 1.3.1991. Estabelece regras sobre preços e salários, e dá outras providências. DOU de 20.3.1991. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8178.htm>>.

março de 1991, enquanto a TR em si foi criada pela Medida Provisória 294, convertida na Lei nº 8.177²⁶, de 1º de março de 1991.

O Supremo Tribunal Federal reconheceria a inconstitucionalidade da TR como índice de correção monetária no julgamento da ADI nº 493²⁷, já que seus efeitos futuros sobre contratos celebrados configuravam retroatividade da lei e ofendiam atos jurídicos perfeitos. Nesse julgamento foi reconhecido, sabiamente, diga-se de passagem, que o art. 5º, XXXVI da Constituição se aplica a todas as leis infraconstitucionais, pouco importando se são de direito público ou privado. Mas esse conceito seria ignorado uma década depois, quando do julgamento que reconheceu a constitucionalidade da tablita.

²⁶ LEI Nº 8.177, de 1.3.1991. Estabelece regras para a desindexação da economia e dá outras providências.

DOU de 4.3.1991 Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8177.htm>>.

²⁷ “Ação direta de inconstitucionalidade. - Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que e um ato ou fato ocorrido no passado. - O disposto no artigo 5, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do S.T.F. - Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não e índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5, XXXVI, da Carta Magna. - Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP). Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, “caput” e parágrafos 1 e 4; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1 de maio de 1991” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493. Relator : Moreira Alves. Brasília, DF, 25.jun.92. DJ de 04/9/92, p. 14089.

2 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Neste capítulo se faz um apanhado geral sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental propriamente dita, além do objeto, dos fundamentos, dos elementos e das perspectivas da arguição de descumprimento de preceito fundamental que versa sobre os planos econômicos, em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental é forma *sui generis* de controle concentrado de constitucionalidade, nas palavras de Lenio Luiz Streck.²⁸ Isso porque suas decisões são dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, tal qual a ação direta de inconstitucionalidade. Foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo art. 102, § 1º da Constituição Federal de 1988²⁹, mas só veio a ser regulamentada com o advento da Lei nº 9.882³⁰, de 3 de dezembro de 1999.

2.1 Da natureza da ação

Não havendo mecanismo semelhante nas constituições nacionais anteriores, faz-se necessário consultar o direito comparado, e ainda assim não há consenso quanto à origem da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Há quem diga que esta guardaria semelhanças ao recurso constitucional alemão, o *Verfassungsbeschwerde*, como

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 629.

²⁹ CONSTITUIÇÃO (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. DOU de 5.10.1988.

³⁰ LEI Nº 9.882, de 3.12.1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. DOU de 6.12.1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>.

José Afonso da Silva³¹ e Celso Ribeiro Bastos³². Outros autores, como Celso Agrícola Barbi³³, por exemplo, afirmam não existir instituto do mesmo tipo no direito comparado.

Discussões sobre semelhanças processuais à parte, a característica pertinente a este estudo encontra-se presente em ambos os institutos: o intuito e a capacidade de proteção aos direitos fundamentais previstos na Carta Magna.

Conta Gilmar Ferreira Mendes que discutia com o professor Celso Ribeiro Bastos a possibilidade de introduzir no sistema jurídico brasileiro um instrumento hábil a combater a chamada guerra de liminares. Concluíram, então, que aquele remédio já existia, pelo menos no tocante às matérias de competência do Supremo Tribunal Federal, com capacidade para abranger, inclusive, o incidente de inconstitucionalidade.³⁴

Foi instituída uma comissão de estudos com a missão de elaborar o anteprojeto de lei que cuidaria de regular a arguição de descumprimento de preceito fundamental, sob a presidência do professor Celso Ribeiro Bastos, composta ainda pelo próprio Gilmar Ferreira Mendes e pelos professores Arnaldo Wald, Ives Gandra Martins e Oscar Dias Corrêa.³⁵

Após debate e aprovação nas casas legislativas, a Lei nº 9.882 foi sancionada pelo Presidente da República e publicada no Diário Oficial de 6 de dezembro de 1999.

³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 563.

³² BASTOS, Celso Ribeiro ; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000, vol. IV, p. 234.

³³ BARBI, Celso Agrícola. **Supremo Tribunal Federal. Funções na Constituição Federal de 1988**. Revista dos Tribunais n. 656. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 18.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei 9.882 de 03-12-1999**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 114.

³⁵ CAMPO, Hélio Márcio. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 12.

Desde então, o instrumento vem sendo cada vez mais usado, pois os juristas e os advogados perceberam que seu poder vinculante e seu rito de processamento são extremamente eficazes na defesa dos interesses de seus clientes, que não raramente são fustigados por ações em cascata ou séries de liminares, individuais ou concedidas em sede de ação civil pública, de praticamente todas as comarcas e embasadas nos mais diversos entendimentos.

Os próprios bancos, tal como no caso em tela, adotaram a arguição de descumprimento de preceito fundamental como uma poderosa arma contra a União, governos estaduais e municipais, e clientes, que em ações individuais ou representados por associações de consumidores, ainda mais agora com o status de consumidor reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal³⁶, completam o time de litigantes habituais.

³⁶ “CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5o, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência. 4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro. 5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia. 6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. ART. 192, DA CB/88. NORMA-OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EXCLUSIVAMENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO. 7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade. 8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. ART. 4º, VIII, DA LEI N. 4.595/64. CAPACIDADE NORMATIVA ATINENTE À CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ILEGALIDADE DE RESOLUÇÕES QUE EXCEDEM ESSA

2.2 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 165

Alegando risco de insegurança jurídica, violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito pelas inúmeras decisões judiciais preferidas ao longo dos anos, no sentido de determinar o ressarcimento dos clientes por parte dos bancos, estes, por meio da Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF), propuseram no Supremo Tribunal Federal uma arguição de descumprimento de preceito fundamental que foi autuada sob o número 165.

Inicialmente, o instrumento adequado para buscar a pretensão dos bancos seria a ação declaratória de constitucionalidade, uma vez que o que melhor atenderia seus interesses seria ver declarada pelo Supremo Tribunal Federal, de maneira vinculante, a constitucionalidade de todas as normas jurídicas que compuseram os planos econômicos.

Dessa forma, não haveria mais margem para os poupadores pleitearem judicialmente os expurgos inflacionários. Mas a via eleita para tanto foi a arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que o Supremo Tribunal Federal não admite ação direta de inconstitucionalidade contra norma revogada ou de eficácia exaurida, mesmo que seus efeitos concretos ainda permaneçam. Isso em homenagem ao princípio da subsidiariedade, contido no 4º, parágrafo 1º, da Lei nº 9.882 de 1999:

MATÉRIA. 9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa --- a chamada capacidade normativa de conjuntura --- no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro. 10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional. 11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591. Relator: Eros Grau. Brasília, DF, 07.jun.06. DJ de 29.9.2006, p. 31.

Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.³⁷

Esse entendimento foi estendido ao instituto da ação declaratória de constitucionalidade, quando da análise da ADC nº 8 pelo Ministro Celso de Mello.³⁸

Portanto, como todas as normas impugnadas já haviam exaurido sua eficácia, pois tratavam de conversão de moeda, índices de correção e demais obrigações decorrentes dos planos, o único instrumento de controle concentrado de constitucionalidade restante seria a arguição de descumprimento de preceito fundamental, conforme entendimento de Lenio Luiz Streck.³⁹

Para compreender sua finalidade, é necessário também definir o conceito de preceito fundamental. José Afonso da Silva entende que preceitos fundamentais são:

Aqueles que conformam a essência de um conjunto normativo constitucional. São aqueles que conferem identidade à Constituição. Diferenciam-se dos demais preceitos constitucionais por sua importância, o que se dá em virtude dos valores que encampam e de sua relevância para o desenvolvimento ulterior de todo o Direito.⁴⁰

Esse conceito, apesar de bastante abrangente, é aparentemente abraçado pelo Supremo Tribunal Federal, diante da admissão da maioria absoluta de arguições de descumprimento de preceito fundamental já recebidas naquela Corte.

³⁷ LEI Nº 9.882, de 3.12.1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. DOU de 6.12.1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>.

³⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão monocrática do Ministro Celso de Mello proferida nos autos da ADC nº 8/DF. DJ de 24.5.2004.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 643.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 554.

2.2.1 *Perspectivas da demanda*

O principal objetivo da demanda é, em curta síntese, ver declarada a constitucionalidade das normas que implantaram os planos econômicos, de modo a possibilitar aos bancos, sejam eles privados ou sociedades de economia mista, se eximirem da responsabilidade e conseqüente obrigação de ressarcir as perdas sofridas pelos poupadores. Pronunciando-se a Corte Constitucional pela constitucionalidade daquelas normas, estaria afastada, portanto, a possibilidade de qualquer forma de indenização por conta das alterações de moeda e índices econômicos.

Essa pretensão é fundada na alegada violação dos arts. 5º, *caput*, e XXXVI, 21, VII e VIII, 22, VI, VII e XIX, 48, XIII e XIV da Constituição Federal, uma vez que, sob a ótica dos bancos, as reiteradas decisões reconhecendo direitos adquiridos dos poupadores ensejariam lesão a esses preceitos.

Dessa forma, a arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo CONSIF visa uniformizar toda a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal relativa aos planos, evidentemente na parte em que lhe é favorável, aplicando-a de forma absoluta e vinculante, de modo a reverter o entendimento que já foi firmado a favor dos poupadores.

2 QUESTÕES JÁ ENFRENTADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A tese sustentada pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 165 defende que as decisões favoráveis aos poupadores lesionam o princípio da segurança jurídica, com base em conceitos construídos ao longo de décadas pelo Supremo Tribunal.

Passa-se, então, a analisar neste capítulo os principais argumentos que sustentam a pretensão dos autores, os debates no âmbito da Suprema Corte e os casos paradigmáticos.

3.1 Da inexistência de direito adquirido a regime monetário

A proteção ao direito adquirido é garantia constitucional sagrada, prevista no art. 5, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988. Destarte, cumpre asseverar que não há definição constitucional de direito adquirido no ordenamento positivo pátrio.

Alexandre de Moraes considera que “o conceito de direito adquirido ajusta-se à concepção que lhe dá o próprio legislador ordinário, a quem assiste a prerrogativa de definir, normativamente, o conteúdo evidenciador da idéia de situação jurídica definitivamente consolidada”.⁴¹

⁴¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 85.

Já Celso Bastos o conceitua simplesmente como um dos recursos de que se vale a Constituição para limitar a retroatividade da lei.⁴²

Assim sendo, o referencial de direito adquirido é o § 2º do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, a seguir transcrito:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

[...]

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.⁴³

Quanto à abrangência do instituto do direito adquirido, há basicamente duas correntes. Na teoria subjetiva, adotada no sistema constitucional brasileiro, o conceito de direito adquirido mais abrangente consiste em um direito individual, subjetivo, que tem como fundamento o fato de a lei não poder retroagir quando há um direito já adquirido.⁴⁴

Das palavras do principal exponencial dessa corrente, Gabba, tem-se:

O direito adquirido é consequência de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei do tempo em que o mesmo se realizou, ainda que a ocasião de fazer valer tal direito não se tenha apresentado antes da vigência de uma lei nova a ele concernente; e que, nos termos da lei sob cujo império ocorreu o fato, de que se originou, entrou, imediatamente, a fazer parte do patrimônio de que o adquiriu.⁴⁵

Logo, esse direito passaria a fazer parte definitiva do patrimônio de seu titular, não podendo ser contestado.

⁴² BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 43.

⁴³ DECRETO-LEI Nº 4.657, de 4.9.1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. DOU de 9.9.1942. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del4657.htm>>.

⁴⁴ SILVA, Zélio Furtado da. **Direito adquirido**. São Paulo: Editora de Direito, 2000, p. 66-67.

⁴⁵ Apud FRANÇA, R. Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. São Paulo: Saraiva, 1998, p.51.

O Brasil foi um dos primeiros países, junto com os Estados Unidos da América, a reconhecer o caráter constitucional do princípio da irretroatividade das leis, inclusive em matéria civil. Com a independência, o princípio foi declarado já na Constituição de 1824.⁴⁶

Em contraposição, surgiu a teoria objetiva. De interpretação mais restrita, defende que o direito intertemporal não poderia ser tratado à luz de direitos subjetivos, mas de situações jurídicas óbvias. Surgiu na França, onde, diga-se de passagem, é admitido que as leis de ordem pública retroajam. Seu principal expoente é Paul Roubier, que entende que “as leis são feitas, de fato, para determinar um certo número de situações jurídicas em proveito ou contra certas pessoas; é, pois, na sua ação em relação às situações jurídicas passadas, presentes ou futuras, que se resume a sua ação no tempo”.⁴⁷

Paul Roubier prefere a expressão situação jurídica, que melhor corresponderia à realidade e seria cientificamente mais rigorosa do que o direito subjetivo.⁴⁸

Para Caio Mário da Silva Pereira, a teoria de Roubier ou teoria das situações jurídicas, para fins de aplicação da lei, privilegia as situações jurídicas propriamente ditas em detrimento da ideia de relação jurídica e de direito adquirido.⁴⁹

Retomando o tema principal, é com base nesse sagrado princípio constitucional que os poupadores vêm obtendo ganho de causa ao longo dos anos. Isso devido ao entendimento dos juízes de que a correção das poupanças utilizando índices diferentes

⁴⁶ TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e estado democrático de direito**. São Paulo: Landy 2003, p. 149.

⁴⁷ Apud ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. **A lei de introdução ao Código Civil brasileiro**. Atualizado por José da Silva Pacheco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 247-248.

⁴⁸ TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e estado democrático de direito**. São Paulo: Landy 2003, p. 152.

⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 102.

daqueles que haviam sido pactuados, mesmo que instituídos por lei, ofendia o direito adquirido.

Assim, um dos argumentos utilizados na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 165, com o objetivo de reverter esse entendimento e evitar os desembolsos, é o de que aquelas decisões divergem do entendimento do Supremo Tribunal Federal de que não existiria direito adquirido em se tratando de regime monetário.

Esse entendimento de fato já foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal. Apesar da posição pela inexistência de direito adquirido a regimes jurídicos em geral já estar sacramentada há décadas, a questão quanto ao direito adquirido a regime monetário foi assentada nos idos de 1985, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 105.137/RS⁵⁰, que tratava de matéria previdenciária.

A Recorrente, entidade administradora de um determinado plano de previdência privada, irresignada, buscou no apelo extremo ao Supremo a reforma do acórdão que havia confirmado a sentença que reconheceu que a aplicação das Leis nº 6.205⁵¹ de 1975, nº 6.423⁵² e nº 6.435⁵³, estas de 1977, ofendera o direito adquirido da beneficiária.

⁵⁰ “A moeda do pagamento das contribuições e dos benefícios da previdência privada têm o seu valor definido pela Lei 6.435/77, segundo os índices das ORTNs, para todas as partes. Não há direito adquirido a um 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. RE conhecido e parcialmente provido.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. Recurso Extraordinário 105.137. Relator: Cordeiro Guerra. Brasília, DF, 31 mai. 85. DJ de 20.9.85, p. 15994.

⁵¹ LEI Nº 6.205, de 29.4.1975. Estabelece a descaracterização do salário mínimo como fator de correção monetária e acrescenta parágrafo único ao artigo 1º da Lei número 6.147, de 29 de novembro de 1974. DOU de 30.4.1975. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6205.htm>.

⁵² LEI Nº 6.423, de 17.6.1977. Estabelece base para correção monetária e dá outras providências. DOU de 17.6.1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6423.htm>.

⁵³ LEI Nº 6.435, de 15.7.1977. Dispõe sobre as entidades de previdência privada. DOU de 15.7.1977. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L6435.htm>>.

É importante salientar aqui que o caso foi julgado sob a égide da Constituição Federal de 1967 (art. 105)⁵⁴, alterada pela Emenda Constitucional nº 1, sendo que era da competência do Supremo Tribunal Federal julgar em sede de recurso extraordinário os dissídios jurisprudenciais relativos à interpretação de leis federais. Na Constituição atual, a competência para tanto é do Superior Tribunal de Justiça, sendo a matéria objeto de recurso especial.

Dessa forma, o Recurso Extraordinário nº 105.137 foi admitido com base na alínea “d” do art. 119, III, da Constituição vigente, tendo como paradigma um acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que embora não versasse sobre a mesma matéria específica, tinha como objeto contrato semelhante.

No contrato de previdência privada firmado pelo titular do plano, já falecido, fora pactuado que as contribuições seriam feitas na escala do maior salário mínimo vigente à época do pagamento, e que os benefícios pagos no futuro também seriam corrigidos com base na variação do mesmo. Ou seja, uma forma de indexação. A vinculação ao valor do salário mínimo é hoje vedada pelo art. 7º, inciso IV da Constituição Federal⁵⁵, mas, por omissão legal, era tolerada à época da contratação em questão.

Assim foi até 1975, quando a Lei nº 6.205 proibiu a indexação daquela forma, extinguindo o padrão monetário usado no contrato. Com o advento da Lei nº 6.435, todos os contratos, fora os de prazo determinado, passariam a ser corrigidos imediatamente pelo índice das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, ou simplesmente ORTN.

⁵⁴ CONSTITUIÇÃO (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. DOU de 20.7.1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>.

⁵⁵ CONSTITUIÇÃO (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. DOU de 5.10.1988.

Tratava-se de título público federal emitido pelo Tesouro Nacional, com o fim de remunerar a inflação medida pelos órgãos oficiais. Existiu até o ano de 1986, quando foi extinta pelo Plano Cruzado, gerando controvérsia semelhante.

A irresignação da Recorrente se deu por estar recebendo um benefício em valor extremamente inferior como contraprestação às contribuições pagas pelo contratante do plano. Alegou, então, em juízo, que aquele se tratava de contrato de prazo pré-determinado, e que, portanto, as novas leis, mesmo se tratando de normas de ordem pública, não poderiam violar seu direito adquirido nem desconstituir atos jurídicos perfeitos passados, tendo obtido ganho de causa nas instâncias inferiores.

O acórdão atacado pelo Recurso Extraordinário manteve a sentença de 1º grau, que reconheceu o direito adquirido da beneficiária do plano previdenciário, uma vez que a atualização conforme o salário mínimo era característica nuclear do contrato. Dessa forma, determinou que, por haver possibilidade legal, o benefício deveria ser corrigido por índice semelhante ao salário mínimo em valores reais, mantendo-se assim o poder de compra do benefício.

3.1.1 O voto do Ministro Relator Cordeiro Guerra

Em seu voto, o relator, ministro Cordeiro Guerra, após breve relato e transcrição dos dispositivos das decisões das instâncias *a quo*, inicia a análise da questão fazendo as necessárias considerações acerca do contrato entabulado.

Chama atenção o fato de que fora prevista ali a extinção do salário mínimo como padrão monetário, ficando convencionado que, naquele caso, passaria a ser usada figura legal semelhante, e que, na inexistência desta, ficava reservada ao Conselho Deliberativo da

entidade a prerrogativa de decidir a questão. Ao caracterizar o contrato de previdência privada em questão, o Ministro entendeu que aquele, embora fosse um contrato de adesão em sua forma, era, na sua essência, um contrato de trato sucessivo. Isso porque, apesar de firmado o contrato, o direito de fato à aposentadoria dependia de evento futuro, ou seja, nasceria quando fosse atingido o número de contribuições necessárias, feitas em período e valores pactuados, sendo que o tempo de contribuição era condição suspensiva, e não prazo determinado para vigência do contrato.

Feita essa consideração, foi afastada no caso a exceção prevista quanto aos contratos de tempo pré-determinado, sendo o contrato em questão, nas palavras do ministro Cordeiro Guerra, “atingível de imediato pelas normas de ordem pública”, chegando ainda a caracterizar aquela alteração no padrão monetário como um *factum principis*. Destaca-se a seguir um trecho do voto:

O contrato é de trato sucessivo: a substituição do salário mínimo como critério de correção dos benefícios, não fora imperativo legal, de ordem pública, o contrato já previra este *factum principis*, e é improfícuo debater-se contra ele invocando direito adquirido.⁵⁶

Dessa forma, foi superada a questão, e passou-se a analisar o cerne da controvérsia, manifestando-se pela inexistência de direito adquirido no caso.

Seguindo o voto, o ministro Cordeiro Guerra discorre brevemente sobre as teorias objetiva e subjetiva, aqui já abordadas, sem se posicionar efetivamente a favor de nenhuma das correntes. Isso porque, independente da teoria adotada, fosse a mais restrita, fosse a mais abrangente, nenhuma delas possibilitava a caracterização do alegado direito

⁵⁶ Extraído do voto do Ministro Cordeiro Guerra, p.11 do acórdão. “SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. Recurso Extraordinário 105.137. Relator: Cordeiro Guerra. Brasília, DF, 31 mai. 85. DJ de 20.9.85, p. 15994.

adquirido: “Se à luz da teoria objetiva não havia o A. direito adquirido, diferente não se torna posto em confronto com o pensamento subjetivista de Gabba, de maior abrangência.”

Total razão assiste à lição do ministro Cordeiro Guerra. Independentemente do conceito de direito adquirido adotado, o Ministro entendeu que o fato idôneo de que fala o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, a produzir o direito, ainda não tinha ocorrido.

Explica que, como o contratante do plano de previdência ainda não tinha completado o número de contribuições que lhe tornasse apto a se aposentar, não podia falar em direito adquirido ou alegar retroatividade da lei. Entendeu, ainda, que a administradora do plano previdenciário não poderia adotar outra providência senão obedecer a lei que proibira aquela forma de indexação.

Para a aplicação deste princípio, entender-se-á o período de pagamento das contribuições previdenciárias como o ‘fato idôneo’ a produzir o direito. Como ao sobreviverem as leis novas revogatórias do salário mínimo, as determinações do Conselho Nacional de Seguro Privado, e os novos planos de benefícios, não havia ainda o autor completado o número de contribuições formador do direito à aposentadoria, não há falar em direito adquirido, ou em retroatividade contra jus.⁵⁷

Apesar de o ministro Cordeiro Guerra citar Roubier em seu voto, ao afirmar que “o estatuto legal constitui a situação jurídica primária, ao passo que o contrato resulta de situação secundária, e que a lei considerada de direito público atinge a todos os súditos do Estado, tanto em seus contratos como fora deles”⁵⁸, essa questão da retroatividade não chegou a ser enfrentada, de fato, no caso específico.

⁵⁷ Extraído do voto do Ministro Cordeiro Guerra, p. 13 do acórdão.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. Recurso Extraordinário 105.137. Relator: Cordeiro Guerra. Brasília, DF, 31 mai. 85. DJ de 20.9.85, p. 15994.

⁵⁸ Extraído do voto do Ministro Cordeiro Guerra, p. 19 do acórdão. Idem.

Isso porque, inicialmente afastada a existência de qualquer direito quando da extinção da correção pelo salário mínimo, a Corte deixou de enfrentar o debate que viria a se instalar com o advento dos planos de estabilização monetária.

Caso fosse reconhecido o direito àquela aposentadoria como existente quando da mudança na forma de atualização monetária, o Supremo Tribunal Federal teria de enfrentar, já então, a questão sobre a possibilidade de retroatividade daquelas normas, outro relevante aspecto relativo à controvérsia em estudo, e que será abordada em capítulo posterior. Sendo assim, caso o auge dos litígios fosse alcançado com essa questão já definida, o congestionamento causado nos tribunais poderia ter sido minimizado.

Embora afaste definitivamente a tese de direito adquirido, o ministro Cordeiro Guerra não deixa de observar o dano efetivo causado à beneficiária pelo cálculo adotado.

Não há, porém, direito adquirido à percepção de benefícios com base em unidade de valor extinta por forças de leis de ordem pública.

[...]

Considerando inviável essa pretensão, em face do que foi analisado, não escapa, contudo, à evidência, que o benefício pago ao associado é inferior até mesmo ao previsto na nova tabela para a sua faixa de idade e de contribuições (fl. 11). No semestre da consumação do prazo de contribuições, foram estas fixadas em importância que representava bem mais que o dobro do valor que vinha recolhendo (docs de fls. 10).

[...]

Não há justificativa ou explicação admissível para esse procedimento, que não pode se escudar sob o pálio de leis que, se obrigam a modificar o sistema, não conferiram arbítrio a uma das partes de reduzir de maneira tão drástica os benefícios que os associados contrataram.

Assim, em decisão salomônica, diante da clara lesão ao direito da beneficiária, mas na impossibilidade de reconhecer o alegado direito adquirido, o ministro Cordeiro Guerra votou no sentido de conceder o reajuste pretendido, mas por outra via,

determinando que fosse feita a conversão do valor anterior em salários mínimos para valor equivalente em salários benefícios, passando-se a operar atualização, a partir daquele momento, de acordo com as novas normas:

Por isso, não podendo determinar que se faça o enquadramento do autor na faixa de 32 salários mínimos de benefício, correspondente às contribuições recolhidas, posto que pretende valor de 8 MSM, que ao tempo do início da percepção do benefício representava quantia menor, é de se fazer a conversão desse valor em salários mínimos a salários de benefício da nova tabela, em janeiro de 1981, e o quantum apurado (valor do benefício mensal) sofrerá as variações das tabelas subsequentes, conforme a respectiva faixa.⁵⁹

Para tanto, tomou ainda o cuidado de afastar a hipótese de julgamento *extra petita*, afirmando que, apesar do fato de que a parte postulara apenas a equiparação do benefício ao salário mínimo, não havendo pedido expresso no sentido de atualizar os valores por outro índice equivalente, ao fechar-lhe esta porta, não deveria obrigá-la a ajuizar nova ação com o mesmo fim. Isso em nome da economia processual, invocando analogicamente precedente do ministro Thompson Flores, de cujo voto se extrai o seguinte trecho:

Penso que se deve, em casos como tais, ceder passo à ortodoxia em prol da economia processual. Não seria da melhor política judiciária, após anos de cruenta demanda, obrigar a recorrente a nova demanda, na qual perseguirá pretensão igual, análoga, ou sobremodo afim a esta.⁶⁰

Dessa forma, o Recurso Extraordinário foi admitido com base em divergência jurisprudencial relativa à caracterização do contrato objeto do litígio para, dessa forma, com a nova caracterização, provê-lo parcialmente para afastar a hipótese de direito adquirido reconhecida pelas instâncias inferiores.

⁵⁹ Extraído do voto do Ministro Cordeiro Guerra, p. 17 do acórdão. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. Recurso Extraordinário 105.137. Relator: Cordeiro Guerra. Brasília, DF, 31 mai. 85. DJ de 20.9.85, p. 15994.

⁶⁰ Apud Cordeiro Guerra, *idem*.

Além da tese apresentada, é essencial destacar o método como foi conduzido o resultado do julgamento. Apesar de rechaçar veementemente a hipótese de direito adquirido, o ministro Cordeiro Guerra⁶¹, que já fora inclusive diretor jurídico de empresa seguradora antes de vestir a toga, e faz-se aqui esta observação com o intuito apenas de lembrar que não se pode desprezar as crenças, princípios e experiências pessoais de qualquer pessoa, inclusive dos julgadores, teve o cuidado de resguardar o direito da beneficiária, que poderia ter sido prejudicado por questões meramente formais ou instrumentais.

Extrai-se daí a lição de que, sendo de ordem pública ou não, as leis, independentemente de sua natureza ou de seu alcance, devem ser aplicadas não de forma a prejudicar quem quer que seja, possibilitando o locupletamento de determinados grupos, mas sim com o objetivo maior de atingir o fim para o qual foi elaborada, que, no caso, era a normatização econômica e combate à inflação crescente.

Tem-se, portanto, que esse conceito firmado pelo Supremo Tribunal Federal não foi desrespeitado nos vários julgamentos relativos aos planos econômicos, uma vez que, diferente desse caso, foram constatadas peculiaridades que configuravam o direito adquirido.

Dessa forma, o paradigma, da forma absoluta como foi levantado pelos bancos *in casu*, não se presta a configurar a alegada insegurança jurídica, não podendo e não devendo ser aceito como argumento absoluto em defesa de interesses econômicos.

Assim, esse conceito isolado, por si só, não é aplicável ao fim que pretende a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 165. Tem-se que, da mesma

⁶¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Currículo on-line do ministro João Baptista Cordeiro Guerra. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=9>>. Acesso em: 20 set. 2009.

forma em que no caso em tela, o direito adquirido foi afastado em razão da descaracterização do contrato, ou seja, por uma questão de direito intertemporal, nos casos dos expurgos averiguados e dos planos econômicos, chegou-se à conclusão inversa, porém baseada nos mesmos princípios, como a data de aniversário das cadernetas de poupança, que gerava o direito à correção de determinada forma. Logo, trata-se do fato idôneo a produzir o direito de que falou Roubier.

3.2 A constitucionalidade da tablita

Talvez o mais controverso debate jurídico legado pelo Plano Cruzado tenha sido a questão da constitucionalidade da aplicação das tabelas de deflação, que eram mais conhecidas como tablitas.

O Decreto-Lei nº 2.283⁶², de 27 de fevereiro de 1986, instituiu o cruzado como moeda determinando a conversão imediata com corte de três zeros e, entre outras medidas, congelou preços e implementou por meio de seu art. 8º, a tabela oficial de deflação, que passou a ser chamada popularmente de tablita. Apesar de não ter sido encontrada bibliografia oficial para este trabalho quanto à origem do termo “tablita”, os economistas afirmam que, tal qual o mecanismo, a palavra foi herdada da Argentina. Considera-se que o Plano Cruzado foi inspirado no Plano Austral, implantado naquele país pouco tempo antes, e que *tabla* significa tabela em espanhol, sendo tablita, portanto, um diminutivo do termo.

⁶² DECRETO-LEI Nº 2.283, de 27.2.1986. Dispõe sobre a instituição da nova unidade do sistema monetário brasileiro, do Seguro-Desemprego e dá outras providências. DOU de 28.2.1986. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2283.htm>>.

Dessa forma, foi instituída pelo Decreto-Lei nº 2.283, retificado pelo Decreto-Lei nº 2.284⁶³, de 10 de março de 1986, restou assim redigido:

Art. 8º As obrigações de pagamento, expressas em cruzeiros, sem cláusula de correção monetária ou com cláusula de correção monetária prefixada, constituídas antes de 28 de fevereiro de 1986, deverão ser convertidas em cruzados na data dos seus vencimentos dividindo-se o montante em cruzeiros pelo fator de conversão fixado no § 1º.

§ 1º O fator de conversão será diário e calculado pela multiplicação da paridade inicial (1.000 cruzeiros/1 cruzado), cumulativamente por 1,0045 para cada dia decorrido a partir de 3 de março de 1986.

[...].

Seu uso se fazia necessário para abater das prestações convencionadas, em obrigações contraídas a prazo, a inflação que, a partir dali, supostamente deixaria de existir, uma vez que os preços encontravam-se congelados. Explica-se: ao firmar um contrato, o valor das prestações a serem quitadas já era calculado, embutindo-se o custo da inflação que se previa para o período que duraria.

Com o fim da indexação de contratos e o congelamento de preços determinados pelo plano, a expectativa era de que a inflação seria simplesmente erradicada. E, com os preços congelados, conseqüentemente, a impressão que se tinha era essa. Então, julgou-se justo abater das prestações a quantia relativa a um custo que não mais existia, sendo a tabela de deflação um método que buscava o reequilíbrio dos contratos em curso.

Evidentemente que os credores que, em função da aplicação da tablita, passaram a receber valores expressivamente inferiores aos convencionados, ingressaram em juízo alegando violação ao ato jurídico perfeito. Não poderia ser diferente, uma vez que, com a incidência da tablita, os valores devidos eram decrescidos em 0,45% por dia, em média.

⁶³ DECRETO-LEI Nº 2.284, de 10.3.1986. Mantém a nova unidade do sistema monetário brasileiro, o seguro-desemprego, amplia e consolida as medidas de combate à inflação. DOU de 11.3.1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Decreto-Lei/Del2284.htm>.

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, que a decidiu, após 15 anos, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 141.190/SP⁶⁴, cujo objeto era a aplicação da tablita em um contrato de investimento em Cédulas de Depósito Bancário (CDB), em que o investidor, que pactuara um valor de resgate pré-fixado, como é de praxe nesse tipo de operação, viu-se prejudicado pelo recebimento dos rendimentos deflacionados.

Foi derrotado em primeira e segunda instâncias, onde se reconheceu que, além da inexistência do direito alegado, os bancos estavam apenas cumprindo as normas do Sistema Financeiro Nacional, e nem poderiam fazer diferente, uma vez que eram subordinados e fiscalizados pelo Poder Federal. Assim, manejou Recurso Extraordinário, fundado na alínea “a” do art. 102 da Constituição alegando ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido.

3.2.1 Tese vencedora: o voto do Ministro Relator Ilmar Galvão

Após citar precedentes no sentido da inexistência de direito adquirido a regime monetário, tema já abordado aqui, o ministro Ilmar Galvão afirma que, por se tratar de leis monetárias, dotadas de natureza estatutária, são aplicáveis de imediato, segundo as lições

⁶⁴ “APLICAÇÕES EM CERTIFICADOS DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM VALOR DE RESGATE PRÉ-FIXADO – CDB DL 2.335 DE 12.6.1987 (CONGELAMENTO DE PREÇOS E SALÁRIOS POR 90 DIAS). PLANO BRESSER. DEFLAÇÃO. TABLITA. APLICAÇÃO IMEDIATA. ALTERAÇÃO DE PADRÃO MONETÁRIO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ATO JURÍDICO PERFEITO. O Plano Bresser representou a alteração profunda nos rumos da economia e mudança do padrão monetário do país. Os contratos fixados anteriormente ao plano incorporavam as expectativas inflacionárias e, por isso, estipulavam formas de reajuste de valor nominal. O congelamento importou em quebra radical das expectativas inflacionárias e, por consequência, em desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos. A manutenção íntegra dos pactos importaria em assegurar ganhos reais não compatíveis com a vontade que deu origem aos contratos. A tablita representou a consequência necessária do congelamento como instrumento para se manter a neutralidade distributiva do choque na economia. O decreto-lei, ao contrário de desrespeitar, prestigiou o princípio da proteção do ato jurídico perfeito (art. 5º XXXVI, da CF) ao reequilibrar o contrato e devolver a igualdade entre as partes contratantes. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 141.190. Pleno. Relator: Ilmar Galvão. Brasília, DF, 14 set. 95. DJ de 26.5.06, p. 8.

de Roubier, pois afetam os contratos, que, sendo situação jurídica secundária, estão consequentemente sujeitos às leis monetárias, que configuram situação jurídica primária.⁶⁵

O Ministro ainda se socorre do direito comparado americano, citando obra de Renato Gomes de Souza⁶⁶ que descreve o litígio *United States v. Bankers Trust Co.* em que a substituição de certificados de ouro pelo governo dos Estados Unidos da América por outro título foi apontada por aqueles que se sentiram prejudicados como expropriação sem justa indenização. Extraí-se trecho do acórdão que, acredita-se, sintetiza com perfeição a posição do Ministro Relator quanto ao caso em tela:

O argumento de que a Joint Resolution constitui uma forma de expropriação sem justa indenização é claramente sem fundamento. A cláusula da Quinta Emenda que estabelece esse princípio refere-se à desapropriação de bens privados pelo Governo para uso público; e a Resolution, na sua aplicação às cláusulas-ouro dos contratos privados, não acarreta desapropriação, no sentido constitucional, apenas frustra expectativas contidas numa relação obrigacional privada consideradas incompatíveis com o exercício do poder nacional.

[...]

A autoridade para cunhar moeda e regular o seu valor é um atributo da soberania, que não pode ser restringido por um contrato privado nem subordinado à força vinculatória de obrigações pessoais.

O ministro Galvão adota, assim, a posição não somente pela constitucionalidade da tablita, como também pela sua necessidade, entendendo que a deflação é justa, havendo ou não cláusula de correção pré-fixada, de modo a não permitir que a moeda seja dotada de valor irreal, resguardando-se assim o devedor.⁶⁷

⁶⁵ Extraído do voto do Ministro Ilmar Galvão, p. 17. Idem.

⁶⁶ Apud Ilmar Galvão, p. 12. Ibidem.

⁶⁷ Voto do Ministro Ilmar Galvão, p. 25. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 141.190. Pleno. Relator: Ilmar Galvão. Brasília, DF, 14 set. 95. DJ de 26.5.06, p. 8.

Apesar dessas considerações, o Ministro frisa que o ponto crucial da controvérsia reside na aplicabilidade da norma. Destaca ainda o trecho de voto do Juiz Carlos Augusto de Santi Ribeiro do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo em caso análogo:

Nada foi mudado quanto ao ato jurídico consubstanciado no contrato celebrado entre as partes, em decorrência da aplicação do fator de conversão. Nem foi atingido o direito adquirido das partes, uma vez que limitou-se, o dispositivo atacado, em face da instituição de novo padrão monetário, a retirar do valor nominal, expresso no padrão desaparecido, a parcela nela embutida a título de expectativa de inflação futura. Vale dizer, o propósito foi o de estabilizar, o de manter a simetria original entre os direitos e obrigações dos contratantes, em suma.

E com esse desfecho, claramente favorável ao reequilíbrio do contrato entre as partes, encerra seu voto pelo não conhecimento do recurso, no que é seguido pelos ministros Nelson Jobim, Ellen Gracie, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Maurício Corrêa.

O ministro Nelson Jobim, ao acompanhar integralmente o Relator, faz algumas pertinentes considerações. Conceituou a tablita como o instrumento para manter a neutralidade distributiva do choque econômico causado pelo plano, invocando o princípio da tutela do equilíbrio contratual.⁶⁸

Observa o ministro Nelson Jobim, citando René Savatier, que o fenômeno econômico não pode se distanciar do fenômeno jurídico, transcrevendo-se o seguinte trecho:

⁶⁸ Voto do Ministro Nelson Jobim, p. 42. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 141.190. Pleno. Relator: Ilmar Galvão. Brasília, DF, 14 set. 95. DJ de 26.5.06, p. 8.

A economia política deixa ao direito o estudo dos ‘contratos’. Mas ela fala de ‘trocas’. Porém, as duas expressões cobrem, mais ou menos, o mesmo objeto. Porque, para os economistas, a circulação de bens se faz por intermédio de ‘trocas’ e para os juristas, ela se faz por intermédio de contratos.

[...]

Está claro que os dois pontos de vista são complementares. Assim como os juristas não podem entender o direito dos contratos sem considerar seus efeitos econômicos, os economistas não terão uma visão completa das ‘trocas’, se não considerarem os contratos que a realizam.⁶⁹

Já o ministro Gilmar Mendes, invocando a doutrina alemã, cita Konrad Hesse⁷⁰, que reconhece no princípio da proporcionalidade, ao mesmo tempo, uma proteção contra as limitações arbitrárias e também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Entende, assim, que o princípio não deve ser interpretado em sentido meramente econômico, devendo também promover a harmonia entre a medida limitadora e o direito por ela afetado.

Remete a problemática do campo do direito intertemporal ao plano da política legislativa, sobrepondo, definitivamente, os direitos fundamentais e as garantias institucionais aos direitos subjetivos relativos ao litígio. Tudo isso para, ao fim, também acompanhar o voto do ministro Ilmar Galvão.

3.2.2 Divergência aberta pelo Ministro Celso de Mello

A divergência contra a tese vencedora foi aberta pelo ministro Celso de Mello, que entendeu que aquele contrato, por operar com taxa de correção pré-fixada, se

⁶⁹ Apud Ministro Nelson Jobim, p.51. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 141.190. Pleno. Relator: Ilmar Galvão. Brasília, DF, 14 set. 95. DJ de 26.5.06, p. 8

⁷⁰ Apud Ministro Gilmar Mendes, p.14. Idem.

tratava de ato jurídico perfeito, uma vez que o investidor optara por aquele negócio sabendo exatamente quanto receberia à época do resgate.

Assim, contrariamente ao entendimento do ministro Ilmar Galvão, entendeu que a aplicação da tablita naquela hipótese seria uma ilegítima intervenção normativa do Poder Público na esfera das relações contratuais privadas.⁷¹

Como a deflação operava mesmo nos contratos anteriores, que haviam sido pactuados com correção monetária, o ministro Celso de Mello entendeu que o Decreto-Lei estava operando retroativamente, com evidente desrespeito ao *pacta sunt servanda*, o que motivava o provimento do Recurso Extraordinário.

Asseverou que, mesmo sendo aplicáveis de imediato, as normas de ordem pública também se subordinam ao princípio constitucional da intangibilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada⁷², bem como toda e qualquer lei infraconstitucional.

Esse posicionamento foi consagrado no voto do ministro Moreira Alves quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493.

O ministro Celso de Mello afirmou ainda que a lição de Roubier, no sentido da aplicabilidade imediata da norma aos contratos em curso, lastro da tese vencedora e invocada em praticamente todos os julgamentos relativos às leis monetárias, encontra limitação jurídica no sistema constitucional brasileiro. Isso porque na França, país de origem

⁷¹ Voto do Ministro Celso de Mello, p. 10. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 141.190. Pleno. Relator: Ilmar Galvão. Brasília, DF, 14 set. 95. DJ de 26.5.06, p. 8.

⁷² Voto do Ministro Celso de Mello, p.15. Idem. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 141.190. Pleno. Relator: Ilmar Galvão. Brasília, DF, 14 set. 95. DJ de 26.5.06, p. 8.

daquele doutrinador, as leis de ordem pública retroagem indiscriminadamente, e o conceito de direito adquirido é meramente infraconstitucional. E assim o faz apoiado na doutrina brasileira, em apoiado em Humberto Theodoro Jr.:⁷³

[...] a vigência imediata da lei de ordem pública não implica o afastamento das garantias fundamentais, e se o contrato é ato jurídico perfeito, conforme o consenso dos doutos, não me parece possível submetê-lo a imposições modificativas por força de lei ordinária superveniente, ainda que rotulada de 'ordem pública'.

Não há na Carta Magna dispositivo algum, no campo da intervenção econômica, que autoriza o legislador, a pretexto de ordem pública, a ignorar os direitos fundamentais que a própria Constituição institui, para servir de base ao sistema normativo da Nação.

É preciso ter muito cuidado na invocação de máximas ou princípios do Direito Comparado, pois nem todos os ordenamentos jurídicos adotam o princípio da irretroatividade das leis em nível de garantia constitucional. Daí encontrar-se na literatura estrangeira, às vezes, a defesa da tese de ser possível e a excepcional aplicação da lei nova, com retroeficácia, quando se cuida de norma de ordem pública.

Embora combatida até mesmo entre os povos que tratam do tema em lei ordinária, a retroatividade extraordinária da lei de ordem pública encontra alguma justificativa no fato de o próprio legislador ordinário deter a força de definir quando suas normas devem retroagir ou não. Isto porque inexistente mandamento superior, de natureza constitucional, a vedar-lhe semelhante deliberação.

Onde, porém, a irretroatividade da lei se estabeleceu como princípio constitucional, sua força é a de norma de caráter fundamental, com superioridade hierárquica sobre todas as demais leis. Assim sendo, o legislador tem diante de si um limite jurídico: será inconstitucional qualquer lei que vulnere o princípio da irretroatividade.

O Ministro faz questão de privilegiar a competência da União para legislar sobre a moeda e o regime monetário, mas nem por isso admite a possibilidade de que se ofenda qualquer garantia constitucional, independente do objetivo. Nesse sentido, cita em favor de sua tese Caio Mário da Silva Pereira: “Onde quer que exista um direito subjetivo, de ordem pública ou de ordem privada, oriundo de um fato idôneo a produzi-lo segundo os

⁷³ Apud Celso de Mello, p. 21-22. Idem.

preceitos da lei vigente ao tempo em que ocorreu, e incorporado ao patrimônio individual, a lei não o pode ofender”.⁷⁴

Assim fundamentado, o voto é no sentido de dar provimento ao Recurso Extraordinário para declarar inconstitucional a expressão “ou com cláusula de correção pré-fixada” e extirpá-la do *caput* do art. 13 do Decreto-Lei nº 2.335 de 1987.⁷⁵

A divergência do ministro Celso de Mello foi acompanhada apenas pelo ministro Marco Aurélio, que frisou que o que estava em análise naquele caso não eram, e não poderiam ser, os valores relativos ao contrato, mas sim o ato formalizado entre as partes, com sua conseqüente (não) respeitabilidade.⁷⁶

Trouxe o ministro Marco Aurélio aos autos trecho de manifestação do ministro Sepúlveda Pertence na Representação 1.288, quando atuara junto ao Supremo Tribunal Federal como Procurador-Geral da República, cujo teor é manifestamente incoerente com a posição que adotara ao seguir o voto do ministro Ilmar Galvão:

Disso deriva, a nosso ver, que a sobrevivência da eficácia das cláusulas livremente pactuadas de um contrato, em matéria que, à época da sua celebração, era confiada a autônoma estipulação das partes, não pode opor-se a lei superveniente, ainda que de ordem pública. De fato, reduzir as normas supletivas posteriores ao negócio jurídico o alcance da regra constitucional de retroatividade seria esvaziar inteiramente o seu conteúdo, pois normas legais que não sejam de ordem pública, por definição, só incidem á falta de estipulação em contrário.⁷⁷

Acrescidas as considerações, o voto do ministro Marco Aurélio é para seguir na íntegra a divergência inaugurada pelo ministro Celso de Mello.

⁷⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. I., 22 ed. Rio de Janeiro: Forense 2008, p. 159.

⁷⁵ Voto do Ministro Celso de Mello, p. 33. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 141.190. Pleno. Relator: Ilmar Galvão. Brasília, DF, 14 set. 95. DJ de 26.5.06, p. 8.

⁷⁶ Voto do Ministro Marco Aurélio, p.3. Idem.

⁷⁷ Extraído do voto do Ministro Marco Aurélio, p.5. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 141.190. Pleno. Relator: Ilmar Galvão. Brasília, DF, 14 set. 95. DJ de 26.5.06, p. 8.

O acórdão desse julgamento restou assim ementado:

APLICAÇÕES EM CERTIFICADOS DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM VALOR DE RESGATE PRÉ-FIXADO - CDB. DL 2.335 DE 12.6.1987 (CONGELAMENTO DE PREÇOS E SALÁRIOS POR 90 DIAS). PLANO BRESSER. DEFLAÇÃO. TABLITA. APLICAÇÃO IMEDIATA. ALTERAÇÃO DE PADRÃO MONETÁRIO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ATO JURÍDICO PERFEITO. O plano Bresser representou alteração profunda nos rumos da economia e mudança do padrão monetário do país. **Os contratos fixados anteriormente ao plano incorporavam as expectativas inflacionárias e, por isso, estipulavam formas de reajuste de valor nominal.** O congelamento importou em quebra radical das expectativas inflacionárias e, por consequência, em desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos. A manutenção íntegra dos pactos importaria em assegurar ganhos reais não compatíveis com a vontade que deu origem aos contratos. A tablita representou a consequência necessária do congelamento como instrumento para se manter a neutralidade distributiva do choque na economia. **O decreto-lei, ao contrário de desrespeitar, prestigiou o princípio da proteção do ato jurídico perfeito (art. 5º XXXVI, da CF) ao reequilibrar o contrato e devolver a igualdade entre as partes contratantes.** [grifos nossos].

Em que pese o teor da bem estruturada ementa, nada impede que se possa utilizar de outra fonte para extrair a essência do julgado.

No dia 14 de setembro de 2005, logo após o fim do julgamento, foi publicada notícia no portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal sob o título “Plenário decide: Tablita é constitucional”. Dela destaca-se o seguinte trecho:

O julgamento havia sido interrompido em setembro de 2001, devido a um pedido de vista do ministro Sepúlveda Pertence. **Ao retomá-lo hoje (14/9)**, os ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Gilmar Mendes seguiram o entendimento do relator, ministro Ilmar Galvão (aposentado), para considerar que o decreto de criação da Tablita é constitucional. Neste mesmo sentido já tinham votado os ministros Nelson Jobim, Ellen Gracie, Maurício Correa e Carlos Velloso.

Os ministros consideraram que a aplicação da Tablita em negócio jurídico realizado antes da vigência do Decreto-lei 2.342/87 não ofende o princípio do ato jurídico perfeito. Segundo eles, o decreto apenas abrangeu os efeitos dos contratos que se projetaram além da data de vigência da norma, fazendo com que esses contratos estivessem sujeitos à incidência do índice deflator (Tablita).

Entenderam ainda que o decreto é norma de ordem pública, portanto de aplicação e alcance imediatos sobre todos os contratos em curso. **Para a**

maioria dos ministros, trata-se de uma questão de defesa da economia, em que o Estado pode intervir para manutenção do equilíbrio dos contratos firmados no período.⁷⁸ [grifos nossos].

O trecho transcrito da notícia, em especial os detalhes grifados, sintetiza com maestria e sutileza a essência do resultado daquele julgamento, ilustrando de maneira didática a questão da retroatividade. A expressão “o decreto apenas abrangeu os efeitos dos contratos que se projetaram além da data de vigência da norma”, colocada num contexto de discussão acerca de retroatividade e direito adquirido, passa a ser claramente contraditória.

Afirmar que incide aquela norma em “negócio jurídico realizado antes da vigência do Decreto-Lei 2.342/87”, em se partindo do princípio de que o negócio jurídico em questão fora firmado em respeito aos seus elementos existenciais, quais sejam, agentes capazes, objeto lícito e de forma prescrita ou não vedada por lei, conforme o art. 82 do Código Civil de 1916⁷⁹, vigente à época da celebração, é afirmar que o Decreto-Lei de fato retroagiu, violando claramente a garantia constitucional, nos termos dos votos dos ministros Celso de Mello e Marco Aurélio.

Evidencia a afirmação feita pelo ministro Nelson Jobim de que é impossível desatrelar o direito da economia, ainda mais em se tratando de Direito Monetário. Demonstra que os valores e impactos econômicos envolvidos foram considerados tão importantes quanto os demais argumentos jurídicos.

Em que pese a importância legal e a previsão constitucional da implementação de política monetária pela União, tem-se que isso não é motivo apto a mitigar

⁷⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário decide: tablita é constitucional. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=65573>>. Acesso em: 27 set. 2009.

⁷⁹ LEI Nº 3071, de 1.1.1916. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. DOU 1.1.1916. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>>.

qualquer garantia constitucional, ainda mais quando se ameaça o sagrado princípio maior da segurança jurídica.

Embora seja inconteste que não há direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito, segundo Gilmar Ferreira Mendes, e esse entendimento pode ser estendido ao campo do regime monetário, não há dúvida de que os contratos sem prazo determinado firmados antes do Decreto-Lei em questão poderiam e deveriam ser atingidos pela deflação, até porque o fator de correção anterior deixara de existir.⁸⁰ E até mesmo naqueles de prazo determinado, desde que a atualização monetária fosse determinada por cláusula em aberto, não havendo margem, portanto, para que as partes se insurgissem contra a tablita, que passava a ser o índice oficial.

No julgamento dos planos econômicos relativo aos seus efeitos sobre os depósitos no FGTS, ficou assentado, segundo Gilmar Ferreira Mendes, que diferente do que sucede com as cadernetas de poupança, que têm natureza contratual, o FGTS possui natureza estatutária, por decorrer de lei e por ela ser disciplinado.⁸¹ Por essa razão, a Caixa Econômica Federal se viu livre de restituir aos titulares das contas os expurgos inflacionários relativos aos planos Bresser e Collor II.

Mas no caso específico, investimento de prazo determinado com valores de resgate pré-fixados e de natureza contratual, o entendimento fizera lei entre as partes, não podendo, portanto, ter sido atingido por norma superveniente.

Em que pese o esforço no sentido de se promover a estabilidade econômica, e os efeitos econômicos das decisões judiciais, deve-se resguardar, acima de qualquer

⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 147.

⁸¹ *Ibidem*, loc. cit.

objetivo, o princípio maior da legalidade, que, sem dúvida, é colocado em perigo quando se relativiza o conceito de ato jurídico perfeito, instituto tão intimamente a ele interligado.

Apesar disso, pode-se concluir daí, sem dificuldades, que a decisão foi tomada em homenagem ao princípio da proporcionalidade, conforme evidenciado no voto do ministro Gilmar Mendes, de modo a equalizar a relação jurídica entre as partes, minimizando-se assim o impacto que poderia abalar financeiramente tanto aos sujeitos isolados quanto ao sistema econômico como um todo.

Por essa razão, não é válido o esforço dos bancos no sentido de se construir a partir desse paradigma, referente a apenas uma das várias problemáticas ocasionadas pelos planos, um paradigma a ser usado como fator de ameaça a preceito fundamental, seja qual for.

A ideia, para o fim que se busca é, com base no entendimento de que é possível o resgate de valores menores que os pactuados no caso da tablita, legitimar também a correção monetária das cadernetas de poupança usando índice menor que o contratado, afastando dessa forma, o reconhecido direito adquirido dos poupadores.

Mas, como já dito, caso acolhida essa pretensão, seria desvirtuada a essência da decisão pela constitucionalidade da tablita, que, fundada no princípio da proporcionalidade e da equidade, de modo a se evitar o colapso financeiro e uma consequente nova onda de ações, não presta a ser usada como base de defesa intransigente do interesse dos bancos.

Apesar disso, ficou evidente nesse julgamento a plena aceitação da teoria da imprevisão, que à época do julgamento, não constava no Código Civil vigente, como nos dias atuais.

Logo, além de adequar o posicionamento anterior do Supremo Tribunal Federal quanto a questões monetárias ao caso da tablita, e abordar de maneira mais explícita do que nunca o Direito de maneira intimamente ligada à Economia, esse julgado também prestou outra grande contribuição a favor dos bancos.⁸² Trata da recepção, de maneira efetiva, da teoria da imprevisão aplicada às controvérsias relativas aos planos, e que tende a ser utilizada cada vez mais, pois é uma das ferramentas que melhores condições reúne no sentido de contribuir para que prospere a pretensão das instituições financeiras. Eis porque o tema será tratado no próximo capítulo.

⁸² WALD, Arnaldo. Comentário de Arnaldo Wald RE 141.190. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, ano 2, outubro 2008. ISSN 1982-4564.

4 OS PLANOS ECONÔMICOS E A TEORIA DA IMPREVISÃO

Foi no julgamento da constitucionalidade da tablita que se evidenciou nas questões relativas aos planos de estabilização monetária, a teoria da imprevisão como norte à solução daqueles litígios. Tal teoria já fora legitimada pelo Supremo Tribunal Federal em outros casos que, contudo, não tiveram a magnitude e tantos desdobramentos econômicos.

A teoria da imprevisão foi amplamente abordada no Novo Código Civil, encontrando-se expressa nos arts. 478, 479 e 480:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Permite a teoria resolução ou readequação dos contratos já firmados em caso de mudança radical das condições em que foi feito o pacto, as quais passam a acarretar onerosidade excessiva para alguma das partes, como no caso específico.

Segundo Silvio Venosa, o princípio da obrigatoriedade dos contratos não pode ser violado perante dificuldades mezinhas de cumprimento por fatores externos perfeitamente previsíveis, situação que se pode afastar no caso em estudo, uma vez que,

apesar dos níveis galopantes de inflação medidos à época, não era cogitado um pacote de medidas tão heterodoxas como os que foram colocados em prática.⁸³

O contrato tem por objeto eventos futuros e é redigido com o fim de prever desdobramentos e adequar as consequências desses eventos à necessidade e ao direito das partes.

A imprevisão que pode motivar intervenção judicial no *pacta sunt servanda*, relativizando a vontade contratual, é somente a que escapa totalmente às possibilidades de previsibilidade. Esse princípio modernizou a função do contrato no ordenamento jurídico pátrio, passando a ser mais dinâmico em uma mudança necessária que vem acontecendo de forma natural.

Afinal, em um tempo de constantes mudanças, avanços tecnológicos, mercado global e sistemas econômicos interligados, o conceito arcaico do contrato estático não poderia mais existir.

A teoria da imprevisão aplica a cláusula *rebus sic stantibus* em contraposição ao *pacta sunt servanda*, quando constatada onerosidade excessiva a uma das partes, causada por motivo imprevisível superveniente à celebração. Ainda assim, deve-se fazer a devida distinção entre a teoria da imprevisão e a própria cláusula *rebus sic stantibus*.

À cláusula *rebus sic stantibus*, por si só, bastava como pressuposto de incidência apenas a onerosidade excessiva causada a uma das partes por fato superveniente ao contrato, mesmo que não fosse, de todo, imprevisível. De Plácido e Silva a define como “cláusula contratual, que se julga inserta nas convenções, em virtude da qual o devedor é

⁸³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 2, p. 462.

obrigado a cumprir o contrato, somente, quando subsistem as condições econômicas existentes quando fundado o ajuste”.⁸⁴

Enquanto isso, na Teoria da Imprevisão, que se pode ser considerada a evolução da clausula *rebus sic stantibus* aplicável ao Século XXI, o fato superveniente deve ser necessariamente imprevisível, de modo que seu advento, além de desequilibrar a relação contratual, descaracterize a vontade das partes existente quando da celebração do contrato. Aplicada a teoria, passa então a operar no sentido de reequilibrar o contrato, restaurando-se aquela vontade original.

A ideia de se flexibilizar o contrato de modo a sanar a onerosidade excessiva causada a uma das partes é defendida por Caio Mário da Silva Pereira nos seguintes termos:

Todo contrato é previsão, e em todo contrato há margem de oscilação do ganho e da perda, em termos que permitem o lucro ou prejuízo. Ao direito não podem afetar essas vicissitudes, desde que constringidas nas margens do lícito. Mas quando é ultrapassado um grau de razoabilidade, que o jogo da concorrência livre tolera, e é atingido o plano de desequilíbrio, não pode omitir-se o homem do direito, e deixar que em nome da ordem jurídica e por amor ao princípio da obrigatoriedade do contrato, um dos contratantes leve o outro à ruína completa, e extraia para si o máximo benefício.⁸⁵

A respeito de sua aplicação, tem-se a lição de Nelson Borges:

A ‘teoria da imprevisão’ é o remédio jurídico a ser empregado em situações de anormalidade contratual, que ocorre no campo extracontratual – ou ‘aura’ das convenções – de que se podem valer as partes não enquadradas em situação moratória preexistente, para adequar ou extinguir os contratos – neste caso com possibilidades indenizatórias – sobre os quais a incidência de um acontecimento imprevisível (entendido este como aquele evento ausente dos quadros do cotidiano, possível mas não provável), por elas não provocado mediante ação ou omissão, tenha causado profunda alteração na base contratual, dando origem a uma dificuldade excessiva de adimplemento

⁸⁴ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 676.

⁸⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. III, p. 162.

ou modificação depreciativa considerável da prestação, de sorte a fazer nascer uma lesão virtual que poderá causar prejuízos àquele que, em respeito ao avençado, se disponha a cumprir a obrigação assumida.⁸⁶

Para bem compreender a aplicação da Teoria da Imprevisão nos julgamentos relativos aos planos econômicos, deve-se fazer também a necessária distinção entre caso fortuito ou força maior, fatores comuns excludentes de responsabilidade, e a imprevisão de fato.

A ideia de caso fortuito, segundo Washington Monteiro de Barros, remete a fatos que, embora não inimagináveis, acontecem de forma alheia à vontade do indivíduo, como assaltos, greves, motins, ou guerras, por exemplo. Já o caso de força maior decorre de tragédias motivadas por forças naturais, como terremotos, inundações e incêndios.⁸⁷

Arnoldo Medeiros da Fonseca considera que motivos de caso fortuito ou força maior não se prestam a viabilizar a utilização da teoria da imprevisão. Isso porque liberam o indivíduo por acarretar impossibilidade absoluta de execução da obrigação, enquanto a teoria da imprevisão contempla também a impossibilidade subjetiva da prestação.⁸⁸

Daí pode-se concluir que o contrato não mais representa apenas a vontade absoluta das partes, sendo passível de intervenção modificativa, o que, conseqüentemente, resguarda sua função maior, privilegiando o equilíbrio social em detrimento de interesses privados.

⁸⁶ BORGES, Nelson. **A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 80.

⁸⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 4, p. 332.

⁸⁸ FONSECA, Arnoldo Medeiros da. Caso fortuito e teoria da imprevisão. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 346.

É certo que a implementação dos planos econômicos constitui fato superveniente imprevisível. As sucessivas altas da inflação naquela época, poderiam, sim, provocar alguma reação do governo; contudo, as medidas de choque que foram usadas, como o confisco e o congelamento de preços, não se afiguravam como plausíveis para o homem médio, e, provavelmente para a maioria dos economistas. Tanto que a nação foi pega de surpresa. Caso assim não fosse, todos evidentemente teriam resgatado seus investimentos antes que fossem atingidos pelas medidas.

Assim, seria lícito afirmar que a teoria da imprevisão seria o meio que mais viabilizaria, em sede infraconstitucional, o propósito de fazer cessar o desembolso dos expurgos inflacionários por parte dos bancos.

O óbice, contudo, era o fato de nunca ter sido provada, de forma cabal, que as diferenças apuradas da correção monetária calculada a menor não resultaram em vantagem econômica para as instituições financeiras. Desta feita, posta a natureza contratual da caderneta de poupança e inconteste a imprevisibilidade das medidas adotadas pelo governo, embora os planos econômicos tivessem atingido a sociedade como um todo, a onerosidade excessiva residiria na obrigação de restituir quantia cuja perda não foi causada pelos bancos, uma vez que apenas cumpriram as normas impostas pelo governo federal.

No que pertine à arguição de preceito fundamental, tem-se, por fim, que essas razões podem contribuir para a argumentação em favor do êxito do pedido de declaração de constitucionalidade dos planos econômicos, em prol da proteção ao princípio da segurança jurídica e da garantia constitucional da propriedade, conforme postulado pelos bancos.

CONCLUSÃO

A ameaça inflacionária pode conduzir ao caos econômico, devendo ser combatida com todo rigor pelo governo, mas sempre com respeito às leis, à Constituição Federal e ao próprio Estado Democrático de Direito.

A busca por resultados econômicos imediatos por meio do atropelamento de leis e afronta aos direitos acarretou uma batalha judicial de mais de uma década e um passivo judicial que hoje ameaça a saúde financeira de algumas instituições.

Para evitar que isso ocorresse, utilizou-se da arguição de descumprimento de preceito fundamental, ferramenta extremamente eficiente para operar o controle concentrado de constitucionalidade, especialmente em relação às normas que instituíram os planos econômicos, e cuja eficácia já estava exaurida.

Ocorre, porém, que não houve ameaça de lesão a qualquer preceito fundamental. Embora o Supremo Tribunal Federal reconheça que não há direito adquirido a regime monetário, o Direito Monetário trata de resguardar a moeda, e não de defender o interesse dos bancos, mesmo sendo estes partes essenciais do Sistema Financeiro e absolutamente necessários à implementação da política monetária definida pela União Federal.

Assim, a questão da inexistência de direito adquirido ao padrão monetário foi devidamente respeitada nos milhares de julgamentos relativos aos expurgos inflacionários, sendo reconhecido apenas o direito daqueles poupadores que se enquadravam na hipótese de

que o lapso temporal entre a alteração da norma e o aniversário da caderneta já acarretara o nascimento do direito a correção da forma anterior. Trata-se, portanto de direito adquirido. Assim, reafirma-se que as ações correntes não ameaçam lesão ao preceito fundamental da segurança jurídica.

No julgamento em que se reconheceu a constitucionalidade da tablita, ficou evidente a influência de fatores econômicos e políticos sobre as decisões. Durante os dez anos que se passaram entre o início do julgamento e a decisão final, houve espaço para mudança de voto, alteração de entendimento já manifestado e enfatizado por ministro em passado não tão distante, e até mesmo mitigação de jurisprudência construída com solidez, como a decisão da ADI nº 493.

Reconhecer que a lei nova pode influir sobre atos futuros de contratos existentes anteriormente, mesmo sob o pretexto de se tratar de norma pública, é admitir sua retroação, que é vedada constitucionalmente. Para tanto, já que os efeitos da tal norma de ordem pública influem direta e totalmente nos contratos privados, a única saída seria admitir a aplicação da Teoria da Imprevisão. Essa tese, no entanto, não foi acolhida, até porque é inadmissível que seja discutida no âmbito da norma de ordem pública, sendo aplicável, em sua essência, apenas às relações privadas.

Mesmo assim, presentes os elementos, as causas e os efeitos da Teoria da Imprevisão, aumentam as evidências de que a lei que instituiu a tabela de deflação foi considerada como de ordem pública apenas de modo a evitar a declaração de sua flagrante inconstitucionalidade. Isto porque a admissão da Teoria da Imprevisão, que foge à competência do Supremo Tribunal Federal, implicaria em novo esforço das partes para buscar provar, caso a caso, nos foros competentes, a existência ou não da onerosidade excessiva. E

essa solução, apesar de ser a mais coerente, de nada ajudaria no sentido de se barrar a proliferação de ações repetitivas e dar fim ao passivo já existente. De qualquer forma, o fato é que a decisão relativa à tablita também não socorre a pretensão dos bancos de configurar lesão a preceito fundamental.

Por essas razões, conclui-se no sentido de que, embora seja considerável o impacto financeiro que envolve o problema, a referida ação de descumprimento de preceito fundamental não reúne condições para que seja julgada procedente.

REFERÊNCIAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Circular 1.595, de 13/03/1990.

BARBI, Celso Agrícola. Supremo Tribunal Federal. Funções na Constituição Federal de 1988. **Revista dos Tribunais n. 656**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

BASTOS, Celso Ribeiro ; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BORGES, Nelson. **A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2002.

CAMPO, Hélio Márcio. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

CONSTITUIÇÃO (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**.

CONSTITUIÇÃO (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

DECRETO-LEI Nº 2.283, de 27.2.1986. Dispõe sobre a instituição da nova unidade do sistema monetário brasileiro, do Seguro-Desemprego e dá outras providências.

DECRETO-LEI Nº 2.284, de 10.3.1986. Mantém a nova unidade do sistema monetário brasileiro, o seguro-desemprego, amplia e consolida as medidas de combate à inflação.

DECRETO-LEI Nº 2.335, de 12.6.1987. Dispõe sobre o congelamento de preços e aluguéis, reajustes mensais de salários e vencimentos, institui a Unidade de Referência de Preços (URP), e dá outras providências.

DECRETO-LEI Nº 2.336, de 15.6.1987. Altera a redação de dispositivos do Decreto-lei nº 2.335, de 12 de junho de 1987.

DECRETO-LEI Nº 2.337, de 18.6.1987. Altera os artigos 13 e 14 do Decreto-lei nº 2.335, de 12 de junho de 1987, e dá outras providências.

DECRETO-LEI Nº 4.657, de 4.9.1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. **A lei de introdução ao Código Civil brasileiro**. Atualizado por José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Caso fortuito e teoria da imprevisão. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FRANÇA, R. Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. São Paulo: Saraiva, 1998.

IPEA:

<http://www.ipeadata.gov.br/ipeaweb.dll/ipeadata?SessionID=881983948&Tick=1255368094015&VAR_FUNCAO=Ser_TemasFonte%28128%2C407%29&Mod=M>. Acesso em 02/09/2009.

JANSEN, Letácio. **A face legal do dinheiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

LEI Nº 6.205, de 29.4.1975. Estabelece a descaracterização do salário mínimo como fator de correção monetária e acrescenta parágrafo único ao artigo 1º da Lei número 6.147, de 29 de novembro de 1974.

LEI Nº 6.423, de 17.6.1977. Estabelece base para correção monetária e dá outras providências.

LEI Nº 6.435, de 15.7.1977. Dispõe sobre as entidades de previdência privada.

LEI Nº 7730, de 31.1.1989. Institui o cruzado novo, determina congelamento de preços, estabelece regras de desindexação da economia e dá outras providências.

LEI Nº 8.011, de 4.4.1990. Dispõe sobre a alienação de bens imóveis da União situados em Brasília - DF, e dá outras providências.

LEI Nº 8.024, de 12.4.1990. Institui o cruzeiro, dispõe sobre a liquidez dos ativos financeiros e dá outras providências.

LEI Nº 8.025, de 12.4.1990. Dispõe sobre a alienação de bens imóveis residenciais de propriedade da União, e dos vinculados ou incorporados ao FRHB, situados no Distrito Federal, e dá outras providências.

LEI Nº 8.028, de 12.4.1990. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.

LEI Nº 8.029, de 12.4.1990. Dispõe sobre a extinção e dissolução de entidades da administração Pública Federal, e dá outras providências.

LEI Nº 8.030, de 12.4.1990. Institui nova sistemática para reajuste de preços e salários em geral e dá outras providências.-DOU de 13.4.1990.

LEI Nº 8.031, de 17.4.1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. DOU de 18.4.1990.

LEI Nº 8.177, de 1.3.1991. Estabelece regras para a desindexação da economia e dá outras providências.

LEI Nº 8.178, de 1.3.1991. Estabelece regras sobre preços e salários, e dá outras providências.

LEI Nº 9.882, de 3.12.1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**
Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei 9.882 de 03-12-1999. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.** São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil – direito das obrigações.** São Paulo: Saraiva, 1978.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. I. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Zélio Furtado da. **Direito adquirido.** São Paulo: Editora de Direito, 2000.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Aspectos jurídicos do planejamento econômico.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SOUZA, Nali de Jesus de. **Economia básica**. São Paulo: Atlas, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ADI 493. Relator : Moreira Alves. Brasília, DF, 25.jun.92. DJ de 04/9/92, p. 14089.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ADPF 165. Petição inicial, fl. 4

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. Recurso Extraordinário 105.137. Relator: Cordeiro Guerra. Brasília, DF, 31 mai. 85. DJ de 20.9.85, p. 15994

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591. Relator: Eros Grau. Brasília, DF, 07.jun.06. DJ de 29.9.2006, p. 31.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Currículo on-line do ministro João Baptista Cordeiro Guerra. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=9>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão monocrática do Ministro Celso de Mello proferida nos autos da ADI nº 498/DF. Publicada no Diário da Justiça do dia 24/05/2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário decide: tablita é constitucional. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=65573>. Acesso em: 27 set. 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação nº 597 Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 03.set.97. DJ de 02.2.07

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 141.190. Pleno. Relator: Ilmar Galvão. Brasília, DF, 14 set. 95. DJ de 26.5.06, p. 8.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=65573>. Acesso em 27/09-2009.

TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e estado democrático de direito**. São Paulo: Landy, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIANNA, Pedro Jorge Ramos. **Inflação**. Barueri, SP: Manole, 2003.

WALD, Arnoldo. Comentário de Arnold Wald. RE 141.190. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, ano 2, outubro 2008.