



25/06/92.

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
FEDERAL

Nº 493-0 DISTRITO

REQUERENTE: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

REQUERIDOS: PRESIDENTE DA REPÚBLICA E CONGRESSO NACIONAL

EMENTA: 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 é um ato ou fato ocorrido no passado.

- O disposto no artigo 5º, 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..

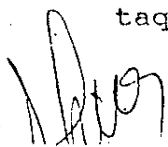
- Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5º, 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 1º e 4º; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991.

A C Ó R D ã O

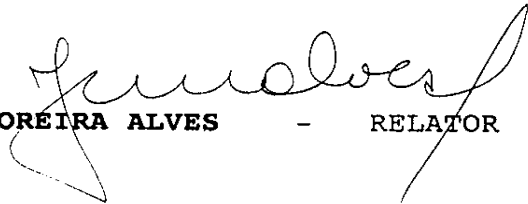
Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conhecer da ação,



integralmente, vencido, em parte, o Ministro Carlos Velloso, que dela conhecia, apenas, no ponto em que impugna os artigos 23 e parágrafos, 24 e parágrafos da Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991, não assim, quanto aos artigos 18, **caput**, parágrafos 1º e 4º, 20, 21 e parágrafo único. No mérito, por maioria de votos, o Tribunal julgou a ação procedente, in totum, declarando a inconstitucionalidade dos artigos 18, **caput**, parágrafos 1º e 4º, 20, 21 e parágrafo único, 23 e parágrafos, 24 e parágrafos da Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991, vencidos, em parte, os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que a julgavam procedente, também em parte, para declarar a inconstitucionalidade, apenas, do parágrafo 3º do art. 24; e, ainda, o Ministro Carlos Velloso, que a julgava parcialmente procedente, para declarar inconstitucionais somente os artigos 23 e seus parágrafos, 24 e seus parágrafos.

Brasília-DF, 25 de junho de 1992.

SYDNEY SANCHES - PRESIDENTE


MOREIRA ALVES - RELATOR

/sps.



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 493-0 - DISTRITO FEDERAL

RELATOR : O SR. MINISTRO MOREIRA ALVES
REQUERENTE : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
REQUERIDOS : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
CONGRESSO NACIONAL

R E L A T Ó R I O

O SR. MINISTRO MOREIRA ALVES: - Tomo como relatório a parte inicial do parecer da Procuradoria-Geral da República, de autoria do Dr. Moacir Antônio Machado da Silva, que bem sintetiza o que se contém nestes autos:

" O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, com fundamento no art. 103, VI, da Constituição Federal, ajuizou ação direta de inconstitucionalidade dos arts. 18, caput e §§ 1º e 4º, 20, 21 e parágrafo único, 23 e §§, 24 e §§, da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, por contrariarem o disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que torna intangível o ato jurídico perfeito à incidência da lei nova.

2. Os dispositivos impugnados têm a seguinte redação:

" Art. 18. os saldos devedores e as prestações dos contratos celebrados até 24 de novembro de 1986, por entidades integrantes dos Sistemas Financeiros da Habitação e do Saneamento "SFH e SFS", com cláusula de atualização monetária pela variação da UPC, da OTN, do salário mínimo ou do salário mínimo de referência, passam a partir de fevereiro de 1991 a ser atualizados pela taxa



202

aplicável à remuneração básica dos Depósitos de Poupança com data de aniversário no dia 1º, mantidas a periodicidade e as taxas de juros estabelecidas contratualmente.

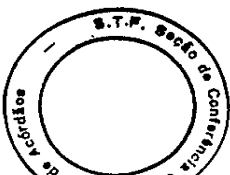
§ 1º. Os saldos devedores e as prestações dos contratos celebrados no período de 25 de novembro de 1986 a 31 de janeiro de 1991, pelas entidades mencionadas neste artigo, com recursos de depósitos de poupança, passam, a partir de fevereiro de 1991, a ser atualizados mensalmente pela taxa aplicável à remuneração básica dos Depósitos de Poupança, com data de aniversário no dia de assinatura dos respectivos contratos.

§ 3º. O disposto neste artigo aplica-se igualmente às operações ativas e passivas dos fundos vinculados ao SFH, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte.

§ 4º. O disposto no § 1º deste artigo aplica-se às Letras Hipotecárias emitidas e aos depósitos efetuados a qualquer título, com recursos oriundos dos Depósitos de Poupança, pelas entidades mencionadas neste artigo, junto ao Banco Central do Brasil, e às Obrigações do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS).

Art. 20. O resultado apurado pela aplicação do critério de cálculo de atualização das operações de que trata o artigo 18, lastreadas com recursos de Depósitos de Poupança e da atualização desses depósitos, na forma do disposto no parágrafo único do art. 13 desta Lei, será incorporado ao Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS), nos termos das instruções a serem expedidas pelo Banco Central do Brasil.

Art. 21. Os saldos dos contratos de financiamento celebrados até o dia 31 de janeiro de 1991, realizados com recursos dos depósitos de poupança rural, serão atualizados, no mês de fevereiro de 1991, por índice composto:



Supremo Tribunal Federal

ADIn. nº 493 - 0 - DF

264

03.
[Handwritten signature]

I. da variação do BTN Fiscal observado entre a data de aniversário ou de assinatura do contrato no mês de janeiro de 1991 e o dia 1º de fevereiro de 1991; e

II. da TRD acumulada entre 1º de fevereiro de 1991 e o dia do aniversário do contrato no mês de fevereiro de 1991.

Parágrafo único. A partir do mês de março de 1991, os saldos dos contratos mencionados neste artigo serão atualizados pela remuneração básica aplicada aos depósitos de poupança com data de aniversário no dia da assinatura dos respectivos contratos.

Art. 23. A partir de fevereiro de 1991, as prestações mensais nos contratos de financiamento firmados no âmbito do SFH, vinculados ao Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional - PES/CP, serão reajustadas em função da data base da respectiva revisão salarial, mediante aplicação:

I. do índice derivado da taxa de remuneração básica aplicável aos depósitos de poupança livre no período, observado que:

a) nos contratos firmados até 24 de novembro de 1986, o índice a ser utilizado corresponderá àquele aplicável às contas de poupança com data de aniversário no dia 1º de cada mês;

b) nos contratos firmados a partir de 25 de novembro de 1986, o índice a ser utilizado corresponderá àquele aplicável às contas de depósito de poupança com data de aniversário no dia da assinatura dos respectivos contratos;



04

II. do índice correspondente ao percentual relativo ao ganho real de salário.

§ 1º. no caso de contratos enquadrados na modalidade plena do PES/CP, far-se-á, a partir do mês de fevereiro de 1991, o reajuste mensal das respectivas prestações, observado o disposto nas alíneas a e b do item I deste artigo.

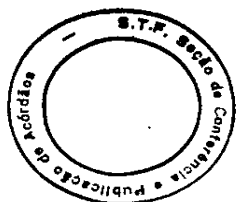
§ 2º. do percentual de reajuste de que trata o caput deste artigo será deduzido o percentual de reajuste a que se refere o parágrafo anterior.

§ 3º. é facultado ao agente financeiro aplicar, em substituição aos percentuais previstos no caput e parágrafo 1º deste artigo, o índice de aumento salarial da categoria profissional, quando conhecido.

Art. 24. Aos mutuários com contratos vinculados ao PES/CP, firmados a qualquer tempo, é assegurado que, na aplicação de qualquer reajuste, a participação da prestação mensal na renda atual não excederá à relação prestação/renda verificada na data da assinatura do contrato de financiamento ou da opção pelo PES, desde que efetuem a devida comprovação perante o agente financeiro, podendo ser solicitada essa revisão a qualquer tempo.

§ 1º. Respeitada a relação de que trata este artigo, o valor de cada prestação mensal deverá corresponder, no mínimo, ao valor da parcela mensal de juros, calculado à taxa convencionalizada no contrato.

§ 2º. Não se aplica o disposto neste artigo às hipóteses de redução de renda por mudança de



05.

emprego ou por alteração na composição da renda familiar em decorrência da exclusão de um ou mais co-adquirente, assegurado ao mutuário, nesses casos, o direito à renegociação da dívida junto ao agente financeiro, visando a restabelecer o comprometimento inicial da renda.

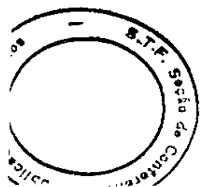
§ 3º. Sempre que, em virtude da aplicação do PES/CP, a prestação for reajustada em percentagem inferior àquela referida no artigo 23 desta Lei, a diferença será incorporada em futuros reajustes de prestações, até o limite de que trata o caput deste artigo."

3. Em sessão plenária realizada em 8 de maio de 1991, o Supremo Tribunal Federal deferiu a medida cautelar de suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados, nos seguintes termos:

"O Tribunal, por maioria de votos, deferiu a medida cautelar, para suspender, a partir desta data, a eficácia dos arts. 18 caput e §§ 1º e 4º; 20; art. 21 e parágrafo único; art. 23 e §§, art. 24 e §§, todos da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, vencido o Ministro Marco Aurélio, que a indeferia. Votou o Presidente."

4. O Excelentíssimo Senhor Presidente da República encaminha as informações elaboradas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e pela Caixa Econômica Federal (fls. 62 e 162).

5. Considera a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional que milita em favor da lei a presunção de constitucionalidade e que somente deve ser declarada a inconstitucionalidade quando não puder ser interpretada de forma a compatibilizá-la com a Lei Fundamental.



06.

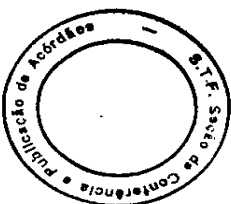
6. No mérito, trancreve a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, de início, grande parte das informações da Caixa Econômica Federal, apoiadas em parecer do ilustre jurista ARNOLDO WALD, alegando, em síntese, que:

a) a Lei nº 4.380, de 1964, que instituiu o Sistema Financeiro da Habitação, teve como princípio básico a viabilização, em caráter permanente, de uma dinâmica de captação de recursos e sua aplicação na área habitacional, rompendo com o sistema anterior, no qual o volume das amortizações feitas pelos tomadores de empréstimos para habitação eram insuficientes para a concessão de novos financiamentos, pois a depreciação monetária corroía quase inteiramente o valor do retorno;

b) à míngua de recursos, houve quase paralisação total das operações, por volta de 1960, daí surgindo os Decretos nºs 786, 787 e 1.120, todos de 1962, que, numa tentativa de revitalização do setor, determinaram a correção com base na variação do valor do salário mínimo;

c) a Lei 4.380/64 buscou a identidade de índice de correção do ativo e do passivo, daí porque, nessa linha, a Lei 5.107, de 1966, que criou o FGTS, uma das principais fontes de recursos do SFH, obrigou as instituições a aplicarem os recursos do Fundo com correção monetária igual das contas vinculadas;

d) para compatibilizar as condições do empréstimo com o perfil de renda dos mutuários, foi criado o Plano de Equivalência Salarial, pelo qual o reajuste das prestações dos financiamentos é compatível com a época de reajuste dos mutuários;



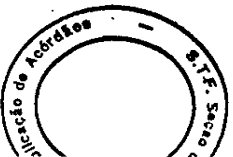
07

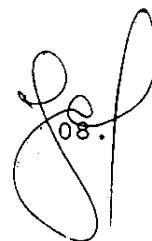
e) foi criado ainda o Fundo de Compensação das Variações Salariais - FCVS, para cobrir o saldo residual resultante da periodicidade menor da correção monetária do financiamento, em relação ao reajuste das prestações;

f) o valor dos saldos a serem pagos pelo Fundo, no entanto, cresceu substancialmente; na década passada, porquanto em 1983 e 1984 foi facultada a incidência apenas parcial da correção monetária sobre as prestações dos mutuários (80% do salário mínimo); em 1985 o índice de reajuste das prestações dos adquirentes foi de 112%, ao passo que a inflação no período elevou-se a 246%; e, em 1986, com o "Plano Cruzado", os reajustes médios foram inferiores em cerca de 40% ao índice de inflação;

g) diante desse quadro, de significativa depreciação dos valores do retorno dos financiamentos e oneração do FCVS, suportado preponderantemente com recursos orçamentários da União, impunha-se restabelecer a vitalidade do sistema realimentador das linhas de crédito, protegendo-se ao mesmo tempo o Tesouro Nacional contra o excesso de comprometimento do Fundo, resguardando o direito do mutuário, através da fixação de limite para o valor de sua prestação;

h) a Lei nº 8.177, de 1991, compatibilizou os níveis da correção monetária das contas de poupança e dos contratos e, a par disso, manteve a relação proporcional entre a prestação e a renda, estabelecida originariamente; fixou ainda um piso para a prestação, em valor equivalente à quota de juros calculada à taxa do contrato, ainda aqui respeitada a relação prestação-renda;



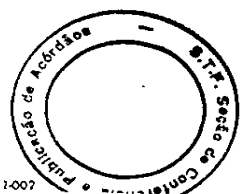
08.


i) os contratos de financiamento do Sistema Habitacional são verdadeiros atos mistos: de um lado, são contratos privados e, de outro, são contratos com importante dose de Direito Público, dependentes de regras monetárias sobre o reajustamento das prestações e a divisão das responsabilidades entre o devedor (mutuário) e o FCVS, a cargo da União (Constituição, art. 21, XX);

j) o reajustamento das prestações está subordinado a indexadores, que constituem a chamada "moeda de conta" (money of account), que serve de medida do valor do quantum de moedas necessárias para a liquidação do débito, matéria da competência legislativa da União (CF/88, art. 21, VII e VIII; art. 22, VI, VII e XIX, e art. 48, II, XIII e XIV);

l) a intangibilidade do direito adquirido somente se refere às cláusulas contratuais de direito privado, não as de direito público; têm estas efeito imediato, inconfundível com o efeito retroativo;

m) segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não há direito adquirido a determinado padrão monetário, seja à moeda de pagamento, seja à moeda de conta, devendo ter aplicação imediata as leis monetárias, alcançando os efeitos posteriores de contratos firmados anteriormente à sua vigência (RE nº 105.137, RTJ 115/379; RE 107.763, RTJ 122/1077; RE 110.930, julgado em 10.04.87; RE 111.779, RTJ 122/1146; RE 106.132, RTJ 117/376; RE 105.322 e RE 107.720); no tocante ao Sistema Financeiro de Habitação, por igual, a orientação da Suprema Corte firmou-se no sentido da incidência imediata das normas relativas à correção monetária sobre os contratos imobiliários em curso (Rp.



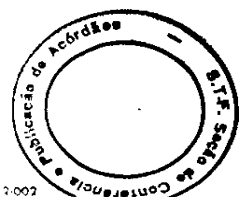
09
[Handwritten signature]

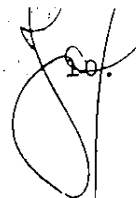
1.288, RTJ 119/548; RE 113.861, RTJ 125/1266, RE 114.277, RTJ 123/1236; RE 113.162, RTJ 126/368; RE 116.018, RTJ 128/919; e RE 114.933, RTJ 126/810);

n) também no Superior Tribunal de Justiça a jurisprudência firmou-se no sentido da incidência imediata da lei nova aos contratos em curso referentes aos Recibos de Depósitos Bancários sobre as quais mandou incidir a "tablita" (RESP nº 2.595; RESP 1.816, DJ de 23.04.90, e RESP 3.683, DJ de 21.07.87), bem como aos contratos previdenciários (RESP nº 450-RS, DJ de 04.12.89, e RESP nº 29-RS); e

o) numerosos autores nacionais e estrangeiros sustentam essa posição, de tudo podendo concluir-se que: 1) as leis monetárias, abrangendo a definição, extinção e criação tanto da moeda de pagamento como da moeda de conta - ou seja, do indexador e seus limites de aplicação máximo e mínimo - têm efeito imediato, por serem normas de direito público; 2) não ferem direito adquirido, pois inexistente direito das partes à manutenção do padrão monetário ou do indexador; 3) a simples cobrança de juros, sem nenhuma amortização do principal não pode ser considerada excessivamente onerosa, pois implica numa verdadeira liberalidade, não sendo inconstitucional a fixação de um piso da prestação devida.

7. Ressalta, em acréscimo, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional que, não sendo facultado às partes estipular cláusulas e condições pertinentes a questões como a moeda e o reajuste de obrigações, não há ato jurídico perfeito relativamente ao indexador ou aos limites de reajuste, salvo no tocante às prestações vencidas e aos saldos devedores existentes na vigência da legislação pretérita.





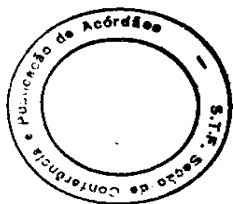
8. A Taxa Referencial e a Taxa Referencial Diária - prossegue - constituem instrumentos tendentes a reduzir as taxas inflacionárias. A TR é "calculada a partir da remuneração média mensal líquida" dos recursos monetários em trânsito nas principais instituições financeiras, em nada importando juridicamente que o índice referencial para a recomposição do poder aquisitivo da moeda nacional esteja atrelado a eventos do passado remoto, do presente ou das expectativas do futuro próximo. Além do mais, o art. 5º da Lei 8.177/91 determina que as OTN, as BTN, as LTN e os TDA serão atualizados pelo índice calculado com base na TR referente ao mês anterior. A Lei nº 8.177, portanto, limitou-se a manter a atualização ou correção monetária nos casos em que as leis anteriores já previam.

9. Considera, por fim, que o art. 24 da Lei buscou resgatar o direito das partes à manutenção do equilíbrio financeiro originariamente estabelecido, inclusive mediante a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão, em face da ocorrência do fato do príncipe e das interferências imprevistas.

10. A egrégia Presidência do Congresso Nacional, nas informações, descreve a tramitação da Medida Provisória nº 294, de 1991, convertida na lei nº 8.177, de 1991, e encaminha as peças do processo legislativo correspondente.

11. O ilustre Subprocurador-Geral da República Arthur de Castilho Neto, na posição de Advogado-Geral da União, defende a legitimidade constitucional das normas impugnadas, argumentando, em síntese, que:

a) a doutrina estrangeira e brasileira, assim como a jurisprudência de nossos Tribunais, reconhecem a presunção da constitucionalidade da lei, somente podendo ser declarada sua inconstitucionalidade na hipótese de incompatibilidade cabal e definitiva com o texto da Constituição;



11.

b) a Suprema Corte, no controle concentrado, deve ter toda a cautela para evitar que eventual decisão provoque um "vazio jurídico", muito mais nocivo que a aparente incompatibilidade da lei com a Constituição;

c) o contrato de financiamento do SFH tem uma característica biface, porque regula ao mesmo tempo situações típicas de Direito Privado (relações entre credor e mutuário) e situações típicas de Direito Público (relações com o FCVS e o Governo Federal), estando, pois, sujeito a normas de direito público e normas de direito privado;

d) as cláusulas colocadas no campo do Direito Privado são inalteráveis, mas as reguladas pelo Direito Público ficam sujeitas às alterações de lei, que terá eficácia imediata e geral;

e) dentro da orientação adotada pela Suprema Corte (voto liminar desta Ação e decisão de mérito na ADIN 513), não se pode aceitar alteração de indexador que apresente maior dificuldade para uma das partes da relação contratual ou de relação de qualquer outra natureza, sendo que pelo eminente Relator foi salientado que a TR não é mero indexador, mas também forma de remuneração;

f) com apoio em trabalho do eminente economista Mário Henrique Simonsen demonstra-se que a alteração do BTN pela TR resultou da iniciativa de sincronização dos efeitos da inflação com a equação econômico-financeira das relações estabelecidas no SFH, ou seja, ao invés de se tomar por base inflação do passado, passou-se a ter como referência inflação atual, permanecendo a TR como mero indexador;



22.


g) ainda com base em doutrina estrangeira e nacional e em jurisprudência da Suprema Corte e do STJ, conclui-se que não há direito adquirido à inalterabilidade de institutos jurídicos como, no caso, à inalterabilidade dos índices de correção monetária.

12. Cabe agora o pronunciamento final da Procuradoria-Geral da República, em cumprimento à regra do art. 103, § 1º, da Constituição Federal". (fls. 278/289)

Em sua parte opinativa, assim se manifesta esse mesmo parecer:

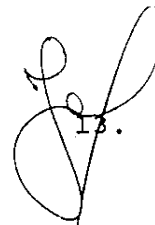
"13. Os índices de atualização das operações do SFH constituem instrumentos de intervenção legislativa do Estado na economia dos contratos, incidindo sobre as relações obrigacionais independentemente de estipulação das partes.

14. À lei posterior, que substitui índice de atualização, tem, em princípio, aplicação imediata, modificando os contratos em curso. Sobre essas normas da legislação econômica interventiva, assinalam ORLANDO GOMES e ANTUNES VARELA (Direito Econômico, 1977, p. 59):

"Sempre que uma nova lei é editada nesse domínio (o campo da legislação econômica interventiva), o conteúdo dos contratos que atinge tem de se adaptar às suas inovações; semelhante adaptação verifica-se por força da aplicação imediata das leis desse teor sustentada como prática necessária à funcionalidade da legislação econômica dirigista: derroga-se com essa prática a regra clássica de direito intertemporal que resguarda os contratos de qualquer intervenção legislativa decorrente de lei posterior à sua conclusão."



13.



15. Nos contratos relativos às operações em causa, a obrigatoriedade da atualização, assim como seu conteúdo, são definidos diretamente pela lei e, por isso mesmo, a alteração ou a substituição dos índices correspondentes produzem efeitos automáticos no curso de sua execução. Segundo PAUL ROUBIER, a aplicação aos contratos em curso depende do caráter estatutário da lei: "Para que uma lei nova possa aplicar-se a um contrato em curso, é preciso que ela estabeleça ou modifique um estatuto legal, e que não seja simplesmente uma lei relativa às condições de validade de um contrato" (Le Droit Transitoire, 2. ed., 1960, p. 423). Em outra passagem, logo adiante, observa o mestre de Direito Intertemporal (ob. cit., p. 426):

"E, precisamente, se ela (a lei) produz efeito sobre os contratos em curso, é porque não é uma lei relativa a uma situação contratual, mas uma lei relativa a um estatuto legal, o estatuto da moeda; a lei considerada como lei de direito público, atinge a todos os súditos do Estado, tanto em seus contratos como também fora deles; é um erro considerá-la como lei relativa aos contatos."

16. MIGUEL MARIA SERPA LOPES observa a respeito da parte contratual submetida a um estatuto legal (Curso de Direito Civil, 5ª ed., 1971, v. I, p. 191-2):

"No que diz respeito aos contratos, se estes forem da classe dos instantâneos, como a compra e venda à vista, o princípio lógico é o do *tempus regit actum*. Se se trata de contratos de execução continuada, o problema envolve sérias dificuldades. Parece-nos mais acertada a orientação de Roubier, no sentido de que os contratos em curso, apanhados por uma nova lei, são contudo governados pela lei sob cuja vigência foram estabelecidos."



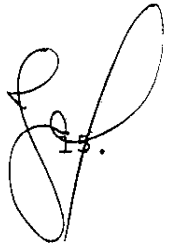
Todavia, a jurisprudência tem reputado constitucionais as leis de emergência que, em matéria de locação, têm atingido, em seus efeitos, os contratos originados em leis anteriores. Por outro lado, fôrça é convir que um estatuto contratual, quando integralmente decorrente de lei, ou na parte em que é por ela afetado, como o que fixar o valor de uma prestação, v.g., o aluguel, essa situação jurídica não representa uma relação definitiva, pois permanece sujeita às flutuações decorrentes de modificações trazidas por outras leis posteriores."

17. Os contratos de financiamento do Sistema Financeiro de Habitação, como assinala ARNOLDO WALD, no magnífico parecer que proferiu a respeito da presente controvérsia constitucional, dependem de regras que estabeleçam os índices para o reajustamento das prestações, "matéria que se inclui no Direito Monetário", sendo também denominados, no plano jurídico, "moeda de conta":

"Efetivamente, a moeda sempre exerceu duas funções básicas, sendo instrumento de câmbio e de pagamento e denominador de valores. Como instrumento de câmbio condiciona a evolução da atividade econômica, facilitando e acelerando as trocas e permitindo a sua substituição por compras e vendas, constituindo um meio de liberação dos débitos e um instrumento de compra indeterminado, geral e imediato.

Por outro lado, a moeda serve ou deve servir como denominador de valores, valorímetro, "ponte entre o presente e o futuro", no dizer de KEYNES. Neste sentido, é denominada "moeda de conta" (money of account), definindo-se como aquela em que se expressam "as obrigações, os preços e o poder aquisitivo geral" e opondo-se à moeda efetiva (money itself) "mediante cuja entrega se cumprem as





obrigações monetárias e os contratos em geral (ARTHUR NUSSBAUM, Derecho Monetário Nacional e Internacional, tradução espanhola, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1954, pág. 22, nota 63).

TULLIO ASCARELLI faz a distinção entre a moeda de pagamento e a moeda da obrigação, esta equiparada à moeda de conta, ou seja, ao indexador, afirmando que a primeira é real e nela se fará o pagamento, enquanto a segunda serve de medida de valor para fixar o quantum de moedas reais necessárias para a liquidação do débito.

No Brasil, há longos anos que as funções de moeda de conta e de pagamento foram separadas, instalando-se em nossa economia o que se denominou "a bigamia monetária". Chegaram a funcionar como moedas de conta mais de vinte instrumentos, entre os quais a OTN, o salário mínimo, a UPC, o salário referência, a URP, o IPC, o BTN, etc., enquanto funcionavam como moedas de pagamento os cruzados e os cruzeiros (antigos e novos).

Inicialmente, no Brasil, os índices e seus limites de aplicação, que se identificam com a moeda de conta, foram livremente escolhidos pelas partes. Mas, na medida em que a política monetária de combate à inflação e de reorganização da economia o exigiu, o Estado passou a definir, por lei, quais as moedas de conta que eram ou não suscetíveis de serem usadas nos contratos e como e quando podiam ser usadas, fixando critérios e prazos.

A lei proibiu o uso de alguns indexadores e autorizou a utilização de outros, até que acabou estabelecendo um regime legal imperativo para as cláusulas monetárias, definindo, criando e extinguindo não só as unidades da moeda de pagamento, mas também as moedas de conta, ou indexadores, e determinando os limites que considerava adequados para a sua aplicação.



18.

Ora, nos termos da Constituição Federal vigente, como de acordo com as normas constitucionais anteriores, à União Federal cabe baixar as normas referentes à moeda, seja ela moeda de pagamento ou moeda de conta, abrangendo pois os indexadores, seus limites, critérios e prazos de aplicação, sem prejuízo de, em relação a estes, poder admitir uma faixa mais ou menos ampla de liberdade das partes."

18. Por isso mesmo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, traduzida em numerosos julgados, seguida também pelo Superior Tribunal de Justiça, em consonância com a melhor doutrina, sempre se orientou no sentido enunciado nas informações, podendo ser assim resumida:

a) inexistente direito adquirido a um determinado padrão monetário, seja à moeda de pagamento seja à moeda de conta;

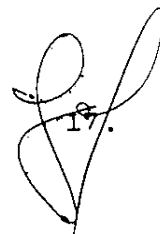
b) a lei nova que substitui um fator de atualização monetária por outro aplica-se imediatamente aos contratos pendentes, passando a reger-lhe os efeitos permanentes, não afetando ou contrariando a proteção constitucional ao ato jurídico perfeito.

III

19. À luz desses princípios, não há dúvida de que a lei nova poderia validamente impor outro índice de atualização monetária das operações do Sistema Financeiro de Habitação, mesmo relativamente aos contratos em curso de execução, em substituição à correção pelos índices de variação da UPC, da OTN, do salário mínimo e do salário mínimo de referência.



17.



20. Os dispositivos impugnados da Lei nº 8.177, de 1991, referem-se a contratos celebrados anteriormente à sua vigência, introduzindo dois novos critérios básicos de cálculo das prestações, que devem ser submetidos à análise em face da garantia expressa no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal:

1º) os arts. 18, 20, 21 e 23 impõem a atualização das prestações dos contratos pela taxa aplicável à remuneração básica dos Depósitos de Poupança, ou seja, pela Taxa Referencial; e

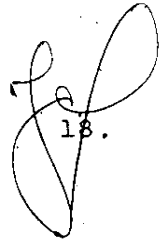
2º) o art. 24, § 1º, estipula como valor mínimo de cada prestação relativa aos contratos vinculados ao Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP) o valor da parcela mensal de juros, calculado à taxa convencionada no contrato.

21. O art. 18, com efeito, determina que os saldos devedores e as prestações dos contratos com cláusula de atualização monetária pela variação da UPC, da OTN, do salário mínimo ou do salário mínimo de referência passam a ser atualizados pela taxa aplicável à remuneração básica dos Depósitos de Poupança a partir de fevereiro de 1991, vale dizer, pela Taxa Referencial.

22. A respeito dos indexadores substituídos pela TR, esclareça-se que a Unidade-Padrão de Capital - UPC - foi criada pela Lei nº 4.380, de 21.08.64, com valor correspondente a dez mil cruzeiros, reajustável sessenta dias após a alteração do salário mínimo legal, com base no índice geral de preços mensalmente apurado ou adotado pelo Conselho Nacional de Economia, que refletisse adequadamente as variações do poder aquisitivo da moeda nacional (art. 52, §§ 1º, 2º e 3º, combinado com o art. 5º, § 1º).



18.



23. A Obrigação do Tesouro Nacional - OTN - constitui um título público que tem por objeto a captação de recursos no mercado financeiro, para financiar gastos governamentais. Seu valor nominal, contudo, era atualizado de acordo com as variações do poder aquisitivo da moeda nacional.

24. Esse critério de atualização já estava prescrito no art. 1º da Lei nº 4.357, de 1964, que criou a Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional. O Decreto-lei nº 19, de 1966, tornou obrigatória a adoção de cláusula de correção monetária em todas as operações imobiliárias do SFH, de acordo com os índices fixados pelo Conselho Nacional de Economia, para correção do valor da ORTN. O Dec.-lei nº 70, de 1966, manteve a ORTN como índice determinante da variação da UPC e o Dec.-lei nº 2.284, de 1986, transformou a ORTN em OTN, o que não alterou substancialmente o critério de atualização, que continuou vinculado à variação do poder aquisitivo da moeda.

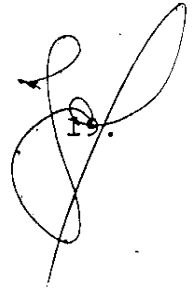
25. As alterações do salário mínimo e do salário mínimo de referência refletiam ordinariamente as variações do poder aquisitivo da moeda. A vinculação dos reajustes de obrigações legais ou contratuais às variações do salário mínimo, porém, notoriamente comprometeram, no passado, a fixação deste último em nível suficiente para satisfazer as necessidades normais dos trabalhadores e as de sua família.

26. A Constituição vigente, no art. 7º, IV, determina, por igual, que o salário mínimo seja fixado de forma a atender às necessidades vitais básicas dos trabalhadores e às de sua família, com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, vedada sua vinculação para qualquer fim.

27. O art. 20 dispõe que o resultado apurado pela aplicação do critério de cálculo de atualização das opera-



19.



ções de que trata o art. 18 será incorporado ao Fundo de Compensação de Variações Salariais.

28. O art. 21 trata dos saldos dos contratos de financiamento realizados com recursos dos depósitos de poupança rural, prescrevendo o parágrafo único do mesmo artigo que os saldos desses contratos, a partir de fevereiro de 1991, serão atualizados pela remuneração básica das cadernetas de poupança, isto é, com base na Taxa Referencial.

29. Já o art. 23 estabelece dois critérios de reajuste das prestações mensais nos contratos vinculados ao PES/CP, a partir de fevereiro de 1991: a) deve ser aplicado o índice correspondente ao percentual relativo ao ganho real de salário, desde que conhecido do agente financeiro (inciso II e § 3º); e b) se não for conhecido o ganho real de salário, deve ser aplicado o índice derivado da taxa de remuneração básica aplicável aos depósitos de poupança livre, que constitui a atualização pela Taxa Referencial.

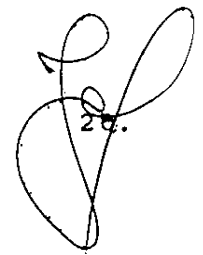
30. Por último, o § 1º do art. 24 dispõe que o valor de cada prestação mensal, respeitada a relação prestação-renda, verificada na data da assinatura do contrato de financiamento ou na de opção pelo Plano de Equivalência Salarial, deverá corresponder, no mínimo, ao valor da parcela mensal de juros, calculado à taxa convencionada no contrato.

- IV -

31. A Taxa Referencial, que substituiu esses indexadores, todavia, não constitui índice de atualização do valor da moeda. Trata-se de coeficiente da remuneração mensal média líquida de impostos, de títulos privados ou títulos públicos federais, estaduais e municipais, como dispõem o art. 1º e seus parágrafos da Lei nº 8.177, de 1º.03.91:



28.



"Art. 1º. O Banco Central do Brasil divulgará Taxa Referencial - TR, calculada a partir de remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos, caixas econômicas, ou dos títulos públicos federais, estaduais e municipais, de acordo com metodologia a ser aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, no prazo de sessenta dias, e enviada ao Senado Federal.

§ 1º. A TR será mensalmente divulgada pelo Banco Central do Brasil, no máximo até o oitavo dia do mês de referência.

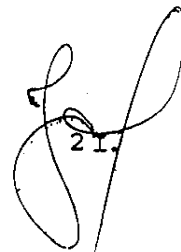
§ 2º. As instituições que venham a ser utilizadas como bancos de referência, dentre elas, necessariamente, as dez maiores do país, classificadas pelo volume de depósitos a prazo fixo, estão obrigadas a fornecer as informações de que trata este artigo, segundo normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, sujeitando-se a instituição e seus administradores, no caso de infração às referidas normas, às penas estabelecidas no art. 44 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

§ 3º. Enquanto não aprovada a metodologia de cálculo de que trata este artigo, o Banco Central do Brasil fixará a TR."

32. Regulamentando a matéria, o Conselho Monetário Nacional, através da Resolução nº 1.805, de 27 de março de 1991, optou pelos títulos da iniciativa privada, emitidos pelas trinta instituições financeiras com maior volume de depósitos a prazo fixo, classificadas de acordo com os dados do balanço apresentado em 30 de dezembro de 1990. A partir de então, a classificação é reavaliada a cada balanço comercial.



21.

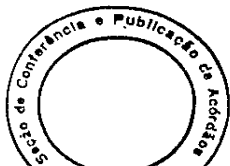


33. Para cálculo da Taxa Referencial, toma-se o montante, em cruzeiros, de certificados e recibos de depósitos bancários emitidos a taxas prefixadas. Através de fórmula específica, são determinadas as taxas média e efetiva mensais dos mencionados certificados e recibos. A TR é obtida a partir da taxa média ponderada das vinte Instituições relacionadas pelo Banco Central, deduzida de 2% (dois por cento), decorrentes da tributação e da taxa real histórica de juros da economia.

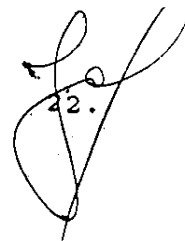
34. A demonstrar que a TR não constitui índice neutro de atualização da moeda, basta compará-la com os principais índices de preços do mercado, no período de fevereiro a dezembro de 1991. A TR registra índices acentadamente discrepantes em todos os meses, sendo menores até outubro e bastante superiores em novembro e dezembro (Anexo 2).

35. Ademais, é inegável que o depósito a prazo fixo, como produto do mercado financeiro, enfrenta a concorrência de outras aplicações, de modo que, para tornar-se atrativo, procura sinalizar com taxas de captação que garantam a reposição da expectativa de inflação no período, além de uma remuneração real, após deduzidos os impostos.

36. Outros fatores adicionais também concorrem para a formação da taxa nominal bruta. Para os investidores pessoas físicas, as taxas da caderneta de poupança funcionam como teto mínimo a partir do qual o investidor avalia oportunidade e conveniência de aplicar ou não em CDB/RDB entre 30 e 35 dias. A necessidade de liquidez do banco emitente induz à oferta de taxas mais elevadas em relação aos demais bancos; a política de juros que o Banco Central esteja praticando no momento da operação é fator importante para fixação do patamar, sendo certo que, no atual quadro recessivo, os juros têm alcançado níveis elevados.



22.



37. A TR é um indexador para o mercado financeiro de títulos e valores mobiliários, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constituindo, portanto, índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Em períodos de plena estabilidade monetária, um indexador como a TR poderá certamente apresentar percentuais relativamente elevados, refletindo taxas de captação atrativas no mercado financeiro.

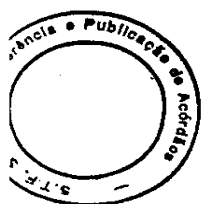
38. A Taxa Referencial reflete com propriedade a dinâmica presente no mercado do dinheiro, com as peculiaridades que lhe são próprias. Embora se pretenda convencer de que a remuneração real líquida esteja embutida nos dois por cento de dedução, nada assegura que a outra componente incorpore apenas expectativa de inflação futura, uma vez que a motivação para captação de recursos junto ao público comporta outras variáveis.

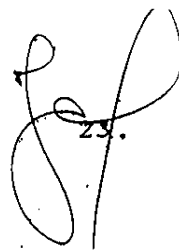
39. A atualização pela TR, em consequência, altera não apenas a expressão nominal, mas também o valor real das prestações dos contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 8.177, de 1991.

40. Resta examinar a outra inovação introduzida na Lei nº 8.177, de 1991, segundo a qual o valor de cada prestação mensal dos contratos vinculados ao PES/CP deverá corresponder, no mínimo, ao valor da parcela mensal de juros, calculado à taxa convencionada no contrato.

41. O Plano de Equivalência Salarial (PES) foi instituído pela Resolução nº 36/69 do Conselho de Administração do Banco Nacional de Habitação, que, nos termos do Dec.-Lei nº 19, de 1966, estabeleceu:

".....
2.1. - A responsabilidade pelo Saldo devedor dos financiamentos contratados, nos termos do De-





creto-Lei nº 19, de 1966, e tal como definido na Instrução nº 5, de 1966, do BNH, será assumida em nome dos mutuários, pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais, criado pela RC 25/67, do Conselho de Administração do Banco Nacional da Habitação, nas condições desta Resolução. 2.2. - O número de prestações pactuadas será fixo salvo liquidação antecipada ou amortização extraordinária da dívida. 2.3. - O reajustamento das prestações será realizado e vigorará 60 (sessenta) dias após o aumento do salário mínimo. 2.4. - É facultado ao mutuário pactuar mês predeterminado para reajustamento da prestação. 2.5. - As prestações serão reajustadas na mesma razão entre o valor do maior salário mínimo vigente no país e o imediatamente anterior. 2.6. - Na aplicação do subitem 2.3., fica ressalvado o disposto no § 9º, do Artigo 5º, da Lei nº 4.380, de 21.08.64.

3. - O valor inicial da prestação, no PES, será obtido pela multiplicação da prestação de amortização, juros e taxa calculada pelo sistema francês de juros compostos (Tabela Price), por um coeficiente de equiparação salarial. 3.1. - O coeficiente de equiparação salarial será fixado periodicamente pelo BNH, tendo em vista: a) a relação vigente entre o valor do salário mínimo e o valor da UPC (Unidade Padrão de Capital) do Banco Nacional de Habitação; b) o valor provável dessa relação, determinado com base em sua média móvel observada em prazo fixado pelo Conselho de Administração do Banco Nacional da Habitação. 3.2. - Inicialmente, a diretoria do BNH utilizará 3,9 (três vírgula nove) para valor provável da relação a que se refere o subitem anterior. 3.3. - Periodicamente, a diretoria do BNH publicará tabela de que constarão os valores do coeficiente de equiparação salarial."



42. Os juros eram calculados sobre o saldo devedor para a determinação do valor da prestação inicial. Definida, assim, a prestação de amortização e juros, daí em diante seu valor só sofria alteração pelos reajustamentos, na mesma razão entre o valor do maior salário-mínimo vigente no País e o imediatamente anterior, reajustes estes que entravam em vigor sessenta dias após o aumento do salário mínimo, salvo a hipótese de opção do mutuário por um mês predeterminado para incidência do reajuste.

43. O assunto, aliás, vinha disciplinado no art. 5º e seus parágrafos da Lei nº 4.380, de 21.08.64, in verbis:

"Art. 5º. Observado o disposto na presente lei, os contratos de vendas ou construção de habitações para pagamento a prazo ou de empréstimos para aquisição ou construção de habitações poderão prever o reajustamento das prestações mensais de amortização e juros, com a consequente correção do valor monetário da dívida toda a vez que o salário-mínimo legal for alterado.

§ 1º. O reajustamento será baseado em índice geral de preços mensalmente apurado ou adotado pelo Conselho Nacional de Economia que reflita adequadamente as variações no poder aquisitivo da moeda nacional.

§ 2º. O reajustamento contratual será efetuado, no máximo, na mesma proporção da variação do índice referido no parágrafo anterior:

a) desde o mês da data do contrato até o mês da entrada em vigor do novo nível de salário-mínimo, no primeiro reajustamento após a data do contrato;

b) entre os meses de duas alterações sucessivas do nível de salário-mínimo nos reajustamentos subsequentes ao primeiro.



§ 3º. Cada reajustamento entrará em vigor após 60 (sessenta) dias da data de vigência da alteração do salário-mínimo que o autorizar e a prestação mensal reajustada vigorará até novo reajustamento.

§ 4º. Do contrato constará, obrigatoriamente, na hipótese de adotada a cláusula de reajustamento, a relação original entre a prestação mensal de amortização e juros e o salário-mínimo em vigor na data do contrato.

§ 5º. Durante a vigência do contrato, a prestação mensal reajustada não poderá exceder em relação ao salário-mínimo em vigor, a percentagem nele estabelecida."

44. Em síntese, os juros eram reajustados nas mesmas bases da amortização e demais parcelas que compunham o valor da prestação, porque estavam embutidos nesta.

45. Ocorre que no regime do Plano de Equivalência Salarial, a correção do empréstimo se fazia com periodicidade menor do que o reajuste das prestações, gerando um saldo residual devedor assumido pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, instituído para preservar a expressão monetária e o retorno dos financiamentos.

46. Por outro lado, os valores das prestações e consequentemente dos juros nelas embutidos, nos anos de 1983 a 1986, não acompanharam os índices oficiais de correção do valor da moeda ou da inflação, aumentando sensivelmente os saldos devedores dos empréstimos suportados pelo Fundo, como assinalam as informações prestadas pela Caixa Econômica Federal:

"Com efeito, em 1983, foi facultada a incidência apenas parcial da correção monetária sobre as prestações dos mutuários (80% do salário mínimo), repetindo-se o subsídio em 1984; em 1985 foi



novamente subdimensionado o índice de reajuste das prestações dos adquirentes, sobre os quais foi determinada a aplicação de um reajuste de 112% enquanto a inflação no período elevou-se a 246%; já em 1986 foi determinada a conversão de cruzeiros para cruzados mediante adoção do seu valor real médio verificado ao longo dos 6 ou 12 meses anteriores, daí resultando reajustes médios inferiores ao índice de inflação (em termos reais, redução de aproximadamente 40% sobre o valor das prestações)."

47. O critério de correção dos anos de 1983 e 1984 teve repercussão nos contratos submetidos ao Plano de Equivalência Salarial, relativamente aos mutuários que fizeram, em 1985, opção por esse regime.

48. O § 1º do art. 24 da Lei nº 8.177, de 1991, pretende restabelecer a integralidade dos juros, à taxa convencionalizada no contrato. Sendo estes calculados sobre o saldo devedor do financiamento, é inevitável a conclusão de que assumirão valores também elevados, porque esse saldo devedor não apenas reflete as diferenças observadas entre a depreciação monetária e os índices de reajustes das prestações, mas também foi avultado pelas diferenças resultantes da periodicidade menor da correção do financiamento em relação ao reajuste das prestações.

49. O dispositivo em referência, portanto, inova profundamente o contrato porque estabelece novo critério de cálculo dos juros de cada prestação, buscando recompor as reduções observadas nos anos de 1983, 1984, 1985 e 1986, e, ainda, com alteração do pactuado, determinando que essa parcela seja calculada também sobre as diferenças resultantes dos períodos diversos de correção do empréstimo em relação



às prestações, que, segundo a legislação vigente por ocasião da celebração dos contratos, constituía encargo do Fundo de Compensação das Variações Salariais.

50. Dessa forma, mesmo preservada, em tese, a relação originária prestação-renda, não há dúvida de que o dispositivo produz sensível modificação nos contratos em curso, alterando o valor real das prestações.

V

51. A introdução da Taxa Referencial para o reajustamento das prestações, bem como a imposição de prestação mínima equivalente ao valor dos juros sobre o saldo devedor do financiamento submetido ao Plano de Equivalência Salarial, uma e outra relativas aos contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 8.177, de 12.03.91, importam em substancial alteração contratual e, por conseguinte, em violação do princípio inscrito no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que torna itangível à lei nova o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

52. Não se trata, portanto, de simples alteração de um índice de atualização monetária por outro, mas sim da adoção de critérios de reajustamento e de cálculo de juros que modificam o valor real das prestações, atingindo substancialmente os contratos em curso de execução.

53. Nos contratos imobiliários em curso de execução, pertinentes ao SFH, a modificação da moeda de obrigação ou moeda de conta pela lei superveniente só poderá ser realizada validamente para atualização do valor nominal das prestações, não, porém, para alteração de seu valor real.

54. Sem embargo da tese sustentada por eminentes juristas, nos brilhantes pareceres proferidos a propósito da presente controvérsia, o princípio inscrito no art. 5º, XXX-



VI, da Constituição Federal, segundo o qual "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada", compreende também as normas de direito público.

55. Bem observa, a respeito, CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO (Irretroatividade das Leis de Ordem Pública, Revista Forense 289, p. 239-242):

O comando constitucional é abrangente de toda disposição legal, não estabelecendo exceção para as leis de ordem pública".

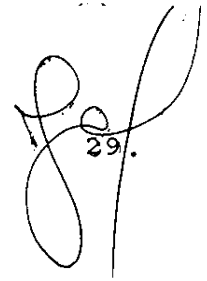
56. Em voto proferido na Representação nº 1.451-7-DF, salientou, por igual, o insigne Ministro MOREIRA ALVES:

"Aliás, no Brasil, sendo o princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada de natureza constitucional, sem qualquer exceção a qualquer espécie de legislação ordinária, não tem sentido a afirmação de muitos - apegados ao direito de países em que o preceito é de origem meramente legal - de que as leis de ordem pública se aplicam de imediato alcançando os efeitos futuros do ato jurídico perfeito ou da coisa julgada, e isso porque, se se alteram os efeitos, é óbvio que se está introduzindo modificação na causa, o que é vedado constitucionalmente".

57. A tese contrária, diga-se, importaria em anular praticamente a garantia constitucional, como bem demonstrou o então eminente Procurador-Geral da República, Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em parecer na Representação nº 1.288-DF (RTJ 119, p. 557-558). Referindo-se à força e hierarquia constitucional da proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, ponderou Sua Excelência:



29.



"Disso deriva, a nosso ver, que à sobrevivência da eficácia das cláusulas livremente pactuadas de um contrato, em matéria que, à época da sua celebração, era confiada à autônoma estipulação das partes, não pode opor-se a lei superveniente, ainda que de ordem pública.

De fato, reduzir às normas supletivas posteriores ao negócio jurídico o alcance da regra constitucional de irretroatividade seria esvaziar inteiramente o seu conteúdo, pois normas legais que não sejam de ordem pública, por definição, só incidem à falta de estipulação em contrário."

58. "Assim, investido como norma constitucional" - preleciona CLÁUDIO PACHECO -, "o vedamento do efeito retroativo das leis muito mais alto e mais amplamente se projeta, porque não se dirige para vincular apenas o intérprete, apenas a prestação jurisdicional, pois também se dirige para vincular o próprio órgão legislativo, que é o criador do próprio direito" (Tratado das Constituições Brasileiras, 1965, v. X, p. 11).

59. No mesmo sentido, nota de forma clara e precisa MARIO DA SILVEIRA PEREIRA (Instituições de Direito Civil, Rio, Forense, 2.ed., 1966, v. 1, p. 107):

"De início, cumpre assinalar que a idéia do direito adquirido, tal como consignada na Lei de Introdução, tem aplicação tanto no direito público quanto no direito privado. Onde quer que exista um direito subjetivo, de ordem pública ou de ordem privada, oriundo de um fato idôneo a produzi-lo segundo os preceitos da lei vigente ao tempo em que ocorreu e incorporado ao patrimônio individual, a lei nova não o pode ofender."



60. E mais adiante completa o ilustre autor (ob. cit., p. 108-109):

"Costuma-se dizer que as leis de ordem pública são retroativas. Há uma distorsão de princípio nesta afirmativa. Quando a regra da não-retroatividade é de mera política legislativa, sem fundamento constitucional, o legislador, que tem o poder de votar leis retroativas, não encontra limites ultralegais à sua ação, e, portanto, tem a liberdade de estatuir o efeito retrooperante para a norma de ordem pública, sob o fundamento de que esta se sobrepõe ao interesse individual. Mas, quando o princípio da não-retroatividade é dirigido ao próprio legislador, marcando os confins da atividade legislativa, é atentatória da Constituição a lei que venha ferir direitos adquiridos, ainda que sob inspiração da ordem pública. A tese contrária encontra-se defendida por escritores franceses ou italianos, precisamente porque, naqueles sistemas jurídicos, o princípio da irretroatividade é dirigido ao juiz e não ao legislador."

61. Advirta-se, aliás, que, mesmo nos sistemas jurídicos que não erigiram o princípio em garantia constitucional, faz-se a distinção entre leis de ordem pública que estabelecem ou modificam um estatuto legal e aquelas que visam a incidir sobre situações jurídicas contratuais, alterando direitos e obrigações das partes.

62. Na lição de PAUL ROUBIER, apenas as primeiras podem afetar os contratos em curso. Já quanto às últimas, assinala o ilustre autor (Le Droit Transitoire, Dalloz et Sirey, 2.ed., p. 424):

"Ao contrário, se a lei é pura e simplesmente uma lei contratual, isto é, se ela se refere ape-



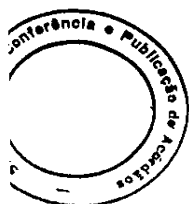
nas às construções jurídicas secundárias, que nos vimos de falar, o princípio segundo o qual as leis novas não têm efeito sobre os contratos em curso conserva todo o seu significado e todo seu valor, fundados, como se diz, sobre a livre escolha e as faculdades de previsão dos particulares. E em nada importa que as leis novas venham modificar sua liberdade, assinalar-lhes outros limites por disposições imperativas ou de ordem pública, pois os particulares contrataram levando em conta as leis então em vigor e não tinham de tomar como fonte as leis que poderiam posteriormente modificá-los."

63. Em matéria de direito intertemporal - acentua CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA - "não pode ser adotada uma regra simples, genérica e uniforme, de aplicação singela a toda espécie de normas e a qualquer categoria de relações jurídicas. Quer se mantenham no plano puramente doutrinário, quer penetrem o terreno legislativo, as regras gerais exigem uma ventilação que a técnica jurídica mais apurada desenvolve constantemente" (Instituições de Direito Civil, Rio, Forense, 2. ed., 1966, v. 1, p. 133).

64. Sustenta-se, por outro lado, que o conflito das leis no tempo exige a distinção entre efeito retroativo e efeito imediato, porque o primeiro se refere à aplicação no passado, ao passo que o último significa a aplicação no presente.

65. "A questão" - nota o Prof. LIMONGI FRANÇA - "se coloca sobretudo à face dos *facta pendentia*, pois com relação aos *facta praeterita* sempre haveria retroatividade, ao passo que relativamente aos *facta futura* não há retroatividade possível" (A irretroatividade das leis e o direito adquirido, 3. ed., 1982, p. 202).

66. Entretanto, a aplicação da lei nova aos *facta pendentia*, ou seja, aos efeitos das situações jurídicas consti-



tuídas no regime da lei antiga, configura, sem dúvida, retroatividade, embora atenuada em relação à hipótese de aplicação da lei aos efeitos já consumados na vigência da lei anterior.

67. A doutrina cedo operou a clássica distinção entre retroatividade máxima, média e mínima.

68. A respeito desses diferentes graus de retroatividade, já notara JOSÉ CARLOS DE MATOS PEIXOTO (Curso de Direito Romano, Editorial Peixoto S.A., 1943, tomo I, p. 212-213):

"Normalmente as leis dispõem para o futuro, não olham para o passado. *Lex prospicit, non respicit*. Em consequência, os atos anteriores à vigência da lei nova regulam-se não por ela, mas pela lei do tempo em que foram praticados. *Tempus regit actum*.

Entretanto, algumas leis afastam-se excepcionalmente dessa regra e retrocedem no tempo, alcançando fatos pretéritos ou os seus efeitos. Tais leis chamam-se retroativas. Mas a força retroativa da lei não tem sempre a mesma intensidade. Desse ponto de vista distinguem-se, em direito civil, três graus de retroatividade: máxima, média e mínima.

Dá-se retroatividade máxima, também chamada restitutória, quando a lei nova abrange a coisa julgada (sentença irrecorrível) ou os fatos jurídicos consumados. Está nesse caso, por exemplo, a lei canônica que aboliu a usura e obrigava o credor solvável a restituir ao devedor, aos seus herdeiros ou, na falta destes, aos pobres os juros já recebidos. Também o era a lei francesa de 12 bru-



mário do ano II (3 nov. 1793), que admitiu os filhos naturais à sucessão paterna e materna, em igualdade de condições com os filhos legítimos, desde 14 de julho de 1789, data em que, segundo as idéias revolucionárias da época, *les droits de la nature ont repris leur empire*. A retroatividade operava radicalmente no passado até a data referida, refazendo mesmo as partilhas definitivamente julgadas. A retroatividade é média, quando a lei nova atinge os direitos exigíveis mas não realizados antes da sua vigência. Exemplo: uma lei que diminuísse a taxa de juros e se aplicasse aos já vencidos mas não pagos.

Enfim, a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos fatos anteriores, verificados após a data em que ela entra em vigor. Tal é a constituição de Justiniano que limitou a 6% em geral, após a sua vigência, a taxa de juros dos contratos anteriores. No mesmo caso está o dec. 22.626 de 7 de abril de 1933 (lei de usura), que reduziu a 12% em geral as taxas dos juros vencidos após a data da sua obrigatoriedade."

69. Como assinala ARNOLDO WALD, "a doutrina fez uma distinção fecunda entre a retroatividade máxima, que alcança o direito adquirido e afeta negócios jurídicos findos; a retroatividade média, que alcance direitos já existentes, mas ainda não integrados no patrimônio do titular e a retroatividade mínima, que se confunde com o efeito imediato da lei e só implica sujeitar à lei nova consequências a ela posteriores de atos jurídicos praticados na vigência da lei anterior" (Curso de Dir. Civil Brasileiro, 5ª ed., v. 1, p. 82).

70. Nesse sentido, por igual, a lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (Instituições de Direito Civil, 5ª ed., 1980, p. 132-133):



34.

"Quando uma lei atinge os efeitos dos atos jurídicos praticados ou as situações jurídicas constituídas, ou os direitos subjetivos adquiridos sob o império da lei caduca, diz-se que é retroativa.

Os princípios de direito intertemporal têm por escopo indagar em que casos ocorre a retroatividade da lei, e formular as regras, segundo as quais o aplicador se informa de quando o efeito imediato da lei não envolve uma atuação retrooperante. Noutros termos, sob a rubrica direito intertemporal, a ciência jurídica formula os princípios que devem nortear o intérprete na conciliação daqueles dois cânones fundamentais do ordenamento jurídico, que são a lei do progresso e o conceito da estabilidade das relações humanas."

71. Cite-se, por último, o magistério de MIGUEL MARIA SERPA LOPES, tratando do fato em face do conflito intertemporal de leis (Curso de Direito Civil, 5ª ed., 1971, v. I, p. 170-171):

"Se esse fato foi inteiramente exaurido na lei pretérita, a nenhum conflito dará lugar, pois se trata de uma situação consumada, inteiramente indiferente à nova lei superveniente. Também nenhum conflito podem gerar os novos fatos supervenientes e surgidos e consumados inteiramente sob a vigência da nova lei, pois esta tem necessariamente sobre eles um império absoluto. O grande problema assenta em relação áqueles fatos ou áqueles situações jurídicas que, nascidas no regime da lei ab-rogada, prosseguem em trânsito até ser apanhados pela nova lei revogadora."

72. E, mais adiante, refutando a tese de que a aplicação imediata é inconfundível com o efeito retroativo, completa o o autor (ob. cit., p. 171-172):



"O argumento, em geral, não nos parece procedente. A lei pretérita teve vigência num determinado espaço de tempo e os fatos jurídicos então ocorridos muitas vezes não se paralisam igualmente com a cessação da lei. Pelo contrário. Muitos deles se projetam durante largo tempo, em etapas continuadas, como num filme cinematográfico. A controvérsia gira, precisamente, em torno de se saber até que ponto deve chegar o respeito aos efeitos da lei pretérita. O argumento de que a lei pretérita só pode ser tomada em consideração pelo juiz tanto quanto lho autorize ou lhe dê força a lei vigente e obrigatória, é possível em países onde a irretroatividade da lei não fôr princípio constitucional. Mas onde quer que, como acontece entre nós, a irretroatividade constituir um princípio constitucional, a lei pretérita tem força de aplicação, em se cogitando de um direito adquirido, ou de uma situação jurídica definitivamente constituída ou de um julgado de que não caiba mais recurso."

73. Seja como for, nos termos em que é formulada na Constituição Federal e na Lei de Introdução ao Código Civil, a proteção ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido refere-se com igual força aos *facta praeterita* e aos *facta pendencia*.

74. Nos termos do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, "a lei em vigor tem efeito imediato e geral, respeitado o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Em outras palavras, não é possível a eficácia imediata da lei nova, quando contrarie o ato jurídico perfeito ou o direito adquirido, de modo que, no tocante às situações jurídicas surgidas sob o domínio da lei anterior,



não pode ser aplicada aos fatos que devam ocorrer em sua vigência, quando essa aplicação for inconciliável com a proteção constitucional.

75. Bem assinala, a propósito, o Prof. LIMONGI FRANÇA (ob. cit., p. 202):

"Ora, quer o princípio da sobrevivência da lei antiga, quer a noção de situação jurídica, assim como as ilações que desta defluem, já nada têm a ver com o nosso sistema vigente, tanto à face da Constituição, como do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

O alcance, portanto, da regra do efeito imediato entre nós, é o de que a nova lei, em princípio, atinge as partes posteriores dos *facta pendentia*, com a condição de não ferir o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Em suma, o limite do efeito imediato é o Direito Adquirido em sentido amplo, de modo a abranger as outras duas noções, de ato jurídico perfeito e de coisa julgada.

Mas uma vez que o Direito Adquirido já é o limite da retroprojeção, qual o interesse de ser ainda o limite do efeito imediato?

A resposta é inapelavelmente a seguinte: o Direito Adquirido é o limite normal do efeito imediato; noutras palavras, as novas leis, ainda quando não expressas, se aplicam às partes posteriores dos *facta pendentia*, ressalvado o Direito Adquirido. Já com relação à retroatividade, ela nunca existe, a não ser quando expressa; mas ainda quando tal se dá, resta como limite o Direito Adquirido."

76. JOÃO FRANZEN DE LIMA, que segue a doutrina de PAUL ROUBIER, no tocante à distinção entre efeito retroativo e efeito imediato, considera, por igual, que o art. 6º da Lei



de Introdução ao Código Civil compreende tanto os facta praeterita quanto os facta pendentia (Curso de Direito Civil Brasileiro, 4. ed., v. I, p. 85):

"Esse efeito imediato não é considerado pela teoria de ROUBIER como violador do princípio da irretroatividade, porque, como vimos na exposição de sua doutrina, só se deve considerar como retroativa (de retroagere) a lei que atinge o passado.

A regra geral, portanto, seria que a lei nova, desde o momento em que se tornasse obrigatória, aplicar-se-ia, quer aos elementos que faltassem para a constituição das situações jurídicas, quer aos efeitos, que se produzissem daí por diante, das situações jurídicas anteriormente constituídas. A lei nova não teria aplicação ao passado. O que se foi está feito e não seria atingido pelas novas disposições.

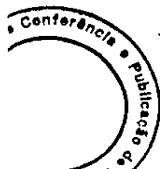
(...)

Esse efeito imediato, porém, não se verificaria nas duas hipóteses que o próprio artigo 6º indicava: quando se tratasse de situações jurídicas definitivamente constituídas e de execução de ato jurídico perfeito.

Nessas duas hipóteses o efeito imediato seria excluído como se se tratasse de efeito retroativo."

77. Na mesma linha, adverte WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALLA (Direito Intertemporal, Rio, Forense, 1980, p. 164):

"Atribuir aplicação imediata às novas leis em detrimento de situações jurídicas concretas positivas configuradas na vigência da lei anterior, atraindo as conseqüências daquelas situações para a nova regulamentação, é violentar as conseqüências naturais daquelas mesmas situações, que, como



prolongamento destas, devem persistir reguladas pela lei sob a qual tiverem origem."

78. Transcreve o autor, em seguida, a lição de CARLOS MAXIMILIANO:

"Os preceitos sob cujo império se concretizou um ato ou fato estendem o seu domínio sobre as consequências respectivas; a lei nova não atinge consequências que, segundo a anterior, deviam derivar da existência de determinado ato, fato ou relação jurídica, ou, melhor, que se unem à sua causa como um corolário necessário e direto."

79. Essa doutrina é válida tanto para as leis de ordem privada como para as de ordem pública, como demonstra o autor, invocando o magistério de REYNALDO PORCHAT (ob. cit.; p. 129):

"Entre nós, Reynaldo Porchat (op. cit., p. 66) assinalara a falsidade dessa doutrina, ao asseverar que, além de ser difícilimo discriminar nitidamente aquilo que é de ordem pública e aquilo que é de ordem privada, "seria altamente perigoso proclamar como verdade que as leis de ordem pública ou de direito público têm efeito retroativo, porque mesmo diante dessas leis aparecem algumas vezes direitos adquiridos, que a justiça não permite que sejam desconhecidos e apagados". E acrescentava: "O que convém ao aplicador de uma nova lei de ordem pública ou de direito público é verificar se, nas relações jurídicas já existentes, há ou não direitos adquiridos. No caso afirmativo, a lei não deve retroagir, porque a simples invocação de um motivo de ordem pública não basta para justificar a ofensa ao direito adquirido, cuja inviolabilidade, no dizer de Gabba, é também um forte motivo de interesse público."

80. Em suma, o respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, erigido em garantia constitucional, compreende indistintamente as normas de direito privado e as normas de direito público e alcança os efeitos de fatos anteriores, verificados na vigência da lei nova.

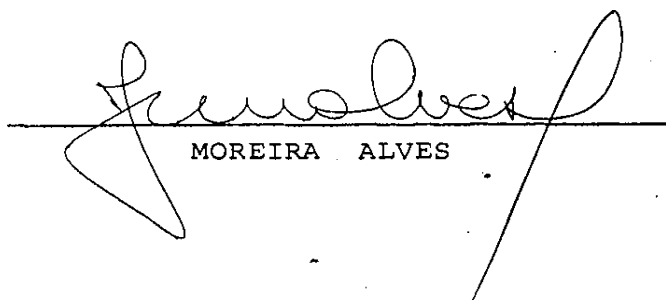
81. Os dispositivos impugnados da Lei nº 8.177, de 1991, portanto, quer no tocante à introdução da Taxa Referencial como indexador para atualização do valor das prestações, quer relativamente à fixação de prestação mínima nos contratos submetidos ao Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional igual aos juros calculados sobre o saldo devedor, afrontam o art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, que torna intangível à lei nova o ato jurídico perfeito.

VI

82. Em face do exposto, o parecer é no sentido da procedência da ação, declarada a inconstitucionalidade do art. 18, caput e §§ 1º e 4º do art. 20, do art. 21 e seu parágrafo único, do art. 23 e §§ 1º, 2º e 3º, e do art. 24 da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991." (fls. 289/316)

É o relatório, do qual a Secretaria remeterá cópia a todos os Senhores Ministros.

Brasília, 28 de fevereiro de 1992.


MOREIRA ALVES

Cmmc.



V O T O

O SR. MINISTRO MOREIRA ALVES (RELATOR): - 1.
Cumpra, inicialmente, fixar algumas noções fundamentais sobre o problema da irretroatividade da lei em nosso sistema jurídico.

Quanto à graduação por intensidade, as espécies de retroatividade são três: a máxima, a média e a mínima. MATOS PEIXOTO, em notável artigo - "Limite temporal da Lei" - publicado na Revista Jurídica da antiga Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil (vol. IX, págs. 9 a 47), assim as caracteriza:

"Dá-se a retroatividade máxima (também chamada restitutória, porque em geral restitue as partes ao "statu quo ante"), quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados (transação, pagamento, prescrição). Tal é a decretal de Alexandre III que, em ódio à usura, mandou os credores restituírem os juros recebidos. À mesma categoria pertence a célebre lei francesa de 2 de novembro de 1793 (12 brumário do ano II), na parte em que anulou e mandou refazer as partilhas já julgadas, para os filhos naturais serem admitidos à herança dos pais, desde 14 de julho de 1789. A carta de 10 de novembro de 1937, artigo 95, parágrafo único, previa a aplicação da retroatividade máxima, porquanto dava ao Parlamento a atribuição de rever decisões judiciais, sem excetuar as passadas em julgado, que declarassem inconstitucional uma lei.

A retroatividade é média quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de ato jurídico verificados antes dela, exemplo: uma lei que limitasse a taxa de juros e não aplicasse aos vencidos e não pagos.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

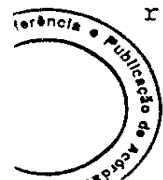
Nº 00004930/600

Enfim a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor. Tal é, no direito romano, a lei de Justiniano (C. 4, 32, "de usuris", 26, 2 e 27 pr.), que, corroborando disposições legislativas anteriores, reduziu a taxa dos juros vencidos após a data da sua obrigatoriedade. Outro exemplo: o Decreto-Lei nº 22.626, de 7 de abril de 1933, que reduziu a taxa de juros e se aplicou, "a partir da sua data, aos contratos existentes, inclusive aos ajuizados (art. 3º)" (págs. 22/23).

Nas duas primeiras espécies, não há dúvida alguma de que a lei "age para trás", e, portanto, retroage, uma vez que, inequivocamente, alcança o que já ocorreu no passado. Quanto à terceira espécie - a da retroatividade mínima -, há autores que sustentam que, nesse caso, não se verifica, propriamente, a retroatividade, ocorrendo, aí, tão somente a aplicação imediata da lei. Assim, por exemplo, PLANIOL ("Traité Élémentaire de Droit Civil", vol. I, 4ª ed., nº 243, pág. 95, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1906), que salienta:

"... a lei é retroativa quando ela se volta para o passado, seja para apreciar as "condições de legalidade de um ato", seja para modificar ou suprimir os "efeitos de um direito já realizados". Fora daí, não há retroatividade, e a lei pode modificar os "efeitos futuros" de fatos ou atos anteriores, sem ser retroativa" ("... la loi est rétroactive quand elle revient sur le passé soit pour apprécier les "conditions de légalité d'un acte", soit pour modifier ou supprimer les "effets d'un droit déjà réalisés". Hors de là il n'y a pas de rétroactivité, et la loi peut modifier les "effets futurs" de faits ou d'actes mêmes antérieurs, sans être rétroactive)."

Também ROUBIER ("Le Droit Transitoire - Conflits des Lois dans le Temps", 2ª ed., nº 38, pág. 177, Éditions Dalloz et Sirey, Paris, 1960), depois de dizer que é simples a distinção entre efeito retroativo e efeito imediato da lei, pois aquele ocorre quando a lei



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

se aplica ao passado, enquanto este se dá quando a lei se aplica ao presente, assim desenvolve essa premissa:

"Se a lei pretende aplicar-se aos fatos realizados ("facta praeterita"), é ela retroativa; se pretende aplicar-se a situações em curso ("facta pendentia"), convirá estabelecer uma separação entre as partes anteriores à data da modificação da legislação, que não poderão ser atingidas sem retroatividade, e as partes posteriores, para as quais a lei nova, se ela deve aplicar-se, não terá senão efeito imediato; enfim, diante dos fatos a ocorrer ("facta futura"), é claro que a lei não pode jamais ser retroativa" ("Si la loi prétend s'appliquer à des faits accomplis ("facta praeterita"), elle est rétroactive; si elle prétend s'appliquer à des situations en cours ("facta pendentia"), il faudra établir une séparation entre les parties antérieures à la date du changement de législation, qui ne pourraient être atteintes sans rétroactivité, et les partis postérieures, pour lesquelles la loi nouvelle, si elle doit s'appliquer, n'aura jamais qu'un effet immédiat; enfin, vis-à-vis des faits à venir ("facta futura"), il est clair que la loi ne peut jamais être rétroactive").

Essas colocações são manifestamente equivocadas, pois dúvida não há de que, se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. Nesse caso, a aplicação imediata se faz, mas com efeito retroativo. Por isso mesmo, o próprio ROUBIER (ob. cit., nº 82, pág. 415) não pode deixar de reconhecer que, se a lei nova infirmar cláusula estipulada no contrato, ela terá efeito retroativo, porquanto "ainda que os efeitos produzidos anteriormente à lei nova não fossem atingidos, a retroatividade seria temperada no seu efeito, não deixando, porém, de ser uma verdadeira retroatividade" ("et même si les effets produits antérieurement à la loi nouvelle n'étaient pas atteints, la rétroactivité serait tempérée dans son effet, elle n'en serait pas moins une rétroactivité véritable").

Por outro lado, no direito brasileiro, a



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

eficácia da lei no tempo é disciplinada por norma constitucional. Com efeito, figura entre as garantias constitucionais fundamentais a prevista no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal:

"A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Esse preceito constitucional 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. Já na representação de inconstitucionalidade nº 1.451, salientei em voto que proferi como relator:

"Aliás, no Brasil, sendo o princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada de natureza constitucional, sem qualquer exceção a qualquer espécie de legislação ordinária, não tem sentido a afirmação de muitos - apegados ao direito de países em que o preceito é de origem meramente legal - de que as leis de ordem pública se aplicam de imediato alcançando os efeitos futuros do ato jurídico perfeito ou da coisa julgada, e isso porque, se se alteram os efeitos, é óbvio que se está introduzindo modificação na causa, o que é vedado constitucionalmente".

E, ao apreciar o pedido de liminar nesta ação direta, entendi que, no caso, havia relevância jurídica, porque "no direito brasileiro, o princípio do respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido é de natureza constitucional, e não excepciona de sua observância por parte do legislador lei infraconstitucional de qualquer espécie, inclusive de ordem pública, ao contrário do que sucede em países como a França em que esse princípio é estabelecido em lei ordinária, e, conseqüentemente, não obriga o legislador (que pode afastá-lo em lei ordinária posterior), mas apenas o juiz, que, no entanto, em se tratando de lei ordinária de ordem pública, pode aplicá-la, no entender de muitos, retroativamente ainda que ela silencie a esse respeito".

Aliás, ainda nos países - como na França - em que o princípio da irretroatividade é meramente legal e se impõe ao

juiz e não ao legislador, não é pacífica a tese de que as leis de ordem pública são retroativas. ROUBIER (ob. cit. nº 83, págs. 417 e segs.) — um dos clássicos da teoria do direito intertemporal — a critica veementemente. Depois de afirmar que "essa teoria da retroatividade das leis de ordem pública, sob a forma por que se queira apresentar, deve ser pura e simplesmente rejeitada" (*Cette théorie de la rétroactivité des lois d'ordre public, sous quelque forme qu'on veuille la présenter, doit être purement et simplement rejet  e*), dá, para isso, tr  s razões, das quais a primeira, que é a principal, é esta:

"A idéia de ordem pública não pode ser posta em oposi  o ao princípio da não-retroatividade da lei, pelo motivo decisivo de que, numa ordem jurídica fundada na lei, a não-retroatividade das leis    ela mesma uma das colunas de ordem pública. ... A lei retroativa   , em princípio, contrária à ordem pública; e, se excepcionalmente o legislador pode comunicar a uma lei a retroatividade, não conviria imaginar que, com isso, ele fortalece a ordem p  blica; ao contrário,    um fermento de anarquia que ele introduz na sociedade, raz  o por que não deve ser usada a retroatividade sen  o com a mais extrema reserva" (*"L'idée d'ordre public ne peut pas être mise en opposition avec le principe de la non-rétroactivité de la loi, pour ce motif décisif que, dans un ordre juridique fondé sur la loi, la non-rétroactivité des lois est elle-même une des colonnes de l'ordre public. ... La loi rétroactive est en principe contraire à l'ordre public; et si exceptionnellement le législateur peut communiquer à une loi la rétroactivité, il ne faudrait pas d'imaginer qu'il fortifie par là l'ordre public; c'est au contraire un ferment d'anarchie qu'il introduit dans la societ  , et voilà pourquoi il ne doit être us   de la rétroactivité qu'avec la plus extr  me r  serve"*).

Se essas palavras são candentes de verdade em países onde o princípio da irretroatividade é meramente legal, não o



306

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

serão nos em que esse princípio está inserto na Constituição, entre as garantias fundamentais?

Já há muito, REYNALDO PORCHAT ("Curso Elementar de Direito Romano", vol. I, 2ª ed., nº 528, págs. 338/339, Cia. Melhoramentos de São Paulo, São Paulo, 1937) colocava, em termos precisos, essa questão em face do direito adquirido. São dele estas palavras:

"Uma das doutrinas mais generalizadas, e que de longo tempo vem conquistando foros de verdade, é a que sustenta que são retroativas as "leis de ordem pública" ou as "leis de direito público". Esse critério é, porém, inteiramente falso, tendo sido causa das maiores confusões na solução das questões de retroatividade. Antes de tudo, cumpre ponderar que é difícilimo discriminar nitidamente aquilo que é de ordem pública e aquilo que é de ordem privada. No parágrafo referente ao estudo do direito público e do direito privado, já salientamos essa dificuldade, recordando o aforisma de Bacon - "jus privatum sub tutela juris publici latet". O interesse público e o interesse privado se entrelaçam de tal forma, que as mais das vezes não é possível separá-los. E seria altamente perigoso proclamar como verdade que as leis de ordem pública ou de direito público têm efeito retroativo, porque mesmo diante dessas leis aparecem algumas vezes direitos adquiridos, que a justiça não permite que sejam desconhecidos e apagados. O que convém ao aplicador de uma nova lei de ordem pública ou de direito público, é verificar se, nas relações jurídicas já existentes, há ou não direitos adquiridos. No caso afirmativo, a lei não deve retroagir, porque a simples invocação de um motivo de ordem pública não basta para justificar a ofensa ao direito adquirido, cuja inviolabilidade, no dizer de Gabba, é também um forte motivo de interesse público".

Com efeito, quer no campo do direito privado, quer no campo do direito público, a questão da aplicação da lei nova aos "facta pendencia" se resolve com a verificação da ocorrência, ou não, no caso, de direito adquirido, de ato jurídico perfeito ou de

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

coisa julgada.

Assim, CAMMEO ("Corso di Diritto Amministrativo", ristampa, nº 107, pág. 256, CEDAM, Padova, 1960), que se ocupa longamente com a eficácia da lei administrativa no tempo, observa que "o problema da irretroatividade não se apresenta de modo diverso no direito administrativo que nos outros direitos acima indicados e não é suscetível de diversa solução: disso se duvidou sob vários aspectos, sustentando-se muitas vezes que as leis administrativas são sempre retroativas; mas as dúvidas não têm fundamento" ("Il problema della irretroattività non si presenta in modo diverso in diritto amministrativo che negli altri diritti superiormente indicati e non è suscettibile di diversa soluzione: di ciò si è dubitato sotto vari aspetti, sostenendosi spesso che le leggi amministrative sono sempre retroattive; ma i dubbi non hanno fondamento"). E, mais adiante, salienta, referindo-se às declarações de vontade da Administração (e, portanto, aos contratos por ela celebrados) e aos direitos "ex lege": "Tem-se dito, também, sempre se tornando a ligar com a teoria do direito adquirido, que não se pode falar em irretroatividade no campo administrativo, porque os direitos subjetivos surgem nele da lei (isto é, de fatos previstos nas leis, independentes da vontade dos sujeitos), ao passo que a matéria própria dos direitos adquiridos, de respeitar-se pelas leis novas, seria a dos direitos que nascem de fatos voluntários (isto é da lei com vistas aos fatos voluntários, como no direito privado os contratos, os fatos ilícitos, etc), mas, a prescindir da circunstância de que também no direito administrativo não poucos direitos subjetivos nascem de fatos voluntários (declarações de vontade da administração, fatos ilícitos dela, declaração e fatos ilícitos dos cidadãos, etc.), não é exato que, como no campo do direito privado, não sejam direitos adquiridos os "ex lege" ("Si è detto anche, sempre riannodandosi alla teoria del diritto quesito, che non si può parlare di irretroattività nel campo amministrativo, perché i diritti subbiettivi sorgono in esso dalla legge (cioè da fatti previsti nelle leggi, indipendenti dalla volontà dei subbietti), mentre la materia propria dei diritti quesiti, da rispettarsi dalle nuove leggi, sarebbe quella dei diritti quesiti, da rispettarsi dalle nuove leggi, sarebbe quella dei diritti nascenti da fatti volontari (cioè dalla legge in contemplazione di fatti volontari, come in diritto privato i contratti, i fatti illeciti, ecc.), ma, a


08.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

prescindere dalla circostanza, che anche nel giure amministrativo non pochi diritti subbiettivi nascono da fatti volontari (dichiarazioni di volontà dell'amministrazione, fatti illeciti di lei, dichiarazioni e fatti illeciti dei cittadini, ecc.), non è esatto, che come nel campo del diritto privato, non sieno diritti quesiti quelli "ex lege")."

No Brasil, PONTES DE MIRANDA ("Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969", Tomo V, 2ª ed., 2ª tiragem, pág. 99, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974) acentua:

"A regra jurídica de garantia é, todavia, comum ao direito privado e ao direito público. Quer se trate de direito público, quer se trate de direito privado, a lei nova não pode ter efeitos retroativos (critério objetivo), nem ferir direitos adquiridos (critério subjetivo), conforme seja o sistema adotado pelo legislador constituinte. Se não existe regra jurídica constitucional de garantia, e sim, tão-só, regra dirigida aos juizes, só a cláusula de exclusão pode conferir efeitos retroativos, ou ofensivos dos direitos adquiridos, a qualquer lei".

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello ("Princípios Gerais de Direito Administrativo", vol. I, 2ª ed., nº 37.12, págs. 333 e segs.), após salientar que "o problema da irretroatividade das leis se apresenta no Direito Público de igual modo como no Direito Privado" e que "todos os ramos jurídicos devem abster-se de promulgar leis retroativas, e estas não terão validade, se assegurado o respeito do fato realizado e do direito adquirido, por texto constitucional em vigor", o que acarreta que "nesse regime se inclui o Direito Administrativo", acentua que o problema do conflito de leis no tempo tem maior alcance no direito privado porque nele as relações, em regra, são de caráter convencional, especialmente contratuais, ao passo que, no direito público, os atos convencionais são mais raros, prevalecendo os atos unilaterais de caráter autoritário. E conclui:

"Com referência a eles (atos unilaterais), não ocorre a sobrevivência da lei antiga, nos casos de ainda não terem produzidos os seus efeitos, quando promulgada a



lei nova. A sobrevivência da lei antiga, na hipótese de a eficácia do ato só vir a ocorrer na vigência da nova, verifica-se unicamente nas relações contratuais, tendo em vista o princípio da autonomia da vontade na criação de regras jurídicas entre as partes, de caráter especial, concreto e pessoal".

Também CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ("Ato Administrativo e Direitos dos Administrados", págs. 105 a 119, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981) não sustenta a aplicação imediata de uma lei pelo só fato de ser ela de ordem pública ou de direito público, mas examina diversas hipóteses, inclusive distinguindo situações jurídicas gerais de situações subjetivas (como as contratuais), para verificar quando há, ou não, direito adquirido a impedir que a lei nova alcance os efeitos futuros de fatos produzidos no passado, e apresenta essas conclusões:

"a) - os atos e fatos já consumados em seus efeitos jurídicos, ainda que não realizadas suas conseqüências materiais, são inatingíveis pelas leis novas, sob pena de retroação proibida;

b) - os atos subjetivos (que geram situações jurídicas pessoais, concretas e subjetivas) acarretam o nascimento de direitos adquiridos e, portanto, inatingíveis pelas leis novas;

c) - os atos-regra (que produzem situações gerais, abstratas e impessoais) não geram, por si só, direitos adquiridos;

d) - os atos e fatos-condição (que instalam alguém em situação geral, abstrata e impessoal) normalmente não geram direitos adquiridos. Irão gerá-los, contudo, se a situação em que for investido o sujeito delinear-se por normas cuja única justificativa racional e sentido lógico sejam a garantia de futuridade assegurada" (págs. 118/119).

Com base, aliás, nessa parte final, sustenta CELSO ANTÔNIO o direito adquirido à estabilidade e à incorporação aos vencimentos de

gratificação por função após determinado período (págs. 15), ainda que lei nova de direito público extinga esses direitos ou altere os seus requisitos.

Esta Corte não tem admitido vários direitos adquiridos em face de leis novas de direito público e também de ordem pública, como o a qualificação de tempo de serviço particular como sendo público (RE 82.881/SP, julgado em 5.5.76, "in" RTJ 79, págs. 268 e segs.), o a vantagens que a lei antiga dava ao servidor público que se aposentasse com determinado tempo de serviço público, o relativo a aposentadorias, este inclusive expresso na Súmula 359? Te-los-ia admitido se a lei nova de direito público ou de ordem pública se aplicasse de imediato, afastando, portanto, os efeitos futuros desses fatos passados?

CARLOS MAXIMILIANO, no clássico "Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis" (nº 281, pág. 327, Livraria Editora Freitas Bastos, São Paulo, 1946), não hesitou em afirmar:

"Vigia outrora princípio diverso: as normas de ordem pública observavam-se logo, a despeito de direitos adquiridos.

Leis políticas, incluídas sob esta denominação ampla as administrativas, têm aplicação "imediata", porém não-retroativa. Por exemplo: se impõem tributo fiscal a certa mutação, não atingem as mutações anteriores; se instituem causa de privação de direito eleitoral, só se cumprem em eleições futuras. A retroatividade das normas de Direito Público hoje constitui um princípio abandonado.

As leis de ordem pública observam-se logo; mas não retroagem".

E, entre os autores em que se apóia - inclusive SANTI ROMANO -, cita o Conselheiro RIBAS, que, em 1865, já advertia:

"Alguns juristas sustentam, que as leis de "ordem pública" e de "polícia devem ser aplicadas retroativamente, porque não se deve manter o que perturba a ordem, ou ofende os bons costumes, visto que não podem haver direitos adquiridos contra a maior felicidade dos Estados; e assim o decidiu o Supremo Tribunal Judiciário de



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

França ("Cour de Cassation") por aresto de 19 de novembro de 1836.

A proceder, porém, esta razão, todas as leis podem ser retroativas, visto que todas são inspiradas imediata ou mediatamente pelo princípio da pública utilidade; e ainda quando se queira excluir as que tem por origem próxima a utilidade particular, uma extensa área restaria, a que se poderia atribuir a retroatividade, tão expressamente vedada pela Constituição.

Nem se receie, que peada a lei pelo princípio da não-retroatividade, possa algumas vezes correr perigo a ordem pública. Assim como esta pode manter-se antes da lei, poderá na maior parte dos casos continuar a manter-se depois dela, sem ser necessário estender retroativamente a sua ação. E quando se torne indispensável privar alguém de seus direitos adquiridos, restará o meio constitucional da desapropriação deles com a prévia indenização do seu valor" ("Curso de Direito Civil Brasileiro", Parte Geral, Tomo I, págs. 233/234, Tipografia Universal de Laemert, Rio de Janeiro, 1865).

Por fim, é de salientar-se que as nossas Constituições, a partir de 1934, e com exceção de 1937, adotaram desenganadamente, em matéria de direito intertemporal, a teoria subjetiva dos direitos adquiridos e não a teoria objetiva da situação jurídica, que é a teoria de ROUBIER. Por isso mesmo, a Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, tendo em vista que a Constituição de 1937 não continha preceito da vedação da aplicação da lei nova em prejuízo do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, modificando a anterior promulgada com o Código Civil, seguiu em parte a teoria de ROUBIER, e admitiu que a lei nova, desde que expressa nesse sentido, pudesse retroagir. Com efeito, o artigo 6º rezava: "A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito". Com o retorno, na Constituição de 1946, do princípio da irretroatividade no tocante ao direito adquirido, o texto da nova Lei de Introdução se tornou parcialmente incompatível

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

com ela, razão por que a Lei nº 3.238/57 o alterou para reintroduzir nesse artigo 6º a regra tradicional em nosso direito de que "a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada". Como as soluções, em matéria de direito intertemporal, nem sempre são coincidentes, conforme a teoria adotada, e não sendo a que ora está vigente em nosso sistema jurídico a teoria objetiva de ROUBIER, é preciso ter cuidado com a utilização indiscriminada dos critérios por este usados para resolver as diferentes questões de direito intertemporal.

2. Fixados esses princípios, passo a examinar os dispositivos impugnados.

Dizem eles respeito, objetivamente, a contratos celebrados anteriormente à entrada em vigor da Medida Provisória nº 294, que foi publicada em 1º de fevereiro de 1991, e que veio a ser convertida na Lei nº 8.177, de 1º de março seguinte. E alteram o modo de atualização do valor dos saldos devedores e das prestações, a partir de fevereiro de 1991, nesses contratos que são celebrados entre as entidades integrantes dos sistemas financeiros da habitação e particulares.

Alega-se que essas alterações violam a garantia constitucional de que a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito.

Já nas informações e na defesa produzida pela Advocacia-Geral da União sustenta-se que essa ofensa não ocorre, porquanto:

a) - milita em favor da lei a presunção de constitucionalidade;

b) - no controle concentrado, a decisão da Suprema Corte deve ter toda a cautela para evitar a ocorrência de um "vazio legislativo";

c) - o contrato de financiamento do SFH tem característica biface, pois regula, ao mesmo tempo, relação de direito privado (a entre o credor e o devedor) e relação

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

de direito público (a relação das partes com o Fundo de Compensação das Variações salariais (FVCS) a cargo da União Federal);

d) - as cláusulas colocadas no campo do direito privado são inalteráveis, mas as reguladas pelo direito público ficam sujeitas às alterações da lei, que terá eficácia imediata e geral;

e) a taxa referencial (TR) é mero indexador, e foi introduzida em nosso direito para a sincronização dos efeitos da inflação com a equação econômico-financeira das relações estabelecidas no sistema financeiro de habitação, o que se obteve com a substituição da indexação pela inflação passada pela correção das prestações pela inflação esperada;

f) - as leis monetárias, abrangendo a definição, extinção e criação tanto da moeda de pagamento como da moeda de conta - ou seja, do indexador e seus limites de aplicação máximo e mínimo - têm efeito imediato, por serem normas de direito público; não ferem direito adquirido, pois inexistente direito das partes à manutenção do padrão monetário ou indexador; e a simples cobrança de juros, sem nenhuma amortização do principal, não pode ser considerada excessivamente onerosa, pois implica verdadeira liberalidade, não sendo inconstitucional a fixação de um piso da prestação devida; e

g) - não há direito adquirido à inalterabilidade de institutos jurídicos como, no caso, à inalterabilidade dos índices de correção monetária.

Algumas dessas alegações em favor da constitucionalidade dos dispositivos impugnados ou são de manifesta improcedência ou já foram afastadas pelas considerações que fizemos, de início, sobre a irretroatividade da lei em nosso sistema jurídico.

Com efeito, a presunção de constitucionalidade da lei é uma regra de prudência, surgida no controle difuso de

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

constitucionalidade, a qual visa a impedir que se declare a inconstitucionalidade da norma sem sólidos fundamentos. Essa presunção, porém, não vai ao extremo de pretender-se proclamar o princípio "in dubio pro lege", porquanto, em se tratando de questão de direito objetivo - e nesse âmbito se encontra o exame da incompatibilidade entre a lei posterior e a Constituição -, pode ela ser difícil de resolver-se, mas sua decisão não se pode basear na eventual incerteza decorrente da controvérsia que há sobre ela pelas dificuldades que apresenta. Não fora assim, e não se poderia declarar a inconstitucionalidade de uma norma pelo voto da estrita maioria absoluta, pois os votos vencidos, em número inferior a um em face dos que alcançaram essa maioria, demonstrariam a existência de dúvida, não sendo, pois, manifesta a inconstitucionalidade.

De outra parte, no direito brasileiro, o eventual vazio legislativo resultante da declaração de inconstitucionalidade de uma norma não autoriza a não-declaração da inconstitucionalidade existente. No Brasil, de longa data esta Corte firmou a orientação de que a inconstitucionalidade da norma acarreta sua nulidade, não se adotando, portanto, a técnica, admitida na Alemanha, da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade ("unvereinbarkeitserklärung"), a qual, em casos especiais (assim, para evitar a ocorrência de vácuo legislativo ou a possibilidade da criação de um caos jurídico), permite a aplicação temporária da lei inconstitucional, até que o legislador, que a isto está obrigado, a substitua por outra que seja constitucional.

Também não tem maior valia a alegação de que os contratos imobiliários em causa teriam natureza "biface", porque seriam contratos de natureza, em parte, privada e, em parte, pública. Essa natureza bifronte decorreria da circunstância de que, embora o contrato seja celebrado entre mutuante e mutuário, ambos privados, os recursos utilizados nesses financiamentos decorrem de fundo e de depósitos disciplinados por normas de direito público, bem como a União, em virtude de lei, e tendo em vista que "o mutuário só se obriga a pagar número certo de prestações", que, por aumentarem de acordo com os reajustes salariais não dão para cobrir o saldo devedor final, que cresce pelo índice da correção monetária, cobre, por intermédio do Fundo de Compensações de Variações Salariais (FVCS) gerido pela Caixa Econômica Federal, o saldo devedor remanescente

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

(que não é devido pelo mutuante, que não se obriga a pagá-lo), razão por que é este contrato subordinado a forte dirigismo contratual que restringe a autonomia da vontade dos contratantes. De feito, apesar dessas características, é inegável que esses contratos, celebrados entre particulares, não podem caracterizar-se como contratos administrativos, e, portanto, de direito público, pela singela razão de que não estão presentes os elementos essenciais à existência de tais contratos, como, entre outros, a participação, como contratante, da Administração Pública com supremacia de poder, de que resultam as denominadas "cláusulas" exorbitantes explícitas ou implícitas. Sendo as partes contratantes entes privados, colocados juridicamente em plano de igualdade, são contratos de direito privado, ainda que de adesão, não lhe alterando essa natureza o dirigismo contratual imposto pela lei, para atender às necessidades econômico-financeiras do sistema habitacional que está subjacente. O mutuário não é parte de relação jurídica com o FVCS, que não paga ao mutuante (agente financeiro) o remanescente do saldo devedor por assumir débito daquele (que já cumpriu sua obrigação contratual que se resume a número certo de prestações, independentemente do saldo remanescente por causa do descompasso dos sistemas de correção das prestações e desse saldo), mas o faz por força da lei no interesse do sistema habitacional. É um absurdo jurídico pretender-se, como alguns pretendem, que o FVCS seja um contratante implícito, o que, aliás, é uma aberração em matéria de direito dos contratos privados ou públicos. Ademais, pouco importa que as normas impugnadas nesta ação direta sejam normas de ordem pública, tendo em vista o interesse público desse sistema, pois, como acentuei, exaustivamente, na parte inicial deste voto, também as normas de ordem pública e de direito público estão sujeitas à vedação constitucional do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal: "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Apesar de impostas pela lei certas cláusulas como obrigatórias num contrato, uma vez apostas a ele passam a integrá-lo como fruto de ato de vontade inclusive da parte que a ele adere, e, conseqüentemente, daí resulta que esse contrato, como ato jurídico perfeito, tem os seus efeitos futuros postos a salvo de modificações que lei nova faça com relação a tais cláusulas, as quais somente são imperativas para os contratos que vierem a celebrar-se depois de sua entrada em vigor. Não há ato jurídico parcialmente perfeito, conforme suas cláusulas decorram da autonomia da vontade ou resultem de normas de ordem pública, para

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

pretender-se que aquelas são infensas à retroatividade, ao passo que estas estão sujeitas à modificação imediata, que nada mais é - como já se viu - uma das espécies de retroatividade. Essa distinção, em última análise, volta ao problema da retroatividade das leis de ordem pública (ou seja, das leis cogentes), pois são leis dessa natureza que, em direito privado ou em direito público, impõem às partes contratantes a adoção de cláusulas contratuais imperativas. Nem por isso essas cláusulas deixam de integrar o contrato, que, como ato jurídico perfeito, está a salvo das modificações posteriores que outras leis de ordem pública venham impor na redação dessas cláusulas. Volto a repetir o que já demonstrei: a norma constitucional impede a retroatividade da lei nova em face do ato jurídico perfeito, que, por não poder ser modificado retroativamente, tem os seus efeitos futuros resguardados da aplicação dessa lei.

Igualmente, não se pode, no caso, como sustentam as informações do Poder Executivo (fls. 119 e segs.), pretender que as normas ora impugnadas, especialmente a do artigo 24, se limitam a aplicar a teoria da imprevisão para restaurar o equilíbrio contratual. De feito, a teoria da imprevisão só é aplicável quando fatos posteriores ao contrato, imprevisíveis e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, modificam profundamente o equilíbrio contratual. Na espécie, obviamente não há como sustentar-se que, em contratos que estabeleciam a correção monetária exatamente porque a inflação não era apenas previsível mas existente e com grande intensidade, a inflação com todas as suas conseqüências (inclusive a ciranda de índices) fosse imprevisível. E tão-pouco não se pode pretender que o sistema de equivalência salarial quanto às prestações e o da correção monetária quanto aos saldos devedores, fazendo que estes crescessem mais do que aqueles pela diversidade dos períodos de aplicação dos reajustes e pela disparidade de critérios de atualização em prejuízo dos salários, não tornasse previsível, sendo certo o número de prestações devidas pelo mutuário, a ocorrência de saldo devedor remanescente, o que, aliás, já no passado deu causa à criação do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FVCS), cuja situação se agravou - como o reconhecem as informações - porque a própria União, que é quem arca com esse ônus, no decorrer do tempo concedeu benefícios aos mutuários que necessariamente levariam a esse agravamento, que, portanto, lhe é imputável. Essas considerações bastam para afastar, no caso, a aplicação da teoria da imprevisão,

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

não sendo, assim, necessário o exame de questões jurídicas complexas, com a de saber se não há, em face do nosso sistema constitucional, violação do ato jurídico perfeito pela aplicação de lei que, procedendo, genericamente, a uma revisão de cláusulas contratuais de toda uma categoria de contratos, se aplica aos já celebrados anteriormente a ela.

Duas questões, porém, levantadas nas informações e na defesa do Advogado-Geral da União merecem análise mais detida: a primeira é a de saber se a taxa referencial (TR) é, ou não, índice de correção monetária, e, em caso afirmativo, se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando assim as prestações futuras de contratos celebrados no passado: a segunda é a de verificar se afronta, ou não, o disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal o critério estabelecido no artigo 24 da Lei nº 8.177/91, inclusive com a fixação de prestação mínima nos contratos submetidos ao Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional igual aos juros calculados sobre o saldo devedor.

3. A Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, em que se converteu a Medida Provisória nº 294, de 1º de fevereiro do mesmo ano, "visou a estabelecer regras para a desindexação da economia", e, em seu artigo 1º, instituiu a taxa referencial (TR), nestes termos:

"Art. 1º. - O Banco Central do Brasil divulgará Taxa Referencial - TR, calculada a partir de remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos, caixas econômicas, ou dos títulos públicos federais, estaduais e municipais, de acordo com metodologia a ser aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, no prazo de sessenta dias, e enviada ao Senado Federal.

§ 1º. - A TR será mensalmente divulgada pelo Banco Central do Brasil, no máximo até o oitavo dia útil do mês de referência.





AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

§ 2º. - As instituições que venham a ser utilizadas como bancos de referência, dentre elas, necessariamente, as dez maiores do país, classificadas pelo volume de depósitos a prazo fixo, estão obrigadas a fornecer as informações de que trata este artigo, segundo normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, sujeitando-se a instituição e seus administradores, no caso de infração às referidas normas, às penas estabelecidas no artigo 44 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

§ 3º. - Enquanto não aprovada a metodologia de cálculo de que trata este artigo, o Banco Central do Brasil fixará a TR."

Portanto, segundo esse dispositivo legal, a TR pode ser calculada a partir da remuneração mensal líquida de impostos, de depósitos fixos captados por bancos privados, ou de títulos públicos federais, estaduais ou municipais.

Ao regulamentar essa metodologia de cálculo da TR, o Conselho Monetário Nacional editou a Resolução nº 1.805, de 27 de março de 1991, em que, das duas alternativas admitidas pelo artigo 1º da Lei nº 8.177/91, optou pela segunda, ou seja, a remuneração mensal média líquida de depósitos fixos captados por bancos privados, tomando por base os títulos emitidos pelas trinta instituições financeiras com maior volume de depósitos a prazo fixo, segundo os dados do balanço apresentado em 30.12.90, e determinou a revisão dessa classificação em face dos balanços semestrais. Estabeleceu, em seguida, que as instituições financeiras classificadas deverão prestar ao Banco Central informações sobre o "montante" (em cruzeiros) de certificados e recibos de depósito bancário emitidos a taxas prefixadas, representativos da efetiva captação na rede de agências da instituição" e sobre as "taxas médias efetivas mensais dos mencionados certificados e recibos emitidos, ponderadas pelo montante desses títulos", conforme fórmula constante da resolução, taxas essas obtidas a partir desses títulos emitidos nos três dias úteis que antecederem o último dia útil do mês anterior ao mês de referência e nos três primeiros dias úteis do mês de referência. De posse desses elementos, o Banco Central calculará a TR a partir da remuneração mensal média dos certificados e recibos de depósito

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

bancário emitidos por vinte das trinta instituições classificadas, obedecendo à seguinte metodologia: a) por fórmula especificada na Resolução, determinará a taxa média de remuneração dos CDB/RDB dessas instituições, correspondente a cada um dos seis dias considerados; b) - atribuirá peso diferenciado a cada um desses dias, calculando, a partir das taxas médias de remuneração obtidas pelo cálculo anterior, a taxa média ponderada de remuneração, conforme fórmula que apresenta; e c) - calculará, segundo fórmula constada da Resolução, a TR, deduzindo da taxa média ponderada de remuneração obtida pelo cálculo exposto acima os efeitos decorrentes da tributação e da taxa real histórica de juros da economia representados pela taxa bruta mensal de dois por cento. Por fim, a Resolução em causa autoriza o Banco Central a baixar as normas e adotar as medidas julgadas necessárias à execução desse sistema, podendo, inclusive, alterar a taxa de dois por cento (que representa a taxa real histórica de juros da economia), para adequá-la a modificações acaso efetuadas na tributação de operações financeiras, dando conhecimento desse fato ao Conselho Monetário Nacional.

Em 24 de abril de 1991, o Banco Central expediu a Circular nº 1948, onde, além de arrolar as trinta entidades financeiras classificadas, estabeleceu que os CDB/RDB a partir de cuja remuneração média, nos termos do artigo 3º da Resolução nº 1805, de 27.3.91, será calculada a TR são aqueles emitidos com prazo entre 30 e 35 dias, inclusive, exceto os vendidos a instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central, a empresas ligadas ou a investidores institucionais.

Como se vê, a TR é a taxa que resulta, com a utilização das complexas e sucessivas fórmulas contidas na Resolução nº 1085 do Conselho Monetário Nacional, do cálculo da taxa média ponderada da remuneração dos CDB/RDB das vinte instituições selecionadas, expurgada esta de dois por cento que representam genericamente o valor da tributação e da "taxa real histórica de juros da economia" embutidos nessa remuneração.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

Seria a TR índice de correção monetária, e, portanto, índice de desvalorização da moeda, se inequivocamente essa taxa média ponderada da remuneração dos CDB/RDB com o expurgo de 2% fosse constituída apenas do valor correspondente à desvalorização esperada da moeda em virtude da inflação. Em se tratando, porém de taxa de remuneração de títulos para efeito de captação de recursos por parte de entidades financeiras, isso não ocorre por causa dos diversos fatores que influem na fixação do custo do dinheiro a ser captado. Bem o demonstra o Parecer da Procuradoria-Geral da República:

"A demonstrar que a TR não constitui índice neutro de atualização da moeda, basta compará-la com os principais índices de preços do mercado, no período de fevereiro a dezembro de 1991. A TR registra índices acentuadamente discrepantes em todos os meses, sendo menores até outubro e bastante superiores em novembro e dezembro (Anexo 2).

Ademais, é inegável que o depósito a prazo fixo, como produto do mercado financeiro, enfrenta a concorrência de outras aplicações, de modo que, para tornar-se atrativo, procura sinalizar com taxas de captação que garantam a reposição da expectativa de inflação no período, além de uma remuneração real, após deduzidos os impostos.

Outros fatores adicionais também concorrem para a formação da taxa nominal bruta. Para os investidores pessoas físicas, as taxas da caderneta de poupança funcionam como teto mínimo a partir do qual o investidor avalia oportunidade e conveniência de aplicar ou não em CDB/RDB entre 30 e 35 dias. A necessidade de liquidez do banco emitente induz à oferta de taxas mais elevadas em relação aos demais bancos; a política de juros que o Banco Central esteja praticando no momento da operação é fator importante para a fixação do patamar, sendo certo que, no atual quadro recessivo, os juros têm alcançado níveis elevados.

A TR é um indexador para o mercado financeiro de



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

títulos e valores mobiliários, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constituindo, portanto, índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Em período de plena estabilidade monetária, um indexador como a TR poderá certamente apresentar percentuais relativamente elevados, refletindo taxas de captação atrativas no mercado financeiro.

A Taxa Referencial reflete com propriedade a dinâmica presente no mercado do dinheiro, com as peculiaridades que lhe são próprias. Embora se pretenda convencer de que a remuneração real líquida esteja embutida nos dois por cento de dedução, nada assegura que o outro componente incorpore apenas expectativa de inflação futura, uma vez que a motivação para a captação de recursos junto ao público comporta outras variáveis.

A atualização pela TR, em consequência, altera não apenas a expressão nominal, mas também o valor real das prestações dos contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 8.177, de 1991" (fls. 298/299).

Com efeito, o índice de correção monetária é um número-índice que traduz, o mais aproximadamente possível, a perda do valor de troca da moeda, mediante a comparação, entre os extremos de determinado período, da variação do preço de certos bens (mercadorias, serviços, salários, etc.), para a revisão do pagamento das obrigações que deverá ser feito na medida dessa variação. Quando essa revisão é convencionada pelas partes temos cláusula de escala móvel, também denominada cláusula número-índice, que ARNOLD WALD ("A Cláusula de Escala Móvel", pág. 77, nº 45, Max Limonad, São Paulo, 1956), com base na doutrina corrente, define como "aquela que estabelece uma revisão, preconvenção pelas partes, dos pagamentos que deverão ser feitos de acordo com as variações do preço de determinadas mercadorias ou serviços ou do índice geral do custo de vida ou dos salários". É, pois, um índice que se destina a determinar o valor de troca da moeda, e que, por isso mesmo, só pode ser calculado com base em fatores econômicos exclusivamente ligados a esse valor. Por isso, é um índice neutro, que não admite, para seu cálculo, se levem em consideração fatores outros que não os acima

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

referidos.

Ora, como bem demonstra o parecer da Procuradoria-Geral da República, não é isso o que ocorre com a Taxa Referencial (TR), que não é o índice de determinação do valor de troca da moeda, mas, ao contrário, índice que exprime a taxa média ponderada do custo da captação da moeda por entidades financeiras para sua posterior aplicação por estas. A variação dos valores das taxas desse custo prefixados por essas entidades decorre de fatores econômicos vários, inclusive peculiares a cada uma delas (assim, suas necessidades de liquidez) ou comuns a todas (como, por exemplo, a concorrência com outras fontes de captação de dinheiro, a política de juros adotada pelo Banco Central, a maior ou menor oferta de moeda), e fatores esse que nada têm que ver com o valor de troca da moeda, mas, sim - o que é diverso -, com o custo da captação desta. Na formação desse custo, não entra sequer a desvalorização da moeda (sua perda de valor de troca), que é a já ocorrida, mas - o que é expectativa com os riscos de um verdadeiro jogo - a previsão da desvalorização da moeda que poderá ocorrer. É, portanto, absolutamente falso dizer-se que, tendo o Conselho Monetário Nacional escolhido, na alternativa admitida pela Lei nº 8.177/91 (depósitos a prazo fixo ou títulos públicos federais, estaduais ou municipais), a primeira, e havendo ele prefixado uma taxa de expurgo único (2% a título de juros - que variam de banco para banco, sem que o Conselho tenha elementos para individualizá-lo para efeito desse cálculo - e de tributos), que o restante seja apenas decorrente de expectativa de desvalorização da moeda. E tanto assim é que, em período de relativa estabilidade monetária, essas taxas aumentam ou diminuem, não evidentemente em razão tão só da expectativa de mínima desvalorização da moeda, mas, sim, da lei da oferta e da procura, que rege, também, o custo da captação de dinheiro.

A mudança introduzida pela Lei nº 8.177/91 não foi, portanto, de alguns índices de correção monetária calculado com base na variação de valores de outros bens que não os levados em conta por aqueles (e variação essa que é a única maneira de se saber qual seja o valor de troca da moeda). É, aliás, a própria Lei nº 8.177/91 que reconhece o predominante caráter remuneratório da TR, tanto assim que, no artigo 12, preceitua:



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

"Art. 12. Em cada período de rendimento, os depósitos de poupança serão remunerados:

I - como remuneração básica, por taxa correspondente à acumulação das TRD no período transcorrido entre o dia do último crédito de rendimento, inclusive, e o dia do crédito de rendimento, exclusive;

II - como adicional, por juros de meio por cento.

.....".

E, no artigo 17, dispõe:

"Art. 17. A partir de fevereiro de 1991, os saldos das contas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) passam a ser remunerados pela taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos de poupança, com data de aniversário no dia 1º, nantida a periodicidade mensal para remuneração.

Parágrafo único - As taxas de juros previstas na legislação em vigor são mantidas e consideradas como adicionais à remuneração prevista neste artigo."

O adicional (no caso, os juros) é o acessório, que, como se sabe, tem a mesma natureza do principal. Por isso mesmo, no "caput" do artigo 39, e em seu § 1º, esse caráter remuneratório fica ainda mais evidenciado:

"Art. 39. Os débitos trabalhistas de qualquer natureza, quando não satisfeitos pelo empregador nas épocas próprias assim definidas em lei, acordo ou convenção coletiva, sentença normativa ou cláusula contratual sofrerão juros de mora equivalentes à TRD acumulada no período compreendido entre a data de vencimento da obrigação e o seu efetivo vencimento.

Acórdão

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

§ 1º. Aos débitos trabalhistas constantes de condenação pela Justiça do Trabalho ou decorrentes dos acordos feitos em reclamatória trabalhista, quando não cumpridos nas condições homologadas ou constantes do termo de conciliação, serão acrescidos, nos juros de mora previstos no "caput", juros de um por cento ao mês, contados do ajuizamento da reclamatória e aplicados "pro rata die", ainda que não explicitados na sentença ou no termo de conciliação."

Não é, pois, a Taxa Referencial Índice de atualização monetária, razão por que não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado.

Assim sendo, são inconstitucionais, por ofensa ao disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, os artigos 18, "caput" e §§ 1º e 4º; 20; 21 e parágrafo único; e 23, todos da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, em que se converteu a Medida Provisória nº 294, de 1º de fevereiro de 1991, cujos dispositivos correspondentes a estes, perdem a eficácia desde sua edição (art. 62, parágrafo único, da Constituição Federal) por se ter tornado sem efeito, "ex tunc", sua conversão em virtude da presente declaração de inconstitucionalidade.

4. Resta o exame da arguição de inconstitucionalidade, também por ofensa ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, do artigo 24 e seus parágrafos da mesma Lei nº 8.177.

Também aqui o ato jurídico perfeito é violado pelos dispositivos impugnados que, em última análise, alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP).

Demonstram-nos as razões, anexadas à inicial pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, apresentadas pela

do de Acórdão.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

Procuradoria da República no Estado do Rio Grande do Sul, ao propor ação civil pública a esse propósito. Eis o seu teor:

"5. O Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional vem definido no art. 9º, "caput", do Decreto-Lei nº 2.164, de 19.9.84, que dispõe:

Art. 9º - Os contratos para aquisição de moradia própria, através do SFH, estabelecerão que, a partir do ano de 1985, o reajuste das prestações neles previsto corresponderá ao "mesmo percentual e periodicidade" do aumento de salário da categoria profissional a que pertencer o adquirente."

Esta é não só a definição de Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional constante de todos os contratos por ele regidos como, também, e isto é relevante, é o entendimento que os mutuários tinham do referido Plano, os quais possuíam a convicção de que o reajuste de suas prestações guardavam vinculação com a mesma época e índice de aumento de seus salários.

A Lei nº 8.177/91, no art. 24, "caput", todavia, altera este conceito de equivalência salarial, que passa a ser a relação prestação/renda existente na época de celebração do contrato. E o diferencial entre a renda da data do contrato e a atual é que passa a ser o índice que incidirá sobre a prestação do mês de abril. Já não será o índice de variação da remuneração entre duas datas-base da categoria profissional do mutuário o critério de aumento da prestação, mas toda a história da evolução dela, desde o início do contrato e até hoje, na medida em que o limite máximo de reajuste não poderá exceder tal relação aplicada sobre o montante atual da renda dos mutuários. De acordo com este novo critério, a prestação passa a ser uma alíquota do salário, à semelhança do imposto de renda na fonte e das pensões alimentícias. Todas as melhorias qualitativas que o mutuário obteve na renda, desde a celebração do contrato (p. ex., antes ele percebia 5



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

salários-mínimos, hoje percebe 15), são consideradas como reajuste salarial. Ademais, entre duas datas-base da categoria profissional dos mutuários, se medear mais de um mês, as prestações de todos os meses nelas intercalados serão reajustadas pelo índice que remunera os depósitos de poupança, somente sendo compensáveis quando se der o novo reajuste salarial. É a regra prevista no artigo 23 da Lei nº 8.177. Assim, a prestação reajustará mensalmente, somente sendo referida à variação salarial quando se der a compensação com o que vier a ser deferido na revisão salarial.

Quebra-se, assim, o critério contratual e o consenso generalizado de que a prestação somente reajustaria se os salários fossem majorados, e no mesmo percentual e época, além de se fazer "tabula rasa" de tudo o que ocorreu, desde o início do contrato, em termos de reajuste. Equivale a afirmar que, do passado, somente se aproveita a relação prestação/renda originária, como limite do montante da prestação atual, aplicada, porém, sobre a remuneração atual do mutuário, porque, de resto, as condições contratuais são profundamente alterados. Não há orçamento que consiga prever uma tal alteração, mesmo porque não era isto que previa o contrato. Tal critério, introduzido pela Lei nº 8.711, desconsidera, também, a generalizada perda do poder aquisitivo do assalariado nos últimos anos, que, sistematicamente, tem sido aumentado em índices inferiores ao da inflação oficial, medida ela por quaisquer dos índices constantemente alterados e escolhidos para aferir a variação.

Por tudo isto se percebe que as inovações trazidas pela Lei nº 8.177/91 afrontam a garantia constitucional de que a lei não retroagirá para atingir o ato jurídico perfeito, modificando substancialmente o montante do reajuste das prestações. Com a alteração do critério do que deva ser considerado o período de apuração das variações de remuneração do mutuário, bem como modifica a periodicidade do reajuste da prestação, não mais acompanhando a época do aumento dos salários, estabelecendo

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

um limite mínimo para o montante da prestação, quando, no início do contrato, esta já se compunha de parcela para amortizar o capital emprestado e parcela de juros remuneratórios."

Nesse mesmo sentido, embora examinando apenas a modificação introduzida pelo § 1º do referido artigo 24, não obstante, afinal, se manifeste pela inconstitucionalidade de todo o artigo, é o parecer da Procuradoria-Geral da República, "verbis":

"Resta examinar a outra inovação introduzida na Lei nº 8.177, de 1991, segundo a qual o valor de cada prestação mensal dos contratos vinculados ao PES/CP deverá corresponder, no mínimo, ao valor da parcela mensal de juros, calculado à taxa convencionada no contrato.

O Plano de Equivalência Salarial (PES) foi instituído pela Resolução nº 36/69 do Conselho de Administração do Banco Nacional de Habitação, que, nos termos do Decreto-Lei nº 19, de 1966, estabeleceu:

".....

2.1 - A responsabilidade pelo Saldo devedor dos financiamentos contratados, nos termos do Decreto-Lei nº 19, de 1966, e tal como definido na Instrução nº 5, de 1966, do BNH, será assumida em nome dos mutuários, pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais, criado pela RC 25/67, do Conselho de Administração do Banco Nacional da Habitação nas condições desta Resolução. 2.2 - O número de prestações pactuadas será fixo salvo liquidação antecipada ou amortização extraordinária da dívida. 2.3 - O reajustamento das prestações será realizado e vigorará 60 (sessenta) dias após o aumento do salário mínimo. 2.4 - É facultado ao mutuário pactuar mês predeterminado para reajustamento da prestação. 2.5 - As prestações serão reajustadas na mesma razão entre o valor do maior salário mínimo vigente no país e o imediatamente anterior. 2.6 - Na aplicação do subitem 2.3., fica ressalvado o disposto



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

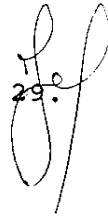
no § 9º, do Artigo 5º, da Lei nº 4.380, de 21.08.64.

3. - O valor inicial da prestação, no PES, será obtido pela multiplicação da prestação de amortização, juros e taxa calculada pelo sistema francês de juros compostos (Tabela Price), por um coeficiente de equiparação salarial. 3.1.- O coeficiente de equiparação salarial será fixado periodicamente pelo BNH, tendo em vista: a) a relação vigente entre o valor do salário mínimo e o valor da UPC (Unidade Padrão de Capital) do Banco Nacional de Habitação; b) o valor provável dessa relação, determinado com base em sua média móvel observada em prazo fixado pelo Conselho de Administração do Banco Nacional da Habitação. 3.2. - Inicialmente, a diretoria do BNH utilizará 3,9 (três vírgula nove) para valor provável da relação a que se refere o subitem anterior. 3.3 - Periodicamente, a diretoria do BNH publicará tabela de que constarão os valores do coeficiente de equiparação salarial."

Os juros eram calculados sobre o saldo devedor para a determinação do valor da prestação inicial. Definida, assim, a prestação de amortização e juros, daí em diante seu valor só sofria alteração pelos reajustamentos, na mesma razão entre o valor do maior salário-mínimo vigente no País e o imediatamente anterior, reajustes estes que entravam em vigor sessenta dias após o aumento do salário-mínimo, salvo a hipótese de opção do mutuário por um mês predeterminado para incidência do reajuste.

O assunto, aliás, vinha disciplinado no art. 5º e seus parágrafos da Lei nº 4.380, de 21.08.64, "in verbis":

"Art. 5º. Observado o disposto na presente lei, os contratos de vendas ou construção de habitações para pagamento a prazo ou de empréstimos para aquisição ou construção de habitações poderão prever o reajustamento das prestações mensais de amortização e juros, com a consequente correção do valor monetário da dívida toda

29. 

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

a vez que o salário-mínimo legal for alterado.

§ 1º. O reajustamento será baseado em índice geral de preços mensalmente apurado ou adotado pelo Conselho Nacional de Economia que reflita adequadamente as variações no poder aquisitivo da moeda nacional.

§ 2º. O reajustamento contratual será efetuado, no máximo, na mesma proporção da variação do índice referido no parágrafo anterior:

a) desde o mês da data do contrato até o mês da entrada em vigor do novo nível de salário-mínimo, no primeiro reajustamento após a data do contrato;

b) entre os meses de duas alterações sucessivas do nível de salário-mínimo nos reajustamentos subsequentes ao primeiro.

§ 3º. Cada reajustamento entrará em vigor após 60 (sessenta) dias da data de vigência da alteração do salário-mínimo que o autorizar e a prestação mensal reajustada vigorará até novo reajustamento.

§ 4º. Do contrato constará, obrigatoriamente, na hipótese de adotada a cláusula de reajustamento, a relação original entre a prestação mensal de amortização e juros e o salário-mínimo em vigor na data do contrato.

§ 5º. Durante a vigência do contrato, a prestação mensal reajustada não poderá exceder em relação ao salário-mínimo em vigor, a percentagem nele estabelecida."

Em síntese, os juros eram reajustados nas mesmas bases da amortização e demais parcelas que compunham o valor da prestação, porque estavam embutidos nesta.

Ocorre que no regime do Plano de Equivalência



30.


AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

Salarial, a correção do empréstimo se fazia com periodicidade menor do que o reajuste das prestações, gerando um saldo residual devedor assumido pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais - FVCS, instituído para preservar a expressão monetária e o retorno dos financiamentos.

Por outro lado, os valores das prestações e consequentemente dos juros nelas embutidos, nos anos de 1983 a 1986, não acompanharam os índices oficiais de correção do valor da moeda ou da inflação, aumentando sensivelmente os saldos devedores dos empréstimos suportados pelo Fundo, como assinalam as informações prestadas pela Caixa Econômica Federal:

"Com efeito, em 1983, foi facultada a incidência apenas parcial da correção monetária sobre as prestações dos mutuários (80% do salário mínimo), repetindo-se o subsídio em 1984; em 1985 foi novamente subdimensionado o índice de reajuste das prestações dos adquirentes, sobre os quais foi determinada a aplicação de um reajuste de 112% enquanto a inflação no período elevou-se a 246%; já em 1986 foi determinada a conversão de cruzeiros para cruzados mediante adoção do seu valor real médio verificado ao longo dos 6 ou 12 meses anteriores, daí resultando reajustes médios inferiores ao índice de inflação (em termos reais, redução de aproximadamente 40% sobre o valor das prestações)."

O critério de correção dos anos de 1983 e 1984 teve repercussão nos contratos submetidos ao Plano de Equivalência Salarial, relativamente aos mutuários que fizeram, em 1985, opção por esse regime.

O § 1º do art. 24 da Lei nº 8.177, de 1991, pretende restabelecer a integralidade dos juros, à taxa convencionalizada no contrato. Sendo estes calculados sobre o saldo devedor do financiamento, é inevitável a conclusão de que assumirão valores também elevados, porque esse saldo

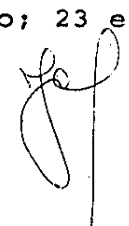
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

devedor não apenas reflete as diferenças observadas entre a depreciação monetária e os índices de reajustes das prestações, mas também foi avultado pelas diferenças resultantes da periodicidade menor da correção do financiamento em relação ao reajuste das prestações.

O dispositivo em referência, portanto, inova profundamente o contrato porque estabelece novo critério de cálculo dos juros de cada prestação, buscando recompor as reduções observadas nos anos de 1983, 1984, 1985 e 1986, e, ainda, com alteração do pactuado, determinando que essa parcela seja calculada também sobre as diferenças resultantes dos períodos diversos de correção do empréstimo em relação às prestações, que, segundo a legislação vigente por ocasião da celebração dos contratos, constituía encargo do Fundo de Compensação das Variações Salariais." (fls. 299/304).

5. Em face do exposto, julgo procedente a presente ação direta, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, "caput" e §§ 1º e 4º; 20; 21 e parágrafo único; 23 e §§; e 24 e §§, todos da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991.



Cmmc.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ADIn 493-0 - DF

Rel.: Min.: Moreira ALves. Repte.: Procurador-Geral da República. Reqdos.: Presidente da República e Congresso Nacional.

Decisão: Após o voto do Ministro Relator, julgando procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, caput e § § 1º e 4º; 20; 21 e parágrafo único; 23 e § § e 24 e § § da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Ministro Ilmar Galvão. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Célio Borja. Plenário, 18.03.92.

Presidência do Senhor Ministro Octavio Gallotti, Vice-Presidente. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Sydney Sanches, Presidente.

Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antônio Machado da Silva, substituto.


LUIZ TOMIMATSU

Secretário

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 493-0 DISTRITO
FEDERAL

V O T O

(VISTA)

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Procuradoria Geral da República, tendo por objeto os arts. 18, **caput** e parágrafos 1º e 4º; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, dispositivos esses que estariam em franca contrariedade ao disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que põe o ato jurídico perfeito a salvo dos efeitos de lei nova.

Reitera a inicial razões expendidas pelo próprio autor, em ação civil pública que propôs perante a Justiça Federal no Rio Grande do Sul, segundo as quais determinou a nova lei alteração do critério de reajustamento das prestações nos contratos firmados pelo sistema PES/CP, deixando de considerar, como índice, a variação salarial da categoria do mutuário, entre uma data-base e outra, e passando a fixar como limite a relação prestação/renda contemporânea à assinatura do contrato aplicada sobre a renda atual dos mutuários (art. 24, **caput**); modificou, ainda, o critério de periodicidade dos reajustamentos das prestações, com a criação de uma antecipação



mensal, representada pela remuneração básica dos depósitos em caderneta de poupança, compensável com a variação dos índices aplicados na revisão salarial do mutuário (art. 23); impôs, mais, a fixação de valor mínimo para cada prestação mensal, que não poderá ser inferior à parcela de juros devida, com o limite na relação prestação/renda originária, aplicada, contudo, sobre a renda atual do mutuário (art. 24, **caput**, c/c o seu parágrafo 1º); e, por fim, autorizou o agente financeiro a reajustar a prestação com base na remuneração das cadernetas de poupança, deixando ao mutuário o dever de, em caso de excesso dos limites da lei, fazer a prova do **plus** e pleitear a retificação do valor (art. 24, **caput**).

De acordo com o autor, essas inovações afrontam a garantia constitucional de que a lei não retroagirá para atingir o ato jurídico perfeito, não podendo ser admitidas.

O eminente Relator, Ministro Moreira Alves, com a proverbial inteligência e cultura que lhe valem ser reconhecido e admirado como um dos maiores juristas brasileiros, votou pela procedência da ação, afastando, com argumentos vigorosos, as exceções oferecidas pela Presidência da República e, principalmente, pelo Advogado Geral da União.

Assim é que, após afastar, de modo peremptório, a possibilidade da ocorrência, no Brasil, de leis retroativas, ainda que revestidas do caráter de leis de ordem pública -- face à expressa vedação que as constituições, entre nós, dirigem não apenas ao julgador, mas também ao legislador -- e, bem assim, após rechaçar, por irrelevantes para o julgador, quando convencido da inconstitucionalidade de norma, não apenas a presunção que milita no prol da validade desta, mas também o risco de vazio legislativo que pode resultar de sua erradicação



do sistema jurídico, concluiu no sentido de que a chamada "Taxa Referencial - TR", instituída pela Lei nº 8.177/91, longe de significar um índice que expressa a desvalorização da moeda, corresponde a fator representativo da remuneração de dinheiro, em determinado período, e, como tal, insuscetível de ser aplicado a contratos anteriores, isto é, os celebrados antes do advento da lei que o introduziu.

Por essa forma, arredou o eminente Relator a incidência da regra, consagrada na jurisprudência do STF, de que não há falar em direito adquirido ao regime jurídico de um determinado instituto, ou seja, no presente caso, a um certo padrão monetário.

A seguir, com base em análise dos dispositivos da referida Lei nº 8.177/91, realizada pela Procuradoria Geral da República, concluiu pela inconstitucionalidade de todos eles.

Assim, para o eminente Relator, são inteiramente procedentes as alegações do Autor, segundo as quais os dispositivos enfocados, por haverem alterado o conceito de equivalência salarial por categoria profissional, que fora instituído pelo DL nº 2.164, de 19.9.84, sob a égide do qual foram celebrados, a partir de então, os contratos de financiamento vinculados ao SFH, não apenas no que respeita à periodicidade dos reajustamentos das respectivas prestações, mas também quanto ao critério de cálculo dos ditos reajustamentos, e, ainda, no ponto em que estabelece um índice mínimo para valor de ditas prestações, afrontam a garantia constitucional de que a lei não retroagirá para atingir o ato jurídico perfeito.

Pedi vista dos autos, em face da complexidade e da relevância da matéria, não apenas diante do interesse dos



A handwritten signature, likely of the Relator, written in dark ink.

mutuários do SFH, mas também da gravidade de seus efeitos em termos de finanças públicas.

De início, ousou discordar do eminente Relator, no tocante ao significado econômico e, conseqüentemente, quanto à natureza jurídica da chamada Taxa de Referência (TR). Não obstante houvesse sido anunciada auspiciosamente como medida destinada a por um paradeiro na indexação da economia, na verdade não passou a TR de mais um critério indicador dos efeitos da inflação sobre a moeda. Pelo singelo motivo de que, persistindo a inflação, como persistiu, nada mais natural e, por isso, inelutável, do que imputar-se à perda do poder aquisitivo da moeda a variação verificada, durante certo lapso de tempo, na parte de seu quantitativo excedente de uma taxa que, razoavelmente, possa ser atribuída a rendimento real.

Não importa se o legislador, buscando oportunistamente mascarar o verdadeiro caráter do novo indexador, a ele se referiu como "taxa de remuneração básica dos Depósitos de Poupança" (art. 18, **caput** e parágrafo 1º, da lei em foco), se nos mesmos dispositivos, e nos demais que integram a lei, não pôde evitar o emprego das expressões "atualizados mensalmente" (art. 18, parágrafo 1º), "cálculo de atualização" (art. 20), "atualização desses depósitos" (art. 20), "serão atualizados" (art. 21), "serão reajustadas" (art. 23, **caput**), "reajuste mensal" (art. 23, parágrafo 1º), etc., que já se incorporaram ao vocabulário jurídico como indicadores da operação pela qual se apura o valor de um bem ou de uma prestação em face do fenômeno inflacionário.

Dai a extrema atualidade e oportunidade da lição de Carlos Maximiliano (Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense, 1979, pág. 166), segundo a qual "...a exegese há de

ser de tal modo conduzida (...) que não resulte um sentido contraditório com o fim colimado (...), nem conducente a conclusão física ou moralmente impossível. Desde que a interpretação pelos processos tradicionais conduz a injustiça flagrante, incoerências do legislador, contradição consigo mesmo, impossibilidades ou absurdos, deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido equitativo, lógico e acorde com o sentir geral e o bem presente e futuro da comunidade".

Aliás, a expressão "remuneração da poupança", conquanto inadequada, não foi utilizada pela primeira vez na lei em apreciação, sendo, ao revés, de uso correntio, ao lado de outras como "renda da poupança", principalmente nos meios de comunicação de massa, para expressar a taxa pela qual foram nominalmente atualizados os recursos da poupança popular dirigidos para essa modalidade de operação bancária.

O critério pelo qual passaram a ser apurados os índices da TR, de sua vez, não alteram a sua natureza. Com efeito, num momento em que todos os meios eram empregados no sentido de assegurar-se uma curva descendente para o ritmo da inflação, nada mais natural que os mencionados índices passassem a exprimir não uma inflação verificada -- o que valeria pela sua realimentação periódica --, mas uma inflação esperada, que funcionaria como estimuladora da taxa decrescente.

Para medida dessa expectativa de inflação, valeu-se o legislador dos índices de variação média das taxas prefixadas para os tomadores de capitais, critério que não se mostra menos legítimo do que aquele que fora até então utilizado para cálculo da variação do BTN, qual seja, a variação do preço de

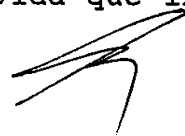
certos bens, que não o dinheiro.

Na verdade, a norma jurídica não tem o condão de modificar as coisas, em sua essência, de nada valendo considerar ela rendimento o que não passa de correção monetária, já que qualquer pessoa, por mais primária que seja em economia, poderia demonstrar o engano do legislador, a partir do momento em que, titular de uma modesta caderneta de poupança, pretendesse viver dos "rendimentos" por ela produzidos, pois muito cedo iria advertir-se de que estaria a consumir o próprio capital, e não os frutos deste, cuja percepção, para que assim pudessem ser considerados, haveriam de deixar substancialmente intacta a coisa que os produziu, no caso, o capital depositado, conforme elementar noção de direito.

Assim, a referida lei, ao determinar que os saldos dos cruzados novos transferidos ao Banco Central do Brasil (art. 7º) e os depósitos de poupança (art. 12) serão remunerados pela TR, acrescida de juros de 1/2 por cento ao mês, na verdade está referindo, no primeiro caso, correção monetária, e não juros.

De registrar-se, aliás, que a presente ação não investe contra o uso da TR como índice de correção monetária, já que não impugna, v.g., o art. 6º e seus incs., da mencionada Lei nº 8.177/91, onde está estipulado que "nos contratos em que não houver previsão de índice substitutivo, será utilizada a TR, no caso dos contratos referentes ao BTN ou a unidade corrigida mensalmente, ou a TRD, no caso daqueles referentes ao BTN Fiscal e a unidades corrigidas diariamente".

Admitido, pois, que se está, desenganadamente, diante de índice de correção monetária, é fora de dúvida que incidirá



Bo. de Conferência
na 1ª sessão

ele sobre os saldos devedores dos financiamentos da casa própria, vinculados ao SFH, já que, extintos a OTN, a UPC e o BTN, o novo índice haverá de preencher-lhes o lugar, sob pena de concluir-se que, a partir de fevereiro/91, os débitos dos mutuários permaneceram congelados, apesar de a inflação haver continuado, o que, se não constituísse um rematado absurdo, do ponto de vista lógico, pelo menos valeria pela destruição do próprio Sistema Financeiro da Habitação, reduzido que ficaria, em breve espaço de tempo, à insolvência absoluta, pela impossibilidade de responder, com recursos de ativo congelado, a um passivo sujeito aos índices da TR, tais como os recursos da poupança e do FGTS, investidos no programa habitacional, para não se falar na contingência em que estaria de reembolsar todos os valores alusivos a correção, recebidos de seus mutuários, a partir de novembro/91.

O mesmo se diga de todos os credores por contratos em que foram estipulados índices de correção monetária.

No que tange, portanto, ao saldo devedor do financiamento, é fora de dúvida que tem aplicação o princípio consagrado na jurisprudência do STF, de que não há direito adquirido a determinado padrão monetário, incidindo sobre o contrato, nesse ponto, de maneira inexorável, o novo índice que, de acordo com a lei, passou a espelhar o fenômeno da inflação.

O mesmo não ocorre, entretanto, no que diz respeito às prestações de amortização, que constituem a obrigação a ser cumprida, mensalmente, pelo mutuário. A questão, aí, não é de natureza monetária, mas essencialmente contratual, assentando-se em cláusula que expressa uma proporção, mais ou menos invariável, entre o valor das parcelas mensais e o



A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes.

rendimento familiar do mutuário, observada no momento da celebração do contrato sob o imperativo, implícito, de ser mantida durante a execução deste. Configura-se, aí, uma situação jurídica subjetiva, geradora de direito adquirido, insuscetível de ser modificada pela lei nova, circunstância que não passou despercebida para o Prof. Mário Henrique Simonsen, quando anotou no parecer que, sobre o assunto, foi distribuído pelas partes, **verbis**:

"As regras de reajuste de prestações, em princípio, nada têm a ver com as normas jurídicas sobre indexação, na medida em que as prestações se vinculem a salários. A idéia de equivalência salarial é limitar a prestação da casa própria a aproximadamente um quarto da renda familiar, uma regra de orçamento doméstico que não tem por que se alterar com uma mudança do regime de indexação dos contratos."

É certo que a Lei nº 4.380/64, a primeira que cuidou do assunto, previu reajustamentos baseados na variação do salário mínimo. Fê-lo, todavia, por meras razões de ordem pragmática, como meio de contornar as dificuldades que um excesso de casuísmo, representado pela situação salarial de cada um dos milhões de mutuários, inclusive dos autônomos, poderia causar à execução do programa da casa própria.

O BNH, no exercício das atribuições que lhe foram outorgadas pelo DL nº 19/66 (que revogou o art. 5º e parágrafos, da citada Lei nº 4.380/64), manteve o critério de atualização das prestações contratuais com base na variação do

salário mínimo, ou seja, de proporcionalidade entre este e aquelas, ao instituir, por meio da RC 25/67, o "Plano C" de reajustamento, à convincente razão de que, **verbis**: "mantido o princípio da correção do saldo devedor, a contratação de formas flexíveis de reajustamento das prestações em nada altera o poder aquisitivo dos recursos investidos em habitação". O "Plano C" deu lugar, em novembro /69, por meio da RC 36/69, ao "Plano de Equivalência Salarial - PES", que continuou a assegurar o reajustamento das prestações "na mesma razão entre o valor do maior salário mínimo vigente no País e o imediatamente anterior" (item 2.5). Ao lado do "Plano de Equivalência Salarial", foi também criado o "Plano de Correção Monetária - PCM", destinados aos financiamentos sob o regime de correção plena, com base na ORTN (item 9.a). Recorde-se que, de acordo com a mencionada resolução, "a responsabilidade pelo saldo devedor dos financiamentos contratados ... será assumida, em nome dos mutuários, pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais, criado pela RC 25/67...".

Infere-se, pois, dos mencionados textos legais e regulamentares, que a instituição do chamado "Plano de Equivalência Salarial" outro objetivo não teve senão possibilitar aos membros das classes sociais menos favorecidas um meio de adquirir a sua casa própria, mediante a segurança de que, para tanto, apenas uma parte de seus rendimentos restaria comprometida.

O salário mínimo, portanto, foi aí empregado não como índice de correção monetária, mas como expressão média do comportamento dos salários dos mutuários em geral, frente à inflação, o que é coisa diversa.

Tanto é verdade que, durante o período chamado

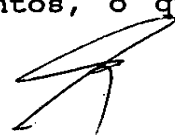


"milagre econômico", em que se adotou uma política de valorização do trabalho desqualificado, por meio da elevação do salário mínimo em bases superiores aos níveis do custo de vida -- medida que, como se sabe, foi precedida de leis vedatórias da utilização do salário mínimo como índice monetário (Leis nºs 6.205 e 6.493) --, foi o BNH compelido a instituir o chamado "salário mínimo habitacional", unidade que correspondia ao salário mínimo oficial expurgado do fator correspondente ao ganho real nele embutido (RC nº 12, de 30.04.73).

Passada a euforia econômica, entrou o País em período de dificuldades, que coincidiu com o início dos anos 80, exigindo a adoção de severas medidas de ordem econômica, entre as quais uma nova política salarial que se caracterizou por um achatamento dos salários e, conseqüentemente, por uma drástica redução do poder aquisitivo dos assalariados, bastando dizer que, em 1983, quando a ORTN sofreu um reajustamento acumulado de 130,43%, o salário mínimo foi corrigido em apenas 109,39%.

Surpreendentemente, nesse período, o BNH, por meio da Res. nº 190, de 07.07.83, expressou a sua determinação no sentido de ver as prestações contratuais da casa própria reajustadas com base na ORTN, o que obrigou milhões de mutuários a buscarem, em Juízo, o reconhecimento de seu direito à observância da "cláusula de equivalência salarial", tendo-o feito, obviamente, com absoluto êxito, já que encontraram ampla ressonância na jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Na verdade, o que pretendeu o BNH, então, foi a extensão do princípio de que não há direito adquirido a um determinado padrão monetário à obrigação dos mutuários pelas prestações de amortização dos seus financiamentos, o que não

Handwritten signature in black ink.

tinha cabimento, já que, nesse passo, se estava diante de direito adquirido, em relação ao qual não opera a lei nova.

Em 1983, foi editado o DL nº 2.065/83 que, em seu artigo 23 e parágrafos, não apenas emprestou caráter legal à regra pela qual o salário mínimo deveria continuar servindo de base ao reajustamento das amortizações dos mutuários, mas também franqueou a possibilidade de reajustamentos de apenas 80% da variação do salário mínimo àqueles que aceitassem ver o contrato modificado, para o fim de abreviar para 6 meses a periodicidade anual dos reajustes. Em 1984, como persistissem os desníveis dos aumentos salariais em face da inflação, novos incentivos foram postos pelo legislador (DL nº 2.164, de 19.09.84) à disposição dos mutuários, desta vez em forma de bônus.

Data de então o "Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional - PES/CP", em suas duas modalidades: o Pleno, em que as prestações da amortização passaram a ser reajustadas na mesma periodicidade do aumento de salário da categoria profissional do adquirente, e o Parcial, em que permaneceu mantida a periodicidade anual (arts. 9º e 10 da Lei nº 2.164/84).

Com efeito, dispôs o mencionado DL 2.164/84, em seu art. 9º:

"Art. 9º. Os contratos para aquisição de moradia própria, através do SFH, estabelecerão que, a partir do ano de 1985, o reajuste das prestações neles previstos corresponderá ao mesmo percentual e periodicidade do aumento de salário da categoria profissional a que

pertencer o adquirente.

(...)

Parágrafo 2º. O reajuste da prestação ocorrerá no mês subsequente à data da vigência do aumento salarial decorrente de lei, acordo ou convenção coletivos de trabalho ou sentença normativa da categoria profissional do adquirente de moradia própria ou, nos casos de aposentados, de pensionistas e de servidores públicos ativos e inativos, no mês subsequente à data da correção nominal de seus proventos, pensões e vencimentos ou salários respectivamente.

(...)

Parágrafo 4º. Os adquirentes de moradia própria que não pertencerem à categoria profissional específica, bem como os classificados como autônomos, profissionais liberais e comissionistas, com contratos firmados a partir de 1º de janeiro de 1985, terão suas prestações reajustadas na mesma proporção da variação do salário mínimo, respeitado o limite previsto no parágrafo 1º deste artigo.

(...)

Art. 10. O critério de obtenção dos índices de aumento das prestações previsto no artigo anterior aplica-se, também, mediante a celebração de Termo Aditivo, aos contratos firmados até a data da publicação deste



decreto-lei, mantida, a critério do adquirente, a periodicidade de reajustamento das prestações estabelecidas em seu contrato".

Vale dizer que, a partir de então, o reajustamento das prestações, não apenas dos novos contratos, mas também dos antigos, cujos mutuários optaram pelo novo regime, passou a corresponder não à variação do salário mínimo, nem à variação dos salários do mutuário, mas ao percentual de aumento de salário que, em dissídio coletivo, for alcançado pela categoria profissional do mutuário.

Preservou-se, com essa medida, a relação prestação/salário, ao mesmo tempo em que se manteve afastada a inconveniência do excessivo casuísmo que poderia representar a adoção, como parâmetro de reajustamento, do salário de cada mutuário, individualmente.

Para demonstrar que não se estava diante de regra modificadora de padrão monetário ou de moeda de conta, suscetível de ser imposta coercitivamente às partes, dispôs o art. 10 do mencionado diploma legal, ao final do *caput* e no parágrafo único, que o PES/CP só seria aplicado a requerimento do adquirente e mediante termo aditivo.

Fica demonstrado, portanto, através do que ficou dito, que, nos contratos de financiamento da casa própria vinculados ao SFH, duas são as situações jurídicas a serem consideradas: uma, relativa ao saldo devedor do mútuo; e a outra, concernente às prestações de amortização.

O regime jurídico a que estão submetidas é diverso: no primeiro caso, o respectivo *quantum* permanece sujeito às vicissitudes da moeda, em face da inflação; alterados os

índices medidores dos efeitos desta, altera-se, por via de consequência, o critério de cálculo do **debitum**, sem margem para invocação de direito adquirido ou de ato jurídico perfeito. Relativamente, entretanto, às prestações, o seu valor está submetido a pacto que há de ser mantido inalterável, qual seja, o que institui a equação prestação/renda, assegurado da exeqüibilidade do contrato, e que, por isso mesmo, tem o caráter de elemento essencial da avença. Somente por efeito de acordo de vontades poderá ser modificado, razão pela qual está a sobranceiro dos efeitos de lei nova, face ao direito adquirido do mutuário ao comprometimento de percentual, mais ou menos invariável, de sua renda.

Resta analisar os dispositivos da Lei nº 8.177/91, impugnados na inicial, à luz dessas premissas.

O primeiro deles é o art. 18 e seus parágrafos 1º e 4º, que assim dispõem:

"Art. 18. Os saldos devedores e as prestações dos contratos celebrados até 24 de novembro de 1986, por entidades integrantes dos Sistemas Financeiros de Habitação e do Saneamento (SFH e SFS), com cláusula de atualização monetária pela variação da UPC, da OTN, do Salário Mínimo ou do Salário Mínimo de Referência, passam a partir de fevereiro de 1991, a ser atualizados pela taxa aplicável à remuneração básica dos Depósitos de Poupança com data de aniversário no dia primeiro, mantidas a periodicidade e as taxas de juros estabelecidas contratualmente.

Parágrafo 1º. Os saldos devedores e as prestações dos contratos celebrados no período de 25 de novembro de 1986 a 31 de janeiro de 1991, pelas entidades mencionadas neste artigo, com recursos de depósitos de poupança, passam, a partir de fevereiro de 1991, a ser atualizados mensalmente pela taxa aplicável à remuneração básica dos Depósitos de Poupança, com data de aniversário no dia de assinatura dos respectivos contratos.

(...)

Parágrafo 4º. O disposto no parágrafo 1º deste artigo aplica-se às Letras Hipotecárias emitidas e aos depósitos efetuados a qualquer título, com recursos oriundos dos Depósitos de Poupança, pelas entidades mencionadas neste artigo, junto ao Banco Central do Brasil; e às obrigações do Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS".

A norma contida no **caput** refere não apenas contratos de financiamento celebrados com adquirentes da casa própria, mas também, e principalmente, contratos firmados com empresas construtoras e entidades governamentais encarregadas da implantação de conjuntos habitacionais. É o que evidencia a referência feita ao Sistema Financeiro do Saneamento (SFS), que nenhum sentido teria se o objeto do dispositivo fossem os contratos com adquirentes finais dos imóveis.

Aliás, a data limite de 24 de novembro de 1986 diz exatamente com a Res. nº 1.221, do Conselho Monetário Nacional



(substituto do BNH como gestor do Sistema Financeiro da Habitação), baixada nesse dia, por meio da qual as operações de financiamento imobiliário, tanto as destinadas a mutuários finais, como aos construtores, passaram a ser atualizadas com base na remuneração das cadernetas de poupança.

É claro que o art. 18, se aplicado literalmente, irá atingir o direito que têm os mutuários da casa própria à proporcionalidade estabelecida entre o valor das prestações de amortização e os seus rendimentos, direito esse que a mencionada Res. nº 1.221 respeitou, do mesmo modo que o fizeram as que se lhe seguiram, de nºs 1.253, de 28.1.87, 1.361, de 30.6.87, e 1.446, de 5.1.88, sendo oportuno registrar que as duas últimas foram enfáticas no estabelecer, entre as condições para os novos financiamentos, a cobertura obrigatória do Fundo de Compensação de Variações Salariais e a contratação no Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (inc. III, letras a e b).

O texto, entretanto, só por isso, não pode ser tido como inconstitucional, já que estabelece critério válido para a correção dos saldos devedores de todos os contratos, indistintamente, e das prestações dos contratos empresariais, temas esses acerca dos quais não há falar em direito adquirido.

O mesmo se diga do parágrafo primeiro, já que, disciplinando, englobadamente, contratos celebrados com mutuários finais e empresários, há de ser aplicado aos primeiros com as ressalvas acima explicitadas.

Já o parágrafo 4º, por tratar de operações estranhas aos mutuários adquirentes de imóveis residenciais, não comporta sequer a ressalva feita em relação aos demais.

O art. 20, de sua vez, dispõe:



"Art. 20. O resultado apurado pela aplicação do critério de cálculo de atualização das operações de que trata o artigo 18, lastreadas com recursos de Depósito de Poupança e da atualização desses depósitos, na forma do disposto no parágrafo único do art. 13 desta Lei, será incorporado ao Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, nos termos das instruções a serem expedidas pelo Banco Central do Brasil".

Trata-se de dispositivo que se limita a destinar ao FCVS os recursos resultantes da alteração do critério de reajustamento dos contratos, sendo de recordar-se que ao FCVS incumbe o pagamento das diferenças, a menor, verificadas por ocasião do pagamento, pelos mutuários, da última prestação de seus financiamentos, decorrentes, como é fácil de ver, da diversidade de critérios de correção do saldo devedor e das parcelas a seu cargo.

O art. 21 e seu parágrafo único têm a seguinte redação:

"Art. 21. Os saldos dos contratos de financiamento celebrados até o dia 31 de janeiro de 1991, realizados com recursos dos depósitos de poupança rural, serão atualizados, no mês de fevereiro de 1991, por índice composto:

I - da variação do BTN Fiscal observado entre a data de aniversário ou de assinatura do

contrato no mês de janeiro de 1991, e o dia 1º de fevereiro de 1991; e

II - da TRD acumulada entre 1º de fevereiro de 1991 e o dia do aniversário do contrato no mês de fevereiro de 1991.

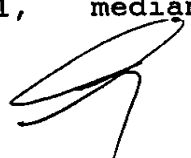
Parágrafo único. A partir do mês de março de 1991, os saldos dos contratos mencionados neste artigo serão atualizados pela remuneração básica aplicada aos depósitos de poupança com data de aniversário no dia da assinatura dos respectivos contratos".

Trata-se de textos concernentes a contratos celebrados com recurso dos depósitos de poupança rural, recursos esses que são destinados a empréstimos rurais, nos quais não apenas o saldo devedor, mas também as parcelas de amortização são contratadas sob o regime de correção plena, não havendo que se falar, pois, em direito adquirido.

Segue-se, na inicial, impugnação aos arts. 23 e 24, com os respectivos parágrafos, os quais serão apreciados em conjunto.

Estão assim redigidos:

"Art. 23. A partir de fevereiro de 1991, as prestações mensais nos contratos de financiamento firmados no âmbito do SFH, vinculados ao Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional - PES/CP, serão reajustadas em função da data-base para a respectiva revisão salarial, mediante a



aplicação:

I - do índice derivado da taxa de remuneração básica aplicável aos depósitos de poupança livre no período, observado que:

a) nos contratos firmados até 24 de novembro de 1986, o índice a ser utilizado corresponderá àquele aplicável às contas de poupança com data de aniversário no dia primeiro de cada mês;

b) nos contratos firmados a partir de 25 de novembro de 1986, o índice a ser utilizado corresponderá àquele aplicável às contas de depósitos de poupança com data de aniversário no dia da assinatura dos respectivos contratos.

II - do índice correspondente ao percentual relativo ao ganho real de salário.

Parágrafo 1º. No caso de contratos enquadrados na modalidade plena do PES/CP, far-se-á a partir do mês de fevereiro de 1991, o reajuste mensal das respectivas prestações, observado o disposto nas alíneas a e b do item I deste artigo.

Parágrafo 2º. Do percentual de reajuste de que trata o **caput** deste artigo será deduzido o percentual de reajuste a que se refere o parágrafo anterior.

Parágrafo 3º. É facultado ao agente financeiro aplicar, em substituição aos percentuais previstos no **caput** e parágrafo 1º deste artigo, o índice de aumento salarial da



categoria profissional, quando conhecido.

Art. 24. Aos mutuários com contratos vinculados ao PES/CP, firmados a qualquer tempo, é assegurado que, na aplicação de qualquer reajuste, a participação da prestação mensal na renda atual não excederá a relação prestação/renda verificada na data da assinatura do contrato de financiamento ou da opção pelo PES, desde que efetuem a devida comprovação perante o agente financeiro, podendo ser solicitada essa revisão a qualquer tempo.

Parágrafo 1º. Respeitada a relação de que trata este artigo, o valor de cada prestação mensal deverá corresponder, no mínimo, ao valor da parcela mensal de juros, calculado à taxa convencionada no contrato.

Parágrafo 2º. Não se aplica o disposto neste artigo às hipóteses de redução de renda por mudança de emprego ou por alteração na composição da renda familiar em decorrência da exclusão de um ou mais co-adquirentes, assegurado ao mutuário, nesses casos, o direito à renegociação da dívida junto ao agente financeiro, visando a restabelecer o comprometimento inicial da renda.

Parágrafo 3º. Sempre que, em virtude da aplicação do PES/CP, a prestação for reajustada em percentual inferior àquela referida no artigo 23 desta lei, a diferença será incorporada em futuros reajustes de prestações, até o limite de

que trata o **caput** deste artigo."

O art. 23, se interpretado isoladamente, poderia sugerir o propósito de modificar os contratos de aquisição da casa própria, anteriormente celebrados, em campo absolutamente interditado a iniciativa desse porte, qual seja, o alusivo ao modo pelo qual são calculadas as prestações devidas, em face de revisões salariais verificadas ao longo de sua execução.

A referência feita, nas alíneas a e b, do inc. I, a contratos celebrados antes do advento da medida provisória que deu origem a toda a Lei nº 8.177/91, seria suficiente para essa ilação.

Acontece, porém, que a norma que lhe segue, a do art. 24, afasta, de pronto, conclusão dessa ordem, ao assegurar aos mutuários, com contratos vinculados ao PES/CP, firmados a qualquer tempo, que, "na aplicação de qualquer reajuste, a participação da prestação mensal na renda atual não excederá a relação prestação/renda verificada na data da assinatura do contrato de financiamento ou da opção pelo PES".

A conciliação dos dois dispositivos, ao revés do que aparenta, não é difícil. Vieram eles, na verdade, disciplinar situação que o DL 2.164/84 não previu, ao introduzir o Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional - PES/CP, seja, a da dificuldade ou quase impossibilidade de controle, pelo agente financeiro, da evolução salarial de cada uma das milhares de categorias profissionais (40.000, de acordo com informações do Banco Central) existentes entre nós. Fez-se isso por meio da inversão do ônus da prova dessa circunstância, isto é, impondo-se ao mutuário o dever de demonstrar a ocorrência de modificações em sua categoria. Para tanto, o art. 24

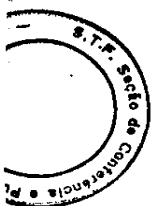


condicionou a observância da cláusula do PES/CP, pelo agente, à exibição do comprovante, ao estipular, **verbis**:

"Art. 24. Aos mutuários com contratos vinculados ao PES/CP, firmados a qualquer tempo, é assegurado que, na aplicação de qualquer reajuste, a participação da prestação mensal na renda atual não excederá a relação prestação/renda verificada na data da assinatura do contrato de financiamento ou da opção pelo PES, desde que efetuem a devida comprovação perante o agente financeiro, podendo ser solicitada essa revisão a qualquer tempo".

É certo que o dispositivo, ao assegurar a manutenção da relação prestação mensal/renda do mutuário, faz referência a "renda atual", como se devesse ser considerada, como fator de correção, não a variação salarial da respectiva categoria, mas a renda do próprio mutuário. A questão, todavia, é suscetível de obviar-se mediante mera interpretação, que especifique o verdadeiro sentido da norma, frente ao contrato assinado, não sendo de afastar-se, mesmo, a validade da norma, como redigida, se o mutuário já não pertence a uma determinada categoria profissional ou se, eventualmente, houver sido adotado, v.g., em relação à categoria que integra, o regime de livre negociação dos salários.

Assim, o sistema de reajustamento do art. 23 permanece como alternativa, para ser aplicado na hipótese de não-exibição, pelo mutuário, da prova da variação salarial



ocorrida em sua categoria, quando não seria de exigir-se, razoavelmente, que o agente financeiro permanecesse de mãos atadas, em relação aos seus créditos inadimplidos.

A técnica adotada pela lei, na verdade, não constitui novidade, já que cláusula nesse sentido foi sempre sistematicamente inserida nos contratos de financiamento, pelo menos a partir da introdução do referido Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional pelo Decreto-lei nº 2.164/84, conforme revelou pesquisa realizada pelo subscritor deste.

A título de ilustração, consigne-se que os modelos de contrato, distribuídos pela Caixa Econômica Federal, em outubro de 1984, já traziam cláusula assim redigida:

"Cláusula décima-oitava (...)

Parágrafo primeiro - Não comunicada à CEF a alteração da categoria profissional ou mudança do local de trabalho em até 30 dias após o evento, o devedor sujeitar-se-á à obrigação de repor à CEF, quando a diferença for favorável a esta, as importâncias monetariamente corrigidas com base na variação da UPC, e acrescidas de juros calculados à taxa nominal referida na letra "C", elevada em um ponto percentual".

Vê-se, pois, que a lei nada mais fez do que "legalizar" o que já era objeto de contrato entre as partes, não se podendo falar, ainda por mais essa razão, em inconstitucionalidade.

De notar, ainda, que a exigência de prestações



plenamente corrigidas, quando verificada a omissão do mutuário, não constitui um imperativo para o agente financeiro, não passando, ao revés, de uma faculdade, já que lhe é permitido continuar aplicando o índice de aumento salarial da categoria profissional quando, não obstante a negligência do mutuário, esse índice for conhecido da Caixa. É o que dispõe o parágrafo 3º do art. 23.

O parágrafo primeiro do art. 24, ao mesmo tempo em que estabeleceu um valor mínimo para cada prestação, correspondente à parcela mensal de juros calculada à taxa convencionada no contrato, respeitou a relação prestação/renda, característica do Plano de Equivalência Salarial. Não constitui, por isso, violação ao contrato, onde não se pode vislumbrar excesso.

O parágrafo segundo também tem por objetivo preencher lacuna deixada pelo DL nº 2.164/84, qual seja, a alusiva à redução da renda familiar, por mudança de emprego (ou alteração na composição da renda familiar em decorrência da exclusão de um ou mais co-adquirentes, nos casos em que a renda familiar assim tenha sido considerada).

Com efeito, o art. 9º, parágrafos 6º e 7º, da Lei 2.164/84, previu a hipótese de alteração da categoria profissional que importou melhoria salarial para o mutuário, deixando, entretanto, sem disciplina, aquela que determina redução da renda. Estabelece-se, pela norma sob exame, que, ocorrendo qualquer dos pressupostos, haverá renegociação da dívida junto ao agente financeiro, com vistas ao estabelecimento do nível de comprometimento inicial da renda, o que não pode representar prejuízo para o mutuário.

Por fim, o parágrafo 3º. Contém ele regra



Supremo Tribunal Federal

ADN 493-0 DF

357

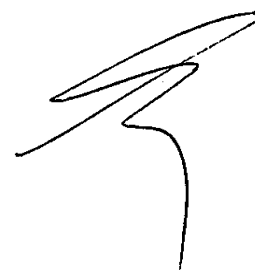
inadmissível, em face de qualquer espécie de contrato de financiamento da casa própria celebrado anteriormente à sua vigência, já que transfere para a responsabilidade do mutuário a diferença resultante da aplicação do PES/CP, no lugar da correção plena. Como já foi dito acima, essas diferenças, até a edição da lei sob apreciação, eram debitadas ao FCVS, razão pela qual se está diante de norma que, por malferir o princípio do ato jurídico perfeito, e o do direito adquirido, não pode ter aplicação retroativa.

Ante o exposto, meu voto, com a devida vênia do eminente Relator, é, em resumo, no sentido de julgar a ação procedente, apenas em parte, para o fim de, ressalvada a interpretação que foi dada aos arts. 18, *caput* e parágrafo 1º, e ao *caput* do art. 24, declarar inconstitucional o parágrafo 3º do art. 24 da Lei nº 8.177/91.

*

*

*



/dcll



14.05.1992

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 493 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, não podemos, no julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade, esquecer o alcance da decisão a ser proferida, olvidar as conseqüências dessa decisão. Não podemos perder de vista que o provimento emanado do Supremo Tribunal Federal influencia muito quanto ao próprio acesso ao Judiciário, estimulando a que se ingresse no Judiciário com o objetivo de ver prevalente o direito que, no provimento do Supremo, foi assentado.

Senhor Presidente, não dou uma valia maior à nomenclatura em si, porque creio que não podemos, na apreciação de uma ação direta de inconstitucionalidade, abandonar o próprio conteúdo do diploma que se pretende alvejar no que ele repercute como ato normativo.

Convenci-me de que a Taxa Referencial - TR é um fator de indexação monetária principalmente frente à utilização desse fator em vários dispositivos das Leis nºs. 8.177/91 e 8.178/91.



Recebemos, todos, um exemplar contendo pareceres sobre a matéria e creio que meditamos sobre esses pareceres. Valho-me de um deles, o que apresenta a maior feição econômica, para demonstrar que a "TR" é realmente um fator de indexação monetária. Refiro-me ao parecer do Professor Mário Henrique Simonsen, que é sintético, é de uma simplicidade franciscana e, por isso mesmo, consegue revelar, a mais não poder, a real natureza da "TR". Está assim lançado:

"Ao criar a TR e eliminar a BTN, a Lei 8.177 gerou um problema de interpretação. A TR é, de fato, um indexador ou uma simples taxa de juros?
Em particular, como interpretar o § 1º do art. 24 que cuida do reajuste das prestações da casa própria?

Literalmente, a TR é uma taxa nominal de juros, determinada mensalmente.

A taxa nominal, como se sabe, decompõe-se na taxa esperada de inflação mais taxa real de juros a priori; ou, equivalentemente, na taxa efetiva de inflação mais a taxa real de juros a posteriori. Como o Plano Collor II (Lei 8.177/91) não acabou com a inflação, mas apenas a reduziu para a faixa de 5% a 10% ao mês, ainda considerada explosiva pelos padrões internacionais, é evidente que a TR é determinada predominantemente pela taxa esperada de inflação, já que ela é fixada pelo Banco Central no início do mês. Aliás, isso se torna evidente pelos níveis mensais fixados para a TR entre fevereiro e maio de 1991, crescendo de 7,00 para 8,99%. Taxas dessa magnitude nunca poderiam ser taxas reais, sob pena de inviabilizar qualquer economia. Em particular, elas violentariam agressivamente a disposição constitucional que limita os juros reais a 1% ao mês (12% ao ano, admitindo juros simples).

Isto posto, cabem duas indagações:

a) a TR pretende acrescentar à taxa esperada de inflação alguma taxa real de juros



a priori, ou pretende ser um referencial com taxa zero de juros reais?

b) a intenção do legislador era ou não usar a TR como indexador para o mercado financeiro? Em caso afirmativo, porque substituir o BTN pela TR?

A primeira indagação comporta resposta clara.

A TR pretende ser um estimador da inflação futura sem qualquer incorporação de juros reais a priori. Isso se depreende pelo menos de dois fatos:

a) o método de cálculo da TR;

b) a remuneração fixada para as cadernetas de poupança.

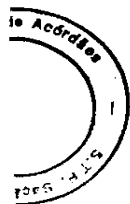
A TR, como se mostra nos anexos 2 e 3, é calculada a partir das taxas dos Certificados de Depósitos Bancários das maiores instituições financeiras do país, deduzindo-se 2% ao mês. Essa dedução só se explica pela presunção de que os CDB's adicionem juros reais generosos de 2% ao mês à taxa esperada de inflação.

No caso das cadernetas de poupança, a remuneração fixada foi TR mais 0,5% ao mês. Anteriormente era correção monetária (medida pela variação da ORTN, da OTN, ou mais recentemente do BTN), mais os mesmos 0,5% mensais. Isso naturalmente associa o antigo papel da correção monetária.

Aliás, como se pode verificar no anexo 4, a variação acumulada da TR no trimestre fevereiro/abril de 1991 foi sensivelmente inferior à de qualquer dos principais índices de preços que poderiam ter sido utilizados para o cálculo da correção monetária. Isso deixa claro que a TR, embora definida como taxa de juros, pretende ser uma taxa nominal com taxa real zero a priori, ou seja, um estimador da inflação esperada para o mês.

- e aqui, a nomenclatura não deve ser potencializada -

"A segunda questão, mais complexa, é se o legislador pretendia transformar a TR num



indexador substitutivo ao BTN, e em caso afirmativo, por que tal substituição. A publicidade associada ao Plano Collor II de que o Brasil pretendia sepultar a correção monetária, à primeira vista sugeria a eliminação de qualquer indexador. Só que isso já havia ocorrido no Plano Cruzado e no Plano Verão, sem nenhum sucesso e com a posterior reindexação. De fato, a simples existência da inflação não leva ao instituto jurídico da indexação. A característica fundamental da indexação, o reajuste de valores expressos em moeda legal por algum índice pactuado nos contratos, precisa ser definida em lei. Sob esse aspecto a Lei 8.177/91, inspirada por economistas com precária formação jurídica, está longe de ser um primor de clareza."

E, como salientado pelo eminente Professor, a ambigüidade da lei não é suficiente, por si só, a conduzir à declaração da inconstitucionalidade.

"A única maneira de interpretá-la é pesquisar as intenções do legislador, especificamente dos economistas que inspiraram as Medidas Provisórias apressadamente votadas pelo Congresso.

Desde 1964, o Direito Brasileiro acolhe dois tipos de contratos. Os não indexados, onde as prestações são estipuladas em valores nominais, isto é, em moeda legal. E os indexados, isto é, aqueles onde as prestações são reajustadas pela inflação, real ou presumida, de acordo com determinados índices estipulados. É evidente que a Lei 8.177/91 não pretendeu acabar com os contratos indexados. Em primeiro lugar porque, no caso do sistema financeiro, não era possível descartar a correção dos passivos da correção dos ativos. Tomemos o caso do Sistema Financeiro de Habitação, onde os recursos são cadernetas de poupança que hoje rendem TR mais 0,5% ao mês, e os ativos, empréstimos cujos saldos devedores são reajustados por correção monetária mais juros reais, em geral de 1% ao mês. Com as atuais taxas de inflação, o sistema faliria



estrandosamente se se concluísse que, em virtude da Lei 8.177/91, a TR não corrige os saldos devedores. O maior estouro seria o do maior agente do SFH, a Caixa Econômica Federal.

Na realidade, a Lei 8.177/91 protege implicitamente o SFH contra essa interpretação, mas a idéia de que a TR não é indexador levaria a outros problemas: a virtual insolvência do Banco do Brasil pelo esmagamento dos seus ativos em crédito rural; ao confisco do patrimônio dos trabalhadores representado pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, e assim por diante.

Diga-se de passagem, enquanto se lembraram os autores da lei, a TR foi usada como indexador. É o caso de impostos, cobrados em TRD's, ou seja, em TR's ajustadas por interpolação diária. Obviamente, a intenção do legislador não era cobrar juros antes do vencimento dos impostos, o que não faria qualquer sentido. Mas não permitir que os impostos fossem pagos em moeda desvalorizada pela inflação. Evidentemente, isso nada mais é do que correção monetária.

Isto posto, se a intenção do Governo não era acabar com a indexação, é o caso de perguntar, porque acabar com o BTN e criar a TR? A resposta compreende dois itens, um de natureza técnica, outro de natureza publicitária.

A razão técnica é que a correção monetária por índices de preços, como a da ORTN e do BTN envolve um problema, o de sincronização. Os índices de preços, para serem coletados e processados, retratam a inflação com defasagem. O que oficialmente se apresenta como índice de preços de um mês, realmente costuma medir a variação média dos preços entre o início e o fim do mês anterior, isto na melhor das hipóteses. A correção monetária, se tiver que ser anunciada no princípio do mês para viabilizar os reajustes contratuais, provavelmente embutirá uma defasagem de um mês e meio e dois meses, senão mais. Isso gera o clássico problema de realimentação ou inércia inflacionária. A indexação amarra a inflação em patamares de difícil queda. A solução é substituir a indexação pela inflação passada pela correção das prestações pela inflação esperada, exatamente a diferença entre a fórmula de reajuste do BTN e da TR.



1

É claro que, por essa razão técnica, a Lei 8.177/91 não precisava acabar com o BTN e criar a TR. Bastava mudar o critério de reajuste mensal do BTN para aquele que se tornou o do TR. Acontece que o Governo, após o fracasso do Plano Collor I, resolveu dar um golpe publicitário com a Lei 8.177."

Senhor Presidente, o parecer revela bem o conteúdo da Taxa Referencial. Passemos ao exame das Leis nºs. 8.177/91 e 8.178/91, para, tendo presentes os campos de incidência da taxa, apreciar esta ação direta de inconstitucionalidade com as repercussões respectivas.

Precisamos aquilatar o alcance do provimento, caso a Corte assente que a "TR" não é, em si, um fator de indexação que visa a minimizar os efeitos nefastos da espiral inflacionária, mas uma remuneração.

Constatei cerca de vinte e duas áreas em que há a incidência da "TR" como simples fator de indexação, como simples parcela que tem a função de repor - se é que repõe, porque quase sempre os índices divulgados ficam aquém da inflação - o poder aquisitivo da moeda.

Início pelo artigo 6º da Lei nº 8.177/91:

"Para atualização de obrigações com cláusula de correção monetária pela variação do BTN, do BTN Fiscal, das demais unidades referidas no art. 3º e dos índices mencionados no art. 4º, relativas a contratos em geral, exceto aqueles cujo objeto seja a venda de bens para entrega

futura, a prestação de serviços contínuos ou futuros e a realização de obras, firmados anteriormente à Medida Provisória que deu origem a esta Lei, deverá ser observado o seguinte:

I - nos contratos que prevêm índice substitutivo..."

- ou seja, que prevêm, alternativamente, um outro índice, fora os extirpados pela Lei nº 8.177/91 -

... deverá ser adotado esse índice."

Está aqui a demonstração inequívoca de que a Lei nº 8.177/91 não encerrou a desindexação da economia. Objetivou, sim, preparar campo propício para algum dia chegarmos a essa desindexação.

"II - nos contratos em que não houver previsão de índice substitutivo, será utilizada a TR..."

- Como índice substitutivo! Substitutivo de que? De remuneração, não! Substitutivo da parcela prevista na cabeça do artigo 6º. Substitutivo da correção monetária -

"... no caso dos contratos referentes ao BTN ou a unidade corrigida mensalmente, ou a TRD, no caso daqueles referentes ao BTN Fiscal e a unidades corrigidas diariamente."

Ainda neste artigo, no parágrafo único prevê-se:

"Para atualização, ..."

- O que é a atualização? É acréscimo? Não, não é acréscimo, é reposição.

"... no mês de fevereiro de 1991..."

- e aqui se fez um acasalamento -

"... dos contratos referentes ao BTN, a unidade de conta com correção mensal ou a índice de preços, deverá ser utilizado índice resultante de composição entre o índice "pro rata", no período decorrido entre a data de aniversário do contrato no mês de janeiro de 1991 e o dia 1º de fevereiro de 1991, e a TRD entre 1º de fevereiro de 1991 e o dia de aniversário do contrato no mês de fevereiro."

"Art. 7º: Os saldos dos cruzados novos..." -

e aqueles que tiveram cruzados retidos sabem bem disso, porque auferiram a correção dos valores. Já perceberam que a devolução vem se fazendo mediante valores corrigidos pela "TR" -

"... transferidos ao Banco Central do Brasil, na forma da Lei 8.024, de 12 de abril de 1990, serão remunerados ..."

- infeliz a expressão, evidentemente, porque não há ganho:

"... a partir de 1º de fevereiro de 1991 e até a data da conversão, pela TRD, acrescida..."

-aí, sim, presume-se a existência do ganho -

"...de juros de seis por cento ao ano, ou fração "pro rata", e serão, improrrogavelmente, convertidos em cruzeiros, na forma da Lei 8.024, de 12 de abril de 1990".

O terceiro campo de aplicação da "TR" como fator de indexação diz respeito ao artigo 8º da Lei, que se refere ao



artigo 5º da Lei 7.862, de 1989:

"Os saldos de que trata este artigo, a partir de 4 de fevereiro de 1991, serão remunerados..."

- um emprego, também aqui, pouco técnico do vocábulo "remunerados"-

"... pela Taxa Referencial Diária (TRD), divulgada pelo Banco Central do Brasil."

Quarta hipótese de incidência da "TR":

"A partir de fevereiro de 1991, incidirá a TRD sobre os impostos, as multas, as demais obrigações fiscais e parafiscais, os débitos de qualquer natureza para as Fazendas Nacional, Estadual, do Distrito Federal e dos Municípios, com o Fundo de Participação PIS-PASEP e com o Fundo de Investimento Social, e sobre os passivos de empresas concordatárias, em falência e de instituições em regime de liquidação extrajudicial, intervenção e administração especial temporária."

Quinta hipótese: § 2º do artigo 9º da Lei nº 8.177:

"A base de cálculo do imposto de renda incidente sobre os rendimentos produzidos por títulos e aplicações de renda fixa será determinada mediante exclusão, do rendimento bruto, da parcela correspondente à remuneração pela TRD, verificada no período da aplicação."

m

Fulmine-se a "TR" e teremos imposto de renda incidindo, inclusive, sobre a chamada "remuneração das cadernetas de poupança".

Outra hipótese - artigo 12:

"Em cada período de rendimento, os depósitos de poupança serão remunerados:"

Não acredito que alguém pense que percebe juros, propriamente ditos, à razão de 22% ao mês. Não temos, no Brasil, tantos agiotas.

Artigo 15 da Lei nº 8.177/91:

"Para os contratos já existentes, contendo cláusula já expressa de utilização da Unidade Padrão de Capital (UPC) como fator de atualização..."

- portanto, de correção monetária -

"... esta passa a ser atualizada mediante a aplicação do índice de remuneração básica dos depósitos de poupança com data de aniversário no dia primeiro."

"Art. 17. A partir de fevereiro de 1991, os saldos das contas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS passam a ser remunerados pela taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos de poupança, com data de aniversário no dia 1º, observada a periodicidade mensal para remuneração."

"Art. 19. Os contratos celebrados a partir de 1º de fevereiro de 1991, relativo (sic) a operações realizadas por empresas construtoras e incorporadoras com adquirentes de imóveis



Handwritten signature or mark.

residenciais e comerciais, poderão conter cláusula de remuneração pela taxa básica aplicável aos depósitos de poupança, desde que vinculados a financiamento junto a instituições integrantes do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo - SBPE."

"Art. 22. Os contratos celebrados a partir de 1º de fevereiro de 1991 com recursos dos depósitos de poupança rural terão cláusulas de atualização pela remuneração básica aplicada aos depósitos de poupança com data de aniversário no dia da assinatura dos respectivos contratos."

Prossegue a Lei nº 8.177/91, prevendo outras hipóteses de incidência da "TR" como fator de indexação:

"Art. 25. Os recursos repassados ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, originário do Fundo PIS-PASEP e do Fundo de Amparo ao Trabalhador, e os saldos devedores dos financiamentos a que se destinam serão atualizados - aqui, o emprego é próprio - de acordo com a periodicidade fixada contratualmente, pela TR, mantidas as taxas de juros contratadas."

Ao lado, portanto, da "TR", fator de indexação, de correção, temos a referência explícita aos juros contratados.

"Art. 26. As operações de crédito rural contratadas junto às instituições financeiras, com recursos oriundos de depósitos à vista e com cláusula de atualização pelo Índice de Preços ao Consumidor - IPC, passam a ser atualizadas pela TR, observado o disposto no artigo 6º desta Lei."

Outra hipótese:

"Art. 38. Os saldos das contas do Fundo de Participação PIS/PASEP e as obrigações emitidas pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento - FND, serão reajustados pela TR nas épocas estabelecidas na legislação pertinente."

"Art. 39. Os débitos trabalhistas de qualquer natureza, quando não satisfeitos pelo empregador nas épocas próprias assim definidas em lei, acordo ou convenção coletiva, sentença normativa ou cláusula contratual sofrerão juros de mora equivalentes à TRD acumulada no período compreendido entre a data de vencimento da obrigação e o seu efetivo pagamento."

Não creio, Senhor Presidente, que estejamos tendo o ajuizamento de demandas trabalhistas objetivando fazer repercutir a parcela decorrente da "TR" em parcelas de natureza salarial, como férias, décimo-terceiro, e mesmo indenização, ainda regida pela própria Consolidação das Leis do Trabalho.

Repito que no julgamento dessa ação direta de inconstitucionalidade principalmente quando abandonamos o objeto nela lançado, para emitir juízo sobre a chamada "TR", temos que considerar as repercussões que advirão, solapando o Sistema Financeiro Nacional.

A atuação do Supremo Tribunal Federal não pode ser uma atuação revolucionária, não pode transformar o Brasil no paraíso dos devedores. A atuação do Supremo Tribunal Federal não pode fulminar o próprio Judiciário e fico a imaginar os milhões de pedidos que serão endereçados ao Judiciário, objetivando a devolução de importâncias pagas indevidamente, isto caso venha a Corte a concluir que a "TR" não é fator de indexação monetária.

Discorri sobre essa matéria unicamente porque está envolvida no voto que pode ser o condutor deste julgamento, o

voto do eminente Ministro Moreira Alves. Não obstante, estou convencido, Senhor Presidente, de que o Procurador-Geral da República não dirigiu esta ação direta de inconstitucionalidade contra o artigo 1º da Lei nº 8.177/91. Não a dirigiu contra os artigos que criaram, em si, esse novo fator de indexação monetária em substituição ao Bônus do Tesouro Nacional. Esta ação tem objeto próprio e, muito embora não estejamos presos à causa de pedir veiculada na inicial - é esta a jurisprudência da Corte - ela visa à intangibilidade do ato jurídico perfeito e acabado e à intangibilidade do direito adquirido. Assento, portanto, Senhor Presidente, e o faço com absoluta convicção, que a "TR", tal como prevista na Lei nº 8.177/91, tal como exposto nos memoriais, nos pareceres que chegaram às nossas mãos, é iniludivelmente um fator de indexação monetária. Não potencializo a errônea no lançamento do vocábulo "remuneração" a ponto de entender desfigurada a parcela, porquanto sobrepõe-se ao aspecto formal, à nomenclatura, o conteúdo da norma.

Passo ao exame dos artigos que se pretende alvejar com esta ação direta de inconstitucionalidade.

O artigo 18 afasta, até mesmo, o enriquecimento sem causa no que apenas prevê, no caput e nos parágrafos 1º e 4º, a substituição de índices que deixaram de existir, obstaculizando, assim, o que poderia ser um enriquecimento sem causa de uma das partes e o desequilíbrio do que por elas contratado. Afasta, portanto, o congelamento do que devido por



3

aqueles que, num sistema todo próprio e benéfico, viabilizador da aquisição da casa própria, alcançaram esse desiderato, que se espera seja atingido, também, por muitos que ainda aguardam financiamento. Se não houver a manutenção do equilíbrio e deixar-se de preservar o retorno do que emprestado, não haverá possibilidade de milhares de cidadãos alcançarem esse objetivo maior, que é o da aquisição da casa própria.

Senhor Presidente, tenho que o artigo 18, como salientado pelo Ministro Ilmar Galvão, apenas dispõe sobre a atualização dos saldos devedores e prestações.

Ataca-se, ainda, o artigo 20 e já ficou esclarecido que essa investida fundamenta-se no fato de que tal preceito não sobrevive se o Tribunal concluir pela inconstitucionalidade do artigo 18. Cogita-se do recolhimento do que pago, à luz do citado artigo, ao Fundo de Compensações de Variações Salariais.

Já o artigo 21 dispõe que:

"Os saldos dos contratos de financiamento celebrados até o dia 31 de janeiro de 1991, realizados com recursos dos depósitos de poupança rural, serão atualizados, no mês de fevereiro de 1991, por índice composto:..."

Aí, temos nos incisos e no parágrafo único a disciplina dessa atualização, que, como afirmei, sequer vem se mantendo, par a par, com os índices de inflação.

O artigo 23 tem a seguinte redação:



"A partir de fevereiro de 1991, (e aqui, talvez, esteja a celeuma que originou esta ação direta de inconstitucionalidade) as prestações mensais nos contratos de financiamento firmados no âmbito do SFH, vinculados ao Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional - PES/CP, serão reajustadas em função da data-base para a respectiva revisão salarial, ..."

Manteve-se, portanto, a vinculação à data base relativa à revisão salarial, isto quanto ao reajuste das prestações.

Como salientado pelo Ministro Ilmar Galvão, estivesse esse artigo solteiro, estivesse esse preceito lançado em um diploma como preceito único, fatalmente caminharíamos para a declaração da respectiva inconstitucionalidade. Contudo, não está. Logo a seguir, a Lei atende a uma cláusula pétrea - que é a alusiva ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido - dispondo, de forma muito clara, em homenagem ao que contratado pelas partes e, portanto, preservando a equivalência salarial que:

"Aos mutuários com contratos vinculados ao PES/CP, firmados a qualquer tempo, é assegurado que, na aplicação de qualquer reajuste, a participação da prestação mensal na renda atual não excederá a relação prestação/renda verificada na data da assinatura do contrato de financiamento ou da opção pelo PES, desde que efetuem a devida comprovação perante o agente financeiro, podendo ser solicitada essa revisão a qualquer tempo."

Portanto, preserva esse dispositivo legal o que

contratado pelas partes, determinando que se mantenha a equação inicial quanto ao comprometimento da renda do adquirente.

O § 1º do artigo 21 preceitua que

"§ 1º. Respeitada a relação de que trata este artigo, o valor de cada prestação mensal deverá corresponder, no mínimo, ao valor da parcela mensal de juros, calculado à taxa convencionalizada no contrato."

Aqui, mais uma vez, remete-se ao que ajustado pelas partes. Considerado o fato de termos hoje a quase totalidade dos mutuários satisfazendo prestações muito aquém do que devido, em face aos incentivos lançados anteriormente, a Lei dispõe que a prestação, desde que não comprometida a equação inicial, deve corresponder, pelo menos, à taxa de juros contratada, e aqui já não se fala da correção monetária que hoje está em cerca de 20% ao mês.

O § 2º tem o seguinte teor:

"Não se aplica o disposto neste artigo às hipóteses de redução de renda por mudança de emprego ou por alteração da composição da renda familiar em decorrência da exclusão de um ou mais co-adquirentes, assegurado aos mutuários, nesses casos, o direito à renegociação da dívida junto ao agente financeiro, visando a restabelecer o comprometimento inicial da renda."

É uma regra que atende aos interesses, em si, dos

mutuários, e somente foi atacada como consequência da possível declaração de inconstitucionalidade do próprio artigo 23.

Vejamos, o § 3º:

"Sempre que, em virtude da aplicação do PES/CP, a prestação for reajustada em percentagem inferior àquela referida no art. 23 desta lei, a diferença será incorporada em futuros reajustes de prestações, até o limite de que trata o caput deste artigo."

Peço vênica para discordar de S. Exª., o Ministro Ilmar Galvão, no que conclui pela inconstitucionalidade do preceito.

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - Apenas uma observação. Aí, o dispositivo contradiz o que foi estabelecido nos contratos, onde esta sistematicamente disposto que o saldo que se verificar corre à conta do fundo e não do próprio mutuário. Portanto, o que se dispõe nesse parágrafo, é que o próprio mutuário arcará com aquela diferença que foi apurada. Por isso, considere-o inconstitucional, pois atinge ele qualquer contrato que tenha sido celebrado anteriormente, sem exceção.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - V. Exª., então, nesse caso, tem presente que se dará aplicação ao preceito considerados contratos pretêritos, cobertos pela absorção do saldo devedor, após satisfeitas as prestações pactuados, pelo Fundo.



3

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - Se esse dispositivo for mantido, todo o raciocínio até aqui desenvolvido se perde. Tudo que se apurar, em termo de diferença, será pago pelo próprio mutuário, e isso nunca foi objeto do contrato. As últimas resoluções do Banco Central estabelecem como imperativa a observância de que o saldo será pago pelo Fundo. Por esse motivo, considereei inconstitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, no particular, reajusto o meu voto para acompanhar o eminente Ministro Ilmar Galvão, concluindo que, temos, realmente, algo que repercute no direito do mutuário de ver o saldo devedor, após a satisfação das prestações contratadas, satisfeito não por ele próprio, mas pelo Fundo e, portanto, com recursos da própria União. Reajusto o voto para, no caso, concluir pela inconstitucionalidade do § 3º do aludido artigo 24. Com isto, o meu voto soma-se ao de S. Exª. no que acolhe parcialmente o pedido formulado na inicial desta ação direta de inconstitucionalidade.

É como voto na hipótese.

23

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ADIn 493-0 - DF

Rel.: Min. Moreira Alves. Repte.: Procurador-Geral da República. Reqdos.: Presidente da República e Congresso Nacional.

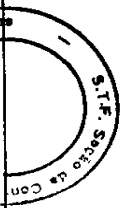
Decisão: Após o voto do Ministro Relator, julgando procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, caput e §§ 1º e 4º; 20; 21 e parágrafo único; 23 e §§ e 24 e §§ da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Ministro Ilmar Galvão. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Célso Borja. Ausente, justificadamente, o Ministro Sydney Sanches, Presidente. Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antonio Machado da Silva, substituto. Plenário, 18.3.92.

Decisão: Após os votos do Ministro Relator, julgando procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, caput e §§ 1º e 4º; 20; 21 e parágrafo único; 23 e §§ e 24 e §§ da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991 e dos Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, julgando-a procedente, em parte, para declarar a inconstitucionalidade apenas do § 3º do art. 24, do mesmo diploma, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Ministro Carlos Velloso. Plenário, 14.5.92.

Presidência do Senhor Ministro Sydney Sanches. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Paulo Brossard.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antônio Machado da Silva.


LUIZ TOMIMATSU
Secretário



25/06/92

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
FEDERAL

Nº 493-0 DISTRITO

V O T O

(VISTA)

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. TAXA REFERENCIAL - TR. CORREÇÃO MONETÁRIA. A TR COMO ÍNDICE DE INDEXAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO RELATIVAMENTE AOS ARTIGOS 18, caput, parágs. 1º e 4º, 20 e 21 e parág. único. Procedência da ação relativamente aos artigos 23 e 24, que introduzem a TR como índice de atualização do valor das prestações mensais nos contratos de financiamento vinculados ao Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional - PES/CP, e que fixam prestação mínima nos contratos submetidos ao PES/CP igual aos juros calculados sobre o saldo: artigos 23 e parágs. e 24 e parágs."

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO: O Procurador-Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade dos artigos 18, caput, e parágs. 1º e 4º, 20, 21 e parág. único, 23 e parágs., 24 e parágs., da Lei nº 8.177, de 01.03.91, por contrariarem o disposto no inciso

Assinado



XXXVI, do art. 5º, da Constituição Federal, que torna intangível o ato jurídico perfeito à incidência da lei nova.

Assim os dispositivos da Lei 8.177, de 01.03.91, acoimados de inconstitucionais:

"Art. 18. Os saldos devedores e as prestações dos contratos celebrados até 24 de novembro de 1986, por entidades integrantes dos Sistemas Financeiros da Habitação e do Saneamento "SFH e SFS", com cláusula de atualização monetária pela variação da UPC, da OTN, do salário mínimo ou do salário mínimo de referência, passam a partir de fevereiro de 1991 a ser atualizados pela taxa aplicável à remuneração básica dos Depósitos de Poupança com data de aniversário no dia 1º, mantidas a periodicidade e as taxas de juros estabelecidas contratualmente.

Parág. 1º. Os saldos devedores e as prestações dos contratos celebrados no período de 25 de novembro de 1986 a 31 de janeiro de 1991, pelas entidades mencionadas neste artigo, com recursos de depósitos de poupança, passam, a partir de fevereiro de 1991, a ser atualizados mensalmente pela taxa aplicável à remuneração básica dos Depósitos de Poupança, com data de aniversário no dia de assinatura dos respectivos contratos.

Parág. 3º. O disposto neste artigo

mueller



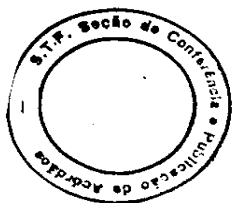
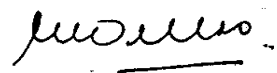
aplica-se igualmente às operações ativas e passivas dos fundos vinculados ao SFH, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte.

Parág. 4º. O disposto no parág. 1º deste artigo aplica-se às Letras Hipotecárias emitidas e aos depósitos efetuados a qualquer título, com recursos oriundos dos Depósitos de Poupança, pelas entidades mencionadas neste artigo, junto ao Banco Central do Brasil, e às Obrigações do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS).

Art. 20. O resultado apurado pela aplicação do critério de cálculo de atualização das operações de que trata o artigo 18, lastreadas com recursos de Depósitos de Poupança e da atualização desses depósitos, na forma do disposto no parágrafo único do art. 13 desta Lei, será incorporado ao Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS), nos termos das instruções a serem expedidas pelo Banco Central do Brasil.

Art. 21. Os saldos dos contratos de financiamento celebrados até o dia 31 de janeiro de 1991, realizados com recursos dos depósitos de poupança rural, serão atualizados, no mês de fevereiro de 1991, por índice composto:

I. da variação do BTN Fiscal observado entre a data de aniversário ou de



assinatura do contrato no mês de janeiro de 1991 e o dia 1º de fevereiro de 1991; e

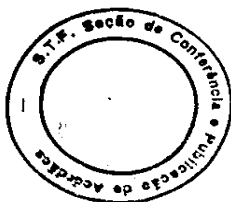
II. da TRD acumulada entre 1º de fevereiro de 1991 e o dia do aniversário do contrato no mês de fevereiro de 1991.

Parágrafo único. A partir do mês de março de 1991, os saldos dos contratos mencionados neste artigo serão atualizados pela remuneração básica aplicada aos depósitos de poupança com data de aniversário no dia da assinatura dos respectivos contratos.

Art. 23. A partir de fevereiro de 1991, as prestações mensais nos contratos de financiamento firmados no âmbito do SFH, vinculados ao Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional - PES/CP, serão reajustadas em função da data base da respectiva revisão salarial, mediante aplicação:

I. do índice derivado da taxa de remuneração básica aplicável aos depósitos de poupança livre no período, observado que:

a) nos contratos firmados até 24 de novembro de 1986, o índice a ser



utilizado corresponderá àquele aplicável às contas de poupança com data de aniversário no dia 1º de cada mês;

- b) nos contratos firmados a partir de 25 de novembro de 1986, o índice a ser utilizado corresponderá àquele aplicável às contas de depósito de poupança com data de aniversário no dia da assinatura dos respectivos contratos;

II. do índice correspondente ao percentual relativo ao ganho real de salário.

Parág. 1º. no caso de contratos enquadrados na modalidade plena do PES/CP, far-se-á, a partir do mês de fevereiro de 1991, o reajuste mensal das respectivas prestações, observado o disposto nas alíneas "a" e "b" do item I deste artigo.

Parág. 2º. do percentual de reajuste de que trata o caput deste artigo será deduzido o percentual de reajuste a que se refere o parágrafo anterior.

Parág. 3º. é facultado ao agente



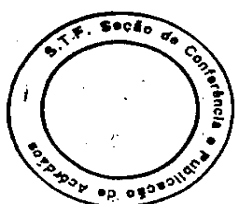
financeiro aplicar, em substituição aos percentuais previstos no caput e parágrafo 1º deste artigo, o índice de aumento salarial da categoria profissional, quando conhecido.

Art. 24. Aos mutuários com contratos vinculados ao PES/CP, firmados a qualquer tempo, é assegurado que, na aplicação de qualquer reajuste, a participação da prestação mensal na renda atual não excederá à relação prestação/renda verificada na data da assinatura do contrato de financiamento ou da opção pelo PES, desde que efetuem a devida comprovação perante o agente financeiro, podendo ser solicitada essa revisão a qualquer tempo.

Parág. 1º. Respeitada a relação de que trata este artigo, o valor de cada prestação mensal deverá corresponder, no mínimo, ao valor da parcela mensal de juros, calculado à taxa convencionada no contrato.

Parág. 2º. Não se aplica o disposto neste artigo às hipóteses de redução de renda por mudança de emprego ou por alteração na composição da renda familiar em decorrência da exclusão de um ou mais co-adquirente, assegurado ao mutuário, nesses casos, o direito à renegociação da dívida junto ao agente financeiro, visando a restabelecer o comprometimento inicial da renda.

muuuu



Parág. 3º. Sempre que, em virtude da aplicação do PES/CP, a prestação for reajustada em percentagem inferior àquela referida no artigo 23 desta Lei, a diferença será incorporada em futuros reajustes de prestações, até o limite de que trata o caput deste artigo."(Fls. 278-282)

O eminente Ministro Moreira Alves, Relator, votou pela procedência da ação. Sustentou, em erudito voto, a impossibilidade, na ordem jurídica brasileira, de leis retroativas. Entendeu, também, que a "Taxa Referencial - TR", instituída pela Lei nº 8.177, de 1991, não constitui índice de desvalorização da moeda, índice de indexação, mas corresponde a fator representativo da remuneração do dinheiro, em determinado período, pelo que não pode ser aplicado a contratos celebrados anteriormente à citada Lei nº 8.177, de 1991. Todos os artigos impugnados na inicial foram considerados, pelo eminente Relator, inconstitucionais.

O Sr. Ministro ILMAR GALVÃO divergiu do Sr. Ministro Relator. Para o Sr. Ministro ILMAR GALVÃO, é inconstitucional apenas o parág. 3º do art. 24 da Lei 8.177, de 1991. O Sr. Ministro MARCO AURÉLIO, que votou em seguida, acabou por acompanhar, integralmente, o Sr. Ministro GALVÃO.

O Sr. Ministro ILMAR GALVÃO, no seu voto, considerou que a "Taxa Referencial - TR", instituída pela Lei nº 8.177, de 1991, constitui índice de indexação, índice que reflete a desvalorização da moeda. *Ilmar Galvão*

Pedi vista dos autos e os trago, a fim de retormarmos o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade.

Abrindo o debate, reitero o que afirmei por ocasião do julgamento da medida cautelar: as leis devem dispor para o futuro, já que os atos anteriores regem-se pela lei do tempo em que foram praticados: tempus regit actum. Estou de acordo com o Sr. Ministro Relator quando S. Exa., no seu douto voto, indica as graduações, por intensidade, da retroatividade, buscando o conceito de cada uma delas na lição de MATOS PEIXOTO ("Limite Temporal da Lei", Rev. Jurídica da Fac. Nacional de Direito da Universidade do Brasil, IX/9-47). Na verdade, a retroatividade das leis pode ser classificada, quanto à graduação por intensidade, em três espécies: a) máxima, quando a lei retroage para atingir a coisa julgada ou os fatos jurídicos consumados (transação, pagamento, prescrição); b) média, quando a lei atinge os direitos exigíveis mas não realizados antes de sua vigência, vale dizer, direitos já existentes mas ainda não integrados no patrimônio do titular. Matos Peixoto, no trabalho citado, leciona que "a retroatividade é média quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de ato jurídico verificados antes dela, exemplo: uma lei que limitasse a taxa de juros e não aplicasse aos vencidos e não pagos"; c) mínima, quando a lei nova atinge os efeitos dos fatos anteriores verificados após a sua edição. Exemplo: um contrato fixa juros de 15% ao mês. A lei nova limita os juros a 10%, com aplicação no tal contrato, a partir de sua edição, contrato que foi firmado anteriormente a ela. A retroatividade



mínima é, muita vez, confundida com o efeito imediato da lei. Registrou o eminente Ministro Relator que incorrem nessa confusão, por exemplo, PLANIOL ("Traité Élémentaire de Droit Civil", 4ª ed., I/95, nº 243, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1906) e ROUBIER ("Le Droit Transitoire — Conflits des Lois dans Le Temps", 2ª ed., pág. 177, nº 38, Dalloz et Sirey, Paris, 1960).

Na ordem jurídica brasileira, em que o princípio da irretroatividade, associado ao do direito adquirido, é tratado em nível constitucional, desde a Constituição do Império — somente a Carta de 1937, que deu forma à ditadura estadonovista, é que, compreensivelmente, não cuidou do tema — nenhuma das irretroatividades acima indicadas — máxima, média e mínima — é tolerada. Vale dizer, no que toca ao efeito retroativo e ao efeito imediato, tanto os facta praeterita (fatos realizados) como os facta pendentia (efeitos de fatos realizados no regime da lei velha, ou situações em curso, mas decorrentes de fatos realizados anteriormente à lei nova) estão compreendidos no princípio da irretroatividade consagrado na Constituição Federal, art. 5º, inc. XXXVI, e na Lei de Introdução, art. 6º. E mais: na ordem jurídica brasileira — repito o que disse por ocasião do julgamento da medida cautelar — quaisquer normas, sejam elas normas públicas, normas de direito público ou normas de direito privado, sujeitam-se ao princípio da irretroatividade, não sendo acertada a afirmativa no sentido de que, tratando-se de normas de ordem pública, a questão da irretroatividade seria encarada noutros termos. Em modesto trabalho doutrinário que escrevi, examinei o tema — "A Irretroatividade da Lei Tributária...", em Rev. de Dir. Trib.,

45/81.

Esclarecido o meu pensamento a respeito do princípio da irretroatividade, examinemos a questão.

1) A "Taxa Referencial - TR" como fator de indexação.

O eminente Ministro Relator entende que a "Taxa Referencial - TR", instituída pela Lei nº 8.177, de 1991, não constitui um índice que expressa a desvalorização da moeda. É ela, sim, fator representativo da remuneração de dinheiro, em determinado período, pelo que é insuscetível de ser aplicado a contratos celebrados anteriormente ao seu advento.

Já o não menos eminente Ministro ILMAR GALVÃO, divergindo, sustenta que a TR não passa "de mais um critério indicador dos efeitos da inflação sobre a moeda", argumentando que, "persistindo a inflação, como persistiu, nada mais natural e, por isso, inelutável, do que imputar-se à perda do poder aquisitivo da moeda a variação verificada, durante certo lapso de tempo, na parte de seu quantitativo excedente de uma taxa que, razoavelmente, possa ser atribuída a rendimento real."

Acrescentou S.Exa., o Sr. Ministro Galvão:

"(...)"

Não importa se o legislador, buscando



moeno

oportunistamente mascarar o verdadeiro caráter do novo indexador, a ele se referiu como "taxa de remuneração básica dos Depósitos de Poupança" (art. 18, caput e parágrafo 1º, da lei em foco), se nos mesmos dispositivos, e nos demais que integram a lei, não pôde evitar o emprego das expressões "atualizados mensalmente" (art. 18, parágrafo 1º), "cálculo de atualização" (art. 20), "atualização desses depósitos" (art. 20), "serão atualizados" (art. 21), "serão reajustadas" (art. 23, caput), "reajuste mensal" (art. 23, parágrafo 1º), etc., que já se incorporaram ao vocabulário jurídico como indicadores da operação pela qual se apura o valor de um bem ou de uma prestação em face do fenômeno inflacionário.

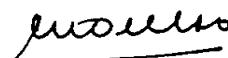
Dai a extrema atualidade e oportunidade da lição de Carlos Maximiliano (Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense, 1979, pág. 166), segundo a qual "...a exegese há de ser de tal modo conduzida (...) que não resulte um sentido contraditório com o fim colimado (...), nem conducente a conclusão física ou moralmente impossível. Desde que a interpretação pelos processos tradicionais conduz a injustiça flagrante, incoerências do legislador, contradição consigo mesmo, impossibilidades ou absurdos, deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido equitativo, lógico e acorde com o sentir geral e o bem presente e futuro da comunidade". *moisés*



Aliás, a expressão "remuneração da poupança", conquanto inadequada, não foi utilizada pela primeira vez na lei em apreciação, sendo, ao revés, de uso correntio, ao lado de outras como "renda da poupança", principalmente nos meios de comunicação de massa, para expressar a taxa pela qual foram nominalmente atualizados os recursos da poupança popular dirigidos para essa modalidade de operação bancária.

O critério pelo qual passaram a ser apurados os índices da TR, de sua vez, não alteram a sua natureza. Com efeito, num momento em que todos os meios eram empregados no sentido de assegurar-se uma curva descendente para o ritmo da inflação, nada mais natural que os mencionados índices passassem a exprimir não uma inflação verificada — o que valeria pela sua realimentação periódica —, mas uma inflação esperada, que funcionaria como estimuladora da taxa decrescente.

Para medida dessa expectativa de inflação, valeu-se o legislador dos índices de variação média das taxas prefixadas para os tomadores de capitais, critério que não se mostra menos legítimo do que aquele que fora até então utilizado para cálculo da variação do BTN, qual seja, a variação do preço de certos bens, que não o dinheiro.



Na verdade, a norma jurídica não tem o condão de modificar as coisas, em sua essência, de nada valendo considerar ela rendimento o que não passa de correção monetária, já que qualquer pessoa, por mais primária que seja em economia, poderia demonstrar o engano do legislador, a partir do momento em que, titular de uma modesta caderneta de poupança, pretendesse viver dos "rendimentos" por ela produzidos, pois muito cedo iria advertir-se de que estaria a consumir o próprio capital, e não os frutos deste, cuja percepção, para que assim pudessem ser considerados, haveriam de deixar substancialmente intacta a coisa que os produziu, no caso, o capital depositado, conforme elementar noção de direito.

Assim, a referida lei, ao determinar que os saldos dos cruzados novos transferidos ao Banco Central do Brasil (art. 7º) e os depósitos de poupança (art. 12) serão remunerados pela TR, acrescida de juros de 1/2 por cento ao mês, na verdade está referindo, no primeiro caso, correção monetária, e não juros.

De registrar-se, aliás, que a presente ação não investe contra o uso da TR como índice de correção monetária, já que não impugna, v.g., o art. 6º e seus incs., da mencionada Lei nº 8.177/91, onde está estipulado que "nos contratos em que não houver previsão de índice substitutivo, será utilizada a TR, no caso dos contratos referentes ao BTN ou a unidade

mueller

corrigida mensalmente, ou a TRD, no caso daqueles referentes ao BTN Fiscal e a unidades corrigidas diariamente".

Estou de acordo com o Sr. Ministro Galvão. Aliás, o Supremo Tribunal Federal, quando, diante da realidade da inflação, viu-se obrigado, porque a lei o determinava, a fazer incidir a correção monetária sobre remuneração de servidores públicos, aplicou a TR, pois esta era o menor índice dentre os demais. A decisão foi tomada em sessão administrativa, é certo. É representativa, entretanto, de um entendimento. Na ocasião, concorri com o meu voto para que a decisão fosse adotada. Não tenho motivos para reconsiderar-me.

Peço licença, pois, ao eminente Ministro Relator, para divergir de S.Exa., no ponto: tenho a TR como índice que expressa a desvalorização da moeda.

2) A aplicabilidade da TR nos contratos que prevêm correção monetária.

Nos contratos que prevêm a incidência da correção monetária, a aplicação da TR pode ser assim visualizada: a) nos contratos que simplesmente prevêm a incidência da correção monetária, sem indicação de índices, a aplicação da TR seria inquestionável, dado que entendemos que a TR constitui índice de indexação; b) nos contratos que prevêm um determinado índice, a substituição deste pela TR poderia ser questionada,

dado que há os que sustentam que a cláusula contratual que fixa índice de atualização não é cláusula monetária, mas cláusula econômica. Haveria, em favor da aplicação da TR, nesses contratos, decisões do Supremo Tribunal, dado que, segundo informa o Sr. Ministro Ilmar Galvão, a jurisprudência da Corte Suprema é no sentido de que "não há falar em direito adquirido (...) a um certo padrão monetário". De um modo ou de outro, penso que não seria possível a declaração de inconstitucionalidade, em abstrato, de normas da Lei nº 8.177, de 1991. É que o exame da inconstitucionalidade demandaria exame do contrato. Tal é o caso do artigo 18, caput, parágs. 1º e 4º. Esclareça-se, aliás, primeiro que tudo, que o artigo 18, da citada Lei 8.177/91, não cuida de contratos de aquisição da casa própria pela equivalência salarial. Cuida, sim, de saldos devedores e prestações de contratos de entidades integrante dos Sistemas Financeiro de Habitação e Saneamento (SFH e SFS), em que tais entidades são devedoras. O exame, em concreto, desses contratos parece-me necessário. Não seria possível o conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade, portanto, em relação ao artigo 18, parágs. 1º e 4º.

O não conhecimento da ação, em relação ao artigo 20, da Lei 8.177/91, seria decorrência do não conhecimento em relação ao artigo 18. É que o artigo 20 é mera decorrência do artigo 18.

O artigo 21 e seu parág. único cuidam de contratos celebrados com recursos dos depósitos de poupança rural, cujos saldos deverão ser atualizados pelo índice estabelecido nos incisos I e II, no mês de fevereiro de 1991

(art. 21, I e II), e que serão corrigidos, a partir de março de 1991, pela remuneração básica aplicada aos depósitos de poupança com data de aniversário no dia da assinatura dos respectivos contratos.

Pergunta-se: esses contratos prevêm a incidência da correção monetária? Os autos não dão resposta. Prevêm, esses contratos, um certo índice de indexação? Também não encontro nos autos a resposta. Não há como admitir, em caso assim, uma declaração de inconstitucionalidade em abstrato.

Não conheço da ação relativamente ao artigo 21 e seu parág. único. da Lei 8.177, de 1991.

3) Os contratos de aquisição da casa própria pela equivalência salarial - PES: artigos 23 e 24 da Lei nº 8.177, de 01.03.91.

Os contratos de aquisição da casa própria pela equivalência salarial são tratados pelos artigos 23 e 24 da citada Lei 8.177/91.

Aqui, é possível o exame da questão no controle concentrado. É que os citados artigos referem-se, expressamente, a contratos de financiamento firmados no âmbito do SFH, vinculados ao Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional - PES/CP, determinando que serão eles reajustados mediante a aplicação da TR. Contratos, pois, que estabeleciam forma certa de atualização — pela equivalência



salarial — deverão, pela lei nova, ser atualizados de forma diferente. Há, no caso, nítida alteração da regra, com prejuízo para o contratante.

Com propriedade, escreve o ilustre Subprocurador-Geral MOACIR MACHADO DA SILVA, no parecer de fls. 278/316:

"(...)

51. A introdução da Taxa Referencial para o reajustamento das prestações, bem como a imposição de prestação mínima equivalente ao valor dos juros sobre o saldo devedor do financiamento submetido ao Plano de Equivalência Salarial, uma e outra relativas aos contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 8.177, de 1º.03.91, importam em substancial alteração contratual e, por conseguinte, em violação do princípio inscrito no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que torna itangível à lei nova o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

52. Não se trata, portanto, de simples alteração de um índice de atualização monetária por outro, mas sim da adoção de critérios de reajustamento e de cálculo de juros que modificam o valor real das prestações, atingindo substancialmente os contratos em curso de execução." (fl. 304)

mo



É correto o raciocínio. Reporto-me, no ponto, às considerações iniciais do meu voto, a respeito da proteção constitucional ao direito adquirido.

Tenho, em consequência, como inconstitucionais as normas da Lei nº 8.177, de 01.03.91, que introduzem a TR como índice de atualização do valor das prestações mensais nos contratos de financiamento vinculados ao Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional - PES/CP, e que fixam prestação mínima nos contratos submetidos ao Plano de Equivalência Salarial igual aos juros calculados sobre o saldo: os artigos 23 e parágs. e 24 e parágs.

Em conclusão, com a vênia do Sr. Ministro Relator, não conheço da ação relativamente aos artigos 18, caput, parágs. 1º e 4º, 20, 21 e parág. único. E julgo procedente a ação referente aos artigos 23 e parágs. e 24 e parágs. da Lei nº 8.177, de 1991.

É o voto.

muuuu



25/06/92

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 493- DISTRITO FEDERAL

V O T O

(Artigo 18 e parágrafos)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, também mantenho meu voto, admitindo a ação direta de inconstitucionalidade, no que direcionada aos artigos referidos pelo ilustre Ministro Carlos Velloso.

Creio que, no caso, temos disciplina específica, inclusive no artigo 18 alude-se aos índices pretéritos fulminados pela Lei.

O único problema que vejo, Senhor Presidente, é que, embora tenhamos contornos próprios na inicial da ação direta de inconstitucionalidade, está-se a discutir, como quê, a constitucionalidade do artigo 1º da própria Lei, no que versa sobre a Taxa Referencial e no que esta se releva, sob a óptica de alguns, como fator de indexação, e, sob a visão de outros, como remuneração. Não creio que o Tribunal esteja compelido a pronunciar-se, especificamente, sobre a matéria, porquanto ser-lhe-á até mesmo difícil apontar na Lei Básica Federal o preceito transgredido, ao se emprestar a um índice, que, a meu



ML

ADN 493- DF

ver, diz respeito a mera indexação, nomenclatura diversa - o título de remuneração.

Conheço totalmente, acompanhando o eminente
Ministro Relator.



25/06/92

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 493- DISTRITO FEDERAL

V O T O

(ARTIGO 18 E PARÁGRAFOS)

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Senhor Presidente, creio que a matéria foi decidida no julgamento liminar. De minha parte enfrentei-a especificamente no início do meu voto, que recorde. Dizia eu:

"Tão logo anunciadas pela imprensa estas representações, que hoje examinamos em pedido de cautelar, que, à vista do noticiário, me impressionara o obstáculo que poderia representar o correto entendimento da Corte de que as questões de direito intertemporal, no resguardo ao direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, em princípio, não se prestam a exame no controle abstrato de normas.

Enfrentei a questão, em parecer na Representação 1.379, de Minas Gerais. Anotava então que (Pareceres do Procurador-Geral da República, 1985/1987, p. 496):

"...tanto a ofensa ao direito adquirido,



quanto a afronta à irredutibilidade da remuneração dos juizes são alegações que, a rigor, não cabe examinar na representação por inconstitucionalidade da lei em tese, salvo quando esta contenha norma intertemporal explícita de aplicação retroativa do regime novo.

Se não a contiver, o problema - como acentuava o saudoso Ministro Rodrigues Alckmin (RTJ 68/301) - "diz, não com a constitucionalidade da lei (evidentemente constitucional no tocante às situações que se constituírem na sua vigência) mas com a legitimidade da aplicação dela a casos que (...) estariam excluídas da sua incidência."

Essa legitimidade da aplicação da lei a uma dada situação de fato, é curial, só pode ser aferida em concreto, à vista das circunstâncias temporais de cada hipótese sobre a qual se questione a sua incidência. Não, porém, na representação por inconstitucionalidade, que visa à validade da lei, abstratamente considerada, e não com a sua aplicabilidade a esta ou àquela situação de fato: assim, aliás, já tem decidido o Supremo Tribunal (v.g. Rp. 891 e Rp. 895,



13.6.73, rel. em. Ministro Djaci Falcão,
RTJ 67/327 e 68/283).""

E continuava, no voto, sobre a medida cautelar:

"Mostrou, entretanto, o eminente Relator, depois de explicar didaticamente as normas de dificultosa compreensão, que constituem objeto desta ação direta, que o problema do seu cabimento, aqui, não se põe: as normas dirigem-se inequívoca e explicitamente aos contratos anteriores às leis que as contêm."

Leis que, **data venia**, ao contrário do que supõe o voto que hoje proferiu o eminente Ministro Carlos Velloso, identificam precisamente os contratos a que se pretendem aplicar, de tal modo que não se faria necessário exame de contrato por contrato para saber da irretroatividade da sua incidência: aplicam-se a contratos anteriores e identificam, perfeitamente, a quais contratos se aplicam as normas questionadas.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - Se o contrato não mencionar o índice? O art. 18, na verdade, menciona quatro índices, mas o art. 21 não menciona índice nenhum, simplesmente diz assim - gostaria de pedir a atenção dos eminentes colegas:

"Os saldos dos contratos de financiamentos, celebrados até o dia 31 de janeiro de 1991, realizados com recursos dos depósitos de



poupança rural, serão atualizados no mês de fevereiro com índice composto:

1 - da variação do BTN fiscal, observada entre a data de aniversário:

2 - da TRD..."

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Ministro, data venia, desde o Decreto-lei 19, de 1966, que não há contrato no Sistema Financeiro de Habitação sem cláusula de correção monetária.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - Ministro, cláusula de correção monetária, sim. Quero me referir a índice específico.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Aí V.Exa. entra no mérito, já toma como premissa para não conhecer da ação a sua visão do problema.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - Veja, Ministro, se o contrato prevê correção monetária, mas não menciona qual o índice que realizará essa correção, pergunto: não seria aplicável a TR?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Aí é que digo: V.Exa. para examinar a questão preliminar, já parte do mérito, mas isto é indagação que se impõe.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - Seria possível decretar-se, então, a inconstitucionalidade?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Estamos tratando do conhecimento da ação direta. Respeito a opinião de V.Exa. de que, sendo a TR índice de correção monetária, se houver a previsão, ela se aplica; se não houver, não se aplica etc. Mas V.Exa. já está numa premissa do seu voto de mérito: a TR seria índice de correção. Mas, isso é a indagação que está posta ao Tribunal e, para respondê-la, teremos que conhecer da ação. Os contratos estão identificados, **data venia**, e são todos com cláusula de correção monetária, porque, desde o Decreto-lei 19, ela é obrigatória em todos os contratos do Sistema Financeiro da Habitação.

Mantenho o meu voto proferido na cautelar, conhecendo integralmente da ação.

25/06/92

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
FEDERAL

Nº 493-0 DISTRITO

V O T O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - Sr. Presidente, gostaria apenas de dar uma explicação sobre o meu voto.

O Ministro Moreira Alves acabou de fazer uma longa exposição sobre a fundamentação do voto que proferiu como Relator, e eu gostaria apenas de salientar três pontos do meu voto divergente.

Primeiramente, quero dizer que, do mesmo modo que o eminente Ministro Moreira Alves, também lamento o critério que foi escolhido para apuração desse índice de correção monetária, que é a "Taxa Referencial - TR". Trocou o legislador a variação de preço de bens, de utilidades, pela variação do valor do dinheiro. Mas procurei justificar, no meu voto, que a opção que o legislador fez não é tão absurda assim, pois o dinheiro é um bem que se presta para apuração de seu preço, para o futuro, pelo menos para o futuro próximo, o que talvez não ocorra com outras mercadorias. O Governo tinha interesse em fixar um índice que tomasse por base um bem que tivesse um valor calculável, apreciável para o futuro. E por quê? Porque esperava uma inflação descendente. Nessa circunstância, se se

STF



aplica, como índice de correção, a variação do valor de bens, de utilidades, no passado, quando a inflação era mais alta, é claro que esse índice vai realimentar a inflação. Como se sabe, não apenas o dinheiro sofre os efeitos da lei da oferta e da procura. Qualquer mercadoria está sujeita às conseqüências dessa regra elementar de economia. De lamentar, apenas, que haja necessidade dessas freqüentes substituições de índices e que tantos índices sejam instituídos.

O Exmo. Sr. Ministro Moreira Alves, apesar de ter dado um voto muito extenso, não explicou um ponto que me parece essencial e que me levou a admitir que a TR é índice. É que, ainda que o Tribunal venha a julgar inconstitucionais os dispositivos impugnados, permanecerá de pé o art. 3º da lei que revogou a OTN, a UPC e demais índices nele mencionados, e, ainda, a ORTN, que já havia sido substituída pela OTN.

Acho que, considerados inconstitucionais aqueles artigos, vão ficar os contratos sem índice para aplicação, principalmente se deles constar, como consta, que o índice a ser aplicado era a UPC, que correspondia a três OTNs acumuladas. Então, se desapareceram a UPC e a OTN, e ficou no seu lugar a TR, e se se considerar inconstitucionais os artigos, qual o índice que vai ser aplicado a tais contratos desde maio do ano passado? Teremos passado mais de um ano sem correção, quer dizer, os contratos ficaram congelados.

E por fim, Sr. Presidente, quando digo que não há direito adquirido a padrão monetário, não considero o direito de um credor ou devedor a exigir pagamento, ou a pagar, em determinada moeda, por exemplo, em cruzeiro ou em cruzado, porque não vejo como isso possa despertar uma controvérsia. Se o cruzeiro desapareceu, em seu lugar temos o cruzado. Como pode



X
alguém vir a exigir pagamento em cruzeiro, como previsto no contrato? Então, quando o Supremo Tribunal afirmou que não há o direito adquirido a padrão monetário, só posso entender que seja direito adquirido, a pagar sob determinado índice de correção monetária, porque não há falar-se em direito adquirido a determinada moeda, já não corrente. O que há a indagar é o **quantum** a receber ou a pagar, em face dos efeitos da inflação.

Finalizando, Sr. Presidente, o Ministro Moreira Alves estranhou que aqui se houvesse afirmado que, nos contratos da casa própria, eram dois os critérios de correção a serem aplicados: um para o saldo devedor e outro para as prestações. Mas não sou eu quem diz isso, é a lei, e não só essa lei, mas todas as leis, desde 1965, quando foi criado o SFH. A primeira delas já havia estabelecido que o saldo devedor se corrigiria com correção monetária plena, enquanto as prestações do mutuário, com base na variação do salário deste. A Lei 8.177/91 também assim fez, nos arts. 23 e 24.

Sr. Presidente, faço essa observação, porque pareceu, ao que ouvi, que havia feito afirmação teratológica. Mas, como assinalei, a duplicidade de critérios de correção decorre das leis e das resoluções do extinto BNH, e, agora, do CMN. O saldo devedor que se apurar ao final do pagamento das prestações será levado a débito do FCVS. Sei que esse fundo encontra-se exaurido. Mas se se chegou a essa situação, bem se sabe, foi porque o Plano da Casa Própria, que foi criado para os necessitados, os sem-casa, foi utilizado na aquisição de casas e apartamentos de luxo, na construção de condomínios de praia.

Desvirtuou-se o programa inicial, que visava à consecução da política que se revestia de nítido caráter social, o que teve por efeito a inviabilização, por completo,

Supremo Tribunal Federal

ADN 493-0 DF

405

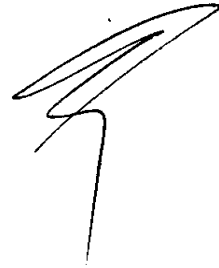
do S.F.H.

Eram essas as observações que gostaria de consignar.

*

*

*



/dcll



25/06/92

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 493-0 DISTRITO
FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - A Lei nº 8.177/91, nos dispositivos questionados na presente ação direta de inconstitucionalidade, estabelece prescrições normativas pertinentes a contratos celebrados anteriormente à data de sua vigência. Ao dispor, inovadoramente, em caráter retroativo, sobre a disciplina de negócios jurídico-contratuais que haviam sido previamente celebrados, o Poder Público introduziu critérios diversos - e nitidamente mais gravosos - concernentes ao cálculo das prestações e ao modo de atualização do valor dos saldos devedores, em manifesta desarmonia com quanto prescreve e proíbe a norma de garantia, consubstanciada no art. 5º, XXXVI, da Constituição, que tutela - em conformidade com vetusta tradição de nosso constitucionalismo, apenas rompida pela ordem autoritária imposta pela Carta de 1937 -, a intangibilidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas.

Da qualificação jurídica da taxa referencial, como indexador do mercado financeiro de títulos e valores mobiliários - que se identifica, desse modo, como padrão referencial que expressa a taxa média ponderada do custo da captação da moeda por instituição financeira para efeito de sua aplicação, e que não constitui, por isso mesmo, índice que



exprima a variação do poder aquisitivo da moeda - deriva a consequência necessária de que a TR não é índice de determinação do valor de troca da moeda.

A TR reflete - consoante assinalou a douta Procuradoria-Geral da República - "... as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo", motivo pelo qual "A atualização pela TR (...) altera não apenas a expressão nominal, mas também o valor real das prestações dos contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei n. 8.177, de 1991" (itens 37 e 39 do Parecer da Procuradoria-Geral da República).

Daí, a observação do eminente Vice-Procurador-Geral da República, Dr. MOACIR ANTONIO MACHADO DA SILVA, a propósito das inovações - e inovações onerosas - veiculadas pela Lei n. 8.177/91, no sentido de que (v. itens ns. 51/53 de seu Parecer), **verbis**:

"A introdução da Taxa Referencial para o reajustamento das prestações, bem como a imposição de prestação mínima equivalente ao valor dos juros sobre o saldo devedor do financiamento submetido ao Plano de Equivalência Salarial, uma e outra relativas aos contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 8.177, de 1º.03.91, importam em substancial alteração contratual e, por conseguinte, em violação do princípio inscrito no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que torna intangíveis pela lei nova o direito adquirido e o ato



jurídico perfeito.

Não se trata, portanto, de simples alteração de um índice de atualização monetária por outro, mas sim da adoção de critérios de reajustamento e de cálculo de juros que modificam o valor real das prestações, atingindo substancialmente os contratos em curso de execução.

Nos contratos imobiliários em curso de execução, pertinentes ao SFH, a modificação da moeda de obrigação ou moeda de conta pela lei superveniente só poderá ser realizada validamente para atualização do valor nominal das prestações, não, porém, para alteração de seu valor real."

O caráter eminentemente remuneratório da TR foi reconhecido, **de modo expresso**, pela própria Lei nº 8.177/91 em seus arts. 12, 17 e 39. Esse aspecto - que assume inegável essencialidade na análise do tema - revela-se bastante para descaracterizar a pretendida natureza da TR como índice de atualização monetária.

Dessa relevante circunstância decorre a acertada conclusão do eminente Relator, no sentido de que

"...Não é, pois, a Taxa Referencial índice de atualização monetária..."

Por isso mesmo, e por não constituir índice neutro de



mera correção monetária, a aplicação da TR às prestações futuras de contratos **precedentemente** celebrados implica alteração do valor real dessas mesmas parcelas contratuais, com evidente ônus para os mutuários, cuja situação jurídico-contratual - **já definitivamente consolidada** - viu-se afetar, desse modo, em sua intangibilidade, pela edição superveniente do ato estatal ora impugnado.

No sistema de direito constitucional positivo brasileiro - **não custa enfatizar** - a eficácia retroativa das leis é excepcional, não se presume, deve emanar de texto expresse de lei e - o que se reveste de essencialidade inquestionável - **não deve e nem pode gerar lesão** ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada (RT 218/447 - RF 102/72 - RF 144/166 - RF 153/695).

Os preceitos impugnados incidem - como exaustivamente o demonstrou o eminente Relator em seu douto voto - no supremo vício jurídico da inconstitucionalidade, pois desrespeitam, de modo claro, inequívoco e ostensivo, o postulado fundamental, de ordem tutelar, inscrito no art. 5º, XXXVI, da Carta Federal, que objetiva resguardar, de maneira absoluta e incondicional, a incolumidade das situações jurídicas definitivamente estabelecidas.

A cláusula constitucional de salvaguarda do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada - exatamente porque veiculada em típica norma de sobredireito - visa a dar concreção e efetividade à necessidade de preservação da segurança das relações jurídicas instituídas e estabelecidas



A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and a long horizontal stroke.

sob a égide do próprio ordenamento positivo.

Se é certo, de um lado, que, em face da prospectividade ordinária das leis, os fatos pretéritos escapam, naturalmente, ao domínio normativo desses atos estatais (RT 299/478), não é menos exato afirmar, de outro, que, para os efeitos da incidência da cláusula constitucional da irretroatividade em face de situações jurídicas definitivamente consolidadas, mostra-se irrelevante a distinção pertinente à natureza dos atos legislativos. Trate-se de leis de ordem pública, cogentes ou imperativas, trate-se de leis de caráter meramente dispositivo, **todas** essas espécies normativas **subordinam-se**, de modo pleno e indiscriminado, à eficácia condicionante e incontrastável do princípio constitucional assegurador da intangibilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada, em face da ação normativa superveniente do Poder Público (RTJ 106/314).

Orienta-se, nesse mesmo sentido, o magistério da doutrina, que **também** adverte que o princípio constitucional em questão é de incidência abrangente, e a cuja imperatividade não se subtraem inclusive as normas de ordem pública (v. CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO, "Irretroatividade das Leis de Ordem Pública", in RF 289/239-242).

Tenho por inconstitucionais, em consequência - e por ofensa ao disposto no art. 5º, XXXVI, da Carta Política - os preceitos inscritos no art. 18, **caput**, e parágrafos 1º e 4º; 20; 21 e seu parágrafo único, e 23 da Lei n. 8.177/91.



Incidem, ainda, no vício de inconstitucionalidade, por transgressão ao princípio constitucional da incolumidade dos atos jurídicos perfeitos, as normas consubstanciadas no art. 24 e seus parágrafos da Lei n. 8.177/91.

Os contratos de financiamento imobiliário, celebrados pelos mutuários através do Sistema Financeiro da Habitação, nos quais estabeleceu-se cláusula regida pelo princípio da equivalência salarial, constituem, enquanto ajustes negociais válidos entre as partes, atos jurídicos perfeitos (RT 547/215), porque traduzem, na concreção do seu alcance, uma manifestação lícita da vontade, que tem por fim - dentre os seus precípuos objetivos - criar uma relação de direito material, e cujo respeito se impõe, prospectivamente, de modo categórico e imperativo, ao próprio Estado.

Os dispositivos constantes do art. 24 e de seus parágrafos do diploma legal em questão também violam o ato jurídico perfeito, pois - consoante ressaltou o em. Relator - alteram "... o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional(PES/CP)" e importam em inovação detrimetosa, em desfavor dos mutuários, dos próprios saldos devedores, não obstante constituam estes objeto de cláusula contratual celebrada com as instituições integrantes do sistema financeiro da habitação.

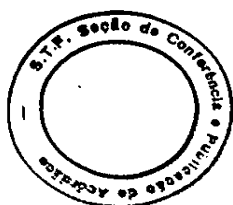
Acentuou-se, no voto proferido pelo em. Relator, que os preceitos em questão ofendem ajustes contratuais



previamente estabelecidos e frustram a expectativa e o consenso generalizados, que emergem do ajuste bilateral fixado, de que as prestações somente deveriam ser reajustadas **se e quando** ocorressem majorações salariais. Mais do que isso, advertiu-se para o fato - **ressaltado pelo Ministério Público Federal** - de que os preceitos em questão nulificam "tudo o que ocorreu desde o início do contrato, em termos de reajuste" e autorizam que se afirme, tal como destacado pelo **Parquet**, que,

"... do passado, somente se aproveita a relação prestação/renda originária, como limite do montante da prestação atual, aplicada, porém, sobre a remuneração atual do mutuário, porque, de resto, as condições contratuais são profundamente alteradas. Não há orçamento que consiga prever uma tal alteração, mesmo porque não era isto que previa o contrato. Tal critério, introduzido pela Lei nº 8.177, desconsidera, também, a generalizada perda do poder aquisitivo do assalariado nos últimos anos, que, sistematicamente, tem sido aumentado em índices inferiores ao da inflação oficial, medida ela por quaisquer dos índices constantemente alterados e escolhidos para aferir a variação.

Por tudo isto se percebe que as inovações trazidas pela Lei nº 8.177/91 afrontam a garantia constitucional de que a lei não retroagirá para atingir o ato jurídico perfeito, modificando substancialmente o montante do reajuste das



prestações."

A imodificabilidade das condições e do regime de execução desses negócios jurídico-contratuais, ressalvada a via do mútuo consenso, encontra, na ordem constitucional brasileira - não custa relembrar, proclamar e acentuar - a proteção eficaz e insuperável da cláusula tutelar das situações definitivamente consolidadas, inscrita no art. 5º, inciso XXXVI, de nossa Carta Política.

Embora desvestido do caráter absoluto que lhe deram as duas primeiras Constituições brasileiras (1824 e 1891), o postulado da irretroatividade da lei nova configura, enquanto norma vocacionada a conferir efetividade e segurança às relações jurídicas, "**regra no Direito Brasileiro**", de que derivam - consoante adverte o magistério autorizado do saudoso HELY LOPES MEIRELLES ("Estudos e Pareceres de Direito Público", vol. IX/258, 1986, RT) - "a) a imutabilidade das relações jurídicas estabelecidas entre as partes; b) a imutabilidade da manifestação de vontade lícitamente expressa, segundo o direito vigente ao tempo do fato (ato jurídico perfeito); e c) a imutabilidade de decisão judicial da qual não caiba mais recurso algum (coisa julgada)".

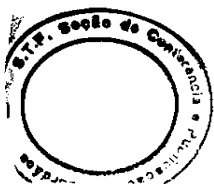
Se é certo, de um lado - tal como ressalta a jurisprudência desta Suprema Corte - que "A lei nova tem caráter imediato e geral", não é menos exato, de outro, que o dogma constitucional, que garante a intangibilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada, **impede** que o ato estatal superveniente, qualquer que seja a

natureza ou índole de que se revista, atinja "a situação jurídica definitivamente constituída sob a égide da lei anterior" (RTJ 55/35). Nem mesmo os efeitos posteriores dos contratos celebrados podem ser **afetados** pela incidência da nova lei, porque - acaso admitida tal consequência - estar-se-ia iniludivelmente fraudando a vontade subordinante do legislador constituinte e absurdamente reconhecendo a possibilidade jurídica de ato estatal com projeção retro-eficaz gravosa, a cuja existência é hostil, de modo inquestionável, o nosso ordenamento constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a norma de sobredireito consagrada no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República - a que correspondia, no regime anterior, o art. 153, par. 3º, da Carta Política - tem, **invariavelmente**, prestigiado o seu sentido tutelar e, ao mesmo tempo, advertido - tal como acentuou o em. Min. DJACI FALCÃO, Relator, no julgamento do RE nº 96.037-RJ - que, **verbis**:

"Tratando-se de contrato legitimamente celebrado, as partes têm o direito de vê-lo cumprido, nos termos da lei contemporânea ao seu nascimento, a regular, inclusive, os seus efeitos. Os efeitos do contrato ficam condicionados à lei vigente no momento em que foi firmado pelas partes. Aí, não há que invocar o efeito imediato da lei nova" (RTJ 106/317).

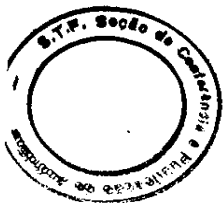
Essa orientação jurisprudencial tem sido prestigiada, no tema - consoante já referido - por esta Suprema



Corte, cujas **reiteradas** decisões, pertinentes às relações jurídico-temporais entre leis novas e contratos em curso, proclamam, fundamentalmente em obséquio ao princípio constitucional da intangibilidade das situações definitivamente consolidadas, que os atos legislativos supervenientes **não** afetam, **não** modificam, **não** alcançam e **nem** se aplicam aos negócios contratuais já celebrados ou, até mesmo, aos efeitos que deles derivam. "Os efeitos de contrato **em curso** no dia da mudança da legislação regulam-se conforme a lei da época da constituição do mesmo". Esta clássica lição de CARLOS MAXIMILIANO ("Direito Intertemporal", p. 197, item nº 168, 1946, Freitas Bastos) tem constituído o próprio fundamento dos pronunciamentos jurisdicionais desta Corte na resolução do tema. **Nesse sentido**, cf. RTJ 89/634, rel. Min. MOREIRA ALVES; RTJ 90/296, rel. Min. RODRIGUES DE ALCKMIN; RTJ 112/759, rel. Min. MOREIRA ALVES; RTJ 107/394, rel. Min. RAFAEL MAYER.

A Lei n. 8.177/91 - que **sensivelmente** afeta o princípio da equivalência salarial, no que concerne ao reajuste do valor dos saldos devedores e das prestações contratuais dos imóveis financiados pelo Sistema Financeiro de Habitação -, desde que aplicados os preceitos em questão aos contratos que lhe são anteriores ou, ainda, às consequências que derivam dos ajustes contratuais em curso, incide na vedação constitucional referida e expõe-se à censura jurídica manifestada, em autorizado magistério, por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA ("Instituições de Direito Civil", vol. I/152, item nº 32, 5ª ed., 1976, Forense):

"Onde quer que exista um direito subjetivo,



de ordem pública ou de ordem privada, oriundo de um fato idôneo a produzi-lo segundo os preceitos da lei vigente ao tempo em que ocorreu, e incorporado ao patrimônio individual, a lei nova não o pode ofender." (grifei)

A norma consubstanciada no art. 24 da Lei nº 8.177/91, especialmente o que de seu par. 1º consta, evidencia, nesse particular, e de modo expressivo - tal como observou a douta Procuradoria-Geral da República (itens 49/50 do Parecer) - uma clara situação de frontal ofensa ao postulado constitucional invocado, na espécie, como parâmetro de confronto, eis que

"O dispositivo em referência, portanto, inova profundamente o contrato porque estabelece novo critério de cálculo dos juros de cada prestação, buscando recompor as reduções observadas nos anos de 1983, 1984, 1985 e 1986, e, ainda, com alteração do pactuado, determinando que essa parcela seja calculada também sobre as diferenças resultantes dos períodos diversos de correção do empréstimo em relação às prestações, que, segundo a legislação vigente por ocasião da celebração dos contratos, constituía encargo do Fundo de Compensação das Variações Salariais.

Dessa forma, mesmo preservada, em tese, a relação originária prestação-renda, não há dúvida de que o dispositivo produz sensível modificação



nos contratos em curso, alterando o valor real das prestações."

São estas, enfim, Sr. Presidente, após detida reflexão sobre a matéria, especialmente motivada pelos substanciosos votos já proferidos e também pelos excelentes e qualificados pareceres e memoriais complementares, produzidos por eminentes juristas nacionais, as conclusões a que cheguei na análise do *thema decidendum*.

Com estas considerações, portanto, e pedindo vênias aos que dele divergem, acompanho o douto voto do em. Relator. Ao fazê-lo, julgo inconstitucionais os preceitos normativos ora impugnados, inscritos na Lei nº 8.177/91, e declaro inteiramente procedente, em consequência, a presente ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo eminente Procurador-Geral da República.

É o meu voto.



/jdm.



25/06/92

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 493- DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Senhor Presidente, li, com atenção, os diversos e bem elaborados memoriais e pareceres que, a título de **amicus curiae**, foram trazidos como subsídios ao julgamento desta causa. Sobre ela refleti demoradamente, dada a importância evidente que tem sobre setor importante da economia pública, com reflexos sociais notórios.

Mas, não consegui fugir à convicção que, à primeira vista, fixei e expressei no voto que deferiu a medida cautelar. Essa convicção parte de que o ponto essencial desta causa é a natureza da Taxa Referencial, em face dos índices contratuais ou legais de correção monetária aplicáveis aos contratos anteriores à lei discutida, sobre os quais pretende ela incidir, expressamente.

No voto liminar, para explicar a utilização que um dos memoriais das instituições bancárias fizera da petição, que, como Procurador-Geral, submeti à Casa na Representação de Interpretação 1.288, tive oportunidade de me referir a alguns trechos dele, e peço vênica para ler a passagem com pertinência a essa questão. Dizia então (Pareceres do Procurador-Geral da República, 1985-87, p. 120):



"A sucessão de normas a respeito do mesmo estatuto legal do reajuste das prestações mensais dos contratos imobiliários do SFH pode suscitar, finalmente, problemas de direito intertemporal.

Sustentam enfaticamente os ilustres Caio Tácito e Orlando Gomes que, derivando o seu conteúdo de normas legais imperativas, independentemente da vontade das partes, as cláusulas relativas à correção monetária das prestações são substituídas, no curso da execução do contrato, pelas leis que alterem a disciplina vigente ao tempo da sua celebração.

Funda-se o primeiro, ao cabo de erudita exposição da doutrina européia, no princípio- que reputa "implícito na legislação dos países que adotam a política de intervenção do Estado na economia" - segundo o qual as leis de ordem pública econômica e as leis imperativas são de aplicação imediata" e, por isso, "determinam a modificação dos contratos em cujo conteúdo se inserem".

Já o Prof. Caio Tácito alicerça o seu raciocínio no princípio da mutabilidade dos contratos administrativos, sobre os quais incidem "tanto o poder modificador da administração contratante como o poder normativo do Estado legislador, quando a força cogente do ato pode



alterar a relação jurídica administrativa."

Sustenta, por isso, que "não há, no plano constitucional, direito adquirido a determinada lei e as obrigações que, por sua natureza, se caracterizam pela adesão a um determinado sistema acompanham a dinâmica das mutações da ordem jurídica, que são o lastro do negócio jurídico."

Dai concluir, no caso específico:

"A substituição legal de um critério de correção monetária por outro, com a particularidade da interdição do parâmetro antes adotado (base no salário mínimo) não pode deixar de se aplicar aos contratos pendentes pela impossibilidade da sobrevivência de uma ordem legal extinta por motivo de relevante interesse público."

A tese não se choca com a circunstância ponderável de que, entre nós, a proteção do ato jurídico perfeito contra a lei nova não é mera construção doutrinária, como na generalidade dos ordenamentos europeus, mas, ao contrário, tem força e hierarquia de garantia constitucional.

Disso deriva, a nosso ver, que à sobrevivência da eficácia das cláusulas



livremente pactuadas de um contrato, em matéria que, à época da sua celebração, era confiada à autônoma estipulação das partes, não pode opor-se a lei superveniente, ainda que de ordem pública.

De fato, reduzir às normas supletivas posteriores ao negócio jurídico o alcance da regra constitucional de irretroatividade seria esvaziar inteiramente o seu conteúdo, pois normas legais que não sejam de ordem pública, por definição, só incidem à falta de estipulação em contrário.

A situação é diferente, no entanto, quando, desde a celebração do contrato, o ponto - como, v.g., o critério da correção monetária - já fosse objeto de regra imperativa, componente da ordem pública econômica, que, por isso, incidisse compulsoriamente na relação obrigacional gerada pelo negócio jurídico, independentemente ou mesmo contra o que pactuassem os contraentes. Neste caso, sim, não existindo, como acentua Caio Tácito, direito adquirido à permanência de uma lei determinada, a alteração dela incide imediatamente sobre a relação em curso e passa a reger-lhe os efeitos permanentes."

Esta é a mesma tese que basicamente se põe na defesa da constitucionalidade da lei em causa.



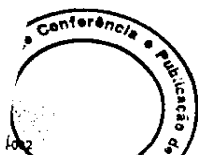
No memorial, que comentava no voto liminar, de autoria do Professor Arnold Wald, se afirmava que "as regras legais de fixação de critérios de correção monetária são de direito monetário, e, pela impossibilidade da sobrevivência de um sistema monetário à sua extinção, aplicar-se-iam aos contratos pendentes".

Dizia, então, no voto liminar que me impressionaram, é certo, as ponderações do eminente Relator, Ministro Moreira Alves, sobre a dúvida, que também agora S.Exa. não chegou a resolver definitivamente, se se trataria, a rigor, de uma cláusula monetária ou equiparável a ela, ou de uma cláusula econômica sujeita ao mesmo princípio constitucional.

Mas, Senhor Presidente, também creio que a solução desse problema não é necessário à decisão e, portanto, não tenho, por ora, porque rever o entendimento que então sustentei.

É que me convenceu, como já me convencera na liminar, a explicação do eminente Relator - assim como a petição dos Procuradores da República do Rio Grande do Sul, na qual se alicerça expressamente o eminente Procurador-Geral, nesta ação direta - de que, no caso, de qualquer sorte, não se trata, efetivamente, de substituir um critério de correção monetária por outro.

Portanto, ainda que se admita, como admiti na Representação 1.288, a incidência imediata das mutações de



critério de correção monetária, a mim me parece que há de haver o mínimo de coerência entre o uso de um índice como correção monetária e a realidade substancial desse índice.

Argumentou-se, aqui, já neste julgamento de mérito, que a lei questionada efetivamente, em várias passagens, utiliza-se da TR como índice de correção monetária. Isso é patente, mas, *data venia*, extrair daí que a TR seja índice de correção monetária é uma petição de princípio: não se trata de saber se, como tal, foi ela usada na Lei 8.177, mas, sim se poderia ela, como substitutivo de índices de correção monetária incidente sobre contratos anteriores a sua vigência, ser utilizada como tal.

Ora, Senhor Presidente, como disse, e disso continuo convencido, não posso aceitar, com todas as vênias, que a lei que define os critérios de apuração desta taxa de remuneração de aplicações em dinheiro, sem ter a ver com variação do poder aquisitivo da moeda, tome-o, ela mesma, como índice de correção monetária em substituição a índices legais anteriores que, mal ou bem, pretendiam medir a desvalorização do padrão monetário nominal.

Não se destinando, segundo a sua definição legal, a dimensionar essa desvalorização, a TRD não pode servir de índice de correção do valor de troca da expressão nominal na moeda do negócio, objeto de ato jurídico perfeito.

Argumentou-se que também os índices, que sempre aceitamos como tradutores de correção monetária, variam entre



si, são relativos, que não é possível medir a desvalorização, matematicamente, em termos precisos. Abstraindo-me dos índices setoriais, porque estes obviamente não visam a medir uma inflação geral, mas uma inflação em determinada área econômica, é óbvio que, também, os índices gerais são cálculos de aproximação.

Mas todos eles têm como objeto a verificação de um fato passado. Sim, um fato passado, quer dizer, a desvalorização do poder de compra da moeda. Jamais, *data venia*, uma taxa média do custo de captação do dinheiro praticado pelos bancos, ainda que nesta taxa se inclua, o que é óbvio, não o fato, a inflação passada, mas a previsão, a expectativa de uma inflação futura.

Não tenho dúvidas, como também parece ter explicitado, hoje, o eminente Relator, de que, tendo a ver com probabilidade de desvalorização da moeda, pode essa taxa, por ato legislativo de império, tornar-se um índice legal de reajuste de prestações de qualquer negócio jurídico. Mas, o que não pode a TR é substituir por algo diverso, em contratos anteriores à vigência da lei que a instituiu, os verdadeiros índices de correção monetária neles estipulados - índices mais ou menos precisos, mas que tendem, com a relatividade possível, a medir o fato passado da inflação já ocorrida.

Quanto aos artigos 23 e 24 da Lei 8.177, o próprio voto dissidente do eminente Ministro Carlos Velloso se põe de acordo com a sua patente inconstitucionalidade.



A dissidência de S.Exa., quanto ao restante, confirma, aliás, a minha visão do problema: o ponto essencial é a natureza da TR. Como a aceitou como índice de correção monetária, S.Exa. afastou a inconstitucionalidade dos dispositivos a ela referentes. Como não a aceito, como tal, chego à conclusão oposta.

Quanto aos artigos 23 e 24, é manifesto que, de fato, se alterou a mecânica de reajustamento previsto, que era uma relação fixa com o salário da época da contratação, sujeita apenas às elevações da categoria.

Portanto, Senhor Presidente, nada mais tendo a acrescentar a essa tese, tão brilhantemente discutida pelos eminentes Colegas que me precederam e pelos ilustres juristas que contribuíram para o debate com seus trabalhos, peço vênias aos que dele dissentiram para seguir o voto do eminente Relator, hoje já perfilhado pelo eminente Ministro Celso de Mello.

Julgo totalmente procedente a ação.

mcpr/



25/06/92

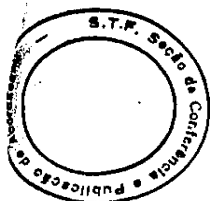
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
FEDERAL

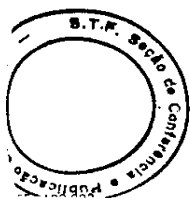
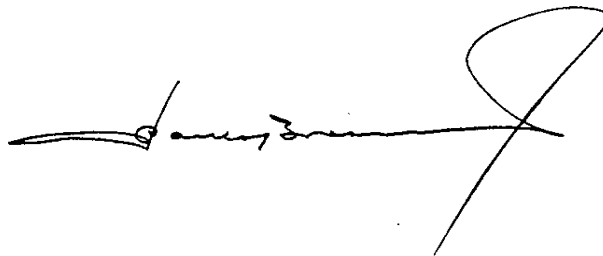
Nº 493-0 DISTRITO

V O T O

O SENHOR MINISTRO PAULO BROSSARD: Senhor Presidente, segundo o art. 1º da Lei 8.177, a taxa referencial, a se divulgada pelo Banco Central, será calculada, "a partir da remuneração mensal líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimento, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimento, caixas econômicas, ou dos títulos públicos federais, estaduais e municipais, de acordo com a metodologia a ser aprovada pelo Conselho Monetário Nacional", devendo figurar entre os bancos os dez maiores, classificados pelo volume de depósitos a prazo fixo. Ora, não é necessário exame profundo para concluir que a remuneração em causa não será equivalente à correção monetária, mas há de ser superior a ela. Por conseguinte, aplicar a TR como sucedâneo da correção monetária em contratos anteriores importaria em agravar as obrigações pactuadas de maneira unilateral. Tenho como certo que a TR, prevista no artigo 1º da Lei 9.177, não é e não pode ser tomada como índice de correção monetária. É claro que na taxa referencial estará contida a correção, mas, à evidência, transcenderá o seu índice, por isso não poderá ser sucedâneo da correção. A matéria foi exaustivamente examinada, de modo que não vejo necessidade de insistir na demonstração de uma tese já sustentada de maneira cabal e concludente, tese que resistiu, a meu juízo, à



argumentação em contrário, desenvolvida pelos Ministros ILMAR GALVÃO e CARLOS VELLOSO. Meu voto é no sentido de julgar procedente a ação direta nº 493, para julgar inconstitucionais o art. 18, caput, parágrafos 1º e 4º, art. 20, art. 21 e seu parágrafo único, art. 23 e parágrafos e art. 24 e parágrafos, da Lei 8.177, na linha do voto do eminente relator.



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 493 - DISTRITO FEDERALV O T O*longalotti*

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI: - A re flexão que dediquei a essa importante questão e o brilhante debate que hoje se travou fortaleceram a convicção que eu já havia expressado na Sessão do dia 8 de maio de 91, quando vo tei no sentido de ser deferida a medida cautelar relativa à presente ação direta de inconstitucionalidade.

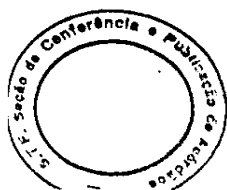
Admiti, então, Sr. Presidente, e continuo na mesma convicção, que esta taxa, a chamada de taxa referen cial ou TR, não pode ser considerada como simples fator de correção monetária.

A correção monetária visa a corrigir, sim plesmente, a expressão monetária da obrigação, preservando o seu valor intrínseco, ou seja, o valor aquisitivo da moeda.

Já essa taxa de referência, tal como defi nida no art. 1º, da Lei 8.177, não possui a característica de neutralidade, própria do índice de correção da moeda.

Seu cálculo baseia-se, exclusivamente, na avaliação do custo do dinheiro que é influenciado pela liqui dez do mercado.

Não se presta, por isso, essa taxa, a ser vir de índice de atualização, porque não representa o custo de utilidade alguma, senão o próprio custo do dinheiro.



É meio de remuneração - disse eu então - e não de recomposição do capital. Por isso, não me parece ser meio idôneo para manter a equação financeira de um contrato e substituir o índice anteriormente convencionado pelas partes.

A partir desta premissa que me parece essencial ao deslinde de toda a controvérsia, acompanho o voto do eminente Relator, com a devida vênias dos Colegas que dele divergiram e julgo inteiramente procedente a ação.

Rayallotti



/amn/

25/6/91

TRIBUNAL PLENO

430

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

V O T O

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA : - A Lei nº 8.177, de 10/3/1991, estabelece regras para a desindexação da economia, dando outras providências.

No art. 3º, o diploma legal em exame extinguiu, a partir de 10/02/1991, o BTN Fiscal, instituído pela Lei nº 7.799, de 10 de julho de 1989; o Bônus do Tesouro Nacional-BTN de que trata o art. 5º da Lei nº 7.777, de 19 de julho de 1989, assegurada a liquidação dos títulos em circulação nos seus respectivos vencimentos, e o Maior Valor de Referência - MVR, "e as demais unidades de conta assemelhadas que são atualizadas, direta ou indiretamente, por índice de preços", deixando a Fundação IBGE de calcular o Índice de Reajustes de Valores Fiscais - IRVF e o Índice da Cesta Básica - ICB, "mantido o cálculo do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC" (art. 4º). Também, à vista do disposto no art. 15, da Lei nº 8.177, cessou a utilização da Unidade-Padrão de Capital - UPC como fator de atualização.

Ficou vedado, além disso, "ut" art. 10 da Lei em apreço, estipular cláusula de correção monetária, com base em índice de preços, nos contratos em geral, quando celebrados com prazo ou período de repactuação inferior a um ano, exceto aqueles cujo objeto seja a venda de bens para entrega futura, a prestação de serviços contínuos ou futuros e a realização de obras (art. 6º), "firmados anteriormente à medida provisória que deu origem a esta Lei."

A Lei nº 8.177/1991 estipulou, porém, no art. 1º, que o Banco Central do Brasil "divulgará Taxa Referencial - TR, calculada a partir da remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimento, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos, caixas econômicas, ou dos títulos públicos federais, estaduais e municipais, de acordo com metodologia a ser aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, no prazo de sessenta dias, e enviada ao conhecimento do Senado Federal." No § 2º do art. 1º, a Lei em referência estabelece que "as instituições que venham a ser utilizadas

J. Néri

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

como bancos de referência, dentre elas, necessariamente, as dez maiores do país, classificadas pelo volume de depósitos a prazo fixo, estão obrigadas a fornecer as informações de que trata este artigo, segundo normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, sujeitando-se a instituição e seus administradores, no caso de infração às referidas normas, às penas estabelecidas no artigo 44 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964." No art. 2º, prevê-se a divulgação, pelo Banco Central do Brasil, para cada dia útil, da Taxa Referencial Diária - TRD, correspondendo seu valor diário à distribuição para o mês corrente, preceituando-se, no § 2º desse artigo, que, divulgada a TR, a fixação da TRD, nos dias úteis restantes do mês, "deve ser realizada de forma tal que a TRD acumulada entre o 1º dia útil do mês e o 1º dia útil do mês subsequente seja igual à TR do mês corrente."

No art. 8º, dando nova redação ao art. 5º da Lei nº 7.862/1989, previu a Lei nº 8.177 que o Banco Central do Brasil e as instituições financeiras, a que se refere o § 2º do referido art. 5º, "recolherão ao Tesouro Nacional, no último dia útil de cada decêndio, remuneração incidente sobre os saldos diários dos depósitos da União existentes no decêndio imediatamente anterior", sendo os aludidos saldos remunerados, a partir de 04/02/1991, pela TRD, divulgada pelo Banco Central do Brasil. Também a TRD deverá incidir, a partir de fevereiro de 1991, "sobre os impostos, multas, demais obrigações fiscais e parafiscais, os débitos de qualquer natureza para com as Fazendas Nacional, Estadual, do Distrito Federal e dos Municípios, com o Fundo de Participação PIS-PASEP e com o Fundo de Investimento Social, e sobre os passivos de empresas concordatárias, em falência e de instituições em regime de liquidação extrajudicial, intervenção e administração especial temporária."

Quanto aos depósitos de poupança, o art. 12, da Lei 8.177, estipulou remuneração básica, por taxa correspondente à acumulação das TRDs, no período transcorrido "entre o dia do último crédito de rendimento inclusive, e o dia do crédito de rendimento, exclusive", acrescida ainda da adicional, por juros de meio por cento ao mês. Nesse sentido,

J. Néri

/MCA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

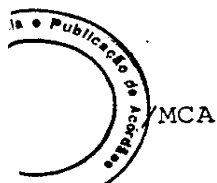
Nº 00004930/600

por igual, a teor do art. 7º, os saldos dos cruzados novos transferidos ao Banco Central do Brasil e até a data da conversão. Também, a partir de fevereiro de 1991, estipula-se que os saldos das contas do FGTS "passam a ser remuneradas pela taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos da poupança, mantidas as taxas de juros previstas na legislação em vigor do FGTS como adicionais à remuneração em referência (art. 17 e parágrafo único)." Os débitos trabalhistas de qualquer natureza, à sua vez, quando não satisfeitos pelo empregador nas épocas próprias assim definidas em lei, acordo ou convenção coletiva, sentença normativa ou cláusula contratual sofrerão juros de mora equivalentes à TRD acumulada no período compreendido entre a data de vencimento da obrigação e o seu efetivo pagamento (art. 39), cuidando-se, no § 1º do mesmo artigo, dos débitos trabalhistas relativos a condenação pela Justiça do trabalho ou decorrentes dos acordos feitos em reclamatória trabalhista, quando não cumpridos nas condições homologadas ou constantes do termo de conciliação, e, quanto a eles, aí se estipulando que "serão acrescidos, nos juros de mora previstos no "caput", juros de um por cento ao mês, contados do ajuizamento da reclamatória e aplicados "pro rata die", ainda que não explicitados na sentença ou no termo de conciliação."

A adoção de cláusula de remuneração pela taxa básica aplicável aos Depósitos de Poupança prevê-se, no mesmo sentido, nos arts. 19 e 18, § 2º, e 22, da Lei nº 8.177, quanto a contratos novos, "verbis":

"Art. 19. Os contratos celebrados a partir de 1º de fevereiro de 1991, relativos a operações realizadas por empresas construtoras e incorporadoras com adquirentes de imóveis residenciais e comerciais, poderão conter cláusula de remuneração pela taxa básica aplicável aos depósitos de poupança, desde que vinculados a financiamento junto a instituições, integrantes do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo - SBPE.

"Art. 18.

2. N.º

§ 2º. Os contratos celebrados a partir da vigência da medida provisória que deu origem a esta Lei pelas entidades mencionadas neste artigo (entidades integrantes dos Sistemas Financeiros de Habitação e do Saneamento - STH e SFS), com recursos de Depósitos de Poupança, terão cláusula de atualização pela remuneração básica aplicável aos Depósitos de Poupança, com data de aniversário no dia da assinatura dos respectivos contratos."

"Art. 22. Os contratos celebrados a partir de 1º de fevereiro de 1991 com recursos dos depósitos de poupança rural terão cláusulas de atualização pela remuneração básica aplicada aos depósitos de poupança com data de aniversário no dia da assinatura dos respectivos contratos."

A Lei nº 8.177/1991, não obstante extinguindo os diversos índices a que se refere o art. 3º (BTNF, BTN, MVR) e afastada a utilização da UPC (Unidade-Padrão de Capital) (art. 15), da OTN, do Salário Mínimo ou do Salário Mínimo de Referência (art. 18), do IRVF e do Índice da Cesta Básica (ICB) (art. 4º), mantém norma expressa de atualização, a significar que prosseguem sujeitos a regime indexado, indicando-se, no caso, como índice de revisão a taxa aplicável à remuneração básica dos Depósitos de Poupança.

Nesse sentido, está no art. 6º, regra genérica, "verbis":

"Art. 6º. Para atualização de obrigações com cláusula de correção monetária pela variação do BTN, do BTN Fiscal, das demais unidades referidas no artigo 3º e dos índices mencionados no artigo 4º, relativas a contratos em geral, exceto aqueles cujo objeto seja a venda de bens para entrega futura, a prestação de serviços contínuos ou futuros e a realização de obras, firmados anteriormente à medida provisória que deu origem a esta Lei, deverá ser observado o seguinte:

J. Neri

I - nos contratos que prevêm índice substitutivo deverá ser adotado esse índice, exceto nos casos em que esta Lei dispuser em contrário;

II - nos contratos em que não houver previsão de índice substitutivo, será utilizada a TR, no caso dos contratos referentes ao BTN ou a unidade corrigida mensalmente, ou a TRD, no caso daqueles referentes ao BTN Fiscal e a unidades corrigidas diariamente.

Parágrafo único. Para atualização, no mês de fevereiro de 1991, dos contratos referentes ao BTN, a unidade de conta com correção mensal ou a índice de preços, deverá ser utilizado índice resultante de composição entre o índice "pro rata", no período decorrido entre a data de aniversário do contrato no mês de janeiro de 1991 e o dia 1º de fevereiro de 1991 e a TRD entre 1º de fevereiro de 1991 e o dia de aniversário do contrato no mês de fevereiro."

Também o art. 15, nessa linha, preceitua:

"Art. 15. Para os contratos já existentes, contendo cláusula expressa de utilização da Unidade-Padrão de Capital - UPC como fator de atualização, esta passa a ser atualizada mediante a aplicação do índice de remuneração básica dos depósitos de poupança com data de aniversário no dia primeiro."

Por igual, nos arts. 18 e §§ 1º e 4º, 21 e parágrafo único, 23 e seus parágrafos, "verbis":

"Art. 18. Os saldos devedores e as prestações dos contratos celebrados até 24 de novembro de 1986, por entidades integrantes dos Sistemas Financeiros de Habitação e do Saneamento (SFH e SFS), com cláusula de atualização monetária pela variação da UPC, da OTN, do Salário Mínimo ou do Salário Mínimo de Referência, passam a partir de fevereiro de 1991, a



/MCA

J. Neri

ser atualizados pela taxa aplicável à remuneração básica dos Depósitos de Poupança com data de aniversário no dia primeiro, mantidas a periodicidade e as taxas de juros estabelecidas contratualmente.

§ 1º. Os saldos devedores e as prestações dos contratos celebrados no período de 25 de novembro de 1986 a 31 de janeiro de 1991, pelas entidades mencionadas neste artigo, com recursos de depósitos de poupança, passam, a partir de fevereiro de 1991, a ser atualizados mensalmente pela taxa aplicável à remuneração básica dos Depósitos de Poupança, com data de aniversário no dia de assinatura dos respectivos contratos.

§ 4º. O disposto no § 1º deste artigo aplica-se às Letras Hipotecárias emitidas e aos depósitos efetuados a qualquer título, com recursos oriundos dos Depósitos de Poupança, pelas entidades mencionadas neste artigo, junto ao Banco Central do Brasil, e às obrigações do Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS.

Art. 21. Os saldos dos contratos de financiamento celebrados até o dia 31 de janeiro de 1991, realizados com recursos dos depósitos de poupança rural, serão atualizados, no mês de fevereiro de 1991, por índice composto:

- I - da variação do BTN Fiscal observado entre a data de aniversário ou de assinatura do contrato no mês de janeiro de 1991, e o dia 1º de fevereiro de 1991; e
- II - da TRD acumulada entre 1º de fevereiro de 1991 e o dia do aniversário do contrato no mês de fevereiro de 1991.

Parágrafo único. A partir do mês de março de 1991, os saldos dos contratos mencionados neste artigo serão atualizados pela remuneração básica aplicada aos depósitos de poupança com data de aniversário no dia da assinatura dos respectivos contratos.

Art. 23. A partir de fevereiro de 1991, as

J. Néri



/MCA

436

prestações mensais nos contratos de financiamento firmados no âmbito do SFH, vinculados ao Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional - PES/CP, serão reajustadas em função da data-base para a respectiva revisão salarial, mediante a aplicação:

I - do índice derivado da taxa de remuneração básica aplicável aos depósitos de poupança livre no período, observado que:

a) nos contratos firmados até 24 de novembro de 1986, o índice a ser utilizado corresponderá àquele aplicável às contas de poupança com data de aniversário no dia primeiro de cada mês;

b) nos contratos firmados a partir de 25 de novembro de 1986, o índice a ser utilizado corresponderá àquele aplicável às contas de depósitos de poupança com data de aniversário no dia da assinatura dos respectivos contratos.

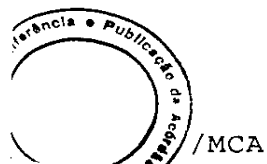
§ 1º. No caso de contratos enquadrados na modalidade plena do PES/CP, far-se-á, a partir do mês de fevereiro de 1991, o reajuste mensal das respectivas prestações, observado o disposto nas alíneas "a" e "b" do item I deste artigo.

§ 2º. Do percentual de reajuste de que trata o "caput" deste artigo será deduzido o percentual de reajuste a que se refere o parágrafo anterior.

§ 3º. É facultado ao agente financeiro aplicar, em substituição aos percentuais previstos no "caput" e § 1º deste artigo, o índice de aumento salarial da categoria profissional, quando conhecido."

Por último, estabelecem o art. 24, "caput" e parágrafo 1º, da Lei nº 8.177, de 1º/3/1991:

"Art. 24. Aos mutuários com contratos vinculados ao PES/CP, firmados a qualquer tempo, é assegurado que, na aplicação de qualquer reajuste, a participação da prestação mensal na renda atual não excederá a relação prestação/renda verificada na data da assinatura do contrato de financiamento ou da opção pelo PES, desde que efetuem a devida comprovação

J. Neri

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

perante o agente financeiro, podendo ser solicitada essa revisão a qualquer tempo.

§ 1º. Respeitada a relação de que trata este artigo, o valor de cada prestação mensal deverá corresponder, no mínimo, ao valor da parcela mensal de juros, calculada à taxa convencionada no contrato."

Dessa maneira, os arts. 23, I e II, e parágrafos, e 24, "caput", e parágrafo 1º, suso transcritos, referentes aos contratos de financiamento firmados no âmbito do SFH, vinculados ao Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional, estipulam, sem qualquer dúvida, alteração do critério definido nos contratos e na legislação anterior, para as prestações mensais, a partir de 1º de fevereiro de 1991. Segundo o art. 24, nos contratos respectivos não mais se consideraria, como índice, a variação salarial da categoria do mutuário, entre uma data-base e outra, adotando-se, para tanto, em substituição, o critério da "participação da prestação mensal na renda atual", tendo como limite a relação prestação/renda contemporânea à assinatura do contrato de financiamento ou da opção pelo - PES preceituando-se, ainda, no parágrafo 1º, também impugnado, que "o valor de cada prestação mensal deverá corresponder, no mínimo, ao valor da parcela mensal de juros, calculado à taxa convencionada no contrato."

No que concerne ao art. 23 e seus parágrafos, suso transcritos, por igual, altera-se o critério de reajustamento com a determinação de adotar-se o índice derivado da taxa de remuneração básica aplicável aos depósitos de poupança livre no período, nos termos discriminados nas alíneas "a" e "b", do inciso I, do referido art. 23. É a esse critério novo que se refere o § 1º do art. 23 em exame, ao preceituar que, no caso dos "contratos enquadrados na modalidade plena do PES/CP, far-se-á, a partir do mês de fevereiro de 1991, o reajuste mensal das respectivas prestações, observado o disposto nas alíneas "a" e "b", do item I deste artigo. Também o parágrafo 3º do mesmo artigo, à vista do critério novo

J. Nêi

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

estipulado no "caput" do dispositivo e seu inciso I, apenas o que estabelece é uma faculdade ao agente financeiro de aplicar o índice de aumento salarial da categoria profissional, quando conhecido, ao invés do novo critério previsto no art. 23 e seu inciso I, e § 1º, da Lei 8.177/1991.

Substituiu-se o percentual resultante da variação, a partir de março de 1990, do valor nominal do BTN, ou "do acréscimo de percentual relativo ao ganho real de salário", "ut" Lei nº 8.100/1990, art. 1º, incisos e § 1º, pelo índice derivado da taxa de remuneração básica aplicável aos depósitos de poupança livre no período.

Pelo regime anterior da Lei nº 8.100, de 05/12/1990, art. 2º, ao mutuário, cujo aumento salarial for inferior à variação dos percentuais referidos no "caput" e § 1º do artigo 1º da mesma Lei, "fica assegurado o reajuste das prestações mensais em percentual idêntico ao do respectivo aumento salarial, desde que efetuem a devida comprovação perante o agente financeiro."

Serão compatíveis, entretanto, com a ordem constitucional essas alterações nos contratos de financiamento firmados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, vinculados ao Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional - PES/CP, bem assim os firmados, até 24/11/1986, por entidades integrantes dos Sistemas Financeiros de Habitação e do Saneamento (SFH e SFS), com cláusula de atualização monetária, pela variação da UPC e outros índices indicados no art. 18, da Lei em referência, e ainda aqueles contratos a que se refere o § 1º do mesmo art. 18, celebrados no período de 25/11/1986 a 31 de janeiro de 1991, pelas entidades mencionadas, com recursos de depósitos de poupança? É o que examinaremos, tendo em conta, destarte, por primeiro, que a desindexação pretendida pela Lei nº 8.177/1991 não se revestiu do caráter de universalidade, no que respeita às relações jurídicas em geral, quer públicas, quer privadas. Acresce notar que, "ex vi" do art. 1º, da Lei nº 8.177, cuidou o legislador de substituir os índices de atualização monetária não por critério fundado em fator com variação do custo de vida, ou assemelhado, ou a ele pertinente.

J. N. Jr.

Em linha de princípio, o conteúdo da convenção que as partes julgaram conveniente, ao contratar, é definitivo. Unilateralmente, não é jurídico entender que uma das partes possa modificá-lo. Questão melindrosa, todavia, se põe, quando a alteração de cláusulas do ajuste se opera pela superveniência de disposição normativa. Não possui o ordenamento jurídico brasileiro preceito semelhante ao do art. 1.339, do Código Civil italiano, ao estabelecer: "As cláusulas, os preços de bens ou de serviços, impostos pela lei, são insertos de pleno direito no contrato, ainda que em substituição das cláusulas diversas estipuladas pelas partes."

A inserção de cláusulas legais, assim autorizadas, independentemente da vontade das partes, reduz, inequivocamente, a autonomia privada e a liberdade contratual. Decerto, nos países cuja legislação consagra regra da extensão do preceito transcrito do direito italiano, as modificações dos contratos em cujo conteúdo se introduzam, por via da lei, cláusulas novas em substituição às estipuladas pelas partes contratantes, a aplicação imediata das denominadas leis interventivas aos contratos em curso há de ser admitida, como mera consequência do caráter estatutário da disciplina a presidir essas relações jurídicas, postas sob imediata inspiração do interesse geral, enfraquecido, pois, o equilíbrio decorrente do acordo das partes, "modo privato", da autonomia da vontade.

Essa liberdade de o legislador dispor sobre a sorte dos negócios jurídicos, de índole contratual, neles intervindo, com modificações decorrentes de disposições legais novas não pode ser visualizada, com idêntica desenvoltura, quando o sistema jurídico prevê, em norma de hierarquia constitucional, limite à ação do legislador, de referência aos atos jurídicos perfeitos.

Ora, no Brasil, estipulando o sistema constitucional, no art. 5º. XXXVI, da Carta Política de 1988, que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada", não logra assento, assim, na ordem jurídica, a assertiva segundo a qual certas leis estão excluídas da incidência do preceito maior mencionado.

J. N. M.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

Já tive, nesse sentido, oportunidade de afirmar, no voto que proferi na assentada de julgamento da Medida Cautelar, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 534-1/600, acerca de dispositivos da Lei nº 8.024, de 12/4/1990, em que se transformou a Medida Provisória nº 168, de 15/3/1990, que instituiu o cruzeiro, dispondo sobre a liquidez dos ativos financeiros, dando outras providências, "in verbis":

"Do exame do contexto da Lei nº 8.024/1990 não tenho como possível deixar de considerá-la um diploma regulador da ordem monetária, ao cuidar da designação e do padrão da moeda, de sua correspondência de valor com a unidade dos sistemas então em vigor, sobre o procedimento de conversão, para o novo sistema monetário, das expressões valorativas segundo o padrão monetário anterior e, ainda, no que concerne à emissão da moeda nova e à simultaneidade temporária dos dois padrões monetários.

Anota LETÁCIO JANSEN, "in" "A NORMA MONETÁRIA", 1988, p. 22:

"Quando a lei autoriza uma emissão, está, na quase totalidade dos casos, autorizando a emissão de uma moeda já criada anteriormente. Quando a lei dá denominação a uma moeda, está, na verdade, também quase sempre, dando uma nova denominação a uma moeda preexistente. Quando a lei fixa um padrão para a moeda, o faz, outrossim, em relação a um padrão anteriormente existente. Tal só não acontece quando a lei que dê nome, fixe valor nominal e autorize a emissão da moeda, for simultânea à criação de um novo estado, ou à modificação revolucionária do Estado existente: tenha, em outras palavras, nível constitucional."

Quando a Constituição assegura à União privativamente legislar sobre sistema monetário (CF, art. 22, VI), à evidência, as normas ordinárias que se

J. Jansen

/MCA

editarem sobre moeda, conversão de moeda eventualmente substituída por novo padrão, sobre emissão ou outra operação do sistema monetário, não de respeitar os princípios fundamentais da ordem constitucional democrática estabelecida no Estatuto Fundamental. O caráter instrumental da atividade financeira do Estado, visualizado na perspectiva da realização de seus fins essenciais e últimos, entre estes incluídas a realização do Direito, a segurança dos direitos fundamentais, a promoção da justiça social, não autoriza, na definição de uma ordem monetária, ou em sua alteração, o descumprimento de princípios básicos da Constituição. As normas monetárias editadas, por via de legislação ordinária, à evidência, não obstante sua importância na disciplina das relações jurídicas individuais e da ordem econômica e financeira, não de guardar respeito à hierarquia das regras, sujeitando-se à Constituição, que a todas sobrelevaria.

Pois bem, a "quaestio juris" que, a meu ver, se propõe, na espécie, por primeiro, concerne à validade do parágrafo 1º, dos arts. 5º, 6º e 7º, da Lei nº 8.024/1990, referente à não-conversão imediata, em cruzeiros, das quantias, em cruzados novos, que excederam os limites fixados no "caput" dos arts. 5º e 6º e nos itens I e II, do art. 7º, estipulando-se que esse fato jurídico somente sucederá, a partir de 16 de setembro de 1991, em doze parcelas mensais, iguais e sucessivas, determinando-se, outrossim, a transferência desses saldos e valores ao Banco Central do Brasil, até a data referida.

Dessas normas impugnadas resulta, concretamente, em consequência, que os titulares de depósitos à vista, de cadernetas de poupança e de depósitos a prazo fixo e de demais títulos e recursos previstos no "caput" do art. 7º, em face da lei monetária examinada, não tiveram convertidos na moeda nova as quantias em cruzados novos excedentes dos limites consignados no "caput" dos artigos referidos. Mais. Por força do art. 9º da mesma

J. N. Jr.

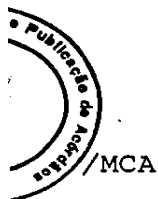
/MCA

lei, estabeleceu-se que esses saldos em cruzados novos, não convertidos em cruzeiros, haveriam de ser mantidos, no Banco Central do Brasil, para onde de imediato se transferiram, em contas individualizadas em nome da instituição financeira depositante, a qual deverá conservar cadastro dos ativos financeiros denominados cruzados novos, "individualizados em nome do titular de cada operação".

Bem de ver é, assim, que das normas indicadas decorreu, para os titulares desses "ativos financeiros denominados em cruzados novos", a impossibilidade de deles disporem, como anteriormente à Lei podiam fazê-lo, não só porque não convertidos, desde logo, em cruzeiros, segundo a paridade estabelecida no § 2º do art. 1º, mas porque transferidos, "ex lege" (art. 9º), ao Banco Central do Brasil, onde se mantêm em contas individualizadas em nome da instituição financeira depositante e, dessa forma, indisponíveis.

Essa situação gerada pela lei monetária, ao tornar indisponíveis, pelos titulares, os saldos em cruzados novos de depósitos à vista e de cadernetas de poupança e de depósitos a prazo fixo e outros títulos e recursos (arts. 5º, 6º e 7º), fere atos jurídicos perfeitos celebrados com instituições financeiras e o direito individual dos titulares dos valores em referência de os utilizarem, na forma dos negócios jurídicos atingidos pelos dispositivos legais em foco. Prorrogou-se a exigibilidade dos créditos atingidos pelos dispositivos em apreço, impondo não só um prazo (16/9/1991), mas estipulando, ainda, para além dessa data, uma forma nova de pagamento, em doze (12) parcelas mensais, gerais e sucessivas.

Ora, no âmbito das discussões provenientes da aplicação dos dispositivos em exame, ressalta a compreensão de que as pessoas, mesmo diante de uma reforma monetária, que, tal qual sucede aqui, não possui nível constitucional, têm o direito, com base na Lei Magna, de manter os poderes aquisitivos de seus

J. Ntr

créditos, legitimamente estabelecidos, em atos jurídicos perfeitos, com instituições financeiras contratadas; de contrário, a garantia do direito de propriedade, da titularidade de créditos constituídos, do exercício desses direitos, amparados na Constituição (CF, art. 5º, XXII), estaria prejudicada, por força de lei ordinária, sem qualquer procedimento devido.

Não resulta dessa afirmação que tenha eu como inviável ao Estado, ao ensejo de reforma monetária, reorganizar o sistema financeiro, corrigindo as distorções que, precisamente, provocaram a mudança do sistema anterior. Não é possível deixar de admitir largo espectro de modificações, por via da lei monetária nova. Mas, esta não pode desprezar princípios fundamentais da ordem constitucional, em especial, direitos e garantias individuais, e, notadamente, tratar, de forma desigual, os cidadãos, concedendo a uns o que nega a outros, em situações jurídicas equivalentes, como se depreende quanto à ausência de critérios consistentes e realmente defensáveis relativos ao pagamento de certas dívidas em cruzados novos anteriores ao Plano, ou da imediata utilização dos cruzados novos em operações imobiliárias, inclusive para o pagamento de saldos devedores ou prestações, quando isso mesmo não se autoriza para outras operações imobiliárias, também com instituições oficiais. Os limites de conversão da moeda antiga em o novo padrão e sua oportunidade não podem discriminar entre os cidadãos igualmente atingidos em seus créditos perante as instituições financeiras, sob pena de afronta ao princípio básico insculpido no art. 5º, I, da Constituição. De referir, no particular, ainda, que os saldos de depósitos à vista de cadernetas de poupança e das chamadas "operações compromissadas", segundo se informa nos autos, já tiveram sua conversão em cruzeiros ou sua utilização pelos respectivos titulares, em montante que atinge cerca de 50% dos valores recolhidos ao Banco Central do Brasil, a teor do art. 9º, da Lei nº 8.024/1990, o que situa, fora de qualquer dúvida, em

J. N. P.

/MCA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

inequívoca posição discriminatória desfavorável, os milhares de cidadãos, que permanecem com a indisponibilidade de seus créditos, em instituições financeiras, constituídos, de forma perfeita, na mesma época anterior a 15/03/1990, em que os outros milhares de pessoas, nas mesmas condições, também constituíram seus créditos e concluíram seus negócios "juris" com as mesmas instituições financeiras.

Tenho, assim, nessas rápidas considerações, como relevantíssimos os fundamentos de inconstitucionalidade do parágrafo 1º dos arts. 5º, 6º e 7º, da Lei nº 8.024, de 1990."

A respeito do art. 153, § 3º, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, Pontes de Miranda anotou:

"A regra jurídica de garantia é, todavia, comum ao direito privado e ao direito público. Quer se trate de direito público, quer se trate de direito privado, a lei nova não pode ter efeitos retroativos (critério objetivo), nem ferir direitos adquiridos (critério subjetivo), conforme seja o sistema adotado pelo legislador constituinte. Se não existe regra jurídica constitucional de garantia, e sim, tão-só, regra dirigida aos juízes, só a cláusula de exclusão pode conferir efeitos retroativos, ou ofensivos dos direitos adquiridos, a qualquer lei" ("in" COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DE 1967, com a EMENDA nº 1, de 1969, Tomo V, Forense, 1987, pág. 99).

Esclareceu, ainda, Pontes de Miranda:

"Cumpra ainda registrar que a regra jurídica do art. 153, § 3º, dirigida, principalmente, aos legisladores, só se refere à "lei nova". A lei antiga pode ter previsto alterações legislativas e a possibilidade da não-persistência de todas, ou de

J.N.M.

/MCA



algumas, ou de algumas das suas normas. Só existe infração ao art. 153, § 3º, quando a lei nova invade o domínio temporal da lei antiga contra as regras jurídicas dessa, ou do seu sobredireito; porque todo o domínio temporal é o que resulta da lei mesma, de que se trata, e do seu sobredireito" (op. cit., pág. 73).

Registrando que não há confundir o ato jurídico perfeito com o ato consumado, anota Celso Ribeiro Bastos, em seus COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, de 1988, ed. Saraiva, vol. 2º, págs. 197 e 198, de referência ao art. 5º, XXXVI, "verbis":

"O ato jurídico perfeito é aquele que, se bem que acabado quanto aos elementos de sua formação, aguarda um instante ainda, ao menos virtual ou potencial, de vir a produzir efeitos no futuro. (...). Ato Jurídico perfeito, pois, é aquele que se encontra apto a produzir os seus efeitos. (...). O ato jurídico perfeito é imunizado contra as exigências que a lei nova possa fazer quanto à forma."

Como anotou, nesse sentido, Pontes de Miranda ("in" Comentários à Constituição de 1967, tomo V, p. 69):

"A lei nova não pode ir ao passado, tornando deficiente o suporte fático que não o era ao tempo em que se deu a incidência da lei velha (Tempus regit factum)".

De outra parte, não é possível desconsiderar que a idéia de contrato implica, de certo modo, a de equilíbrio entre interesses opostos, manifestados pelas vontades das partes contratantes, colimando um objetivo, e que por ele se obrigam a cumprir uma determinada conduta satisfativa. Mesmo nos negócios de adesão, entre os quais se connumeram os

J. Neri

contratos com entidades integrantes do Sistema Financeiro da Habitação, não obstante reduzida a vontade do aderente à alternativa de "aceitar em bloco a oferta, ou recusá-la sem discussão", cumpre ter presente sempre sua natureza contratual, e, por via de consequência, na sua execução, a necessidade de se resguardar o equilíbrio que presidiu aos interesses dos contratantes, ao consentirem.

Ora, o fato da inflação é, decerto, causa de comprometimento desse equilíbrio contratual. Parece exato compreender que, modificando-se, por sua influência, o poder aquisitivo da moeda, afetados ficam os valores monetariamente mensuráveis. Daí, anota HENRY TILBERY, "a técnica mais difundida, em vários países do mundo, para corrigir ou atenuar transitoriamente as distorções causadas pela inflação, é a "indexação", que abrange as mais diversas áreas, além da tributação, como salários, benefícios da previdência social, títulos do mercado financeiro, alugueres, etc..." Anota, nesse sentido, WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA, referindo-se às cláusulas mais habituais à prática da correção monetária, quais sejam, a "cláusula de escala móvel", a "cláusula mercadoria" e a "cláusula número-índice": "O regime legal da correção monetária no Brasil exclui as duas primeiras, e ao adotar a terceira o faz pela imposição de que, "em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, a expressão monetária da obrigação pecuniária somente poderá ter por base a variação nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional - Lei nº 6.423, de 17 de junho de 1977, art. 19." Examinando a matéria, à luz desse diploma legal, acrescenta: "Embora não se sujeitassem a este dispositivo os reajustamentos salariais à época da Lei nº 6.147, determinados à Previdência Social e às correções previamente contratadas nas operações de instituições financeiras, todos os demais índices previstos nas leis, então em vigor, ficaram substituídos pelos da variação da ORTN e considerados sem efeito." ("in" "A CORREÇÃO MONETÁRIA E O CONTRATO, "apud" A CORREÇÃO MONETÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO. ps. 265-266).

Consoante, com propriedade, anotou AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO, "o que resulta da indexação do contrato é

J. Ntr

/MCA



simplesmente a atualização da substância da dívida, que a desvalorização da moeda ou o encarecimento do custo de vida podem tornar completamente irreal e inconsistente se não se lhe introduzir a ventilação escalonar" ("in" REVISTA FORENSE, vol. 209, p. 72). ARNOLD WALD, "in" "A CLÁUSULA DE ESCALA MÓVEL", 2ª ed., 1959, nessa mesma linha, anota: "Não há dúvida de que ela assegura a equivalência das prestações ou seja a justiça comutativa. Ela dá uma certa segurança aos contratantes e permite, numa época inflacionária, a existência de certos contratos como os empréstimos, os contratos de fornecimento e a venda a prazo, que sem tal cláusula tenderiam a desaparecer no momento em que a moeda perdeu a sua estabilidade. É a cláusula de escala móvel que dá aos contratos uma segurança e uma estabilidade que tinham desaparecido nas relações jurídicas".

Releva, no particular, assinalar que não há confundir essas cláusulas contratuais de caráter econômico e atualização do valor monetário com cláusulas monetárias. Nesse sentido, em parecer que emiti, em 19/11/1966, como Consultor-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, tive ensejo de anotar:

"Observa Amílcar de Araújo Falcão, op. cit., p. 69, que "em um caso como no outro a cláusula escalar é diversa da cláusula ouro, valor ouro, ouro-ágio, divisa estrangeira e demais cláusulas monetárias sucedâneas destas". E asser: "Por isso mesmo, a proibição da cláusula-ouro e cláusulas semelhantes de modo nenhum contagia a estipulação da sliding scale". Anota, a esse propósito, ORLANDO GOMES que "o recurso à cláusula-ouro ou seus sucedâneos - divisas estrangeiras ou valores-divisas - seria um processo apto a evitar o desequilíbrio em certos contratos. Mas, como as estipulações desse teor recusam ou restringem, nos seus efeitos, o curso forçado da moeda são geralmente proibidas" (op. cit., p. 20). Registra, ainda, o citado AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO que a proibição da cláusula ouro, prata ou outra semelhante radica no fato de visar ela "a de alguma forma substituir o próprio meio de

J. Neri

pagamento", o qual, "ao invés de servir-se do veículo normal da moeda, toma como elemento de cotejo ou de concretização exatamente aquilo que o chamado "curso forçado para todos os pagamentos", legalmente estabelecido, quis impedir, isto é, a convertibilidade em ouro, seja pelo Estado ou pelo Banco emitente (curso forçado puro e simples), seja nas relações entre credor e devedor (curso forçado para todos os pagamentos). Por isso mesmo é que a cláusula-ouro e seus sucedâneos são designados como cláusulas monetárias" (op. cit., p. 70).

Ora, com a aplicação da cláusula de escala móvel, não se tem em vista o instrumento ou meio de pagamento, mas apenas a substância do débito, pondera, outrossim, ARNOLD WALD que a cláusula de escala móvel não "restringe nos seus efeitos o curso forçado do mil réis papel" (leia-se, hoje, curso forçado do cruzeiro-papel). "Efetivamente, já conceituamos o curso forçado como inconvertibilidade do papel-moeda. Decretando o curso forçado, o Estado dispensa o banco emitente de trocar por ouro as notas emitidas. Não há dúvida que a escala móvel, funcionando apenas para fixar o montante da dívida, o pagamento será feito em cruzeiros-papel, não havendo violação dos dispositivos legais que impuseram o curso forçado" ("A CLÁUSULA DE ESCALA MÓVEL", ps. 145 e 146).

Dessa sorte, a proibição da cláusula-ouro pelo Decreto nº 23.501, de 27 de novembro de 1933, não importa em restrição à cláusula de escala móvel. PONTES DE MIRANDA, nesse sentido, pondera que, "quando o Estado estabelece o curso legal, ou o curso forçado da moeda, de modo nenhum se refere ao valor aquisitivo do momento. O conceito de valor aquisitivo é estranho àqueles conceitos de curso legal e de curso forçado. A cláusula-ouro ofende a regra jurídica do curso forçado, porque, ao parecer do legislador, se nega o valor que o curso forçado supôs. As cláusulas que nada têm com as cláusulas monetárias propriamente ditas são atinentes ao valor aquisitivo de elementos que não são moedas, nem

J. W. N.

/MCA

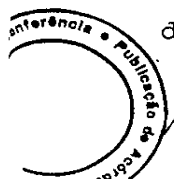
padrão". ("apud" TRATADO DE DIREITO PRIVADO, t. XXVI, § 3173, ps. 295 e 296). Anota, ademais, ARNOLD WALD, "in" TEORIA DAS DÍVIDAS DE VALOR, p. 70, que, apesar de, no Direito Brasileiro, estar estabelecido o curso forçado, não há "nenhum dispositivo legal" que impeça "que se tome em consideração, nos contratos ou nas sentenças, a depreciação do poder aquisitivo da moeda".

Após amplo exame da matéria, conclui ARNOLD WALD que "a nossa legislação não proíbe expressamente a cláusula de escala sobre o curso forçado, permitindo a circulação do cruzeiro pelo seu valor legal. Entende-se neste sentido o valor legal como relação entre o cruzeiro e o ouro ou as moedas estrangeiras e não o poder aquisitivo do padrão monetário. Não sendo proibida, a cláusula deve ser considerada válida". Observa, outrossim, que "os nossos magistrados reconhecem as modificações do poder aquisitivo da moeda e tentam restabelecer o equilíbrio entre as prestações, rompido pela depreciação da moeda (...). O estudo da legislação e da jurisprudência nos leva pois a reconhecer amplamente a cláusula de escala móvel salvo o caso de leis especiais que a proíbam em determinados domínios". ("apud" "a CLÁUSULA DE ESCALA MÓVEL", p. 153; também às páginas 166 e 231)."

Pois bem, desde a previsão do art. 1º, da Lei nº 8.177/1991, não é possível ver a Taxa Referencial como índice de atualização monetária, sendo taxa de remuneração mensal definida segundo bases que não se referem a índices de desvalorização esperada da moeda em virtude da inflação; leva em conta, de acordo com a regulamentação do Conselho Monetário Nacional (Resolução nº 1.805, de 27/3/1991) a remuneração mensal média líquida de depósitos fixos captados por bancos privados, tomando por base os títulos emitidos pelas trinta instituições financeiras com maior volume de depósitos a prazo fixo, segundo os dados do balanço apresentado em 30/12/1990. Essas instituições classificadas devem prestar ao Banco Central do Brasil informações sobre o "montante" (em cruzeiros) de

J. N. M.

MCA



certificados e recibos de depósitos bancários emitidos a taxas prefixadas, representativos da efetiva captação na rede de agências da instituição e sobre as "taxas médias efetivas mensais dos mencionados certificados e recibos emitidos, ponderadas pelo montante desses títulos", de acordo com fórmula prevista na Resolução. O Banco Central do Brasil calculará a TR a partir da remuneração mensal média dos certificados e recibos de depósitos bancários emitidos por vinte das trintas instituições classificadas, segundo metodologia expressa na indicada Resolução. A seguir, em abril de 1991, a Circular nº 1.948, que arrolou as trinta entidades financeiras classificadas, definiu os CDB/RDB, a partir de cuja remuneração média, "ut" art. 3º da Resolução nº 1.805/1991, se fará o cálculo da TR, especificando como sendo aqueles emitidos com prazo entre 30 e 35 dias, inclusive, exceto os vendidos a instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, a empresas ligadas ou a investidores institucionais. Logo, a TR resulta do cálculo da taxa média ponderada da remuneração dos CDB/RDB das instituições financeiras selecionadas, expurgada a taxa obtida de dois por cento (2%) (que representa a "taxa real histórica de juros da economia" embutidos nessa representação). Ora, essa taxa média ponderada da remuneração dos CDB/RDB com expurgo de 2% não pode ser tida como valor correspondente à desvalorização da moeda em virtude da inflação, aos efeitos de se considerar índice de desvalorização da moeda. Trata-se de taxa resultante de média ponderada de remuneração de títulos para efeito de captação de recursos, por parte de entidades financeiras.

Compreendo, nessa linha, que a Procuradoria-Geral da República bem anotou em seu parecer, às fls. 298/299:

"A demonstrar que a TR não constitui índice neutro de atualização da moeda, basta compará-la com os principais índices de preços do mercado, no período de fevereiro a dezembro de 1991. A TR registra índices acentuadamente discrepantes em todos os meses, sendo menores até outubro e bastante

*J. N. Fri*

superiores em novembro e dezembro (Anexo 2).

Ademais, é inegável que o depósito a prazo fixo, como produto do mercado financeiro, enfrenta a concorrência de outras aplicações, de modo que, para tornar-se atrativo, procura sinalizar com taxas de captação que garantam a reposição da expectativa de inflação no período, além de uma remuneração real, após deduzidos os impostos.

Outros fatores adicionais também concorrem para a formação da taxa nominal bruta. Para os investidores pessoas físicas, as taxas da caderneta de poupança funcionam como teto mínimo a partir do qual o investidor avalia oportunidade e conveniência de aplicar ou não em CDB/RDB entre 30 e 35 dias. A necessidade de liquidez do banco emitente induz à oferta de taxas mais elevadas em relação aos demais bancos; a política de juros que o Banco Central esteja praticando no momento da operação é fator importante para a fixação do patamar, sendo certo que, no atual quadro recessivo, os juros têm alcançado níveis elevados.

A TR é um indexador para o mercado financeiro de títulos e valores mobiliários, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constituindo, portanto, índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Em período de plena estabilidade monetária, um indexador como a TR poderá certamente apresentar percentuais relativamente elevados, refletindo taxas de captação atrativas no mercado financeiro.

A Taxa Referencial reflete com propriedade a dinâmica presente no mercado do dinheiro, com as peculiaridades que lhe são próprias. Embora se pretenda convencer de que a remuneração real líquida esteja embutida nos dois por cento de dedução, nada assegura que o outro componente incorpore apenas expectativa de inflação futura, uma vez que a motivação para a captação de recursos junto ao

J. N. F.

público comporta outras variáveis.

A atualização pela TR, em consequência, altera não apenas a expressão nominal, mas também o valor real das prestações dos contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 8.177, de 1991" (fls. 298/299).

Estou, destarte, no ponto, de inteiro acordo com este passo do voto do ilustre Ministro Moreira Alves, relator, quando acentua:

"Com efeito, o índice de correção monetária é um número-índice que traduz, o mais aproximadamente possível, a perda do valor de troca da moeda, mediante a comparação, entre os extremos de determinado período, da variação do preço de certos bens (mercadorias, serviços, salários, etc.), para a revisão do pagamento das obrigações que deverá ser feito na medida dessa variação. Quando essa revisão é convencionada pelas partes temos cláusula de escala móvel, também denominada cláusula número-índice, que ARNOLD WALD ("A Cláusula de Escala Móvel", pág. 77, nº 45, Max Limonad, São Paulo, 1956), com base na doutrina corrente, define como "aquela que estabelece uma revisão, preconvenção pelas partes, dos pagamentos que deverão ser feitos de acordo com as variações do preço de determinadas mercadorias ou serviços ou do índice geral do custo de vida ou dos salários". É, pois, um índice que se destina a determinar o valor de troca da moeda, e que, por isso mesmo, só pode ser calculado com base em fatores econômicos exclusivamente ligados a esse valor. Por isso, é um índice neutro, que não admite, para seu cálculo, se levem em consideração fatores outros que não os acima referidos.

Ora, como bem demonstra o parecer da Procuradoria-Geral da República, não é isso o que ocorre com a Taxa Referencial (TR), que não é o índice de determinação do valor de troca da moeda, mas, ao

J. N. Li

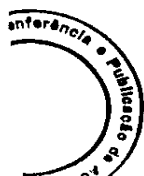
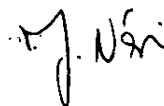


/MCA

contrário, índice que exprime a taxa média ponderada do custo da captação da moeda por entidades financeiras para sua posterior aplicação por estas. A variação dos valores das taxas desse custo prefixados por essas entidades decorre de fatores econômicos vários, inclusive peculiares a cada uma delas (assim, suas necessidades de liquidez) ou comuns a todas (como, por exemplo, a concorrência com outras fontes de captação de dinheiro, a política de juros adotada pelo Banco Central, a maior ou menor oferta de moeda), e fatores esses que nada têm que ver com o valor de troca da moeda, mas, sim - o que é diverso -, com o custo da captação desta. Na formação desse custo, não entra sequer a desvalorização da moeda (sua perda de valor de troca), que é a já ocorrida, mas - o que é expectativa com os riscos de um verdadeiro jogo - a previsão da desvalorização da moeda que poderá ocorrer. É, portanto, absolutamente falso dizer-se que, tendo o Conselho Monetário Nacional escolhido, na alternativa admitida pela Lei nº 8.177/91 (depósitos a prazo fixo ou títulos públicos federais, estaduais ou municipais), a primeira, e havendo ele prefixado uma taxa de expurgo único (2% a título de juros - que variam de banco para banco, sempre o Conselho tenha elementos para individualizá-lo para efeito desse cálculo - e de tributos), que o restante seja apenas decorrente de expectativa de desvalorização da moeda. E tanto assim é que, em período de relativa estabilidade monetária, essas taxas aumentam ou diminuem, não evidentemente em razão tão só da expectativa de mínima desvalorização da moeda, mas, sim, da lei da oferta e da procura, que rege, também, o custo da captação de dinheiro."

Essa conclusão não é inconciliável com a solução invocada no voto do ilustre Ministro Carlos Velloso, ao referir sua posição administrativa, para atualizar vencimentos atrasados.

A circunstância de aplicar-se a TR na



/MCA

atualização de valores de salários atrasados não significa reconhecê-la como índice de indexação, referentemente a contratos em vigor com cláusula de correção monetária baseada em fator de depreciação monetária. Cuidava-se, no caso, de encontrar um índice a aplicar-se a salários pagos com atraso, após fevereiro de 1991. Buscava-se determinar, por necessário, um índice. Seguiu-se o menor índice apurado, na espécie, dentre os utilizados a remunerar os salários, tal como se remuneram, a partir de 19/02/1991, os depósitos da poupança. Quanto a estes, a TR é índice perfeitamente admissível, a partir da orientação adotada pela Lei nº 8.177, de 1991, a remunerar a poupança. Como depósito, em banco, a poupança é remunerável por juros ou, segundo o tipo de depósito, pela TR.

Diversa é, entretanto, a matéria a ser aqui considerada: contratos de financiamentos, ajustados com cláusula de correção monetária, à vista da depreciação monetária. Cumpre assegurar a garantia das partes, o equilíbrio a ser mantido na convenção. Nesses casos, o índice de indexação, na correção monetária, foi assentado, com vistas a fatores variáveis, segundo o preço de determinadas mercadorias ou serviços, ou do índice geral do custo de vida ou dos salários.

Não há dúvida de que, por determinação de lei, nos contratos previstos nos arts. 18, §§ 1º e 4º, 21 e parágrafo único, inseriu-se cláusula de atualização monetária, pela variação de índices diversos, todos eles vinculados a esses fatores, ou de preços de mercadorias, ou serviços, ou do índice geral do custo de vida, ou dos salários.

Ora, não é possível deixar de reconhecer a inviabilidade de alteração, por via de lei, da cláusula de atualização monetária, estabelecida com base em um fator, número ou índice de revisão automática, em geral, correspondente à depreciação da moeda, à elevação do custo de vida, ou a circunstâncias relacionadas com uma ou com outra, - salário mínimo, valor da mão-de-obra, custo dos materiais de construção etc., - por outra cláusula decorrente de lei nova que manda aplicar aos contratos em exame índice sem qualquer relação com esses fatores, mas que se compõe segundo

J. Nani

/MCA



455

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 00004930/600

critérios e formas inteiramente diversos, qual prevê o art. 1º, do diploma em foco, ou seja, "a partir da remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos, caixas econômicas, ou dos títulos públicos federais, estaduais e municipais, de acordo com a metodologia a ser aprovada pelo Conselho Monetário Nacional.

Do exposto, compreendo, também, que as cláusulas de atualização monetária pela variação dos índices previstos nos arts. 18, §§ 1º e 4º, e 21, 23 e §§, e 24, da Lei nº 8.177, de 1991, não podem ser substituídas pelos índices da Taxa Referencial.

Julgo, em consequência, na linha do voto do ilustre Ministro Relator, procedente a ação e declaro a inconstitucionalidade dos arts. 18, "caput", §§ 1º e 4º; 20; 21, e parágrafo único, 23 e parágrafos, e 24 e parágrafos, todos da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991.

J. Néri

25.06.1992.

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 493-O

D. FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO SYDNEY SANCHES (PRESIDENTE): -

A lei em questão extinguiu os índices de correção monetária, então existentes e nela indicados. Mas, procurando dissimular o propósito de manter a correção das prestações dos contratos relacionados com o Sistema Financeiro da Habitação, acabou, todavia, neles impondo, retroativamente, uma cláusula de natureza econômica, como é, em substância, a concernente a sua variação pela T.R., pois esta se apura, conforme a oscilação do custo de captação do dinheiro no mercado de capitais, destinando-se a remunerá-lo e não a simplesmente recompô-lo.

Nesses pontos, a lei violou o princípio constitucional da irretroatividade.

Adotando, pois, os fundamentos dos votos dos eminentes Ministros MOREIRA ALVES, CELSO DE MELLO, SEPÚLVEDA PERTENCE, PAULO BROSSARD, OCTÁVIO GALLOTTI e NÉRI DA SILVEIRA, julgo procedente a ação, para declarar inconstitucionais todos os dispositivos impugnados, com a devida vênia dos Ministros ILMAR GALVÃO, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO.

[Handwritten signature]



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

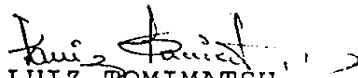
ADIn 493-0 - DF

Rel.: Min. Moreira Alves. Repte.: Procurador-Geral da República. Reqdos.: Presidente da República e Congresso Nacional. Re

Decisão: Por maioria de votos, o Tribunal conheceu da ação, integralmente, vencido, em parte, o Ministro Carlos Velloso, que dela conhecia, apenas, no ponto em que impugna os artigos 23 e parágrafos, 24 e parágrafos da Lei nº 8.177, de 19 de março de 1991, não, assim, quanto aos artigos 18, caput, parágrafos 19 e 49, 20, 21 e parágrafo único. No mérito, por maioria de votos, o Tribunal julgou a ação procedente, in totum, declarando a inconstitucionalidade dos artigos 18, caput, parágrafos 19 e 49, 20, 21 e parágrafo único, 23 e parágrafos, 24 e parágrafos da Lei nº 8.177, de 19 de março de 1991, vencidos, em parte, os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que a julgavam procedente, também em parte, para declarar a inconstitucionalidade, apenas, do parágrafo 3º do art. 247 e, ainda, o Ministro Carlos Velloso, que a julgava parcialmente procedente, para declarar inconstitucionais somente os artigos 23 e seus parágrafos, 24 e seus parágrafos. Votou o Presidente. Não participou o Ministro Francisco Rezek porque não integrava o Tribunal quando iniciado o julgamento. Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antônio Machado da Silva, na ausência ocasional do Dr. Aristides Junqueira Alvarenga. Plenário, 25.6.92.

Presidência do Senhor Ministro Sydney Sanches. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Octavio Gallotti, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Francisco Rezek.

Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.


LUIZ POMIMATSU
Secretário

