A Atividade de Crédito Imobiliário e Poupança

Alguns Aspectos Jurídicos

setembro de 1994

INTRODUÇÃO

Esta publicação reúne estudos e pareceres sobre questões peculiares do Sistema Financeiro da Habitação, envolvendo desde controvérsias relativas aos depósitos de poupança até alguns aspectos do crédito imobiliário, notadamente quanto aos índices e critérios de atualização das obrigações dos contratos respectivos.

A matéria tem sido intensamente questionada em juízo, especialmente em razão dos diversos planos de estabilização econômica e de seus efeitos sobre os índices e critérios de correção monetária dos depósitos de poupança e dos financiamentos para aquisição da casa própria.

A par de considerações sobre o regime legal do contrato de depósito de poupança, inclusive à luz do direito comparado, são apreciados aspectos no que tange à aquisição do direito à correção monetária e à legitimidade para figurar no pólo passivo de ação intentada pelo depositante.

Quanto aos financiamentos imobiliários, a publicação contempla análise do Sistema Financeiro da Habitação e dos contratos de empréstimo habitacional, considerada a natureza jurídica destes contratos, sobretudo em razão da participação da União, via Fundo de Compensação das Variações Salariais (FCVS), e em função do cumprimento das finalidades econômicas e sociais do contrato em vista das necessidades de manutenção da estabilidade de suas fontes de alimentação financeira, consubstanciada nos instrumentos da caderneta de poupança e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS.

Dada a atualidade do tema é importante ressaltar o estudo efetuado quanto aos limites à legitimação do Ministério Público e das Associações de Consumidores na ação civil pública, sobretudo nos contratos de depósitos de poupança.

Enfim, a publicação desses estudos e pareceres, reunidos em um só documento, tem por propósito proporcional; na medida do possível, uma visão mais acurada das questões atinentes ao crédito imobiliário e à poupança.

ABECIP

ÍNDICE

Miguel Reale/Miguel Reale Júnior/Pedro Alberto do Amaral Dutra **pág. 9**
O Sistema Financeiro da Habitação: estrutura, dirigismo contratual e a responsabilidade do Estado

Arnoldo Wald ..... **pág. 49**
Da responsabilidade do Banco Central pelas eventuais diferenças de correção monetária devidas aos depositantes em Caderneta de Poupança de cujos recursos se apropriou

Arnoldo Wald ..... **pág. 105**
Do descabimento da revisão contratual pleiteada pelos mutuários do Sistema Financeiro com fundamento no Plano Collor

Galeno Lacerda ..... **pág. 155**
Da responsabilidade do Banco Central pela correção monetária integral dos saldos em cruzados novos das cadernetas de poupança, a ele transferidos compulsoriamente pelo art. 92 da lei 8.024 de 12.04.90, durante o prazo de duração da transferência

Cid Heráclito de Queiroz ..... **pág. 171**
As obrigações legais do Fundo de Compensação de variações Salariais perante os agentes financeiros do SFH

Arnoldo Wald ..... **pág. 251**
Descabimentos da Ação Civil Pública para pleitear eventuais diferenças de correção monetária em decorrência de depósitos em cadernetas de poupança

Arnoldo Wald ..... **pág. 287**
Constitucionalidade e legitimidade da aplicação das normas do Plano Verão aos depósitos em Cadernetas de Poupança

Caio Tácito ..... **pág. 353**
Parecer acerca da Medida Provisória n2 168/90, convertida na Lei n2 8.024, que determinou a transferência para o Banco Central dos recursos depositados nas cadernetas de poupança e em outros instrumentos financeiros em bancos privados.

Galeno Lacerda ..... **pág. 371**
Ação Civil pública e contrato de depósito em cadernetas de poupança. Impossibilidade do uso daquela via nessa matéria. O contrato de depósito é estranho às relações de consumo. Limites à legitimação do Ministério Público na ação civil pública. Os interesses difusos ou coletivos , não abrangem os interesses ou direitos individuais homogêneos.

O Sistema Financeiro da Habitação: estrutura, dirigismo contratual e a responsabilidade do Estado

Parecer apresentado por
Miguel Reale
Miguel Reale Júnior
Pedro A Iberto do Amaral Dutra

São Paulo
Outubro/1992

PARTE I

OS FATOS

I - O SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO

1 - A ESTRUTURA DO SFH

Destinado a "facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria", criou o Governo Federal, por intermédio da Lei 4.380, de 1964, o Sistema Financeiro da Habitação integrado:

-pelo Banco Nacional da Habitação; por órgãos federais, estaduais e municipais, inclusive sociedades de economia mista em que haja participação majoritária do Poder Público que operem no financiamento de habitação e obras conexas; pelas sociedades de crédito imobiliário; pelas fundações, cooperativas mútuas e outras formas associativas para construção ou aquisição de casa própria (art. 8).

Cabendo ao Governo Federal formular:

"a política nacional de habitação e de planejamento territorial, coordenando a ação dos órgãos públicos e orientação à iniciativa privada no sentido de estimular a criação de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria" (art. 1);

no mesmo diploma legal se tem estipulado que o Governo Federal

> " intervirá no setor habitacional por intermédio:
> - do Banco Nacional da Habitação;
> - /...../
> - das Caixas Econômicas, das sociedades de economia mista." (art. 2)

À iniciativa privada ficou reservada

> "a promoção e execução de projetos de construção de habitações segundo as diretrizes urbanísticas locais". (art .2, II)

2 - O BANCO NACIONAL DE HABITAÇÃO

Ao Banco Nacional da Habitação (BNH), em 1986 sucedido pela Caixa Econômica Federal -ente dotado de "personalidade jurídica de Direito Público, patrimônio próprio e autonomia administrativa" -atribuiu a citada Lei (artigo 16 e segs.) a finalidade de "orientar, disciplinar e controlar o Sistema Financeiro da Habitação", cabendo-lhe:

- "incentivar a formação de poupança para o SFH;
- disciplinar o acesso das sociedades de crédito imobiliário ao mercado de capitais;
- manter serviços de redescontos e de seguros, que garantam os recursos acreditados junto ao SFH;
- refinanciar as operações das sociedades de crédito imobiliário".

Entre outras atribuições, incumbia ao BNH:

- autorizar e fiscalizar o funcionamento das sociedades de crédito imobiliário;
- fixar as condições gerais quanto a limites, prazos, retiradas, juros e seguro obrigatório das contas de depósito no SFH;
- estabelecer as condições gerais a que deverão satisfazer as aplicações do SFH quanto a limites de risco, prazo, condições de pagamento, juros e garantias,

O BNH era administrado por um Conselho de Administração e por uma Diretoria Executiva (art. 27 e segs.).

Ao Conselho de Administração competia, entre outras tarefas: .

- exercer as atribuições normativas do BNH, como órgão de orientação, disciplina e controle do SFH;
- examinar e aprovar os balancetes e balanços do Banco, financeiros e patrimoniais.

À Diretoria do BNH competia "decidir sobre todos os assuntos da direção executiva do banco",

3 - SOCIEDADES DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO

As sociedades de crédito imobiliário - as quais se convencionou denominar "Agentes Financeiros" - "são instituições de crédito especializado", organizadas sob a "forma anônima de ações nominativas", dependentes de "autorização do BNH para funcionar", e "sujeitas a permanente fiscalização do Governo Federal, através do referido banco (BNH)" (art. 35 e segs.).

O limite mínimo e máximo do capital social, os planos de contas e as normas de contabilidade, bem como as alterações do contrato social, a abertura de agências, a cessação de atividades, a indicação dos diretores das sociedades de crédito imobiliário serão obrigatoriamente fixados e aprovados pelo BNH.

Somente no "financiamento para a construção, venda ou aquisição de habitações" podem as SCI operar, devendo observar os preceitos da Lei ora referida - 4.380/64 -e as normas baixadas pelo BNH.

4 - CORREÇÃO MONETÁRIA

Estipulou a citada Lei 4.380/64 que:

"Os contratos de venda ou construção de habitações para pagamento a prazo ou de empréstimo para aquisição e construção de habitação poderão prever o reajustamento das prestações mensais de amortização e juros com a conseqüente correção do valor monetário da dívida" (art. 5 e segs.).

O "reajustamento contratual" será efetuado "na mesma proporção da variação" de" índice geral de preços mensalmente apurado ou adotado /.../ que reflita adequadamente as variações no poder aquisitivo da moeda nacional".

A "correção monetária", que então se instituía, estendeu-se obrigatoriamente a todas as "aplicações do SFH (que) revestirão a forma de créditos reajustáveis", o que levou à afirmação da correção monetária como cláusula de reajustamento, seja das dívidas contratuais, seja dos depósitos feitos em contas vinculadas ao SFH - tais feitas em "cadernetas de poupança"-, seja nas contas integrantes do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (criado em 1967), seja nas letras imobiliárias emitidas pelas SCI e pelo BNH e ofertadas ao público.

Nos contratos de financiamentos para aquisição, construção, de venda a prazo de habitações, efetuadas no âmbito do SFH, generalizou-se convencionar a correção monetária pelo "reajustamento do saldo devedor e das prestações de amortização e juros".

Quanto às contas de poupança, às contas integrantes do FGTS, às letras imobiliárias, sobre os saldos dos depósitos e sobre o valor de face da dívida, respectivamente incidem a correção monetária e juros.

5 -O CIRCUITO NEGOCIAL DO SFH

As prescrições estipuladas na Lei 4380/64 -acima resumidas - resultaram em estabelecer, sob o nome de Sistema Financeiro da Habitação, um circuito negocial integrado cuja articulação se dá por diversos negócios jurídicos firmados entre os figurantes desse Sistema, a saber: o BNH; as Sociedades de Crédito Imobiliário, vulgarmente denominadas "Agentes Financeiros"; Construtores; Adquirentes Finais, ou "Mutuários". O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, criado por lei em 1966, veio alinhar-se ao SFH, que assim se encadeia:

FGTS → BNH → AGENTES FINANCEIROS → CONSTRUTORES → MUTUÁRIOS

Analiticamente, tem-se:

a) recolhe mensalmente o empregador 8% da remuneração paga ao empregado, depositando-os em conta vinculada aberta em nome deste, conta que integra o acervo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, vencendo esses depósitos correção monetária e juros, a serem creditados ao empregado pelo FGTS;

b) os recursos arrecadados pelo FGTS, provenientes das contas vinculadas e de outras fontes previstas, são geridos e aplicados pelo BNH, assegurando-lhes estes recursos para o crédito de correção monetária e juros;

c) o BNH aplica esses recursos, e todos os demais que lhe couberem - assegurando-lhes o crédito de correção monetária e juros -no cumprimento de suas funções legais, em especial para "financiar e refinanciar a elaboração e execução /.../ de conjuntos habitacionais" e "refinanciar parcialmente os créditos concedidos pelas Sociedades de Crédito Imobiliário" (Art. 34, VII e VIII; grifamos).

d) as Sociedades de Crédito Imobiliário aplicam os recursos havidos por empréstimo junto ao BNH, e aqueles por elas captados junto ao público -cadernetas de poupança e letras imobiliárias - assegurando-lhes o crédito de correção monetária e juros- em empréstimo às empresas de construção civil, para construção e venda de imóveis residenciais e aos adquirentes finais para aquisição desses imóveis; lida,

e) os construtores oferecem à venda aprazo - vencendo o saldo devedor e as prestações correção monetária e juros - os imóveis aos adquirentes finais - também denominados "Mutuários";

f) os adquirentes finais tomam empréstimo junto às sociedades de crédito ram imobiliário -que vencerá correção monetária e juros -para compra a prazo dos imóveis do construtor e este cede o crédito destas alienações à sociedade de crédito imobiliário, em quitação do empréstimo que com ela contraíra.

6 - A MALHA CONTRATUAL DO SFH

A relação jurídica que o construtor estabelece, primeiro com o agente financeiro que lhe empresta recursos para a construção do imóvel e, a seguir, com os adquirentes finais aos quais vende as unidades habitacionais é transitória - e assim sua presença no circuito negocial do SFH -porquanto satisfaz o construtor sua dívida com o agente financeiro ao ceder a este o ao crédito resultante da venda das unidades habitacionais, para cuja compra irão os adquirentes finais buscar financiamento junto ao mesmo agente financeiro.

A relação que se estabelece entre o empregado, o FGTS e o BNH - sucedido pela Caixa Econômica Federal - alinha-se, como visto acima, no SFH, mas não irradia efeitos jurídicos diretos sobre o núcleo desse sistema, que é constituído pelo BNH, Agentes Financeiros, Adquirentes Finais e articulado Iria nos termos da malha contratual traçada por estes figurantes.

Os contratos celebrados entre os agentes financeiros e o BNH foram por este assim classificados:

"- **Refinanciamento** - Operação de crédito entre o BNH e os Agentes e Financeiros, baseada em financiamento concedido pelo Agente Financeiro e destinado à comercialização de habitações;

- **Empréstimo** - Operação de crédito para produção de habitações, entre o BNH e os Agentes Financeiros /...../ com recursos que não sejam os do BNH destinados a repasse;

- **Repasse** - Operação de crédito entre os Agentes Financeiros e os Agentes Promotores (o produtor -construtor -do imóvel) do SFH, com recursos do BNH, destinada à produção de habitações".

Em verdade, trata-se de um único negócio jurídico, a saber, mútuo - empréstimo em dinheiro -feito pelo BNH ao agente financeiro. A tipologia estabelecida pelo BNH distingue o conjunto de operações articulado pelo agente financeiro que o mútuo feito pelo BNH permite ativar. Esta tipologia é, portanto, de natureza administrativa, atende aos interesses gerenciais de um dos figurantes, o BNH, não alterando essencialmente o negócio jurídico típico de empréstimo em dinheiro.

7 - O REGIME FINANCEIRO DO SFH

A Política Nacional de Habitação do Governo Federal, articulada pela vigente Lei 4.380/64, alicerçou sua estrutura financeira no "reajustamento das prestações mensais de amortização e juros com a conseqüente correção do valor monetário da divida" dos contratos firmados sob o regime do SFH.

Assim, em todos os mútuos firmados no âmbito do SFH tem-se que o "saldo devedor", isto é, a dívida a pagar, descontadas as amortizações, terá, sempre, seu valor reajustado pela aplicação de um índice de correção monetária.

Igualmente, as prestações mensais de amortização que, além do reajuste - da "correção monetária" -, serão acrescidas de juros em taxas determinadas previamente.

Não só aos mútuos no âmbito do SFH prescreveu-se o regime da correção monetária acrescida do pagamento de juros: aos depósitos em poupança, às letras imobiliárias e aos depósitos que integram o FGTS -ou seja, às fontes ordinárias de recursos a alimentar o SFH - prescreveu-se, igualmente, aplicar-se, além dos juros, a correção monetária.

Idealizou-se, por essa forma, um circuito financeiro dotado de um mecanismo que o imunizasse da corrosão monetária determinada pelo processo inflacionário.

Aplicada a correção monetária em índice idêntico a todas as dívidas, variam, contudo, as taxas de juros aplicáveis aos saldos devedores dos diversos empréstimos, bem como as taxas de juros prescritas para os créditos, contraídos no âmbito do SFH.

Estabeleceu-se uma ordenação onde, para cada dívida constituída no âmbito do circuito negocial do SFH, estipulava-se uma taxa de juros, em um padrão progressivo.

Exemplificando-se: as taxas de juros pagas pelo BNH, pela utilização dos recursos que integram o FGTS, é inferior àquela que o BNH cobra nos empréstimos que concede aos agentes financeiros.

Os agentes financeiros, a sua vez, cobram dos Mutuários taxa de juros superiores às pactuadas com o BNH. Pelo mesmo padrão, credita o FGTS, na conta dos assalariados, juros inferiores àqueles que recebe do BNH. Os demais recursos captados junto ao público, segundo as normas do SFH - poupança e letras imobiliárias -oferecem a seus credores taxas de juros inferiores àquelas que rendem uma vez aplicados no financiamento de mutuários.

Diversas as taxas de juros aplicadas às diferentes dívidas oriundas dos negócios jurídicos celebrados no âmbito do SFH, distintos igualmente os prazos nos quais incidem os fatores de correção monetária e as taxas de juros previstos.

No caso do financiamento concedido ao mutuário (adquirente final), sobre o saldo devedor incide a correção monetária trimestralmente e sobre a prestação, anualmente; a taxa de juros - contratualmente fixa -incide mensalmente sobre o saldo devedor.

Nos empréstimos feitos pelo BNH aos agentes financeiros, o saldo devedor e a prestação de amortização eram, no início do SFH, reajustados trimestralmente.

Nas contas de poupança, nas contas vinculadas que integram o FGTS e nas dívidas representadas pelas letras imobiliárias os reajustes ocorrem trimestralmente.

Os salários dos mutuários eram, ao início do SFH, corrigidos anualmente.

8 - A SEGURANÇA TÉCNICA DO SFH: A CRIAÇÃO DO FUNDO DE COMPENSAÇÃO DE VARIAÇÃO SALARIAL

A discrepância entre os prazos de incidência da correção monetária, acima indicados, e em especial a verificada entre a correção da prestação de amortização paga pelo mutuário, no financiamento que contratou com o agente financeiro, e a paga pelo agente financeiro ao BNH, em razão do contrato com este celebrado, seria suprida pelo FUNDO DE COMPENSAÇÃO DE VARIAÇÃO SALARIAL - FCVS.

O FCVS foi criado pelo BNH, por meio de uma Resolução de seu Conselho de Administração, (RC nº 25/67), tendo em vista "que a segurança técnica (do SFH) pode ser aprimorada" e, outrossim, que a "contratação de formas flexíveis de reajustamento das prestações em nada altera o poder aquisitivo dos recursos investidos em habitação".

A finalidade do FCVS é garantir que ao final do prazo do contrato celebrado entre o mutuário e o agente financeiro. este teria seu crédito quitado e. portanto. a sua margem de lucro assegurada. E assim todas as demais dívidas existentes no âmbito do SFH poderiam ser sucessivamente quitadas, e estaria, igualmente, garantida a lucratividade -assegurada nas margens dedutíveis das diferentes taxas de juros -de todos os figurantes do SFH.

O FCVS confere ao SFH segundo seus idealizadores, "segurança técnica"; por outras palavras, independentemente de haver, ao final do prazo do contrato de financiamento, saldo devedor a ser pago pelo mutuário ao agente financeiro, seria o mutuário desobrigado do pagamento que houver. visto passar este a ser satisfeito pelo FCVS. ante o agente financeiro:

> "se o saldo for devedor, prosseguir (o mutuário) seu pagamento do mesmo modo que vinha sendo feito, limitado o número de prestações adicionais a 50% do número inicialmente previsto no contrato, por força da utilização do Fundo de Compensação de Variação Salarial",

estipula a referida Resolução.

E na mesma Resolução previu-se a dotação de recursos bastantes ao FCVS, bem como **estipulou-se que "O Fundo tem a garantia subsidiária do BNH"** (grifamos).

9 - A LIQUIDEZ DO SFH

A correção monetária, a incidir sobre todos os créditos e dívidas, e as taxas de juros -ascendentes nas dívidas e decrescentes nos créditos - remunerando positivamente cada depositante e cada mutuante do circuito integrado do SFH, seriam os elementos intrínsecos a assegurar-Ihe liquidez.

A defasagem de origem -entre a anualidade do reajuste dos valores das prestações de amortização e a trimestral idade de reajuste dos depósitos e dos saldos devedores -e, mesmo, as posteriormente causadas pelos subsídios às prestações não abalariam o SFH, segundo seus formuladores, pois, como acima exposto, seriam absorvidas pelo FCVS.

Eles previram, outrossim, ritmo cadente do processo inflacionário, com o consequente aumento real da renda dos mutuários (majoritariamente assalariados), único elo do circuito integrado do SFH, ao qual não se assegurou crédito da correção monetária.

II - IMPREVISTA PERDA DE UQUIDEZ DO SFH

1 - SUBSÍDIOS AOS MUTUÁRIOS EM DETRIMENTO DOS AGENTES FINANCEIROS

Como visto acima, o SFH supõe um circuito integrado, articulado em negócios jurídicos firmados em cadeia pelos seus integrantes, obedecidos estritos padrões financeiros e formais, sob a disciplina do GOVERNO FEDERAL, agindo por intermédio do ,BNH, no início do SFH e, a seguir, por meio da sucessora integral daquele, a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL.

Contudo, a liquidez do SFH -ou seja, a sua "segurança técnica" - viu-se definitivamente comprometida, pois, em face dos subsídios concedidos aos mutuários finais pelo GOVERNO FEDERAL e pelo próprio BNH, não foram tomadas as medidas que efetivamente compensassem o agravo que tais subsídios impuseram ao equilíbrio financeiro do SFH.

2 - ESPÉCIES DE SUBSÍDIOS AOS MUTUÁRIOS FINAIS

Subsídio ou benefício, ou ainda incentivo, é a oferta feita ao mutuário, contida em norma editada pelo Governo Federal ou pelo BNH, de condições favorecidas de amortização de sua dívida contraída com o agente financeiro,

contrariamente às originariamente contratadas.

Incidiram - presentemente não vige norma concedendo-os - os subsídios sobre a forma de pagamento pactuada entre o mutuário e o agente financeiro, ou sobre o montante da dívida do mutuário para com o agente.

(Na terminologia do SFH leia-se - em lugar de forma de pagamento - prestações de amortização; e, em lugar de montante da dívida, saldo devedor).

Subsídios incidentes sobre prestações foram mais comuns entre 1967 e 1985; sobre o saldo devedor. de então até 1990. Podem ser eles desse modo discriminados em dois grupos.

O primeiro grupo de subsídios concerne às prestações .O segundo grupo ao saldo devedor.

No primeiro grupo, os subsídios traduziram -se, principalmente:

-em 1966. por meio da Instrução nº 5. o Conselho de Administração do BNH, considerando que o SFH "atende a duas faixas de aplicação, uma das quais de reduzido poder de poupança e menos capaz de atender a um possível reajustamento da prestação sem acréscimo salarial imediato", estabelece dois Planos nos quais serão os mutuários classificados. obrigatoriamente: aqueles de "baixa renda" terão o reajuste de suas prestações calculados aplicando-se a razão entre o maior salários mínimo vigente no país e o do imediatamente anterior", e os demais pela aplicação do "fator ( ) igual ao aplicado no reajustamento das ORTN"; (grifo nosso)

-em 1967. por meio da Resolução 25/67. do Conselho de Administração do BNH, com a concessão da prorrogação do prazo total de pagamento em "50% a mais do que o contratualmente previsto"; (nosso grifo)

-em 1969. DOr meio da Resolução 36/67. do Conselho de Administração do BNH, com possibilidade de se fixar a data do reajustamento. que "será realizado e vigorará 60 (sessenta) dias após o aumento do salário mínimo", sendo "facultado ao mutuário pactuar O mês predeterminado para o reajustamento da prestação", bem como, quanto ao índice de reajuste, "as prestações serão reajustadas na mesma razão entre o valor do maior salário mínimo vigente no país e no imediatamente anterior"; quanto ao valor da prestação inicial (dos financiamentos contratados a partir daquela data), o fator de cálculo da prestação inicial será o "coeficiente de variação salarial",

a fim de estabelecer uma relação entre a variação do índice UPC (o originalmente aplicado como fator de correção monetária para todo o SFH) e a do salário mínimo; (grifamos)

- em 1973, o BNH por meio da Resolução 07/73, de sua Diretoria, determina às "entidades do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (agentes-financeiros) (que) deverão proceder à redução (...) da taxa efetiva de juros (...) } dos contratos de financiamento a mutuários finais" que estejam em dia com seus pagamentos (...), assim como faculta a consolidação das dívidas dos mutuários em atraso com suas prestações, sendo obrigatória a redução de juros; (nosso o grifo)

- em 1977, por meio da Resolução 01/77, de seu Conselho de Administração, o BNH concede ao mutuário o direito de escolher a "época para o reajustamento das prestações", oferecendo-Ihe seis alternativas; (grifamos)

- em 1979, por meio da Resolução 24/79, da sua Diretoria, o BNH altera os Coeficientes de Equivalência Salarial antes fixados pela Resolução de Diretoria 04/79, que passam a ter novos índices, igualmente escalonados; (grifo nosso)

- em 1982, por meio da Resolução 158/82. de sua Diretoria. o BNH mais uma vez altera os índices do Coeficiente de Equivalência Salarial, para contratos que prevejam reajuste semestral (coeficiente 1.10) e anual (1.15); (Sublinhamos)

- em 1983, Decreto do GOVERNO FEDERAL (D.88.371/83) dispõe que no período subseqüente de seis meses os reajustes das prestações, cujos contratos estabeleçam reajustamento anual, "não exceder (ão) o reajustamento percentual nominal dos limites superiores das respectivas faixas salariais ocorrido no período de doze meses anterior ao mês estabelecido para o reajustamento de suas prestações", e concedia-se ao mutuário a alternativa de escolher a conversão do "sistema de amortização contratado para o de 'Tabela Price' (...) e ampliação do prazo contratual de financiamento até, o limite previsto em lei para constituição de hipoteca"; ao mutuário que não concordasse com essa alternativa, facultava-se o "direito de optar pela aplicação de reajustamento de 98% em suas prestações vincendas (até) (/.../) 30 de junho de 1984/.../"; (grifamos)

- no mesmo ano de 1983, Decreto-lei do GOVERNO FEDERAL (DL nº 2045/83) determina que “no período compreendido entre 1 de julho de 1983 a 30 de junho de 1985 o reajustamento das prestações (...) não excederá a

80% da variação nominal do índice Nacional de Preço ao Consumidor - INPC/.../"; (nosso grifo)

- ainda em 1983, por meio do Decreto-lei nº 2065/83, estipulava-se que as prestações de amortização "... serão reajustadas na mesma proporção do maior salário mínimo ou na da variação da Unidade Padrão de Capital - UPC", devendo o mutuário indicar qual das alternativas a ser aplicada; (grifo nosso)

- em 1984, por meio do Decreto-lei nº 2164/84, é "um incentivo fiscal", em forma de bônus, que permite abater, nos índices estabelecidos, o valor das prestações dos mutuários, sendo os débitos acrescidos em função do incentivo incorporados ao saldo devedor; (sublinhamos)

- em 1985, o BNH. por meio da Resolução 46/85, de seu Conselho de Administração, considerando que

> "a decisão do Excelentíssimo Senhor Presidente da República de aplicar. em 1985, reajuste equivalente a 112% a.a. nas prestações dos contratos de financiamento para aquisição de moradia através do SFH (....) e que nos últimos doze meses (agosto de 1984 a julho de 1985) o reajuste da prestação com base na correção monetária integral (variação do UPC) será de 242% e que a opção ora oferecida representa. para o mutuário, um reajuste de apenas 112% no mesmo período de doze meses",

estabelece, em conseqüência, as normas aplicáveis aos contratos em vigor, aduzindo a referida Resolução que a diretoria do BNH "decidirá sobre casos omissos"; (nosso grifo)

- em 1986, com a edição do Decreto-lei 2.284/86, impõe o GOVERNO FEDERAL O **Plano Cruzado**, onde se estipula que "em nenhuma hipótese a prestação (....) será superior a equivalência salarial da categoria do mutuário", sendo estendido esse benefício a todos os m (grifo nosso)

No segundo grupo de subsídios - relativos ao saldo devedor do mutuário - traduziram-se eles, principalmente:

- em 1986, por meio do Decreto-lei nº 2291/86. é extinto o BNH. sucedendo-lhe a Caixa Econômica Federal, "em todos os seus direitos e obrigações", e estipulava-se que o "mutuário do SFH poderá, a qualquer tempo, liquidar, desde que integralmente, o saldo devedor com abatimento sobre o valor do débito, a ser fixado pelo Conselho Monetário Nacional", o que é feito pela

Resolução 1218/86, do Banco Central, na qual se fixa a fórmula de cálculo do desconto que poderá alcançar 25% deste saldo devedor; (nosso o grifo).

as -em 1988. O BANCO CENTRAL. por meio da Resolução 1448/88. concede do desconto de 25% aos mutuários que "liqüidarem antecipadamente o saldo devedor de seus contratos"; (grifamos)

-em 1990. a Lei nº 8004/90 faculta que o "mutuário do SFH, que tenha firmado contrato até 28 de fevereiro de 1986, poderá. a qualquer tempo. ligüidar antecipadamente sua dívida. mediante o pagamento do valor correspondente à. metade do saldo devedor contábil"; (grifos nossos)

Concedentes dos subsídios foram, como se vê, o GOVERNO FEDERAL, o BNH, depois sucedido pela CEF, e o BANCO CENTRAL. Os subsídios concedidos pelo BNH incluem-se no primeiro grupo, qual seja, aqueles incidentes sobre as prestações; os concedidos pelo GOVERNO FEDERAL e pelo BANCO CENTRAL, no segundo, embora, em alguns casos, haja também o GOVERNO FEDERAL concedido diretamente subsídios incidentes sobre as prestações.

Cabe salientar que o BNH regulou os subsídios concedidos mediante Resoluções de seu Conselho de Administração e de sua Diretoria; enquanto que o GOVERNO FEDERAL o fez por meio de Decreto, Decreto-lei ou em Lei de sua iniciativa, ou, ainda, por meio de decisões do Conselho Monetário Nacional, encampadas e tornadas públicas por intermédio de Resoluções do BANCO CENTRAL DO BRASIL.

Quer os subsídios incidentes sobre a prestação, quer os incidentes sobre o saldo devedor, causaram grave dano ao agente financeiro e ao equilíbrio geral do SFH - à sua "segurança técnica"-, sendo tais ônus perfeitamente mensuráveis.

A concessão de subsídios aos mutuários finais. sem a devida compensação de seus efeitos. foram irradiados Rara o âmbito do SFH. ocasionando o seu desequilíbrio. com a conseqüente perda de liquidez. a partir do momento em que o FUNDO DE COMPENSAÇÃO DE VARIAÇÃO SALARIAL deixou de realizar a função para a qual foi criado, como se explicará melhor a seguir.

Com efeito, em virtude dessa falta de devida compensação e pelo modo com que se revestiu a concessão dos subsídios - resultante da intervenção, direta ou indireta, do GOVERNO FEDERAL, favorecendo exclusivamente

ao mutuário, teve-se. como desdobramento imediato e inevitável. o dano efetivo ao agente financeiro. vendo seu crédito expropriado na razão direta do "guantum" subsidiado.

Tal expropriação, que se abateu sobre o crédito do agente financeiro, levou- o à inadimplência perante o BNH, hoje CEF, em alguns dos contratos de empréstimo que com este firmou, contratos esses, como demonstrado acima, integrantes da malha contratual que articula o circuito negocial do SFH, contratos que se alinham no planejamento projetado para a perfeita e tecnicamente segura operação do SFH.

3 - A EXAUSTÃO DO FUNDO DE COMPENSAÇÃO DE VARIAÇÃO SALARIAL

Como já foi dito acima, esse FUNDO foi criado para manter a segurança técnica do Sistema, de tal modo que pudesse dispor de recursos para enfrentar os abatimentos que "as formas flexíveis de reajustamento das prestações", bem como os sucessivos descontos a incidirem sobre o saldo devedor, pudessem produzir e, que, de fato, vieram a produzir.

Pois bem, os subsídios incidentes, quer sobre as prestações, quer sobre o saldo devedor, importaram em um "saldo devedor residual" ou "resíduo", isto é, uma diferença para me,nos entre o que efetivamente foi pago pelo mutuário favorecido, de seu saldo devedor, e o que deveria ter pago, nos termos do contrato de financiamento firmado com o agente financeiro.

Este resto de saldo devedor - precisamente a parcela de crédito do agente financeiro expropriada por força do subsídio - incumbiria ao FCVS pagar ao agente financeiro, em razão do que dispõe a Resolução 25/67, do BNH, que criou o Fundo. Determina ela, com efeito, o seguinte:

> "O Fundo operará com a entrega ao credor (Ag.Fin.), em nome do devedor, do eventual saldo da dívida /.../"; para tanto, tem "o Fundo a garantia subsidiária do BNH". (nosso grifo)

Essa obrigação do FCVS, que assumiu o débito remanescente do mutuário perante o agente financeiro, jamais foi revogada; à medida, porém, que o volume dos débitos gerados pelos subsídios concedidos aos mutuários foram se avolumando - o que, a partir de 1985, se deu em forma geométrica -, principiou o GOVERNO FEDERAL a impor limites, quanto ao montante, e condições, na forma de pagamento, para o cumprimento da obrigação

precípua do FCVS, não procedendo, outrossim, à compensação das perdas sofridas pelo agente financeiro.

Todavia, esse comportamento destoa, manifestamente, das principais normas reguladoras do FCVS desde a sua criação, conforme passamos a enumerar, a saber:

- em 1977 - dez anos depois da criação do FCVS - em Resolução (R. 01/77) estipula o Conselho de Administração do BNH que "o FCVS garantirá (que) o número de prestações em cada contrato não ultrapassará o pactuado ( ) e atingido o término do prazo contratual e uma vez pagas todas as prestações a Que se obrigará o mutuário. será apurado o saldo devedor. e não sendo nulo o FCVS liquidará junto ao credor" (agente financeiro); estipula, ainda, que "os mutuários contribuirão para o FCVS com até 0.5% do valor do financiamento"; (grifamos)

- em 1983. Decreto do Governo Federal (D. 88.371) dispõe que "os eventuais encargos financeiros adicionais, decorrentes da aplicação do disposto neste Decreto (isto é, subsídios ao mutuário) serão cobertos através da destinação. ao FCVS. dos resultados financeiros do BNH. bem como de outros recursos. de natureza não exigível. administrados por aquele Banco"; (nosso o grifo)

- em 1985. o BNH por meio da Circular DEFIN 003/85. de 07.09.85, enviada .aos agentes financeiros, buscava estabelecer critérios de compensação aos agentes financeiros, determinando que, "objetivando compatibilizar as condições dos contratos de empréstimos e refinanciamento. firmados gelo BNH. às estabelecidas aos financiamentos concedidos aos adquirentes da casa própria, face à aplicação dos dispositivos da RD 47/85 (que introduziu nos contratos os benefícios concedidos na RD 46/85, do mesmo BNH) "... serão procedidos. a partir do mês de janeiro de 1985. os ajustes nos retornos do agente junto ao BNH /.../" (sublinhamos)

- em 1986. o BNH em Resolucão de sua Diretoria (RD -74/86), em seqüência à Circular 003/85 (acima) estabelece que "os valores recolhidos pelos agentes financeiros (resultantes de amortizações extraordinárias feita por mutuários) serão abatidos do saldo devedor do empréstimo ou refinanciamento (contratado pelos agentes junto ao BNH) a que se referirem"; (realçamos)

- em 1986. o Decreto-lei 2291/86, ao extinguir o BNH, estipula que "o FCVS poderá compensar os agentes do SFH pelos abatimentos concedidos /.../;" (grifamos)

- ainda em 1986. O BANCO CENTRAL. Dor meio da Resolução 1218/86. torna pública decisão do Conselho Monetário Nacional que "a cobertura (do FCVS) será efetivada em cinco anos, período em que o agente financeiro) será remunerado nas mesmas taxas do contrato original/.../" (nosso o grifo).

-em 1987. o BANCO CENTRAL. em Circular (C 1161/87) distribuída aos agentes financeiros, fixa que "o percentual de contribuição ao FCVS será devido / / mensalmente pelos mutuários ( ) e trimestralmente pelos agentes financeiros /.../" (nossos grifos)

-em 1988. o BANCO CENTRAL. por meio da Resolução 1448/88, ao conceder ao mutuário desconto sobre o saldo devedor (da ordem de 25% do total), estabelece que o "FCVS será responsável Rela cobertura financeira de 50% do desconto concedido /.../ na forma desta Resolução, sendo os demais 50% de responsabilidade exclusiva dos agentes financeiros /.../" (sic) atribuindo-se, porém, ao agente financeiro compensação parcial ao estabelecer que "a Caixa Econômica Federal concederá. relativamente aos saldos dos recursos repassados. desconto idêntico ao agente financeiro. de forma a manter o equilíbrio financeiro dos mesmos /.../"; (nossos os grifos).

-em 1988. o Decreto-lei 2406/88 dispõe que "a gestão do FCVS (...) será estruturada por decreto do Poder Executivo e seus recursos destinam-se a quitar, junto aos agentes financeiros. os saldos devedores remanescentes de contratos de financiamento habitacional, firmados com mutuários finais do SFH"; (grifamos)

-em 1988. Por meio da Portaria 116/88. do Ministro da Habitação e do Bem-Estar-Social (a quem foram transferidos os poderes antes atribuídos ao BANCO CENTRAL, na matéria), é baixado o regulamento do FCVS, estipulando-se que "o FCVS ressarcirá os saldos remanescentes de sua responsabilidade. em 60 prestações mensais com juros calculados à taxa do contrato de financiamento com o adquirente de habitações, reajustada mensalmente com base no mesmo índice utilizado para reajustar os depósitos em poupança". (nosso o grifo)

Não obstante, insuficiente à plena compensação do que era devido aos agentes financeiros, foi sua situação, já ferida a partir de 1986, ainda mais comprometida com os atos que se seguiram, notadamente pela Lei n° 8.004/

-.em 1990. à Lei n° 8.004/90, já citada, ao conceder ao mutuário desconto de 50% do saldo devedor, na hipótese de liquidação antecipada do financiamento, estabelece que os "abatimentos serão suportados (sic) pelas instituições financeiras (agentes) em valores equivalentes a vinte por cento do saldo devedor contábil (....); as parcelas remanescentes dos abatimentos, de responsabilidade do FCVS, poderão, a critério das instituições financiadoras, ser por estas suportadas /.../"; e que o "FCVS Quitará o saldo de sua responsabilidade junto às instituições financiadoras (....) e junto à CEF. na Qualidade de sucessora do BNH /.../"; (nosso o grifo)

-em 1991. por meio da Portaria 271/91. a Ministra da Fazenda edita regulamento do FCVS, cuja finalidade. "obedecida a legislação pertinente" é assim reafirmada:

"garantir o limite de prazo para amortização das dívidas contraídas pelos :.../" adquirentes (mutuários) (...) respondendo pela cobertura do saldo devedor";

"responder pelo ressarcimento dos descontos concedidos pelos Agentes Financeiros aos mutuários cujos financiamentos tenham sido firmados até 28 de fevereiro de 1986. nas proporções fixadas pelas normas específicas";

"garantir o equilíbrio do Seguro Habitacional do SFH, permanentemente e a nível nacional".

Com a concessão do último subsídio, em 1990, - Lei 8004 -ficou patente o fato já reiteradas vezes advertido pelos agentes financeiros à CEF, gestora do FCVS de que não seriam de maneira alguma bastantes os recursos do FCVS para o cumprimento de suas obrigações, sendo evidentes as desastrosas conseqüências das medidas impostas.

,Ademais, a CEF, que também atua como agente financeiro, não vinha, ela mesma, gestora do FCVS e sucessora do BNH, recolhendo as suas ida contribuições ao FCVS, a que estava obrigada. E que, ao que foi informada os a ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO E POUPANÇA (ABECIP), sequer os outros depósitos, efetuados pelos mutuários e pelos agentes financeiros, acham-se disponíveis no FCVS, cujas contas, aliás, jamais foram demonstradas pela gestora, CEF.

Formou-se assim, uma cadeia de débitos: devem os agentes financeiros à CEF, por conta de empréstimos com ela contratados (com o BNH,

originariamente); deve o FCVS aos agentes financeiros o "quantum" correspondente aos abatimentos concedidos aos mutuários; deve a CEF ao FCVS contribuições ordinárias e de qualquer tipo!

III - LETRAS HIPOTECÁRIAS

Mais recentemente, ante tais descalabros, para quitar sua dívida para com o FCVS foi a CEF autorizada Relo BANCO CENTRAL -Resolução 1923. de 30.04.1992 -a emitir Letras Hipotecárias, "livremente negociáveis", tendo "prazo de seis anos /.../ (com) cláusula de reajuste pelos índices de atualização dos depósitos de poupança /.../ juros reais decrescentes, capitalizáveis e exigíveis ao fim do prazo de resgate com base /.../ (em tabela específica)".

A mesma Resolução contém duas autorizações, a saber:

a) uma, a do Art. 1º, para fins de pagamento de débitos (dela CAIXA) junto ao FUNDO mediante as letras hipotecárias;

b) uma outra, a do Art. 3º, que permite aos agentes financeiros pagar suas dívidas para com a CAIXA, utilizando-se de Letras Hipotecárias recebidas, do FUNDO em pagamento das dívidas deste para com aqueles.

Todavia, neste segundo caso, foi estabelecido que a utilização das letras pelos agentes somente alcançaria as dívidas vencidas até 31.12.89.

Ora, a fixação calculadamente arbitrária dessa data, limitadora do direito dos agentes financeiros, importou no fato de somente poderem eles quitar parcela mínima de suas dívidas .junto à CEF. uma vez que a maior parcela delas veio a ser exigível precisamente após a data fixada na citada Resolução.

A esta altura da exposição, cumpre advertir que os agentes financeiros não puderam obter do Fundo de Compensação de Variações Salariais as compensações que de direito Ihes cabia, uma vez que este estava, como está, totalmente desprovido de recursos monetários, em virtude de não ter recebido da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, como gestora, as contribuições por ela devidas. Acresce que a CAIXA, além de não ter destinado ao Fundo o que lhe competia, malbaratou seus recursos, desviando-os para fins estranhos à finalidade fundamental do mesmo Fundo.

Perante uma situação econômica-financeira tão grave e desesperadora,

não restou aos agentes financeiros senão aceitar o que, a título de compensação parcial, Ihes era oferecido, isto é, as Letras Hipotecárias, no pressuposto de que não poderiam juridicamente prevalecer as limitações arbitrariamente estabelecidas no sentido de somente virem a ser compensadas as dívidas vencidas até dezembro de 1989, e na certeza de que tal fato viria a ser afinal reconhecido pela CAIXA.

Infelizmente, não foi o que se deu, porquanto o BANCO CENTRAL e a CAIXA mantiveram-se apegados aos arbitrários termos da sua Resolução 1923/92, do BANCO CENTRAL, sendo baldados os apelos para uma revisão baseada no direito de, sem limite de tempo, ser sempre garantida a equação financeira dos contratos.

Daí a indagação que nos foi feita quanto aos direitos dos agentes financeiros e do ressarcimento que Ihes é devido pelos responsáveis pelos danos a eles causados.

PARTE II

O DIREITO

I. O DIRIGISMO CONTRATUAL COMO INSTRUMENTO DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

1. O minucioso levantamento das leis, decretos-Ieis, decretos, regulamentos, resoluções e portarias emanados para reger o Sistema Nacional de Habitação, ao mesmo tempo que revela o emaranhado de decisões obscuras e contraditórias em que se perdeu a nossa política habitacional, demonstra como e quando se implantou, no setor, o dirigismo contratual, o qual, embora sem se desvincular da originária Lei n° 4.380, de 5 de agosto de 1964, veio sofrendo profundas alterações, em função de sucessivas conjunturas econômico-financeiras.

Esse completo quadro normativo era essencial para poder-se determinar a natureza jurídica do plano setorial estabelecido pela União visando a realizar uma política habitacional reiteradamente declarada de .cunho social, com o objetivo de proporcionar morada condigna sobretudo às pessoas de média ou baixa renda.

Nesse sentido, a citada Lei n-O 4.380/64 merece análise especial, porquanto ela continua em vigor, não obstante as adaptações feitas de

seus dispositivos a novos órgãos e formas de procedimento que, durante mais de 28 anos, surgiram para substituir ou complementar os elementos do sistema, tornando, de ano para ano, quando não de mês para mês, cada vez mais abrangente e rigorosa a interferência estatal da vida das Sociedades de Crédito Imobiliário, bem como nos contratos por elas firmados com os mutuários ou adquirentes de casa própria, até culminar na Drática de atos manifestamente abusivos e arbitrários.

2. Deve-se reconhecer que, inicialmente, foram bem delineados os objetivos governamentais, a partir da opção feita por um Q!QOQ que -ante a magnitude da finalidade social objetivada -se caracterizou por inteligente combinação das atividades da União, dos Estados, Municípios e entidades de economia mista, de um lado, com a iniciativa do setor privado, de outro, graças à mediação das Sociedades de Crédito Imobiliário. criadas de conformidade com modelos e parâmetros pré-determinados Rela mencionada Lei básica de 1964.

Obedeceu esse plano às profundas mudanças ocorridas na Política intervencionista do Estado na vida social e econômica, a partir da Segunda Grande Guerra, quando o Poder Público deixou de se limitar a medidas declaradas excepcionais -tais como as de nacionalização ou estatização de determinados serviços, antes atribuídos à livre iniciativa particular, as de subordinação de certas atividades a exigências da ordem ou da saúde públicas, ou, ainda, à programação ou controle de preços que importavam em restrições à economia de mercado -para passar a exercer, normalmente, atividades econômicas do mais amplo e variado espectro.

Foram sobretudo objetivos de caráter social que determinaram esse alargamento do intervencionismo estatal, sendo apontada, como uma de suas formas inovadoras, a conversão dos contratos Privados em instrumento de ação do Estado.

Cabe, aqui, desde logo, distinguir entre dois tipos de dirigismo contratual. Um deles resulta da iniciativa do legislador que, para preservação dos interesses e direitos das partes mais fracas nas relações contratuais, cada vez mais massificadas, visou a salvaguardar a igualdade real entre os contratantes, submetendo a liberdade de contratar ou a execução do pactuado as regras de natureza impositiva, ainda que supervenientes, tal como se deu na linha de conhecidas reivindicações sociais formuladas por juristas como LOUIS JOSSERAND, GASTON MORIN ou GEORGES RIPERT, que lograram amplo apoio no Brasil.

Nesse tipo de dirigismo contratual, os civilistas já haviam avançado até

a intervenção do contrato para salvaguarda de interesses econômicos de ordem geral, como resulta do seguinte ensinamento do saudoso professor ORLANDO GOMES:

> "A intervenção restritiva realiza-se, outrossim, por controle estatal sobre a constituição e o funcionamento de certas empresas cuja atividade interessa à economia popular ou se exerce em condições extremamente favoráveis. O Estado faz depender de sua autorização o exercício da atividade dessas empresas, condicionando-o a que assumam certas obrigações nos contratos que estipulam para o cumprimento de suas finalidades. Restringe-se, assim, a liberdade de contratar, evitando-se o seu abuso". (Contratos. Rio Forense, pág. 35).

No mesmo sentido foi o pronunciamento de PAULO LUIZ NETO LÔBO nestes termos:

> "Para certas atividades, os tipos contratuais são os definidos em lei. As partes não podem criar ou escolher outros.
> O dirigismo contratual vai mais longe: proíbe a contratação ou a impõe compulsoriamente.
> A legislação civil brasileira é ilustrativa desses casos, estando sob dirigismo: a promessa de compra e venda; os contratos de direito autoral; a convenção de condomínio; o contrato de incorporação; as cláusulas de pagamento em ouro ou moedas estrangeiras; a locação de imóveis; a cláusula penal (limitação); os juros; os contratos agrários; o contrato de alienação fiduciária; os contratos de seguro; os contratos de habitação; os contratos de 'software', entre outros". ("Dirigismo Contratual", na Revista de Direito Civil, abril/junho/1992, Vol. 52, pág. 52).

3. Bem diverso, porém, é **o tipo de dirigismo contratual de que o Estado se vale como instrumento de sua política econômico-social**. tal como se dá quando o Governo concebe um plano de atividade em parceria com particulares, promulgando uma lei destinada a obter a sua cooperação, prometendo-lhes e assegurando-lhes um complexo de direitos e prerrogativas, desde que concordem em operar de conformidade com o quadro normativo que previamente disciplina a forma e o alcance de sua colaboração. Esta forma de dirigismo contratual já extrapola o Direito Civil para tornar-se matéria do **Direito Econômico**, acertadamente visto como uma ponte entre o Direito Público e o Direito Privado.

Ora, entre as formas desse tipo de cooperação entre o Estado e os

particulares figura aquela que é condicionada à aceitação por eles de normas contratuais de antemão fixadas em lei, quer quanto aos requisitos de sua constituição empresarial, quer quanto ao conteúdo da atividade negocial a ser realizada, quer no que se refere à sua fiscalização etc.

Em contrapartida, o Estado se obriga a outorgar às empresas, por tal modo e para tal fim constituídas, direitos e prerrogativas inerentes ao objetivo comum que se tem em vista alcançar, sendo conatural ao acordo realizado a edição de medidas oficiais que possibilitem e salvaguardem, econômica e financeiramente. o empreendimento programado, em igualdade de condições com os demais participantes.

Desse modo, os particulares tornam-se protagonistas, ou melhor, os Parceiros do Plano de intervenção: se, por um lado, enquanto empresários, correm o risco inerente a toda atividade mercantil ou industrial de ordem privada, por outro lado, ficam preservados de riscos resultantes de atos do Poder Público que venham alterar o equilíbrio econômico-financeiro da situação jurídica proposta e constituída,

Não é demais acrescentar que essas e outras modalidades de cooperação privada com o Estado, bem como imprevistas e poderosas formas de organização econômica no âmbito geral, vieram constituindo, nas últimas décadas, todo um novo campo do Direito, o Direito Econômico, o qual, no dizer de GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL, abrange três territórios jurídicos: O Direito do Planejamento, o Direito Administrativo Econômico e o Direito da Organização dos Mercados (Teoria Geral do Direito Econômico. São Paulo, 1977, pág. 35).

4. Nos moldes do que acabamos de expor, vale a pena lembrar, aqui, o que ANDRÉ DE LAUBADERE, um dos mais eminentes mestres contemporâneos de Direito Administrativo e de Direito Econômico, escreve no tocante ao objeto específico do presente Parecer, ou seja, aos "órgãos oficiais encarregados da função bancária do Estado" e às entidades privadas que deles se tornam auxiliares.

Começa LAUBADERE por afirmar que "logo a seguir à Segunda Guerra Mundial o Estado se pôs a assumir um papel, desconhecido antes, de ajuda financeira aos investimentos privados. Ele fez-se banqueiro dos investimentos privados". (Direito Público Econômico, trad. e notas de Maria Teresa Costa, Coimbra, 1985, pág. 167).

A seu ver, essa atuação financeira ocorre num quadro jurídico-econômico cujos traços gerais são a pluralidade dos órgãos que cooperam com o

Tesouro, o que quer dizer com o Estado, formando uma verdadeira rede, e a diversidade dos meios e processos de ação planejados. Efetivamente, a atividade bancária se insere -e é, como veremos, exatamente o caso do BNH - no âmbito de um sistema, constituindo "o órgão alimentador dos recursos exigidos pelo programa a ser realizado, de modo a atrair e ganhar a confiança dos investidores privados".

O mestre francês salienta - e essa sua advertência é de notável importância - que "na sua bancária, o Tesouro intervém simultaneamente como emprestador mas, também, como garantia de pedido de empréstimo privado (....) e também como tomador de participações" (op. cit., pág. 169).

O Tesouro, ou, como preferimos dizer no Brasil, a Fazenda Nacional, através do instituto bancário legalmente criado, faz, em última análise, uma **proposta firme de financiamento e garantia** aos empresários que se proponham a aderir (é o termo técnico próprio) às condições adrede configuradas na lei.

Como que se referindo ao Sistema Nacional de Habitação, no qual as Sociedades de Crédito Imobiliário desempenham papel primordial, LAUBADÉRE escreve, textualmente:

"Ao lado dos institutos públicos, encontramos instituições financeiras especializadas que desempenham um papel análogo mas que são organismos de direito privado. Embora privadas, estas instituições desempenham ainda um papel no aparelho do Estado-banqueiro pois servem igualmente de institutos ou intermediários do Tesouro. Em virtude deste papel, recebem dotações do Estado e estão sujeitas, em contrapartida, a controles muito apertados que as fazem geralmente qualificar como organismos "parapúblicos". (Op.cit., pág. 174).

Ora, o grande instrumento mediante o qual se estabelece a correlação entre os órgãos estatais e as empresas privadas é o **contrato**, mas tal como é ele configurado de antemão em lei. Trata-se, pois, de um **contrato dirigido** em função do plano legalmente aprovado, por entender o Governo ser preferível deixar de atuar **direta** e **unilateralmente**, - chamando a si todo o encargo da operação econômico-financeira, afrontando conhecidas entidades burocráticas -para passar a agir **indiretamente e bilateralmente**, através de uma trama de contratos legalmente previstos, primeiro como forma obrigatória de constituição das empresas colaboradoras, e depois, mediante diversos tipos de

avença a serem estipuladas pelas empresas com os destinatários finais dos financiamentos, ou seja, no caso em apreço, os adquirentes de casa própria com ajuda do Estado.

E, portanto, com acerto que os estudiosos desse tipo de intervenção estatal afirmam que nele o antigo **ato unilateral de intervenção -** realizado mediante medidas administrativas coercitivas é substituído por **atos convencionais** com os parceiros privados. Tudo somado, o instituto jurídico do contrato sofre adaptações para **substituir** o ato unilateral, tornando se dessarte instrumento pluralista e dinâmico da política intervencionista do Estado.

II. - O DIRIGISMO CONTRATUAL NA LEI N^0 4.380/64

6. Quem nos acompanhou na exposição dos dispositivos fundamentais da Lei em epígrafe já tem elementos bastantes para verificar como o instituto do contrato, sob a forma dirigida, foi transformado em instrumento de realização do plano econômico-financeiro destinado a resolver no Brasil o angustioso problema de carência de moradias familiares.

Note-se, em primeiro lugar, que o Estado não praticou o erro de nacionalizar ou estatizar o plano de construção de casas popular, convertendo-o em monopólio estatal, o que, aliás, não seria pela permitido pela Constituição de 1946, ainda em vigor. A orientação do Governo do Presidente CASTELLO BRANCO acorde com as diretrizes político - financeiras de seus dois grandes Ministros, GOUVEIA DE BULHÕES e ROBERTO CAMPOS - foi no sentido de, ao lado e sem prejuizo empreendimentos autônomos da iniciativa privada, conceber um sistema complementar de aiuda financeira estatal, mas de caráter binado, isto é atualizável graças à ação conjunta de órgãos públicos e de empresas privadas. Para esse sistema foram logo previstas normas disciplinadoras da "correção monetária', como as define a ementa da Lei, não sendo elas aplicáveis imperativamente aos contratos que os particulares viessem a concluir sem ajuda do Estado, ainda que empreendimentos destinado à construção de casas populares. (Sobre a inaplicabilidade da correção monetária estatuída no Sistema Nacional de Habitação em operações realizadas fora dele, v. o estudo de ARNOLDO WALD na Rev. de Direito Civil, jan/março/1981).

Se lembramos esse ponto é para assinalar que a Lei nº 4.380/64 institui um sistema íntegro e cerrado, subordinando os seus participarntes

(agentes financeiros e mutuários) a um conjunto de normas específicas disciplinadoras de direitos e deveres correlatos.

7. Pois bem, o dirigismo contratual, consagrado pelo referido diploma legal, é marcadamente amplo e rígido, "disciplinando o acesso das Sociedades de Crédito Imobiliário ao mercado de capitais" à prévia aceitação de um único tipo de contrato, com cláusulas expressas não alteráveis por mero consenso dos sócios.

Bastará dizer que o Art. 35 disciplina a constituição das mencionadas Sociedades, cujo funcionamento depende de autorização do Banco Nacional de Habitação, sempre por tempo indeterminado, sob a fiscalização dessa entidade, sendo estabelecido capital mínimo anualmente atualizado pelo BNH, ao qual cabe aprovar os nomes de seus diretores, à vista de provas exigidas por órgãos oficiais, com obrigação de publicação de balancetes mensais no Diário Oficial.

Essa subordinação estrita estende-se a qualquer alteração estatutária, conforme estatui o Art. 38, que também dispõe sobre abertura ou fechamento de agências ou dependências, cujos administradores estão outrossim sujeitos ao beneplácito do BNH.

Se a constituição das Sociedades obedece a rigorosas determinações oficiais, não são menos imperativas as determinações legais no que se refere ao seu objeto, uma vez que elas somente poderão operar em financiamento para construção, venda ou aquisição de habitação e, mais precisamente, tão somente nas 4 operações que oArt. 39 expressamente discrimina, além de "outras modalidades de operações autorizadas pelo Banco Nacional de Habitação".

Além disso, nem mesmo nessas operações as Sociedades de Crédito Imobiliário podem agir livremente, sujeitas que se acham sempre as normas legais e às expedidas pelo BNH.

Dispensamo-nos de elencar outras obrigações e proibições impostas às citadas Sociedades, tais como as minuciosamente enumeradas nos Arts. 40 **usque** 43, com previsão de fiscalização permanente, inclusive mediante Auditorias Externa, bem como ao pagamento de pesadíssimas multas "após a apuração do processo cujas normas serão expedidas pelo Ministério da Fazenda, assegurada às Sociedades ampla defesa".

Desnecessário é acrescentar que a suspensão e a cassação do funcionamento das Sociedades são também previstas, **tudo configurando**

uma situação jurídica de rigorosa dependência, ao BNH, ficando positivado que **elas jamais teriam, de maneira alguma, possibilidade de obter recursos outros além daqueles que as normas legais e as do BNH lhes conferem.**

Esta constatação é da maior relevância, uma vez que a proibição cogente de operar em outros campos de atividade, além dos rigidamente previstos, **não pode deixar de ter, como natural e justa contrapartida, a obrigação do BNH e, na falta deste, do Tesouro Nacional, de garantir às Sociedades, no tempo devido e na medida de suas necessidades operacionais legítimas, financiamento bastante para a cobertura de débitos assumidos em razão das funções a elas legalmente atribuídas, sob pena de previsíveis e ruinosos danos.**

8. Tal conclusão ainda mais se impõe se levarmos em conta que, em suas relações com os mutuários ou adquirentes de casa própria, as Sociedades de Crédito Imobiliário não atuam com a liberdade consensual conferida aos empresários comuns, não somente em virtude do previsto noArt. 39 da Lei de 1964, mas, também e notadamente, em razão de normas sucessivamente baixadas pelo BNH, nas quais eram estabelecidas as "condições gerais para os financiamentos, empréstimos e repasses concedidos pelas entidades pertencentes ao Sistema Financeiro da Habitação" (Resolução BNH nº 155/82) e, mais ainda, fixadas "cláusulas - padrão que deverão constar dos contratos **(....)".** (Resolução BNH nº 157/82).

Não se poderia conceber dirigismo contratual mais amplo e rigoroso, avançando até aos contratos finais com os mutuários!

Mas, como veremos, o Estado, quer mediante Leis, quer através de Resoluções do BANCO CENTRAL e da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (como sucessora do BNH), se julgou com o poder de subverter até mesmo esses contratos, **à custa dos agentes financeiros!**

III - RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO (SFH)

9. À vista do exposto sobre o "dirigismo contratual", convertido em instrumento da intervenção estatal na economia, e de tudo o que ficou esclarecido na PARTE I do presente Parecer, já se pode inferir que o Estado responde por todo e qualquer dano causado aos contratantes que concordaram em assumir a posição de parceiros do plano governamental.

A responsabilidade do Estado (e, quando falamos em Estado, estamos nos referindo, no caso especial do SFH, à Fazenda Nacional, à Caixa Econômica Federal, sucessora do BNH, e ao Banco Central do Brasil), por tratar-se de um plano no qual os contratantes ficam à mercê da política fiscal, no que tange à efetiva distribuição dos recursos financeiros legalmente prometidos e às supervenientes medidas tomadas pelos órgãos estatais, é, em geral, considerada **objetiva**, isto é, independente de existência de falta ou culpa por parte do Poder Público, não cabendo aos agentes financeiros fazer prova de desvio ou má aplicação dos recursos financeiros disponíveis.

Cabe desde logo ressaltar que, não obstante a padronização e a imperatividade dos vários contratos prefigurados como *conditio negotii,* a começar pelo de sua própria constituição como sociedade anônima normativa, nem por isso as Sociedades de Crédito Imobiliário perdem a sua qualidade de contratante, dotado de poder de exigir do Estado a devida reparação dos danos sofridos, não tendo sentido pretender-se compará-los a subordinadas repartições públicas.

Houve quem, abusivamente, concluiu que, no dirigismo contratual estatizado, haveria mera aparência de contrato, ou um quase-contrato, mas a maioria dos autores concordam com JOSSERAND, quando este ilustre jurisconsulto francês - conforme é lembrado por DARCY BESSONE, Professor Emérito da Universidade Federal de Minas Gerais,

> "observa que, se a lei não exige que o contrato seja preparado por uma livre discussão de suas cláusulas e se contenta com o consentimento livre na sua conclusão, a regulamentação não exclui o contrato, nem altera o seu conceito. Entendemos que, se o contrato é o acordo de vontades que cria, modifica ou extingue relações jurídicas, de natureza primordial, sempre que a sua conclusão depender do acordo de vontades, para um dos fins indicados, haverá contrato, ainda que as suas condições sejam estabelecidas por regulamento ou hajam sido preparadas unilateralmente por uma das partes, como sucede nos contratos de adesão". (DARCY BESSONE - Do contrato **-** Teoria Geral. Rio de Janeiro, 1987, págs. 49 **-** Nossos os grifos).

10. Essa referência aos **contratos de adesão** é muito significativa, porquanto o que ocorreu na aplicação da Lei nº 4.380/64, e nos atos normativos que se lhe seguiram, foi a adesão dos agentes financeiros ao quadro de direitos e obrigações neles configurado, o que de *per si* importa na

preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, tendo sempre como conteúdo e parâmetro tais direitos e deveres correspectivos originariamente estabelecidos.

É óbvio que nos "contratos dirigidos", os aderentes não podem ser surpreendidos por alterações impostas pelo Poder Público, estabelecendo cláusulas e condições que, se antes existentes. não teriam logrado obter a cooperação das empresas particulares. **especialmente no que se refere à garantia do financiamento requerido pelo SFH,** o que pressupunha disponibilidade dos recursos financeiros no volume e prazos convencionados.

E, com efeito, da natureza dos contratos, ainda quando "dirigidos", a paridade entre as partes, ou seja, a correlação entre direitos e deveres recíprocos, máxime quando uma delas é a Administração Pública, da qual se deve exigir, mais do que particulares, **lealdade e boa fé,** exigência esta que ganhou status constitucional à luz do art. 37 da Carta de 1988, segundo o qual

> "A administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade. impessoabilidade. moralidade, publicidade" (nossos os grifos).

11. lsto posto, não podiam a União, o BNH, a CEF ou o Banco Central subverter os pressupostos da adesão contratual, quer em virtude de desvio dos recursos previstos para o plano habitacional, quer para conceder benefícios e favores aos mutuários à custa dos agentes financeiros: os referidos órgãos que causaram danos às Sociedades de Crédito Imobiliário devem, por conseguinte, repará-los.

Essa responsabilidade - que é **conjunta e solidária** - tanto mais se impõe quando se observa que o BNH, em 1967 - três anos após a implantação do SFH -, ao perceber os possíveis imprevistos e deficiências do percurso ao longo da execução do plano habitacional, cuidou de constituir um FUNDO para "segurança técnica do sistema" (Res. do Conselho de Administração nº 25/67).

Esse Fundo, cuja denominação diz tudo, FUNDO DE COMPENSAÇÃO DE VARIAÇAO SALARIAL (FCVS), tem por fim atender às carências do sistema, tendo sido afirmado que

"a contratação de formas flexíveis de reajustamento das prestações (dos mutuários) **em nada altera** (sic) o poder aquisitivo dos recursos investidos em habitação" (sublinhamos).

Eis aí a confissão expressa de que, graças ao FCVS, seria preservada sempre a **correlação paritária entre as prestações efetivamente recebidas pelos agentes financeiros dos adquirentes de moradia e os recursos que àqueles deveriam ser fornecidos pelo BNH e, desde a extinção deste, pela Caixa Econômica Federal.**

Por outro lado, ficou garantida a posição creditícia dos agentes financeiros com **a declaração formal,** na mesma Res. 25/67, que o mencionado

"Fundo tem a garantia subsidiária do BNH" (nosso o grifo).

Tanto é assim que a mesma Resolução estatui que o FUNDO criado **-** conforme detalhadamente foi exposto na PARTE I deste Parecer,

"operará com a entrega ao credor (agente financeiro) **em nome do devedor,** do eventual saldo de dívida" (grifamos).

Isto quer dizer, em última análise, que o BNH assumiu expressamente a **posição de fiadora e principal pagadora dos mutuários,** exatamente para que, efetivamente, fosse sempre mantida a prometida equivalência entre o "quantum" das prestações devidas aos mutuários e o "quantum" de recursos exigidos para o financiamento das construções.

Quer dizer também que, em virtude de sucessivos e congruentes ATOS JURÍDICOS PERFEITOS, foi constituído a favor das Sociedades de Crédito Imobiliário, um complexo de DIREITOS ADQUIRIDOS, a salvo de quaisquer alterações, inclusive por parte do legislador ordinário, por tratar-se de direitos que a lei, em hipótese alguma. pode preiudicar. (Constituição, Art. 5º, Inciso XXXVI).

12. Quando expusemos a matéria de fato, em correlação com a legislação a ela progressivamente aplicável, já tivemos oportunidade de lembrar as diversas vezes em que o BNH, como o fez em 1977 (Res. 01/77), assumiu o débito dos mutuários, liquidando-os em seu nome, dando cumprimento ao avençado por força de lei e decisões dos órgãos competentes.

Até mesmo mediante Decreto, o de nº 88.371, de 1983, o Governo Federal houve por bem conceder subsídios aos mutuários, mas, em

necessária contrapartida, destinou recursos especiais ao mencionado FUNDO, para que este pudesse atender às suas obrigações para com os agentes financeiros, desfalcados do valor das prestações avençadas.

Sempre reconhecendo a necessidade de "compatibilizar as condições dos contratos de empréstimos e refinanciamentos às condições estabelecidas aos financiamentos concedidos aos adquirentes da casa própria", foi determinado, outrossim, em 1985 (vide Parte I do Parecer) que seriam

"procedidos, a partir do mês de janeiro de 1985, **os ajustes nos retornos do agente junto ao BNH"** (Circular DEFIN 003/85 do BNH).

Isto posto, dispensamo-nos de repetir toda a série de incompreensíveis atos de quebra contratual-legal, minuciosamente exposta na PARTE I do presente Parecer, para demonstrar a ofensa aos atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos. Apenas a título de exemplo, lembramos que, em 1986, o Decreto-lei nº 2.291, ao extinguir o BNH, estipulou que o "FCVS poderá (?) compensar os agentes do SFH pelos abatimentos (concedidos aos mutuários)".

O erro ou a malícia foi aplicar o verbo **poderá**, quando o certo e insofismável é declarar: deverá compensar os agentes financeiros, sob pena de inconstitucionalidade!

Tanto é assim que, em 1988, outro Decreto-lei, o de nº 2.406, voltou a determinar que os recursos do FCVS

> **"destinam-se a quitar, junto aos agentes financeiros, os saldos devedores remanescentes de contratos de financiamento habitacional, firmados com mutuários finais do SFH".**

13. Ora, aos agentes financeiros não cabe indagar das razões pelas quais, a seguir, como já o haviam feito no passado, a União e seus órgãos auxiliares **deixaram de cumprir o pactuado,** nem lhes cumpre analisar os critérios e motivos político-econômicos dessa inadimplência.

O certo é que à Administração direta ou indireta não é facultado conceder benefícios e favores a terceiros **à custa daqueles que, fiados em disposições legais, aderiram ao plano habitacional lançado em 1964!**

Verificada, assim, a falta de cumprimento do legalmente avençado, impõe-se a reparação, **tanto por tanto.**

Essa obrigação objetiva de indenizar tanto mais é justificada quando houve, em várias oportunidades, **abuso** ou mesmo **desvio de poder,** por parte do BANCO CENTRAL, do BNH ou da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL**,** ao concederem **subsídios, incentivos e descontos de toda a natureza aos mutuários,** sem levarem em conta o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos do SFH em seu todo, chegando-se ao desplante do BANCO CENTRAL determinar, em sua Resolução 1.448/ 88, no ato de se conceder, mais uma vez, aos mutuários, a faculdade de liquidarem antecipadamente o saldo devedor de seus contratos, graças a gigantescos descontos, que **50% destes correriam por conta dos agentes financeiros,** com promessa de futuro repasse, **"de forma a manter o equilíbrio financeiro"** das operações, o que não ocorreu!

É irrecusável, por conseguinte, o dever de reparação total dos danos sofridos pelas Sociedades de Crédito Imobiliário, obedecidas as duas regras que WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA, titular de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, lucidamente estabelece, a saber:

> "REGRA DO EQUILÍBRIO
> *Para toda relação de Direito Econômico há sempre um* ***ponto de equilíbrio*** *ou uma* ***zona de equilíbrio*** *que traduz a mais justa ponderação dos interesses individuais e sociais postos em confronto ante os fundamentos econômicos da ideologia adotada."*

> "REGRA DA EQUIVALÊNCIA
> Quando as medidas de política econômica postas em prática por autoridade superior influem nos valores de bens e serviços em proporções superiores às que representem as oscilações normais da conjuntura econômica, o pagamento da obrigação combinada deve satisfazer, na data de sua efetivação, a valor correspondente ao que representava no momento em que se ajustou o compromisso."

Justificando essa segunda regra, o referido Autor assim escreve:

> "Traduzindo **igual valor a** Regra da Equivalência pretende incluir os casos em que as influências não se identifiquem apenas com os efeitos da política inflacionária. E note-se que em se tratando de

conseqüências de política econômica eles são freqüentes e numerosos. Basta ser tomada uma determinada orientação, ou incluída num planejamento a resolução de se incrementar um setor de economia em ritmo mais acelerado do que outro para que alterações de valor se manifestem com prejuízos e lucros que não decorrem da capacidade do agente econômico, mas se prendem a circunstâncias daquela política."

E acrescenta:

"Por outro lado, cumpre salientar que a regra não se perde no princípio romano do **neminem laedere,** visto como não trata propriamente da figura da **lesão.** Cuida da espécie em que não tenha havido a intenção de prejudicar, mas em que o prejuízo, mesmo assim, se manifestará e não há como evitá-lo por parte dos contratantes, pois deles não decorre nenhuma culpa, visto como a causa está em medidas tomadas pelas autoridades e são superiores à sua vontade". (Direito Econômico. São Paulo, 1980, págs. 170 e segs.).

Fica, assim, bem caracterizada a responsabilidade do Estado, mesmo sem culpa, se de seu plano resulta dano a seus parceiros.

Não é outro o pensamento de LAUBADÈRE, nos seguintes termos:

"O Estado tem o dever, não só moral mas também iurídico. de executar o Plano na parte que lhe respeita e de tomar as medidas necessárias à sua execução. Nenhuma das duas objeções que somos tentados a fazer a este respeito, isto é, a ausência de sanção e a maleabilidade do Plano é, neste ponto, decisiva: a ausência de sanção não énecessariamente incompatível com ajurisdicidade, se não, como não deixamos de assinalar, seria necessário contestar o caráter jurídico da maior parte do direito constitucional e do direito internacional; quanto à maleabilidade do Plano, ela significa apenas que o Plano pode ser modificado ao longo do caminho, como o podem ser também as leis e os regulamentos, mas não que os poderes públicos não estejam obrigados pelo Plano enquanto não procederem às suas modificacões ou adaotacões."

Em nota, é acrescentado que quando a administração

"bloqueia, para acudir a uma situação inflacionista, os créditos necessários ao procedimento da execução do Plano (....)"

isto não significa

"que ela deixa, de uma maneira geral, de ficar obrigada **(....)"** (Op.cit p. 327).

IV - DISCRIMINAÇÃO DOS AGENTES FINANCEIROS QUANTO A UTILIZAÇÃO DE LETRAS HIPOTECÁRIAS

Como já foi exposto, era dever da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, como sucessora do BNH, suprir o FCVS sempre que este FUNDO não dispusesse de recursos para atender aos encargos do SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO, sobretudo com relação aos créditos dos agentes financeiros, para preservação do equilíbrio econômico de suas operações. Tais suprimentos, porém, não foram feitos pela CAIXA, segundo nos informam os agentes financeiros, de tal modo que cresceu desmedidamente a dívida da CAIXA para com o FUNDO; mesmo porque ela deixou, outrossim, de honrar junto a este dívidas contraídas na qualidade de agente financeiro que também o é.
Pois bem, ocorre que, pela Resolução nº 1.923, de 30 de abril de 1992, o BANCO CENTRAL autorizou a CAIXA a emitir Letras Hipotecárias, "livremente negociáveis", tendo "prazo de seis anos... (com cláusula de reajuste pelos índices de atualização dos depósitos de poupança...), juros reais decrescentes, capitalizáveis e exigíveis ao fim do prazo de resgate com base... (em tabela específica)".

Todavia **-** como foi exposto no último capítulo da Parte 1 do presente Parecer **-,** ao mesmo tempo em que permitia à CAIXA a utilização de ditas Letras Hipotecárias para liquidar suas dívidas junto ao FUNDO, **sem qualquer limitação de tempo,** inexplicavelmente estabeleceu que os agentes financeiros só poderiam utilizar-se de ditas Letras Hipotecárias para o correlato pagamento de suas dívidas para com a CAIXA, **mas "desde que vencidas até 31.12.89".**

Não há qualquer explicação para essa delimitação de tempo, com a qual bem ver, o BANCO CENTRAL pensava ter encontrado um meio malicioso

de fugir à sua responsabilidade, por saber que a maior parte das dívidas dos agentes financeiros só seria exigível **após a data fixada na Resolução.**

Tal propósito, no entanto, é insustentável, porquanto a ninguém é dado tirar proveito de sua própria malícia. Dois são os vícios que inquinam a referida fixação de prazo: o critério discriminatório e a falta de motivação.

Analisando este último requisito do ato administrativo, o primeiro signatário deste Parecer salienta que para a validade desse ato (e é, sem dúvida, 'ato administrativo' o praticado por órgão da Administração indireta ao conceder ou negar financiamento a uma empresa privada) não basta que haja motivação, porquanto é indispensável que ela seja **legítima** (MIGUEL REALE - Revogação e Anulamento do Ato Administrativo. 2. ed., São Paulo, 1980, pág. 23).

Quanto a ser a **motivação** elemento essencial do ato administrativo está acorde toda a doutrina, como assinala o saudoso HELY LOPES MEIRELLES, reportando-se a ensinamento de BIELSA, nos seguintes termos:

> "Ora, se ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, claro está que todo ato do Poder Público deve trazer consigo a demonstração de sua base legal. Assim como todo cidadão, para ser acolhido na sociedade, há de provar sua identidade, o ato administrativo para ser bem recebido pelos cidadãos, deve patentear a sua legalidade, vale dizer, a sua identidade com a lei. Desconhecida ou ignorada a sua legitimidade, o ato da autoridade provocará sempre suspeitas e resistências, facilmente arredáveis pela motivação". (HELY LOPES MEIRELLES Direito - Administrativo Brasileiro. 9º. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais,1982, pág. 149; RAFAEL BIELSA, Compendio de Derecho Público, Buenos Aires, 1952, 11/27).

Aliás, já o clássico JÉZE, em tópico aplaudido pelo não menos saudoso BILAC PINTO, escreve:

"para se ter certeza de que os agentes públicos exercem a sua função movidos apenas por motivos de interesse público da esfera de sua competência, leis e regulamentos recentes multiplicam os casos em que os funcionários, ao executarem um ato jurídico, devem expor

expressamente os motivos que o determinaram. É a obrigação de motivar**.** O simples fato de não haver o agente público exposto os motivos de seu ato bastará para torná-lo irregular; o ato não motivado, quando o deveria ser, presume-se não ter sido executado com toda a ponderação desejável, nem ter tido em vista um interesse público da esfera de sua competência funcional". (GASTON JÈZE, Les Príncipes Généraux du Droit Administratif. Paris, 1926, III/219; BILAC PINTO, Estudos de Direito Público. Rio, 1953, pág. 312).

15. Ora, quando inexiste motivação, é indício de existência de **abuso ou desvio de poder,** como adverte M. REALE (op. Cit, pág. 65).

No caso examinado, o desvio de poder é transparente, visto como a data delimitadora do emprego das Letras Hipotecárias, para fim de compensação de débito e crédito no Sistema Financeiro de Habitação, era a que mais convinha ao BANCO CENTRAL para eximir-se da obrigação de, conjuntamente com a CAIXA, preservar o equilíbrio econômico dos agentes financeiros.

Por outro lado, como já foi lembrado, houve inadmissível **discriminação** entre o tratamento dispensado à CAIXA **-** a qual pode se utilizar, a **qualquer tempo,** das Letras Hipotecárias, para compensar as dívidas por ela contraídas junto ao FUNDO, inclusive a título de agente financeiro - enquanto as empresas privadas se defrontam com inexplicável prazo extintivo de seu direito de compensar!

Todavia, já ficou demonstrado à sociedade que o Sistema Financeiro de Habitação constitui uma trama unitária e congruente de relações, de tal modo que é **inadmissível qualquer tratamento desigual entre os parceiros que nele operam.**

Dir-se-á que as Sociedades de Crédito Imobiliário concordaram em aceitar as letras, sabendo do prazo extintivo da faculdade de compensar, mas, segundo informam, **não lhes restava alternativa, uma vez que a CAIXA afirmava peremptoriamente inexistir qualquer outro recurso disponível.**

Tanto é assim que apenas pouquíssimas Sociedades - as que tinham a sustentá-las poderosas instituições bancárias - tiveram meios para recusar as referidas letras hipotecárias: a quase totalidade delas foi

coagida a recebê-las, alimentando a esperança de futura mudança de critério por parte do BANCO CENTRAL.

Felizmente para elas, porém, não se acham na dependência do arbítrio do BANCO, visto como o prazo extintivo não se reveste de legitimidade moral e jurídica para subsistir, sendo nulo de pleno direito.

V - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

16. Foi dito supra que tanto a FAZENDA NACIONAL quanto o BANCO CENTRAL DO BRASIL e a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL são, conjunta e solidariamente. responsáveis pelos danos sofridos pelas Sociedades de Crédito Imobiliário, em razão de lhes não ter sido preservado o equilíbrio econômico-financeiro de suas operações.

Essa solidariedade resulta da **integração unitária** do SFH, de tal modo que os prejuízos sofridos pelos agentes financeiros - sobretudo a partir de meados da década de 80 - decorreram de Leis e Decretos-leis que inconstitucionalmente feriram **direitos adquiridos** e **situações jurídicas definitivamente constituídas;** de Resoluções e Portarias tanto do BANCO CENTRAL como da CAIXA, ambos responsáveis pela higidez do FUNDO DE COMPENSAÇÃO DE VARIAÇÃO SALARIAL.

Seria impossível aos agenfes financeiros, - ao pleitearem a reparação dos danos sofridos - fazer a atribuição de cada um deles a este ou àquele dos responsáveis, quando todos atuaram em razão, repetimos, de um sistema integrado e unitário de direitos e obrigações.
Essa trama de operações financeiras, que tem como um de seus **elos fundamentais** os agentes financeiros, é de tal ordem que, se a precariedade e a defasagem dos financiamentos a eles outorgados os obrigaram a aceitar letras hipotecárias sujeitas a validade limitada no tempo, também os danos resultantes desses títulos seriam indenizáveis. ainda que vingasse a tese. a nosso ver inadmissível, de sua licitude.

A indenização, em suma, a que as Sociedades de Crédito Imobiliário fazem jus, é a mais ampla possível, desde que os danos tenham resultado, direta ou indiretamente, de atos oficiais causadores da quebra do equilíbrio econômico-financeiro dos parceiros, que a

legislação em vigor sempre considera mediadores do Estado perante os adquirentes de casa própria.

É o nosso parecer.

São Paulo, 13 de outubro de 1992.

MIGUEL REALE
MIGUEL REALE JÚNIOR
PEDRO ALBERTO DO AMARAL DUTRA

Da responsabilidade do Banco Central pelas eventuais diferenças de correção monetária devidas aos depositantes em Caderneta de Poupança de cujos recursos se apropriou

Parecer apresentado por
Arnaldo Wald

São Paulo
Novembro/1992

Diferença básica entre o Plano Collor e os anteriores, em virtude da transferência dos recursos depositados pelos particulares nas instituições financeiras privadas para o Banco Central do Brasil, que ocorreu a partir de 15.03.1990, enquanto, nos Planos Bresser e Verão, só houve mudanças de caráter legislativo e regulamentar, sem apropriação do dinheiro que se encontrava nos Bancos, Caixas Econômicas e Sociedade de Crédito Imobiliário.

A Medida Provisória nº 168, posteriormente convertida na Lei nº 8.024, determinou a transferência dos recursos depositados em Caderneta de Poupança, dos quais eram depositários os Agentes Financeiros, para o Banco Central do Brasil que se sub-rogou nos direitos e deveres das instituições financeiras em relação aos seus depositantes.

Posição dos Tribunais Superiores, liderados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, que, em Habeas-Corpus, reconheceram a transferência, ao Banco Central do Brasil dos recursos depositados em instituições financeiras particulares, com a decorrente irresponsabilidade dos respectivos gerentes nos casos de medidas judiciais determinando liberação dos cruzados novos bloqueados, cabendo, exclusivamente, às autoridades públicas - e, em particular, ao Banco Central providenciar as devoluções cabíveis, conforme determinado pela Justiça.

No caso, houve apropriação, pelo Banco Central, dos direitos sobre os recursos pertencentes tanto ao depositante como ao depositário (Instituição Financeira), tendo sido ambos alcançados pelo confisco do direito de uso, empréstimo compulsório inconstitucional, ou desapropriação indireta decretada pelo Governo Federal.

O depósito bancário não se confunde com o mútuo por serem diferentes a sua finaildade e o seu regime legal, nem constitui depósito irregular regulado pelo direito civil.

*Em virtude de suas peculiaridades, no depósito bancário, o risco de expropriação ou de empréstimo compulsório não é assumido pelo depositário, aplicando-se, ao contrário, o artigo 1.277 do Código Civil, tanto que, **ex vi** do Plano Collor, os depósitos bloqueados e livres deixaram de ser fungíveis uns em relação aos outros.*

Não havendo dolo, nem culpa, o depositário não responde pelos preiuízos sofridos pelo depositante.

O ato do príncipe constitui um caso de força maior que afasta a presunção ***Juris tantum*** *de responsabilidade do depositário.*

As decisões que responsabilizariam os bancos privados violam os artigos 5º**,** incisos XXV e XLV e 37, ***§*** 6º da Constituição Federal e 1.277 do Código Civil.

I - INTRODUÇÃO

1. Se o problema básico da economia brasileira consiste na inflação, a preocupação dos nossos juristas vem se concentrando, nas três últimas décadas, no estudo da correção monetária.

2. Efetivamente, numa fase em que a moeda perde substância em ritmo acelerado, magistrados, advogados, administradores e o próprio legislador estão empenhados em encontrar uma técnica adequada para permitir a realização de contratos a longo prazo, nos quais se mantenha o equilíbrio entre as prestações das partes, mediante a revalorização dos créditos, a fim de evitar a mais completa insegurança jurídica.

3. Assim sendo, desde 1950, passamos a defender a correção monetária, não a considerando como uma solução em si, mas como um mal menor, um paleativo, um instrumento para manter a justiça contratual num período de grande turbulência monetária **(1)**

4. Numa primeira fase, foi necessária a intervenção do legislador para consagrar o novo instituto, que em seguida só foi admitido nos casos previstos em lei. Coube ao Supremo Tribunal Federal desenvolver a teoria das dívidas de valor e invocar a teoria da imprevisão para justificar a cláusula da escala móvel no campo contratual e finalmente mandar corrigir todos os débitos que, pela sua natureza contratual, deviam ser reajustados para que se atendesse aos princípios básicos da justiça comutativa **(2)**

5. Quando a lei, a jurisprudência e a prática contratual consagraram a correção monetária, surgiu o problema de graduá-la, ou seja, de verificar se o legislador podia ou não mitigá-la, criando ao lado da variação real do poder aquisitivo da moeda, uma correção monetária reduzida, imposta pelo legislador. Esta segunda fase da luta pelo direito marcou a década de 90.

6. Trata-se agora de, diante da situação peculiar criada pelo Plano Collor, verificar quais os índices que devem ser aplicados e, se a correção concedida foi insuficiente, quem deve arcar com o ônus de pagar a diferença, se devida.

(1) WALD, ARNOLDO. A cláusula de escala móvel, São Paulo: Max Limonad, 1956, e Aplicação da teoria das dívidas de valor, Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1959.

(2) WALD, ARNOLDO. "A correção monetária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal', Revista dosTribunais, vol.524, pág.26.

7. A matéria alcançou dimensões consideráveis no setor do crédito imobiliário, que abrange um grande número de contratos e que representa um setor da economia que sempre foi dirigido pelo poder público, em virtude do seu aspecto social.

8. Após ter examinado várias sentenças e acórdãos proferidos nos casos que versaram sobre a diferença de índice de correção monetária nas cadernetas de poupança bloquedas pelas medidas legislativas do Plano Collor, assim como as razões invocadas pelos vários interessados, decidimos elaborar o presente estudo, examinando sucessivamente:

a) os efeitos da Medida Provisória nº 168 e da Lei nº 8.024, na qual se converteu sobre os depósitos em cadernetas de poupança;

b) o regime legal dos depósitos em caderneta de poupança;

c) a conseqüente ilegitimidade passiva dos agentes financeiros, ensejando a carência de ação dos Autores e a extinção do
processo sem julgamento do mérito;

d) a eventual alternativa da denúncia obrigatória da lide, ao Banco Central, com a remessa do processo para a Justiça Federal;

e) finalmente, no mérito, a improcedência das ações intentadas, em virtude de inexistência de direito adquirido dos depositantes contra os agentes financeiros.

II- DOS EFEITOS DA MEDIDA PRO VISÓRIA Nº 168 E DA LEI Nº8.024 SOBRE OS DEPÓSITOS EM CADERNETA DE POUPANÇA

A) DA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS LEGAIS DO PLANO COLLOR

9. O Plano Collor, também chamado Brasil Novo, pretendeu tomar medidas revolucionárias para combater a inflação que estava alcançando cerca de 80% ao mês (em fevereiro de 1990) ameaçando, assim, ensejar uma economia totalmente caótica, com sérios riscos

para a manutenção da paz social, o desenvolvimento econômico do país e o próprio Estado de Direito.

10. O bloqueio dos ativos financeiros dos particulares e das empresas e a modificação do sistema da correção monetária, com a pretensão de extingui-la, foram, pois, medidas radicais que o Governo tomou e que mereceram, na época, a ratificação do Congresso Nacional, em virtude de medidas provisórias que, posteriormente, na sua quase totalidade, foram transformadas em Leis.

11. É dentro desse contexto que foram tomadas algumas medidas que modificaram o regime de todas as aplicações financeiras, entre as quais as realizadas em cadernetas de poupança.

12. Assim a Medida Provisória n^{9} 168, de 15.03.1990, determinou, nos seus artigos 6º e 9º respectivamente, que:

> **"Art. 6º -** Os saldos das cadernetas de poupança serão convertidos em cruzeiros na data do próximo crédito de rendimento, segundo a paridade estabelecida no parágrafo 2º do artigo 1º, observado o limite de NCZ$ 50.000,00 (cincoenta mil cruzados novos).
>
> **Parágrafo 1º -** As quantias que excederem o limite fixado no caput deste artigo serão convertidas a partir de 16 de setembro de 1991, em doze parcelas mensais iguais e sucessivas.
>
> **Parágrafo 2º** - As quantias mencionadas no parágrafo anterior serão atualizadas monetariamente pela variação do BTN Fiscal, verificada entre a data do próximo crédito de rendimento e a data da conversão, acrescidas de juros equivalentes a 6º (por cento) ou fração "pro rata".
>
> **Artigo 9º** Serão transferidos ao Banco Central do Brasil os saldos em cruzados novos não convertidos na forma dos artigos 5º, 6º e 7º, que serão mantidos em contas individualizadas em nome da instituição financeira depositante.
>
> Parágrafo 1º - As instituições financeiras deverão manter cadastro dos ativos financeiros denominados em cruzados novos, individualizados em nome do titular de cada operação, o qual deverá ser exibido à fiscalização do Banco Central do Brasil, sempre que exigido."

13. A Medida Provisória nº 168 foi convertida na Lei nº 8.024, de 12.04.1990, que manteve, nos artigos acima referidos, na parte que nos interessa para o presente caso, o texto original da Medida Provisória.

14. Ficou, assim, evidenciado que houve a transferência dos recursos depositados em Cadernetas de Poupança, do agente financeiro, que os recebera, para o Banco Central, ficando o agente tão somente com o encargo de manter a escrituração das operações.

15. Houve, pois, incontestavelmente, uma apropriação dos mencionados recursos pelo Banco Central, que tivemos o ensejo de caracterizar como sendo coativa, temporária e remunerada, legitimável na medida em que a remuneração do depositante fosse justa, mas que parte da doutrina e da jurisprudência considerou como um empréstimo compulsório determinado sem a obediência aos requisitos constitucionais.

16. De qualquer modo e independentemente, seja da qualificação jurídica da decisão governamental, seja da sua constitucionalidade, ou inconstitucionalidade **a situação de fato criada importou em substituição do depositário contratual *(o* agente financeiro) por um depositário legal *(o* Banco Central), que se sub-rogou, ex vi legis, nos direitos e deveres do agente em relação a cada um dos depositantes.**

17. A substituição do depositário é reconhecida, tanto pelas autoridades governamentais, como pelos tribunais e pelos juristas que entenderam ocorrer, no caso, um **emprestimo compulsório** ou um **confisco,** ambos constitucionalmente vedados.

18. Assim, o então Procurador Geral da Fazenda, Dr. **CID HERÁCLITO DE QUEIROZ** (3), escrevendo a respeito do **Plano Collor a Constituição e *a* Lei** teve o ensejo de salientar que:

"Na realidade, o Plano estabelece regras de conversão, de cruzados novos para cruzeiros, sem afetar **a titularidade dos ativos financeiros, quais foram transferidos para o Banco Central, mas continuam em contas individualizadas, em nome dos respectivos titulares, sob sua integral propriedade, com correção monetária e rendendo juros *passíveis de utilização, mediante cheques. nos casos admitidos em lei"***

(3) PLano Collor. Avaliação e Perspectivas, por vários autores, organização de CLÔVIS DE FARO, Rio-São Paulo: LivrosTécnicos e Científicos Editora Ltda, 1990, pág. 9.

19. Por sua vez, na mesma obra, o Professor **IVES GANDRA MARTINS** teve o ensejo de afirmar que [(4)]**.**

> "Não se diga que as medidas que integram o Plano não configuram empréstimo, porque **os cruzados novos bloqueados encontram-se à disposição futura do mutuante. A verdade é que *a* sua disponibilidade foi atingida pela autoridade que detém, em seu estabelecimento controlador da moeda (Banco Central), tais cruzados,** utilizando-se do Banco depositário (sua longa manus) como mero instrumento de política de enxugamento de liquidez."

20. Em estudo que publicamos [(5)]**,** na época, também entendemos que:

> "É evidente que **ocorre, no caso, uma apropriação coativa, temporária e remunerada, por parte do Banco Central, de recursos pertencentes *a* particulares,** em virtude da adoção, pelo Governo Federal, de uma política de combate à inflação e de modificação do padrão monetário, para restabelecer a ordem econômica e financeira. **Não há, pois, como sustentar que se trata de um ato economicamente neutro para o titular dos recursos, que perde *a* disponibilidade dos mesmos, por um certo período, sofrendo assim desapropriação temporária e remunerada do seu direito de uso sobre uma parte do seu patrimônio."**

21. Com maior veemência, o Ministro **PAULO BROSSARD,** chegou a afirmar, no voto que proferiu na ADIN nº 223, que:

> "Privar a pessoa de usar, ou gozar, ou dispor do dinheiro depositado ou poupado, ou de usar, gozar e dispor dele ao mesmo tempo, alega-se, consiste confiscar esse bem, ainda que a palavra não seja empregada. Dir-se-á que o confisco é provisório, mas, replica-se, partir de agora, ninguém pode ter segurança de que, passados 18 meses, esse prazo não seja prorrogado ou renovado uma ou mais vezes. Quem não teve óbice em praticar o ato uma vez, não terá em repeti-lo outras vezes. E, desse modo, um direito individual constitucionalmente consagrado pode ser reduzido a fútil e mera ficção.

(4) Obra citada, pág. 18.
(5) ARNOLDO WALD, "Aspectos Constitucionais dos Planos Econômico-Financeiros", In O Estado de São Paulo.

Há os aue entendem que se trataria de empréstimo compulsório. Mas o empréstimo compulsório está sujeito a regras constitucionais, e o art. 148 exige que sua instituição se faça por lei complementar, verbis, 'a União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios'...

Assim, ou se trata de confisco, ou empréstimo compulsório, ou de apropriação pura e simples. Mas apropriação do alheio tem um nome e uma definição no Código Penal."
(Voto proferido na ADIN nº 223, in RTJ, 132/578).

22. **O** que **aconteceu,** na realidade, foi a **substituição, *a* partir de 15.03.1990, agente financeiro pelo Banco Central em virtude de uma forma de apropriação que,** evidentemente, **ensejou a ruptura do contrato de depósito inicialmente firmado entre as partes** para que fosse substituído **por uma nova relação jurídica idêntica, criada por lei, entre depositante e o Banco Central.**

23. Na realidade **no contrato de depósito bancário,** como veremos em seguida**, existem dois direitos que se superpõem e se complementam: o do depositante,** que passa a ser **titular de um quantum determinado em moeda escritural** ou bancária, cujo montante consta na sua caderneta, **podendo dispor do mesmo, e o depositário (instituição financeira), que passa a utilizar os recursos financeiros que foram objeto do depósito,** podendo usálos nas suas operações, para os fins previstos na lei ou na regulamentação.

24. O ato de Governo, representado pela Medida Provisória nº 168 e pela Lei nº 8.024, atingiu os dois titulares de direitos existentes no depósito bancário, do seguinte modo:

a) em relação **ao depositante, retirou-lhe**, pelo período de 24 meses, **o direito,** que tinha anteriormente, de **dispor livre e completamente do quantum da moeda escritural representada pelo valor que constava na sua caderneta de poupança**, estabelecendo algumas exceções e uma liberação gradual dos recursos;

b) em relação **ao depositário,** instituição financeira, **retirou-lhe a disponibilidade e utilização dos recursos que foram**

transferidos para o Banco Central, substituindo-se este ao agente financeiro na relação jurídica com o cliente (depositante), em virtude da norma legal.

25. Conseqüentemente, ***a* partir de 15.03.1990, o único devedor do cliente (depositante),** tanto em relação ao principal, como no tocante à correção monetária e aos juros, **passou a ser o Banco Central,** do qual qualquer eventual direito do depositante pode e deve ser cobrado, **ficando excluída a instituição financeira da relação jurídica da qual deixou de participar,** em virtude de lei que transferiu os recursos e, conseqüentemente, também as responsabilidades decorrentes.

26. Este é, aliás, o entendimento manso e pacífico tanto da jurisprudência como da melhor doutrina, como em seguida verificaremos.

B) POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

B. 1) DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

27. O Supremo Tribunal Federal teve o ensejo de apreciar a matéria, em **habeas corpus** impetrado em favor de gerentes de bancos, dos quais se exigia a liberação dos cruzados novos bloqueados e que não podiam cumprir as decisões judiciárias, por não terem a posse dos recursos, que já tinham sido transferidos ao Banco Central, por determinação legal.

28. A questão foi examinada pelo Excelso Pretório no **Habeas** Corpus de nº 00690246/130, julgado, pela PrimeiraTurma, em 04.02.1992, sendo relator o Exmo. Sr. Ministro **ILMAR GALVÃO,** tendo sido a seguinte a ementa do acórdão, que foi publicada no **Diário da Justiça** de 21.02.1992:

"EMENTA: **HABEAS CORPUS. DIRETORES, SUPERINTENDENTES E GERENTES DE AGÊNCIAS DO BANCO ITAÚ S.A.** EXPEDIÇÃO DE MANDADOS DE ENTREGA IMEDIATA, EM CRUZEIROS, DE QUANTIAS BLOQUEADAS, EM CRUZADOS NOVOS, COM COMINAÇÃO DE PRISÃO, POR PRETENSO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA.

Configuração de constrangimento ilegal, por tratar-se, na hipótese, de depósitos que, por força de lei, foram transferidos em bloco, para o Banco Central do Brasil, escapando, por essa forma, à

administração das instituições financeiras que se achavam vinculados e conseqüentemente, ao poder de disposição dos pacientes, a quem cumpre, tão-somente, registrar a ordem iudicial e fazer a devida comunicação à referida autarquia, para as providências necessárias ao cumprimento do mandado. Ordem concedida."

29. A decisão do Supremo Tribunal Federal, que foi unânime, fundamentou-se no voto do eminente Ministro Relator, que lembrou os fatos nos seguintes termos:

"A Lei nº 8.024, de 12 de abril de 1990, resultante da transformação da Medida Provisória nº 168, de 15 de março de 1990, dispõe em seu art. 9º, **in verbis**:

'Art. 9º **-** Serão transferidos ao Banco Central do Brasil os saldos em cruzados novos não convertidos na forma dos arts. 5º, 6º e 7º, que serão mantidos em contas individualizadas em nome da instituição financeira depositante.'

Diante dessa norma, é fora de dúvida que os depósitos bloqueados foram retirados da administração das instituições financeiras em cujo poder se achavam, passando para Banco Central do Brasil."

30. E concluiu que:

"Ante tais circunstâncias, afiguram-se inteiramente desarrazoados e descabidos mandados iudiciais, como aqueles cujas cópias acompanharam a inicial, dirigidos aos administradores de agências bancárias, com ordem liminar de entrega imediata da totalidade das quantias existentes em contas correntes, a ser cumprida sob pena de requisição de força, de busca e apreensão, de arrombamento e de prisão.

Cominações dessa ordem, contra quem, sem poder de disposição sobre os depósitos em referência, só tem o dever, como se viu, de registrar e comunicar, ao Banco Central, para as providências cabíveis a ordem de conversão de cruzados novos em cruzeiros, constituem iniusto constrangimento à liberdade individual dos pacientes, que não pode subsistir."

31. Ficou, assim, evidenciada **a posição do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a substituição do Banco (ou Sociedade de Crédito**

Imobiliário) depositário, pelo Banco Central, *na relação com o depositante****, justificando plenamente a impossibilidade de qualquer ação de cobrança, contra o Banco, pelo principal e pela remuneração ou correção monetária, por serem os mesmos devidos pelo Banco Central, na qualidade de substituto legal daquele*** *(depositário contratual inicial), reconhecido como tal pela jurisprudência do mais alto tribunal do país.*

B.2) DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

32. Posição idêntica à do Supremo Tribunal Federal assumiu o Superior Tribunal de Justiça, que também concedeu **habeas corpus aos** gerentes de banco, em virtude da transferência dos depósitos ao Banco Central.

33. Vários acórdãos da mencionada Corte julgaram a matéria neste sentido, entre os quais podemos destacar o acórdão proferido no **Habeas Corpus** nº 574-SP**(6)**, julgado pela 6ª Turma, do qual foi relator o eminente Ministro **CARLOS AUGUSTO THIBAU GUIMARÃES,** cuja ementa é a seguinte:

"EMENTA.

"PENAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA.

Delito supostamente configurado pela negativa de gerente de banco em cumprir ordem judicial proferida em mandado de segurança, impetrado com vista à liberação de saldos em cruzados novos, bloqueados pela Medida Provisória 168/90.

Atipicidade de conduta, porque o detentor das quantias retiradas é o Banco Central do Brasil, havendo impossibilidade material de o gerente bancário cumprir a determinação, pois só dispõe do controle gráfico de tais quantias, sendo, ademais, terceiro estranho à relação processual no mandado de segurança.

Constrangimento ilegal configurado.

Habeas corpus concedido."

(6) Habeas Corpus nº 574 (91370) - São Paulo, SuperiorTribunal de Justiça, relator Exmo. Sr. Ministro CARLOS THIBAU.

B.3) DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

34. Os Tribunais Regionais Federais da 3ª e da 5ª Região tiveram o ensejo de declarar a inconstitucionalidade dos artigos 6º e 9º da Lei nº 8.024/90.

35. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu a matéria, por unanimidade, em 04.04.1991, na Argüição de Inconstitucionalidade na Apelação em Mandado de Segurança nº 90.03.32177-9-SP **(7)**, da qual foi relator o eminente e culto juiz Dr. **AMÉRICO LACOMBE,** reconhecendo a **dupla disponibilidade** que os titulares têm sobre os depósitos bancários, distinguindo aquela do depositante daquela do depositário e concluindo que ambas tinham sido violadas pelo Plano Collor.

36. No mencionado acórdão, foi rejeitada a preliminar suscitada pelo Banco Central, que entendia que, após a efetiva realização do depósito, a propriedade dos recursos passava a pertencer exclusivamente ao agente financeiro, na sua qualidade de depositário, que, assim, deveria arcar com os riscos da operação e inclusive sofrer os efeitos da desapropriação parcial dos mesmos pela União Federal, em favor do Banco Central.

37. No seu excelente voto**(8)**, que foi acompanhado por todos os demais pr juizes, o eminente relator, Dr. **AMÉRICO LACOMBE,** ponderou que o depósito bancário não se equiparava ao mútuo, citando a lição de **PONTES DE MIRANDA** e salientando que:

> "Note-se, no entanto, que a Autoridade Impetrada não consultou diretamente a ***PONTES DE MIRANDA*****.** Citou-o através a obra de ***SÉRGIO CARLOS COVELLO*** (Contratos Bancários, Saraiva: São Paulo, 1981, pág. 60).
>
> No entanto, ***PONTES DE MIRANDA***, em sua monumental obra Tratado de Direito Privado, aborda o assunto nos volumes XLII e LII. Assim, no volume XLII, pág. 373, define:
>
> O depósito bancário, que permite a emissão de cheques, é o

(7). **Lex-Jurisprudência do Superior Tribunal de justiça e Tribunais Regionais Federais** nº 22, de junho 1991, pág. 407 e seguintes**.**

(8). Revista citada, vol. 22, pág. 411.

contrato de depósito irregular, pelo qual alguém dá ao banco, ou o banco considera como entregue, quantia sobre a qual o depositante tem poder de dispor. portanto, de atribuir a outrem o direito à provisão, ou parte dela.'

E esclarece logo em seguida:

'A disponibilidade pelo depositante coexiste com a disponibilidade pelo banco, mas passa-lhe à frente quando o depositante o entenda.'

Isto significa, digo eu, que a disponibilidade do banco fica sempre na dependência da disponibilidade do depositante, que pode quando bem o entender retirar totalmente a disponibilidade do banco.

E Pontes de Miranda complementa:

'Se o depositário tem a propriedade, é propriedade limitada pelo poder de dispor, que tem o depositante.'

E o insigne jurista estabelece comparações:
'Situação semelhante é a do marido que pode dispor dos bens móveis comuns, sem que se possa dizer que a mulher perdeu a propriedade.'

E completa sua lição:

'É bem exígua a propriedade que se transfere, retendo-se a disponibilidade (depositum regulare)... O dinheiro depositado que se transferiu, retido o poder de dispor. De nenhum modo se poderia pensar em espécie de mútuo. O depositante pode dispor e dispõe, a despeito da entrega, sem ser em depósito simples; o depositário pode dispor dispõe, despeito de estar exposto ao ato de disposição por parte do depositante."'

38. De acordo com a mesma orientação, o Tribunal Regional Federal da 5º Região decidiu, também por unanimidade, na Argüição de Inconstitucionalidade na Apelação em Mandado de Segurança nº 2.379-PE, da qual foi relator o Douto Juiz **LÁZARO GUIMARÃES,** que o art. 6º e seu parágrafo 1º da MP 168 e da Lei nº 8.024 eram inconstitucionais, pois tinham modificado o depositário dos recursos, que não mais era o agente financeiro, contra o qual o depositante tinha o direito de sacar em qualquer tempo a moeda escritural que lhe pertencia mas o Banco

Central, contra o qual a lei limitou no tempo, o direito de propriedade do depositante. O brilhante acórdão caracteriza, com clareza e sem qualquer ambigüidade, a substituição do agente financeiro, como depositário, pelo Banco Central, evidenciando, assim, os efeitos que a Medida Provisória e a Lei tiveram sobre o contrato de depósito inicialmente firmado entre as partes.

39. O acórdão **(9)** caracterizou a nova regulamentação como sendo um empréstimo compulsório, sem observância do art. 148 da C.F.:

"/..../ /Trata-se de um empréstimo compulsório anômalo, sem a necessária instituição mediante lei complementar - art. 148, CF - além de violar o ato jurídico perfeito - art. 50, XXXVI, CF.

O Banco Central não fica autorizado a usar dos recursos das contas bancárias, mas é instituído depositário dos mesmos, privando-se os titulares da livre movimentação. O depósito bancário e as contas-poupança configuram, segundo os melhores doutrinadores, depósito irregular. pelo qual as partes – a instituição financeira depositária e o poupador depositante convencionam que o depositário restituirá não a coisa depositada, mas uma coisa semelhante.
/...../

No momento em que determinou a transferência da qualidade de depositário dos valores em cruzados excedentes de Cz$ 50.000.00 da instituição financeira para o Banco Central, a MP 168 atingiu diretamente o contrato de abertura e movimentação de conta-corrente bancária - depósito irregular **-** obstando o exercício do direito de crédito do correntista, que poderia ser exercido a qualquer momento mediante emissão de cheque.'

40. Afirmou, em seguida o acórdão, que:

Como o Banco Central foi instituído depositário, isso significa que se transferiu a qualidade que tinha a instituição depositária e em conseqüência, a propriedade do dinheiro depositado."

41. Conclui a decisão que:

"Como se vê, quer se compreenda o contrato de depósito bancário, ou de caderneta de poupança, como depósito irregular,

(9) Acórdão nº 90.05.07.163-0, Adcoas nº 132344, B/A de 20.6.91.

quer se o entenda como depósito regular especial, em que o depositante permanece como proprietário dos valores depositados, há sempre, no ato de bloqueio, a violação de uma garantia constitucional seja a do ato jurídico perfeito - art. 5º, XXXVI, CF- seja a do direito de propriedade - art. 5º, XXII, CF."

42. E, mais recentemente, assim se pronunciou o Egrégio Tribunal Regional Federal de Porto Alegre **(10)**:

"PROCESSO CIVIL. LIBERAÇÃO DE CRUZADOS NOVOS MEDIANTE CONVERSÃO EM CRUZEIROS. RÉU NA AÇÃO É O BANCO CENTRAL DO BRASIL, QUEM RESISTE À PRETENSÃO DEDUZIDA NA PETIÇÃO INICIAL. A inconversibilidade de cruzados novos em cruzeiros é ato imputável, exclusivamente, ao Banco Central do Brasil, daí se seguindo que o banco comercial, cuja função consiste só em manter o registro das contas-correntes em cruzados novos, não é parte no processo que visa à respectiva transformação em cruzeiros. Apelação interposta pelo Banco Bradesco S.A., Caixa Econômica Estadual e Caixa Econômica Federal providas.Apelação do Banco Central do Brasil e remessa 'ex officio' desprovidas."

B.4) DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

43. Várias decisões dos Tribunais de Justiça estaduais também entenderam que houve transferência dos recursos dos depositantes para o Banco Central, contra quem deveria ser eventualmente pleiteada qualquer diferença de correção monetária, se fosse devida.

44. Assim a 5º Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao apreciar, em 06.02.1992, a Apelação Cível nº 59.1119.672, sendo apelante IVANEU FELÍCIO FELINI e Apelado o Banco Econômico S.A., confirmou sentença de Primeira Instância que julgara improcedente ação de cobrança do depositante contra o agente financeiro - depositário - correspondente à variação de **84,32%** do **IPC,** salientando que, na segunda quinzena de março de 1990,

"face às novas regras estabelecidas pela legislação que invoca, o Banco requerido já não mais tinha disponibilidade do aludido depósito, por isso que requisitado pelo Banco Central. Assim, se o Autor já não podia optar por outra forma de aplicação, igualmente o Banco,

(10). Apelação em Mandado de Segurança nº 92.04.04190-O, relator Dr. .Juiz Ari Pargendler, 1º Turma, publicado in Gazeta Mercantil de 29.10.92.

particularmente considerado como parte contratante, nada lhe poderia deferir, eis (que) sem ingerência no aludido depósito."

45. Por sua, vez, o Desembargador ALFREDO MIGLIORE, da Egrégia Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, decidiu em voto proferido em 12.5.92, na Apelação Cível nº 163.11-1/0, que foi acompanhado pela Câmara por unanimidade, que ocorre ilegitimidade passiva de instituição financeira particular, que recebera o depósito, pois:

"À vista do art. 9º dessa Medida Provisória n^{9} 168/90, foram transferidos ao Banco Central do Brasil 'os saldos em cruzados novos não convertidos na forma dos arts. 5º, 6º, 7º, que serão mantidos em contas individualizadas em nome da instituição financeira depositante' e, em face à essa regra de império efetuada pelo Governo Federal, o dinheiro arrecadado ao acionante estava em poder do Bacen e não da ré. Esta, como sugestivamente nominado pela procuradoria da apelante, ficara com 'o encargo legal de controle gráfico', mas com obrigação de observância dos critérios da Lei nº 8.024/90.

Assim se inexistente poder de manipulação pela ré dos valores depositados em poupança pelo autor, (é parte) ilegítima para figurar no pólo passivo. Não perpetrou ilícito. Inexigível lhe fora conduta diversa da que praticou. Daí, impor-se o decreto carencial".

46. Posteriormente, este mesmo **"decisum"** foi esclarecido, no julgamento dos Embargos de Declaração nº 163.11-1/2-01 a ele interpostos, onde o acórdão, de 25.08.92, acolheu o voto do eminente relator ***Dr. ALFREDO MIGLIORE***, cujo trecho a seguir transcrevemos:

"Assiste razão à embargante. Houve equívoco no lançamento do v. Acórdão, eis que a Egrégia Câmara, por unanimidade, concluíra ser caso de extinção do processo, por ilegitimidade de parte, sendo que minuta de meu Voto original, pelo que entenderia este julgador (pensava que ficasse vencido na preliminar carencial), acabou redigido por inteiro.

Assim, o que consta entre "manifestamente" (f Is. 277) e até

"improcedente" (fls. 280) acabou sendo transcrito "a maior", o que espelharia o pensamento, tão-só, do Relator Sorteado.

Decidira a Câmara julgar extinto o processo, unanimemente, sem julgamento de mérito porque legitimadas para uma ação de responsabilidade civil Governo Federal e o Banco Central, e não o Banco-réu.

Assim sendo, recebem os embargos de declaração, apenas para declarar que o provimento recursal, invertida a sucumbência, destina-se à extinção do processo, por unanimidade (art. 267, IV, do CPC)."

47. Recentemente, o Tribunal de Justiça de São Paulo teve a oportunidade de se manifestar quanto ao pedido de correção monetária dos cruzados novos bloqueados, da seguinte maneira, em acórdão **(11)** proferido em Embargos Infringentes:

"Em tais circunstâncias, não se justificava a aplicação da atualização pretendida pelo embargante, prevista no artigo 6º, parágrafo 2º, da Medida Provisória 168/90, que dizia respeito às quantias que permaneceriam bloqueadas até 16.09.91, conforme taxativamente proclama o parágrafo 1º do mesmo dispositivo. Mas o depósito do autor, ressalte-se, não se ajustava a esse permissivo. O embargante, portanto, deveria cumprir as determinações do Banco Central acima mencionadas, no que diziam respeito especificamente às liberações decorrentes da previsão da Portaria 63/90. Enfatize-se, ainda que com o risco de redundância, que a hipótese foge da normalidade, não sendo idêntica àquela julgada nesta Câmara na Apelação Cível 150.238-1. Lá, pleiteou-se atualização diversa da oficial, o que não poderia ser admitido. Aqui, ao contrário o movimento meramente escritural de transferência de numerário ao Banco Central foi cancelado pela Portaria em questão, de modo que o dinheiro permaneceu em mãos do embargante, como se não tivesse sido bloqueado, daí se seguindo que deve mesmo incidir a atualização objeto dos Comunicados do Banco Central".

(11). Embargos Infringentes nº 147.530-1/7-01,acórdão proferido pela 2ª Câmara Cível de Férias "B" do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 25.08.92.

48. Pelo trecho do acórdão acima transcrito, é perceptível que aquela Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo está a admitir que o ressarcimento da diferença de correção monetária dos cruzados novos só pode ser admissível pela instituição financeira quando esta permaneceu com a disponibilidade do numerário. Há que se concluir que, na hipótese de transferência dos valores para o Banco Central, a instituição originalmente depositária não pode ser responsabilizada pela remuneração dos mesmos.

B.5) DAS DECISÕES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

49. Na mesma esteira colocaram-se numerosas decisões de primeira instância da Justiça Paulista, que extinguiram o processo, em virtude de ilegitimidade passiva da instituição financeira, pelo fato de terem sido transferidos os recursos para o Banco Central.Assim, as decisões, que julgaram extinto o processo ou improcedente a ação, reconheceram que:

a) não cabia a denunciação da lide em relação ao Banco Central;

b) não havia direito adquirido, mas simples expectativa do depositante no tocante ao quantum da correção monetária, que lhe seria devida;

c) de qualquer modo; a eventual responsabilidade existente por qualquer diferença seria do Banco Central, devedor do principal, da correção e dos juros, ou seja, da totalidade dos encargos.

50. Não discrepa de tal orientação a decisão proferida pelo Juiz de Direito **FERNANDO ANTONIO MAIA DA CUNHA** da 38ª Vara Cível da Capital, no processo 1.782/92, em 21.08.1992, onde foi réu o BANCO BRADESCO S.A., quando resume a posição jurídica das partes nos seguintes termos:

> "A diferença, importa considerar, entre os cruzeiros liberados ao poupador e os cruzados novos bloqueados à disposição no banco Central, consiste exatamente na possibilidade de o banco comercial poder ou não utilizar o dinheiro.
>
> Os valores depositados normalmente nas cadernetas de poupança sao, pelo banco comercíal, usados em outras aplicações, as quais,

sempre, rendem mais do que aqueles, advindo daí o lucro da instituição financeira.

Se, contudo, não pode utilizar os cruzados novos bloqueados, porque ficaram indisponíveis iunto ao Banco Central do Brasil obrigá-lo a pagar uma remuneração feita por este em relação a um dinheiro que não se utilizou seria medida injusta e indevida. Se não usou o dinheiro bloqueado, cuja remuneração foi feita por quem tinha a sua disponibilidade ou seja, o Banco Central, este é deve ser responsabilizado por eventual remuneração inconstitucional a menor. Nunca, a mim parece, aquele.

Por isso é que não há como deixar de reconhecer a ilegitimidade de parte do banco requerido para estar no pólo passivo desta ação de cobrança, que é exclusivamente do Banco Central do Brasil, como, não custa repetir, foi por ocasião da liberação dos cruzados novos.

Ante o exposto e considerando o mais que dos autos consta, de forma concisa (art. 459 do CPC), dada à patente ilegitimidade de parte do banco requerido, indefiro a inicial e JULGO EXTINTO o processo, sem apreciação do mérito (arts. 295,II e 267,I, ambos do CPC), arquivando-o com as cautelas e comunicações de praxe."

51. Por sua vez, o Juiz de Direito **JOSÉ DA COSTA TELLES** decidiu, no Processo nº 2.184/91, em que foi Réu o Banco Itaú, que:

"A inicial não é clara, mas o que se deduz dos extratos bancários a ela anexados é que o autor está a reclamar a incidência do índice de Preços ao Consumidor (IPC **-** IBGE), sobre os saldos em cruzados novos retidos e à disposição do Banco Central do Brasil.

Ora, o requerido, na hipótese, atua como mero depositário, sem acesso àquele numerário, todo ele sob controle do Banco Central, a quem incumbe, aliás, o pagamento da correção monetária e os iuros de 6% ao ano.

Dessa forma, é inviável a pretensão deduzida contra o requerido porque este não tem responsabilidade sobre o evento.

Por isso o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva, já que rejeitada a nomeação à autoria.'

52. A sentença proferida nos autos do processo nº 06/92, pelo Dr. Juiz de Direito **CARLOS ROBERTO PERES,** da 21º Vara Cível de São Paulo, em 14.08.92, examina com bastante clareza a situação dos depósitos bloqueados:

> "Respeitável é o argumento esposado em v. acórdão, de que o BACEN não contrata com os mutuários, comitentes ou poupadores, não cumpre, nem descumpre contratos que os agentes financeiros realizam com seus clientes, agindo apenas como instrumento da União Federal para intervir no sistema financeiro, ditando normas e realizando sua atividade fiscalizadora. Isso é, efetivamente, o papel do BACEN e funciona como regra.
>
> Querer, entretanto, desconhecer o que ocorreu com o disposto na M.P. 168/90, convertida na Lei 8.024/90 é, data venia, querer tampar o sol com peneira, eis que, de forma anômala e excepcional o BANCO CENTRAL DO BRASIL passou, em virtude de lei, seja ela constitucional ou não, a ser o efetivo depositário de todos os valores dos "cidadãos brasileiros" depositados em bancos neste País, acima de Cr$ 50.000,00 - valor desbloqueado e liberado -, perdendo os bancos, até então contratantes, a disponibilidade de tais recursos, porque não os detinham. Não auferiram qualquer rendimento com eles. Os rendimentos creditados nas respectivas contas gráficas o foram por conta e ordem do BACEN. Como, então, pretender que tais bancos venham a responder pela diferença de remuneração, como a ora pretendida pela autora?
> /...../
>
> Isso, entretanto, é outra coisa, é outra regra, sendo, inclusive, os bancos remunerados pelo BACEN pelos valores que sofrem a indisponibilidade unicamente pelo prazo das contratações que, eles bancos comerciais, livremente fazem, ao contrário dos cruzados novos, que por disposição legal foram compulsoriamente transferidos para o BACEN, e bloqueados, perdendo as instituições financeiras, até então depositárias, a disponibilidade de tais recursos.
>
> Ainda que, no mérito, esteja a autora com razão, uma vez que, ficando retidos, os valores deveriam, por ocasião do desbloqueio ter o mesmo valor de reposição do valor de compra, dado presumidamente pelos índices reais de inflação, uma vez reconhecida a legitimidade do Banco Central do Brasil para responder pela ação, somente à Justiça Federal caberá dizer desse respeito.

Ademais, a matéria há de ser, oportunamente, pacificada por decisão da Instância máxima, que é o Colendo Supremo Tribunal Federal. Até lá, mantenho íntegro meu convencimento, já manifestado em diversas outras sentenças, para aqui evidentemente não trazidas à colação pela autora.

Isto posto e pelo mais que dos autos consta, acolho a prelimiriar de ilegitimidade de parte do banco réu, e, em conseqüência, julgo extinto o feito, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil."

53. É possível encontrar-se, também, algumas decisões isoladas, que afirmam ser da responsabilidade solidária do banco depositário e do Banco Central a correção monetária, objeto do presente estudo. Foi neste sentido que decidiu o ilustre Juiz Federal Dr. ***JOSÉ RICARDO DE SIQUEIRA REGUEIRA***[(12)]:

"Trata-se, portanto, de responsabilidade contratual por parte do depositário e extra-contratual para os demais, estando delimitada a da União, como já disse ao julgar a preliminar, pela edição do comando de modificar o sistema, sendo o Conselho Monetário Nacional um órgão autônomo da Administração; a do Banco Central do Brasil, pelo fato de, acatando o comando ilegal, expedir Resolução em tal sentido, aplicando-a aos contratos em curso e, finalmente, a dos banqueiros, como depositantes, por não terem, como estavam obrigados, até por uma questão de boa-fé, defendido os seus depositantes ingressando com as ações competentes em face dos outros dois, mas antes acatando as normas ilegais de modo a causarem evidente prejuízo a quem neles depositou confiança.

ISTO POSTO, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO para condenar os Réus, solidariamente, na reposição das perdas geradas na aplicação financeira do Autor, no caso sua caderneta de poupança, devendo proceder-se novo cálculo da correção monetária dos períodos pedidos de acordo com o IPC, e que deverá ser atualizado até a data do efetivo pagamento pelo mesmo índice, sendo-lhe pagas ditas importâncias acrescidas de juros de mora desde quando

(12). Sentença proferida em 06.08.92, na Ação Ordinária nº 91.0120731-8, em trâmite perante a 18ª Vara da Justiça Federal, Seção Judiciária do Rio de Janeiro, promovida por Bauhaus Engenharia e Construções Ltda. em face do Banco do Estado do Rio de Janeiro S.A. e do Banco Central do Brasil.

devidas e sobre todas as quantias corrigidas, condenados, ainda, os réus na custas e em honorários advocaticios que fixo em 20% sobre o valor total da condenação."

54. Decisões dessa natureza devem, **data venia**, ser vigorosamente combatidas, uma vez que se distanciam da realidade dos fatos, colocando as instituições financeiras como partícipes do expurgo da correção monetária pleiteada, visto que a relação contratual inicial, mencionada na sentença, foi modificada em virtude do advento da Medida Provisória 168/90, convertida na Lei 8.024/90, como discorreremos mais pormenorizadamente ao longo do presente estudo.

B.6). CONCLUSÕES QUANTO À POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

55. Verificamos, assim, que a grande maioria da jurisprudência tem reconhecido que:

a). conforme determinação legal, **houve transferência dos recursos do depositário inicial (instituição financeira) para o Banco Central**, na segunda quinzena de março de 1990, em virtude do disposto na Medida Provisória nº 168 posteriormente convertida na Lei nº 8.024;

b). em consequência da mencionada legislação, o **contrato entre depositante o depositário sofreu ruptura ou se transformou, ex vi legis, num contrato ou num empréstimo compulsório entre o depositante e o Banco Central**, que se substituiu ao agente financeiro (que foi o contratante original) subrogando-se em todos os seus direitos e deveres;

c). portanto, **qualquer eventual direito que o depositante tivesse contra o depositário a partir de 15.03.90 só poderá ser pleiteado contra o Banco Central;**

d). o eventual **direito à correção monetária pelo IPC após 15.3.90 só pode ser cobrado, pelo depositante, do Banco Central**, tanto mais que o agente financeiro fez o pagamento da correção de acordo com o IPC para as cadernetas de poupança cuja data de aniversário foi anterior a 15.03.1990 e para os recursos que ficaram depositados no seu estabelecimento após essa data (depósitos inferiores a NCz$ 50.000,00).

C) DOS NORMATIVOS DO BANCO CENTRAL EM FUNÇÃO DAS DETERMINAÇÕES JUDICIAIS PARA O DESBLOQUEIO IMEDIATO DOS CRUZADOS NOVOS.

56. O próprio Banco Central do Brasil houve por esclarecer a questão da titularidade dos cruzados, por ocasião do advento da Lei 8.024/90.

57. Efetivamente, diversas pessoas, tanto físicas como jurídicas, que consideraram, por diversos motivos ilegais e inconstitucionais as, normas que bloquearam grande parte dos seus ativos financeiros, buscaram socorro no Poder Judiciário.

58. Na capital do Estado de São Paulo o número dessas ações interpostas foi enorme, sendo que a grande maioria dos juízes federais daquela Seção Judiciária começaram a acolher os pedidos e determinar a imediata liberação dos cruzados novos, através de concessão de medidas liminares ou mesmo nas sentenças de 1ª instância.

59. Tais determinações judiciais eram dirigidas às instituições financeiras, as quais, por sua vez, requeriam ao Banco Central a efetiva liberação, uma vez que tais instituições somente possuíam o controle contábil do numerário que, como vimos, foi transferido para a autarquia.

60. Tendo em vista o crescente número de medidas liminares concedidas e a morosidade da efetiva liberação, o Banco Central houve por editar a Circular 1.868, de 19 de dezembro de 1990, que estabelecia normas para o cumprimento de decisões judiciais, que tivessem por objeto a liberação de cruzados novos.

61. O texto normativo (Circular 1.868/90) trazia as seguintes determinações:

> **"CIRCULAR 1.868 - DE 19 DE DEZEMBRO DE 1990.**
>
> Às instituições financeiras do Sistema Financeiro Nacional.
>
> Comunicamos que a Diretoria do Banco Central do Brasil, em reunião realizada em 19 de dezembro de 1990, tendo em vista o disposto no art. 20 da Lei nº 8.024/90, de 12 de abril de 1990, e considerada:
>
> a) a necessidade de atendimento tempestivo das determinações do Poder Judiciário relativas às conversões de cruzados novos para cruzeiros;

b). que os cruzados novos não convertidos em cruzeiros na forma da dei 8.024, de 12 de abril de 1990, estão mantidos à ordem do Banco Central;

c). que, por outro lado, o Banco Central não conhece o saldo individualizado das contas em cruzados novos, já que o controle analítico dessas contas é realizado pelas próprias instituições financeiras;

d). a necessidade de manutenção de controle de todas as conversões de cruzados novos para cruzeiros, decidiu:

Art. 1º -Estabelecer o seguinte roteiro com vista à obtencão, pelas instituições financeiras, de recursos em cruzeiros para a conversão por determinação judicial:

II - o Banco Central, de posse da documentação, providenciará, em tempo hábil, a conversão dos cruzados novos para cruzeiros, mediante confirmação eletrônica do lançamento de que trata o item anterior, com movimentação nas contas de reservas para o dia seguinte, pelo valor atualizado, até aguela data;

III - confirmado o registro, a instituição financeira efetuará a conversão ao beneficiário, na mesma data e pelo mesmo valor da movimentação nas contas de reservas."

62. Verifica-se, pois, que as disposições acima transcritas demonstram, sem dúvida, que o **Banco Central não só permaneceu com a disponibilidade dos cruzados novos, como também controlou sua atualização monetária**.

III - DO REGIME LEGAL DOS DEPÓSITOS EM CADERNETAS DE POUPANÇA

63. Após ter evidenciado que houve a transferência dos recursos; depositados em caderneta de poupança, para o Banco Central, com o qual passou a ser mantida a relação de depósito ou de empréstimo compulsório, cabe examinar o regime legal dos depósitos bancários, aos quais se equipara o depósito em caderneta de poupança, a fim de concluir que **o risco pelo pagamento da correção deixou de pesar**

sobre a instituição financeira e tornou-se encargo exclusivo da autarquia (Banco Central).

64. Embora se admita, em princípio, a aplicação generalizada das regras tradicionais de direito civil, de acordo com as quais res perit domino, incidindo, pois, o risco de perecimento da coisa fungível sobre o seu proprietário e, em tese, sobre o mutuário, veremos que a regra não se aplica ao depósito bancário, no caso em exame. Na realidade, é preciso atender à natureza jurídica específica da operação, como também às peculiaridades da legislação do Plano Collor, que transformou os depósitos em cadernetas em bens parcialmente infungíveis, o que será objeto da análise que passaremos a fazer, para concluir que a responsabilidade deve recair sobre o Banco Central.

A) DO REGIME JURÍDICO DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS

65. Cabe lembrar que, num passado mais remoto, a doutrina e a jurisprudência, influenciadas pelas lições dos autores clássicos, cujos estudos datam de uma fase anterior à autonomia e ao desenvolvimento do direito bancário, equipararam o depósito irregular (inclusive o depósito bancário) ao mútuo. Essa foi a lição de MARCEL PLANIOL**(13)** que foi adotada, em linhas gerais, por alguns dos nossos autores, como WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO**(14)**.

66. A doutrina e a jurisprudência mais modernas têm salientado as peculiaridades do depósito bancário. Este tem merecido tratamento legislativo próprio nas codificações mais recentes, como a Codice Civile italiano, que estabeleceu o seu regime legal, nos seus artigos 1834 a 1838, e os projetos brasileiros (anteprojeto de Código das Obrigações de 1963, artigos 840 a 846, Projeto de Código Civil Brasileiro - mensagem nº 634 de 1975 - artigos 866 a 868), assim como a legislação bancária de vários outros países (art. 4 da Lei Francesa de 13.06.1941), distinguindo-se, pois, pela sua natureza e finalidade, o depósito bancário tanto do mútuo, como dos demais depósitos irregulares.

67. Na própria legislação civil brasileira não há equiparação do depósito irregular ao mútuo, como pretenderam alguns autores, mas tão somente aplicação, por analogia legalmente determinada, das normas do mútuo ao depósito irregular (art. 1280), que pressupõe a incidência das mesmas tão somente no que couber, sem que haja identificação dos dois institutos, mas simples similaridade. Acresce que o art. 1 .280 do

Código Civil é norma geral aplicável ao depósito comum de direito civil e que não se aplica sempre e necessariamente ao depósito bancário, que tem características próprias e natureza específica, sendo regido pelo Direito Comercial.

68. A peculiaridade do depósito bancário já era, aliás, reconhecida pelo Código Comercial, que dele tratou, no seu artigo 285, estabelecendo que ficava sujeito "às disposições das leis, estatutos ou regulamentos de sua instituição" e distinguindo-o assim do depósito regido pelo direito civil. "

69. Na legislação estrangeira, a matéria foi estudada mais minuciosamente, apresentando-se soluções que também foram adotadas, pela jurisprudência e pela doutrina, no Brasil. Assim sendo, examinaremos, inicialmente, as lições do direito comparado para, em seguida, traçar a evolução que ocorreu no Brasil.

A.1) A LIÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO

70. Na França, os próprios civilistas mais modernos fazem a distinção entre o mútuo e o depósito bancário, salientando a diferença de finalidade que existe entre os mesmos, conforme se verifica na lição dos irmãos **HENRI**, **LÉON** e **JEAN MAZEAUD**[(15)]. Por sua vez O comercialistas enfatizam, cada vez mais, o regime próprio do contrato de depósito bancário, considerado seja como contrato inominado, seja como contrato **sui generis**, com regras próprias[(16)].

71. Naquele país, a doutrina recente faz a distinção entre as duas espécie de propriedades, que se superpõem no caso de depósito bancário, salientando a importância que deve ser dada à análise econômica da operação e reconhecendo que existe, no caso, um direito do titular do depósito a um **"quantum"** em moeda escritural análogo ao que existe em favor do titular de uma nota de papel-moeda. Não se trata de um simples direito de crédito, mas de verdadeira propriedade da moeda escritural, cujo valor consta na caderneta de poupança; tanto assim que, em virtude de emissão de cheque ou de ordem de pagamento, o depositante pode fazer uma doação manual, o que não é possível

(13). **PLANIOL, MARCEL**. Traité Élémentaire de Droit Civil, (revisto por **Ripert** e **Boulanger**), 3 ed, vol. 2. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, nº2868 a 2870, págs. 876 877.
(14). **MONTEIRO, WASHINGTON DE BARROS**. Curso de Direito Civil, Obrigações, 2ª parte 10 edição. São Paulo: Saraiva, 1975, págs. 224/225.

quando se trata de simples direito de crédito, só suscetível de cessão gratuita. Concluem, assim, os Professores PH!LIPPE MALAUR!E e LAURENT AYNES que "***o titular de depósito bancário é mais um proprietário de uma moeda escritural***" do que um mero credor[17].

72. Dentro da mesma orientação, o direito italiano admite a dupla disponibilidade do depositante e do depositário, no caso do depósito bancário, salientando que o cliente do banco quer ter "os recursos disponíveis embora se encontrem em poder de outra pessoa (o banco)". Haveria, assim, ***uma dupla disponibilidade: a do banco, que usa os recursos, e a do depositante, que pode exigi-los e utilizá-los em qualquer tempo***, o que explicaria o duplo poder de dispor que se exerce sobre os mesmos recursos e que permitiu a produção moderna, " pelo sistema financeiro, do milagre da multiplicação dos pães[18].

73. A doutrina bancária italiana também salientou a importância da analogia, que anteriormente tinha sido feita pelos economistas, entre o depósito bancário e o papel-moeda, reconhecendo a existência de uma disponibilidade por parte do depositante, que se concretiza no seu poder de exigir o recebimento imediato do dinheiro, e de utilizar os recursos depositados. Essa situação transforma o depósito bancário num verdadeiro contrato ***sui generis***, conforme assevera ***GIACOMO MOLLE***, fundamentando-se na modificação da natureza contratual, que deflui da presença da instituição financeira no negócio jurídico. Afirma o ilustre especialista italiano que[19]:

> "o que caracteriza o depósito bancário e o distingue nitidamente tanto do depósito do depósito irregular como do mútuo é a intervenção, no negócio, do banco, na qualidade de depositário".

74. A presença do banco enseja, pois, a caracterização do depósito bancário como instrumento fiduciário, conforme salientado pelo Professor ALBERTO TRABUCCHI[20], ensejando, pois, a existência

(15). **HENRI, LÉON** e **JEAN MAZEAUD**, **Leçons de Droit Civil** (4º edição com a colaboração do **PROFESSOR MICHEL DE JUGLART**), Paris: Edition Montchrestien, 1974, tomo II, vol. 2, nº 1520, pág. 759.

(16). **JEAN ESCARRA**, **Cours de Droit Commercial**, Paris: Sirey, 1961, vol. VI, nº425, e **GEORGES RIPERT** et **RENÉ ROBLET** , **Traité Élementaire de Droit Commercial**. 9 edição. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, vol.ll, nº 2361, págs. 315/316.

(17). **PHILIPPE MALAURIE** e **LAURENT AYNES**, Droit Civil, les contrats epéciaux, 5º edição. Paris: Editions Guias, 1991, nº 887, pág. 476.

da **dupla propriedade**, a **real** e efetiva, **do banco** (depositário); e a **fiduciária, do cliente** (depositante).

75. Idêntica é a posição do Direito Espanhol, no qual a doutrina esclarece que é tempo de romper com as tradições romanistas, para dar a devida importância aos fatos econômicos do mundo moderno. Assim, o Professor ***JOAQUIN GARRIGUES*** defende a teoria da dupla disponibilidade nos seguintes termos **(21)**:

> "A mais importante característica do depósito bancário consiste na existência de uma dupla disponibilidade: em favor do Banco e do cliente. A primeira permite ao Banco colocar o dinheiro nas operações do crédito a curto prazo e especialmente nas operações de desconto. A segunda permite ao cliente fazer uso do dinheiro, na medida de suas necessidades, como se o tivesse na sua casa e sem os riscos próprios de sua conservação".

75. E acrescenta O Professor **GARRIGUES**:

> "Esta disponibilidade (do cliente) é tão importante, que se chega a equiparar .o puro direito de crédito do depositante à propriedade sobre o dinheiro depositado".

77. E, em seguida, conclui:

> **"O Banco dispõe do dinheiro como se fosse seu e o cliente dispõe do dinheiro, apesar de não ser seu**."

78. As teorias da dupla disponibilidade e do caráter sui generis do depósito bancário também têm sido admitidas no Direito Argentino**(22)**, que se inspirou, na matéria, nas lições dos mestres italianos.

(18). **ERNESTO SIMONETTO, Los contratos de crédito** (tradução espanhola), Barcelona: J. Ma. Bosch editor, 1958, pág. 360/361; **JOHN KENNETH GALBRAITH, A Moeda**, São Paulo: Pioneira 1977, pág. 31 e 65 e **ARNOLDO WALD**, **O Papel Pioneiro do Direito Bancário**, Revista de Direito Mercantil, nº 27, pág. 15.

(19). **GIACOMO MOLLE, I contratti bancari**, Milano, Dott, A Giuffree editor, 1966, págs. 87 a 88 e 89 a91.

(20). ALBERTO TRABUCCHI, Istituzioni di Diritto Civile, 16 edição: Pádua: Cedam Casa Editrice, 1968, nº 353, págs 850 e 851.

A.2) A POSIÇAO DO DIREITO BRASILEIRO

79. No direito brasileiro, sempre se admitiu a peculiaridade e o regime próprio do depósito bancário, distinguindo-o tanto do depósito de direito civil, quanto do mútuo e das operações financeiras em geral.

80. Vimos que o Código Comercial já tratava do depósito bancário, reconhecendo a sua autonomia em relação aos demais contratos análogos, e a doutrina brasileira, há longo tempo, a ele se refere denominando-o **"depósito pecuniário"** ou **"depósito monetário realizado em banco"**, enfatizando, assim, embora talvez nas inconscientemente, **a analogia entre o depósito bancário e a moeda fiduciária**.

81. ***CARVALHO DE MENDONÇA***, após citar a monografia do jurista italiano ***LA LUMIA*** (I Depositi Bancari), afirma que, no depósito bancário, a soma depositada continua à disposição do depositante, sem prejuízo de sua utilização pelo banco e reitera a distinção entre o depósito bancário e o mútuo[(23)].

Escreve o eminente comercialista brasileiro:

"Cada dia mais se desenvolvem taes depósitos, pondo em relevo a sua utilidade. Também chamados irregulares, são sujeitos às leis e aos estatutos dos institutos de crédito (cod. com., art. 285), e distinguem-se do mútuo, conforme mostramos nos nº 1.082 a 1.084 deste 6º volume.

Não é o banco que solicita os fundos, é o depositante quem Ih'os oferece. A iniciativa da operação parte do cliente, mas o uso da soma fica à disposição deste, que pode retirá-la no todo ou em parte, directamente, ou por meio de cheques ou ordens".

82. E, em nota, salienta que:

"**GRUNHUT**, no Manuale de **ENDEMANN**, vol. 3ª, P. 2º, parágrafo

(21). **JOAQUIN GUARRIGUES, Contratos Bancários**. 2ª edição. Madrid: Imprensa Aguirre, 1975, págs. 367 e 368.

(22). **JORGE N. WILLIMANS**, Contratos de Créditos, Tomo 2 A, Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1986, pág. 235, e **CARLOS GILBERTO VILLEGAS**, Compendio Jurídico, Técnico e Prático de la Actividad Bancária. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1986, vol. 1, pág. 480.

433,entende que o nome específico do depósito de que aqui tratamos é depósito bancário, não lhe parecendo correctas as expressões depósito irregular, depósito commercial, ou depositum de valor abstracto.

O projecto do código commercial italiano cogita especialmente do depósito bancário (ats. 485-491). 'correspondendo a uma exigência technica e a uma exigência política', diz a exposição de motivos do Prof. **ALBERTO ASQUINI**, que acrescenta: "Technicamente se dá regulamento autonomo ao depósito bancário, porgue, com quanto a jurisprudência e a doutrina se demorem em discutir se o depósito bancário é depósito ou mútuo nem as normas civis do depósito nem as normas civis do mútuo são idôneas para darem completa disciplina ao depósito bancário, instituto moderno, criado pela technica bancária, com características próprias.

Politicamente, há o regulamento autonomo do depósito bancário, para dar, aos depositantes, que confiam aos bancos as suas economias, a tutela que desde quasi trinta anos é reclamada e que a organização actual não lhes tenta dar. Quasi depois de grandes ruínas bancárias, que têm desgraçado nosso país, espalhando victimas innocentes na massa dos economizadores italianos, formularam-se projectos de lei especiais para a tutela dos depositantes. Mas, um após outro, estes projectos foram abandonados e apenas a impressão dos factos que os originaram foi se dissipando na opinião pública". (Progeito Rreliminare, págs. 364-365)".

(obra e local citados; Nota 1 na pág. 160).

83. Também o PROFESSOR **WALDEMAR FERREIRA** considera, como característica do depósito bancário, a dupla disponibilidade que se exerce sobre os recursos depositados, salientando que**(24)**:

"Quem realiza o depósito bancário. fá-lo reservando-se a faculdade de levantá-lo, no todo ou em parte, quando isso lhe convenha. Nisso reside, fundamentalmente, o ponto dominante da operação bancária e do contrato que a domina"

(23). CARVALHO DE MENDONÇA, Tratado do Direito Comercial Brasileiro, vol, IIIª parte, nº 1414, pág.

84. Por sua vez, de acordo com os mesmos princípios, LAURO MUNIZ BARRETO distingue O depósito bancário do mútuo e do depósito comum regido pelo Código Civil, para, em seguida, salientar que embora transferida a propriedade da soma depositada para o banco a mesma fica à disposição do cliente, "que pode retirá-la, no todo ou em parte, diretamente ou por pagamentos a terceiros, por meio de ordens ou cheques"**(25)**.

85. Na sua monografia sobre o assunto, **GILBERTO NOBREGA** faz a adequada distinção entre o depósito bancário e as demais formas de depósito previstas pelo Código Civil e lembra a tradição do nosso direito de não confundir o depósito irregular com o mútuo, tratando-se de institutos distintos, embora com aplicação comum de algumas das regras que sobre ambos podem .incidir. E lembra a lição do Professor **NOÉ AZEVEDO**, que salientava que **se o depósito irregular se confundisse com o mútuo, não teria o legislador consagrado a sua existência e, se o fez, é por ter entendido que se justificava a existência do depósito irregular a especialmente a do depósito bancário**(26)

86. Nos trabalhos mais recentes, os civilistas e comercialistas(27) não confundem o depósito irregular com o mútuo, embora reconhecendo a aplicação analógica das normas deste em relação àquele, que, todavia, tem regime próprio, nos termos do art. 1280 do Código Civil.

87. Os estudiosos de direito bancário reconhecem a natureza "sui generi" do depósito bancário e salientam que um dos seus resultados é "a disponibilidade (por parte do depositante) pela criação da moeda escritural ou bancária" **(28)**.

88. Coube a PONTES DE MIRANDA distinguir, com mais clareza, o depósito bancário dos demais depósitos irregulares, ao escrever que **(29)**.

> "Em relação aos outros depósitos irregulares, o depósito bancário tem a característica -subjetiva – de ser feito com depositário profissional, que se dedica a tais operações em massa o que lhe facilita a solução prática do problema técnico-econômico dos dois poderes de disposição. O banco tem o poder de disposição sobre

(24) **WALDEMAR FERREIRA,** Tratado de Direito Comercial. Comercial. São Paulo: Saraiva, 10º, 1963, nº 2346, pág, 517.

x, x, e x"; cada depositante, sobre x, ou sobre x, ou sobrex; de modo que se só dispõe de fração de x + x' + x", o seu poder de dispor não fere o poder de dispor dos que depositaram x + x' + x", pois que nem todos os depositantes dispõem simultaneamente."

89. Como já vimos, em trechos transcritos no acórdão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, **PONTES DE MIRANDA** reconhece a dupla disponibilidade do Banco e do depositante ao afirmar que **(30)**:

"A disponibilidade pelo depositante coexiste com a disponibilidade pelo banco, mas passa-lhe à frente quando o depositante o entenda."

90. Também a jurisprudência brasileira reconhece a autonomia e o regime próprio do depósito bancário como se verifica pela lição contida no voto do Ministro **PAULO BROSSARD**, na ADln nº 223, no qual salientou que:

"Desde tempos distantes, quase imemoriais, depósito bancário é /.../ depósito bancário, estudado, caracterizado, definido pela doutrina e jurisprudência, e reconhecido pela lei (Teixeira **DE FREITAS**, Aditamentos.ao Código do Comércio, 1878, v.l, pág. 647; **CARVALHO DE MENDONÇA**, Tratado de Direito Comercial Brasileiro, 1961, v. VI, 3ª parte, n.1433, págs.148 e segs.; **WALDEMAR FERREIRA**, Instituições de Direito Comercial, 1944, II, parágrafo 204, nº 947 e 948, pág. 534 a 536; id., Tratado de Direito Comercial, 1960, v.1º, nº 107, págs. 277 e 278; v. 9º, nº 1902 e 1902, págs. 79 a 87; **PONTES DE MIRANDA**, Tratado de Direito Privado, 1963, v. LII, parágrafo 4664,

(25). **LAURO MUNIZ BARETO**, Direito Bancário. São Paulo: Livraria Editora Universitária de Direito Ltda., 1975, págs. 175 e 176.

(26). **GILBERTO NOBREGA**, **Depósito Bancário**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais,: 1966, pág. 23.

(27). **MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES**, **Curso de Direito Civil**, 2º Ed,. Rio: Freitas Bastos, vol. IV, 1969, pág. 232; **ANTONIO CHAVES, Tratado de Direito Civil, Obrigações**: 3º ed. vol.ll, tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, pág. 883; **ARNOLDO WALD, Obrigações e Contratos** 10ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pág. 387; **FRAN MARTINS**, **Contratos e Obrigações Comerciais** 8º edição Rio: Forense, 1986, nºs, 334 e 335, págs. 440 e 441).

(28). **SERGIO CARLO COVELLO**, **Contratos Bancários**. São Paulo: Saraiva, 1981, pág. 71 e **NELSON ABRÃO**, Curso de **Direito Bancário São Paulo**: Editora Revista dos Tribunais, 1982, pags. 42 a 44, nºs 33 e 34.

(29). PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, tomo XLII, Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, parágrafo 4665.3, págs. 373/374.

nº 3, págs. 372 e segs. **ORLANDO GOMES**, Contratos, 1979, nº 261, págs. 394 e segs.; **SERGIO CARLOS COVELLO**, Contratos Bancários, 1981, p. 59 e segs., **GILBERTO NÓBREGA**, Depósito Bancário, 1966, assim; **NELSON ABRÃO**, Curso de Direito Bancário, 1988, págs. 69 e segs). São numerosos os textos de lei que se referem a depósitos bancários, v.g.: Código do Comércio, art. 285; Dec. 14.728, de 16 – III -1921, art. 3º, nº4; Dec. 24.575, de 4-VII-1934, art. 9ºb; Dec.-Lei 3.182, de 9-IV-1941, art. 1º; Dec.-Lei 7.293, de 2-11-1945, art. 4º; Dec.-Lei 9.603, de 16-VIII-1946, art. 2º; lei 2.313, de 3-IX-1954, art. 1º, Dec.36.783, de 18-1-55, art. 1º, Dec. 40.395; de 21-11-1956, art. 1º,2º,3º,4º,5º,8º,9º,10; lei 2.313, de 3-IX-1954, art. 1º; Dec. 2.711, de 19-XII-1960, art. 1º parágrafo 3º nº 4; lei 4.595, de 31-X11-1964, arts. 4º, XIV, XV, XXIII, 10, III; 17; 19, II, parágrafo 5º,35; parágrafo único; 38, parágrafo 5º; Lei 4.728, de 14-VII-1965, arts. 30 e 51.

Jamais foi tido como operação financeira, a qual, por sua vez, tem a sua definição legal e a definição do seu fato gerador fixados também em lei, lei 5.143, de 20-X-66, e nas que se lhe seguiram. Decreto-lei 914, de7-X-69, Decreto-lei 1.783, de 18-IV-80, Decreto- lei 2.390, de 19-XII-87 etc.

Pois bem, até o dia 15 de março os depósitos nos Bancos e nas Caixas Econômicas, eram depósitos, contratos de depósito, com remuneração, sem remuneração, com prazo, à vista e assim por diante. No dia 15 de março, os depósitos deixaram de ser depósitos para ser operações financeiras, sujeitas ao IOF, art. 22 da Medida Provisória nº 160. Cometida a ablação do numerário, ato contínuo, os depósitos nos bancos e Caixas Econômicas voltaram ao regime jurídico do contrato de depósito. (RTJ, 132/577)."

A.3) DOS EFEITOS DA CARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO DE DEPÓSITO BANCÁRIO SOBRE OS PLEITOS DE DIFERENÇA DE CORREÇÃO MONETÁRIA

91. Verifica-se, pois, que o depósito bancário não se confunde nem com o depósito irregular comum do Direito Civil, nem com o mútuo e que, no caso em análise, houve, como bem salientou o Ministro Paulo Brossard, no texto acima transcrito, uma operação de depósito que alei

(30) PONTES DE MIRANDA, ob.e loc. Citados

transformou em operação financeira em favor do Banco Central e, em seguida, reconverteu em deposito e já então, acrescentaríamos, com outro depositário (Banco Central).

92. Evidencia-se que as normas legais do Plano Collor não podem ser consideradas como constituindo um risco do banco, que teria sofrido uma expropriação ou um empréstimo compulsório, que recaíram sobre os depositantes, retirando, parcialmente, a disponibilidade que a lei, a jurisprudência e a doutrina atribuem tanto ao cliente (depositante) como ao banco depositário.

93. Tratando-se de verdadeira expropriação temporária do direito de dispor, a indenização é devida pelo expropriante, nos precisos termos do art. 5, inciso XXV da Constituição de 1988 que exige, no caso, a prévia e justa indenização em dinheiro (a ser paga evidentemente pelo expropriante), cabendo, outrossim, a responsabilidade, pelos prejuízos causados, ao Estado, responsabilidade que é objetiva (ari. 37 parágrafo 6º da Constituição).

94. Por outro lado, quem sofreu a expropriação foi o depositante, que perdeu temporariamente o seu direito de dispor, tendo pois legitimidade ativa para pleitar a indenização tanto da União Federal (expropriante), como especialmente do Banco Central (novo depositário e substituto **ex vi legis** do agente financeiro na relação contratual), sem que haja qualquer responsabilidade do banco depositário. Este foi o depositário original, que não praticou ato ilícito e, conseqüentemente, não pode ser responsabilizado, de acordo com o princípio da individualização da responsabilidade penal e civil (art. 5º inciso art. XLV da Constituição) e foi, por sua vez, expropriado dos direitos que lhe cabiam como depositário, em virtude do contrato que, com ele, inicialmente, firmou o depositante.

B). DA INFUNGIBILIDADE DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS EM VIRTUDE DA APLICAÇÃO DO PLANO COLLOR

95. É preciso lembrar que a lei considera como depósito irregular o que abrange coisas fungíveis (art. 1280), mas que as normas do Plano Collor retiraram a fungibilidade completa dos depósitos, estabelecendo uma distinção entre os valores até cinqüenta mil cruzados novos e o montante que excedesse os mesmos, mantendo-se as instituições

financeiras como depositárias dos primeiros, enquanto o Banco Central tornava-se depositário do segundo.

96. Houve, assim, um momento em que um bem normalmente fungível, como o dinheiro, passou a ser relativamente infungível, situação admitida pela doutrina e pela jurisprudência[(31)].

97. Já tivemos o ensejo de escrever a este respeito que[(32)]:

> "Um objeto pode ser fungível ou infungível de acordo com as condições especiais do negócio realizado. Assim, o livro que uma pessoa empresta a outra é coisa infungível, mas quando um livreiro, cujo estoque está desfalcado, pede emprestado, a outro, um certo número de exemplares da obra, tais volumes são fungíveis, pois a própria operação se destina a assegurar ao mutuante a devolução de número igual de volumes do mesmo livro - mas não os mesmos que emprestou, pois estes se destinavam à venda".

98. O Professor SILVIO RODRIGUES, invocando a lição de MARCEL PLANIOL, lembra que o dinheiro é fungível, pois, em tese, "ao credor é indiferente receber o pagamento em uma ou outra espécie de moeda, pois elas se equivalem"[(33)]. Acontece, todavia, que não tinham o mesmo efeito liberatório os valores dos depósitos que estavam abaixo ou acima do limite de NCz$ 50.000,00 (cinqüenta mil cruzados novos), no momento da promulgação das normas do Plano Collor, razão pela qual a relativa infungi~lidade existente entre os mesmos, em virtude da diferença do regime jurídico que sobre eles passou a incidir, retirando - lhe a equivalência que, entre eles normalmente deveria existir, também exclui que se possa considerar a existência de um mútuo ou até de um depósito irregular, nos termos do art. 1280 do Código Civil.

99. Essas considerações têm como única finalidade evidenciar que, não se caracterizando, no caso, o depósito bancário como uma transferência plena da propriedade dos valores depositados, os riscos da expropriação ou do empréstimo compulsório correm por conta do depositante e são da responsabilidade seja do expropriante (União) seja do novo depositário (Banco Central), seja cumulativa e solidariamente de ambos.

IV - DAS RELAÇÕES EXISTENTES ENTRE AS PARTES

100. Como vimos, **o que aconteceu, na realidade, foi substituição do depositário, em virtude de norma legal, ensejou a apropriação dos recursos que estavam no bancos** (ou sociedade) de crédito imobiliário e Caixas Econômicas) pelo **Banco Central**, por decisão da União Federal, que atuou como expropriante, numa forma de desapropriação indireta, não prevista constitucionalmente, mas reconhecida pela jurisprudência como ensejando a responsabilidade de quem se apropriou do bem alheio.

101. Considerando as peculiaridades do depósito bancário, às quais já aludimos, e tendo provado que o depositário original (instituição financeira) não assumiu o risco político da expropriação indireta do depositante, chegamos à conclusão de que o banco foi substituído, nas suas responsabilidades, perante o depositante, pelo Banco Central, com o qual a relação contratual continuou, ou foi restabelecida, após a ruptura, pela lei, do contrato inicialmente firmado.

102. Trata-se, assim, de cessão de posição contratual ou de cessão de débito, que ocorreu em virtude de determinação legal, liberando, pois, de qualquer responsabilidade o cedente e assumindo as mencionadas responsabilidades o cessionário, na qualidade de novo depositário. Essa transferência que, normalmente, necessitaria do consentimento do depositante, dela prescindiu, no caso, em virtude da norma legal imperativa, contra a qual a instituição financeira particular ou a Caixa Econômica não teve meios, nem legitimidade, para se insurgir.

103. Evidencia-se, assim, que, ao contrário do que foi afirmado em numerosos julgados, **não se manteve uma relação contratual exclusivamente entre o depositante e o Banco depositário, na qual o Banco Central seria terceiro, A situação é pois, fundamental e radicalmente, distinta da que existiu no caso dos planos anteriores** (Cruzado, Bresser e Verão), nos quais os recursos depositados foram mantidos nas mãos dos depositários contratuais originais, sem que houvesse qualquer apropriação dos mesmos por terceiro.

(32). **ARNOLDO WALD**, Curso de Direito Civil Brasileiro Parte Geral. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, pág. 145.

(33). **SILVIO RODRIGUES**, Direito Civil Parte Geral. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 1974, nº 50, página 100.

104. Assim, não pode prevalecer, com a devida vênía, a afirmação encontradiça em numerosas sentenças e em vários acórdãos, para os quais "o Banco Central não compôs a relação contratual" ou "a questão é relativa às duas partes e não há relação jurídica direta de quem se pretende a denunciação (o Banco Central)".

105. Também **não se pode admitir, com a devida vênia, que**:

> "o bloqueio dos çruzados novos não desfigurou a relação de direito material, oriunda do contrato de depósito, com rendimentos de juros e correção monetária, entre o cliente do banco (depositante) e a instituição financeira (depositária).
>
> E que
>
> "Continuou eficaz o mesmo contrato de depósito antes assinado. A relação jurídica de direito material entre depositante e depositário (apelante e apelado) não se alterou. Nem portanto as posições jurídicas subjetivas: direto-dever, pretensão-obrigação".
> (Acórdão de Apelação Cível nº 147530 do TJSP, voto vencedor do Relator, em 30.7.1991).

106. Ao contrário, a partir de 15.03.90, o contrato em vigor passou a existir entre o depositante e o Banco Central, este como sucessor ou substituto legal da instituição financeira ou da Caixa Econômica, que inicialmente recebeu os recursos.

107. .Mesmo não tendo sido tratadas de modo específico na legislação vigente, a cessão de posição contratual e a assunção de obrigação são consagradas pela prática e admitidas pela jurisprudência e pela doutrina **(34)**, podendo decorrer da vontade das partes ou da própria Lei .E quando emanam da lei, excluem a responsabilidade do devedor originário, que é substituído, na relação jurídica, pelo seu sucessor.

108. O exaustivo estudo da jurisprudência que se firmou na matéria objeto do presente estudo já evidenciou a transferência da posse dos recursos e a conseqüente modificação subjetiva do negócio jurídico que ocorreu, com a mudança de devedor mantendo-se o mesmo credor (que é o depositante).

109. Na realidade, em virtude de lei federal, cuja constitucional idade se pode e deve discutir, mas que, de qualquer modo, produziu efeitos e que, portanto, se assemelha à expropriação indireta, o Banco Central substituiu o depositário inicial, passando a ter o uso e gozo dos recursos, que liberou na forma prevista em lei e cuja correção pagou parcialmente, tendo as vantagens e ônus decorrentes da qualidade de depositário.

110. Assim, algumas das decisões proferidas pela Justiça definiram adequadamente a evolução dos fatos ao admitir que:

> "Quem fez novo contrato com o autor (ainda que por lei juridicamente espúria) foi a União, devendo contra ela ser voltado o pleito ".**(35)**

111. Do ponto de vista técnico, embora seja pouco relevante no plano prático, preferíamos afirmar que **o novo contrato (ou a modificação unilateral do contrato anterior. Quanto .à pessoa do depositário), resultou de determinação da União, mas foi realizado com o Banco Central que passou a substituir o anterior depositário** (agente financeiro que firmou o contrato originalmente), para todos os efeitos.

112. A conclusão necessária dessa substituição na relação material enseja a ilegitimidade passiva da instituição financeira e a carência de ação dos depositantes, que deverão pleitear os seus direitos na Justiça Federal, contra o Banco Central, na qualidade de depositário, e/ou contra a União Federal, eventualmente responsável pelos prejuízos causados, por ser a entidade que determinou a apropriação dos recuroos, em favor da mencionada autarquia, que é o seu agente financeiro (artigos 10 e 11 da Lei nº 4595, de 31.12.1964).

113. As várias decisões da Justiça Federal, algumas das quais já referidas no presente parecer, comprovam e evidenciam que o Banco Central foi instituído depositário, como se verifica, entre outros, no acórdão do ***Habeas Corpus*** concedido pelo Supremo Tribunal Federal (item nº 29 do presente parecer) e no acórdão do Tribunal Regional Federal da 5º Região (item nº 39 do presente parecer), assim como nas decisões dos Tribunais de Justiça (itens nº 44 a 48).

114. Não há, pois, dúvida que os depositantes são carecedores de ação contra os bancos, que não têm legitimidade passiva para serem

(34). ***ARNOLDO WALD***, Obrigações e Contratos, 10º edição, nº 61.1. pág. 150 e ***ANTONIO DA SILVA CABRAL***, Cessão de Contratos, São Paulo: Saraiva, 1987, pág. 97.

acionados, para que deles se exija o pagamento da diferença da correção monetária, que deve ser cobrada de quem teve a efetiva disponibilidade dos recursos (o Banco Central), os devolveu oporturna ou inoportunamente e os remunerou, com juros e correção monetária, e de quem determinou a expropriação ou apropriação temporária (União Federal).

V - DA AUSÊNCIA DE CULPA OU DOLO DO DEPOSITÁRIO INICIAL E DA EXISTENCIA DE ATO DO PRÍNCIPE

115. O Código Civil Brasileiro trata, em seu artigo 1277, da exclusão e responsabilidade do depositário da seguinte forma:

> " Art. 1 .277 -O depositário não responde pelos casos fortuitos nem de força maior; mas, para que lhe valha a escusa, terá de prová-lo."

116. A responsabilIdade contratual do depositário pressupõe que, além do dano causado, tenha havido culpa ou dolo, não respondendo nem pelo caso fortuito, nem pela força maior, que abrangem o ato do príncipe tanto mais que, no depósito bancário, não se aplica ao banco o princípio **res perit domino** (os riscos da coisa correm por conta do seu proprietário), no caso de apropriação dos recursos pelo Poder Público.

117. A maioria, senão a quase totalidade, das ações propostas fundamenta-se na responsabilidade civil, com base no art. 159 do Código Civil ou no enriquecimento sem causa. Ora, não houve, no caso, qualquer enriquecimento ilícito ou sem causa, dos agentes financeiros, pois como provado, a posse dos recursos foi transferida ao Banco Central. Não houve, também, nem culpa, nem dolo dos mesmos, pois obedeceram a um ato do príncipe, ao qual não tinham condições, nem legitimidade, para resistir, em virtude da competência legal e dos mecanismos de exercício do poder e de pressão que o Banco Central tem sobre os integrantes do sistema financeiro, presumindo-se, outrossim, a constitucionalidade dos atos do Poder Público.

118. Mesmo que se entenda que, tratando-se de responsabilidade contratual, a culpa possa ou até deva ser presumida, é evidente que se trata de presunção juris tantum, suscetível de ser afastada pela prova

(35). Sentença 11.05.1992, do Juiz de Direito Dr. **WILTON MARZOCHI** da 32ª Vara Cível dapp 62 capital do Estado de São Paulo, no processo nº 108/91.

contrária, apresentada pelas partes, nos precisos termos do artigo 1277 do Código Civil acima referido e transcrito. Esta prova, no caso, consiste na existência de ato do princípio, que equivale à força maior, e pelo qual o Estado se apropriou dos recursos depositados, transferindo-os, **manu militari**, para o Banco Central, que passou a responder pela devolução e remuneração dos mesmos.

119. Obedecer às normas legais vigentes no país não pode, evidentemente, ser considerado como ato culposo e, mesmo admitindo a possibilidade de se considerar inconstitucionais as normas do Plano Collor, é preciso lembrar que a sua inconstitucionalidade não foi, até agora - e muito menos em março de 1990 - reconhecida, nem pelo Supremo Tribunal Federal, que, ao contrário, denegou medida liminar neste sentido, nem pela maioria dos tribunais federais, não obstante a posição corajosa e louvável assumida pelos tribunais da 3ª e da 5ª Região, a cujos acórdãos já aludimos.

120. Cabe enfatizar que o depositário não responde pelo caso fortuito, nem pela força maior, mas que, para que lhe valha como escusa, deve prová-los (art. 1277 do Código Civil), o que fez, nos processos em curso, ao evidenciar o ato de Governo, que transferiu, para terceiros, os recursos depositados, tratando-se de fato notório e público, e dispensando, consequentemente, aprova (art. 334, I do C PC).

121. A ausência de culpa do agente financeiro evidencia, pois que o mesmo não pode ser responsabilizado, como alias tem sido entendido por algumas das decisões que foram proferidas na matéria.

122. Neste sentido, a Egrégia Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao examinar a Apelação Cível nª 150.238, da qual foi relator o ilustre Desembargador ***CAMPOS MELLO***, decidiu, por unanimidade, em 02.08.1991, que:

> "Finalmente, não se perca de vista que se examina pretensão de cunho indenizatório, sem que todavia fosse especificado qual o ilícito praticado pelo apelante, qual a modalidade ou natureza de culpa que lhe pode ser imputada, capaz de ensejar obrigação de indenizar. A resposta não é encontrada nos autos. Nem se diga que o apelante agiu culposamente ao aplicar a lei. Afinal, quem assim age, atua no exercício regular de um direito. Na espécie, sujeito à à intervenção estatal, o apelante tinha fundados motivos para aplicar a lei 7.730/89, ou a medida provisória que a gerou. Entidade particular, nãso poderia se eximir na ocasião de cumprir o

comando normativo existente, sob pretexto de que ele era inconstitucional. O argumento é insustentável, pois, ao contratário, o que se presume, sempre, é a constitucionalidade dos diplomas legais que são editados. Pretender atribuir culpa a alguém por esse motivo, momente quando se cuida de diploma legal cuja inconstitucionalidade até hoje não foi declarada, é inverter todos os princípios que informam a responsabilidade civil e é algo que não pode ser aceito.

Em resumo, para que a apelada tivesse direito à indenização que pleiteou, era de rigor que ficasse demonstrado o procedimento culposo do réu, inexistente todavia.

123. Outras decisões de primeira instância seguiram a mesma orientação ao julgar improcedentes ações análogas, por entenderem que **um dos pressupostos da obrigação de indenizar é a existência de culpa do agente** (Sentença de 13.03.1992 do Juiz de Direito ***JOSÉ RAFFAELLI SANTINI***, em exercício em Poços de Caldas).

124. Idêntica é a conclusão do Juiz MAURO DICKSTEIN, da 7ª Vara Cível da Justiça Estadual da cidade do Rio de Janeiro, em sentença que proferiu no processo nº 12.369/91-RJ, em 31.07.1991, na qual salientoL que:

"Partindo-se da premissa de que a injuricidade ou a ilicitude no campo do descumprimento do contrato fazem supor a existência de culpa, esta deve vir provada no curso da lide para que aparte .obtenha a tutela jurisdicional pleiteada.

Nesse Passo, a instituição financeira apenas cumpriu a lei aplicável na espécie, não podendo ser responsabilizada por atuais prejuízos ou danos sofridos pela autora, eis que com culpa aquela não obrou."

125. Conclui-se, pois, que os autores das ações são carecedores de ação, por ilegitimidade passiva dos réus (instituições financeiras) e por serem o Banco Central e a União Federal os responsáveis pelos prejuízos causados. Acresce que, no mérito, as ações, se ultrapassada a preliminar de carência, devem ser julgadas improcedentes, por ausência de culpa ou dolo dos depositários inicialmente contratados para receberem os recursos em cadernetas de poupança, em virtude da ocorrência de força maior.

VI - DA CARACTERIZAÇÃO DO BLOQUEIO COMO EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO

126. Grande parte da jurisprudência que se formou em torno das ações interpostas com o objetivo de liberar os cruzados novos retidos por ocasião da Lei 8.024/90, firmou entendimento de que o bloqueio tratou-se de verdadeiro empréstimo compulsório, sem, contudo, a observância dos seus pressupostos legais, elencados na Constituição Federal.

127. Foi este, também, o entendimento firmado pelo plenário do Egrégio Tribunal Federal de Recursos de São Paulo, como se depreende da seguinte ementa de acórdão[(36)]:

"CONSTITUCIONAL -TRIBUTÁRIO - BLOQUEIO DE CRUZADOS NOVOS - EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO – INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º, 6º, 7º, 8º E 9º, DA LEI 8.024/90, ORIUNDA DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 168/90.

- O bloqueio dos cruzados novos efetuado pela Medida Provisória 168/90 configura empréstimo compulsório, ficando afastadas as hipóteses de requisição, confisco, confisco temporário e servidão de uso, as quais, se aceitas, não afastariam a inconstitucionalidade.

- No caso, o empréstimo compulsório esta fundamentado no inciso II, do art. 148, da lei Maior, estando sujeito ao princípio da anterioridade, o que descaracteriza a urgência. Além do mais só poderia ter sido criado por Lei Complementar.

- Medida Provisória não é instrumento idôneo para iniciar procedimento legislativo que vise dispor sobre matéria reservada à Lei Complementar.

- O bloqueio de cruzados novos feriu ainda o princípio da isonomia , e, consequentemente, o da capacidade contributiva.

- Feriu ainda o ato jurídico perfeito.

- Argüição de inconstitucionalidade acolhida."

128. Ora, a caracterização de que o bloqueio foi um empréstimo compulsório pode deixar evidente que o sujeito ativo da relação foi a União Federal, através de uma de suas autarquias, qual seja, o Banco Central do Brasil.

129. Empréstimo Compu'sório, como bem ensina a doutrina, é espéc incia tributo. Neste sentido, veriflque-se a lição de ALFREDO AUGUSTO BECKER **(37)**

> "A obrigação de o sujeito ativo (Estado) devolver o tributo não retira a natureza jurídica tributária ao empréstimo compulsório pois, na verdade, no empréstimo compulsório existem duas distintas relações jurídicas, A Primeira relação jurídica é de natureza tributária: o sujeito passivo é um determinado individuo e o sujeito ativo é o Estado. A segunda relação jurídica é de natureza administrativa: o sujeito ativo é aquele indivíduo e o sujeito passivo é o Estado."

130. Se a responsabilidade pelos valores arrecadados competia ao Estado através de sua autarquia, o Banco Central do Brasil, a correção e monetária deverá caber a este, e não aos bancos inicialmente depositários.

131. Considerando que a legislação, os normativos do Banco Central e a jurisprudência não deixam dúvidas que a disponibilidade de cruzados novos bloqueados era do Banco Central, não resta dúvida de que é este, ou a União Federal, o responsável pela devolução e, eventualmente pelo pagamento de correção monetária devida e não paga durante o tempo em que o bloqueio, ou o empréstimo, perdurou.

132. E não é outro o entendimento da doutrina, como se verifica em trabalho da lavra de AMíLCAR DE ARAÚJO FALCÃO **(38)**:.

"A relação tributária é uma relação pessoal. Verificado que seja o fato imponível, tem-se que ele se atribui a uma pessoa devedora. Esta pessoa será sujeito Rassivo tributário."

(36). Argüição de Inconstitucionalidade na Apelação em Mandado de Segurança nº 36325, 9O,O3.32177-9, Apelante Banco Central do Brasil, Apelado Fábio Konder Comparato, Relator Dr.JuizAMÉRICO LACOMBE.

VII - DA INAPLICABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NOS CASOS DOS PLANOS ANTERIORES DE ESTABILIZAÇÃO

133. **O Egrégio Superior Tribunal de Justiça decidiu**, reiteradamente, **nas questões suscitadas em relação aos Planos anteriores de estabilização, que os bancos tinham legitimidade passiva ad causam na discussão da correção monetária** dos depósitos em cadernetas de poupança, **mas assim julgaram em situações nas quais as instituições financeiras tinham mantido a posse dos recursos depositados, situação totalmente distinta da que ocorreu com o Plano Collor**.

134. Assim, por exemplo, o acórdão referente ao Recurso Especial nº 9.202, julgado, por unanimidade, pela Quarta Turma, em 17.03.1992, tem a seguinte ementa:

> "Processo civil. Legitimidade ad causam passiva. Caderneta de Poupança. Plano verão. Correção CPC, arts. 22 e 267 parágrafo 3º. Recurso conhecido e provido.
>
> Eventuais alterações na política econômica, decorrentes de planos governamentais, não afastam, por si, a legitimidde ad causam das partes envolvidas em contratos de Direito Privado, inclusive as instituições financeiras que atuam como agentes captadores em torno de cadernetas de poupança.
>
> Existindo vínculo jurídico de índole contratual entre as partes, a legitimidade não se arreda pela simples circunstância de terem sido emitidas normas por órgãos oficiais que possam afetar a relação entre os contratantes.
>
> Parte legítima passiva ad causam é aquela em face da qual se pede a tutela jurisdicional".

135. No mesmo sentido, há outras decisões, destacando-se a proferida, também por unanimidade, pela Terceira Turma no Recurso Especial nº 9.199, em 21.05.1991, e a oriunda do mesmo órgão julgador no Recurso Especial nº 8.064, datada de 07.05.1991.

(37). ***ALFREDO AUGUSTO BECKER***, Teoria Geral do Direito Tributário. São Paulo: 2º edição Ed. Saraiva, 1972, págs. 357 a 359.

(38). ***AMILCARARAÚJO FALCÃO,*** Introdução ao Direito Tributário, Ed. Financeiras, 1959, pág.112.

136. Os pronunciamentos neste sentido de ambas as Turmas competentes para examinar as matérias de direito privado evidenciam que já se trata de **orientação**, que se tornou mansa e pacífica, mas **que ocorreu .em relação a casos nos quais não houve apropriação dos recursos pelo Banco Central, mas tão somente mudanças de regras de caráter normativo**, ficando os recursos com os agentes financeiros que, naquelas hipóteses, não perderam a sua disponibilidade.

137. Cabe, pois, salientar a diferença de natureza entre as mencionadas decisões e as que estão sendo ou devem vir a ser proferidas em relação ao Plano Collor.

138. Por outro lado, também já existe tendência do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo o direito adquirido à correção monetária conforme se verifica pela decisão, proferida no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 14.717, julgado pela Terceira Turma do S.T.J. em 17.10.1991 que, embora se limitando a considerar razoável ***o acórdão recorrido, admitiu existir corrente jurisprudencial dominante no sentido de considerar que não pode ser "prejudicado direito já incorporado ao patrimônio dos depositantes, tese plenamente acolhida nesta Corte Superior".***

139. Acresce que, em vários acórdãos, referentes às desapropriações e dívidas do valor em geral, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido (que devia ser preservado o valor real do débito, conforme se verifica no Mandado de segurança nº 870, julgado em 05.11.1991, pela primeira Seção em cuja ementa está esclarecido que:

"Norteia a sistemática da desapropriação o princípio da indenização justa, cujo valor real deve ser preservado, segundo mandamento da constituição (artigo 184), que não pode sofrer desrespeito por norma de escalão inferior

Destarte, os TDAs não podem sofrer deflação, devendo ser objeto de correção monetária plena, que, é cediço, visa apenas a manter, ao longo do tempo, O valor real da moeda - e mesmo assim de modo deficiente - frente à inflação".

140. Em numerosos acórdãos mais recentes, a matéria já foi considerada pacífica pela 1ª Seção do S.T.J, conforme se verifica pelas ementas dos acórdãos dos Agravos Regimentais nos Agravos de Instrurmentos nº 17.881-SP, 17.926-SP, 17.938-SP, 18.005-SP e outros, nas é salientado que:

"Correção monetária. IPC de janeiro de 1989 Inclusão no cálculo do índice de 70,28%. Admissibilidade segundo pacífica jurisprudência de 1ª Seção desta Corte".
(Diário da Justiça de 23.03.1992, pág. 3480).

141. Tratando-se, no caso do Plano Collor, de normas expropriatórias, que afetaram a correçao monetaria inicialmente pactuada, é evidente que a responsabilidade pela eventual diferença entre a correção monetária fixada pelo Governo e a real - se, eventualmente, for devida - deve recair sobre as pessoas jurídicas de direito público, que devem integrar o feito, ao contrário do que foi decidido em relação aos planos anteriores de estabilização monetária, em situações fáticas distintas.

VIII - DO CABIMENTO DA DENUNCIAÇÃO DA L/DE

142. Sendo o Banco Central o substituto ou sucessor **ex vi legis** da instituição financeira no contrato de depósito, entendemos que, se não for considerado, desde logo, o autor como sendo carecedor de ação, no processo intentado contra quem com ele firmou o contrato inicial (o agente financeiro), por ter desaparecido a legitimidade passiva deste, em virtude de fatos supervenientes, justifica-se, certamente, a denunciação da lide.

143. Embora a tendência dos tribunais tenha sido no sentido de restringir a interpretação que deve ser dada ao artigo 70 do Código de Processo Civil, é evidente que, no caso, havendo sucessão **ex vi legis**, justifica - se a denunciação da lide, sem que venha a haver, no caso, qualquer mudança de fundamento do pedido.

144. Na realidade, em vários casos, a jurisprudência tem negado a denunciação da lide, invocando as lições da doutrina de acordo com a qual "só é admissível nos casos de garantia automática decorrente da lei ou do contrato, ficando proibida a intromissão de fundamento novo, não constante da ação originária".**(39)**

145. Este argumento justificar-se-ia, eventualmente, caso se tratasse de discutir a legitimidade do ato da União Federal, mas não quando, pleiteada a indenização do depositário original, este alega que a responsabilidade decorrente é do seu substituto ou sucessor legal. Não há, no caso, mudança de fundamento, mas tão-somente utilização do mesmo fundamento, contra o sucessor do devedor inicial, que o substituiu na relação jurídica **ex vi legis**.

(39). **VICENTE GRECO FILHO**, Direito Processual Brasileiro, 1º vol. Saraiva, pág. 147.

146. Na realidade, a própria doutrina admite e reconhece o cabimento da denunciação da lide no caso de cessão de direito, assunção de dívida ou cessão de posição contratual. Neste sentido, o Professor CELSO AGRICOLA BARBI esclarece que **(40)**:

> "Assim, na expressão ação regressiva só se devem compreender os caso em que o direito provém de outra pessoa, isto é, que foi cedido ou transferido por alguém ao que deve denunciá-lo".

147. Reconhece-se, assim, que tanto o cessionário tem direito de denuciação da lide contra o cedente, como vice-versa, o cedente também pode pedir a denunciação em relação ao cessionário, quando se trata de obrigação, ou responsabilidade, transferida de um para o outro em virtude de cessão legalmente determinada.

148. Como exemplo típico de eventual denunciaçãp da lide, caso não se admita desde logo a ilegitimidade passiva, seria a cobrança de impostos ou de conta de concessionária de serviço público contra quem não é mais proprietário de um prédio, no primeiro caso, ou seu usuário, no segundo, comprovando a transferência da propriedade ou da locação do imóvel. A responsabilidade final deveria sempre recair sobre o titular que tinha o direito ao uso ou disposição do imóvel no período ao qual corresponde a cobrança. Se a ação for contra o cedente e corresponder ao período posterior à transferência de propriedade, caberá a denunciação da lide em relação ao cessionário. Se a ação for contra o cessionário (novo proprietário ou novo locatário) e corresponder ao período do antecessor, justificar-se-á a denunciação do cedente. O mesmo princípio se aplica em matéria de depósito bancário, cabendo o ônus de pagar a diferença da correção monetária a quem tiver posse dos recursos no período ao qual corresponde a correção pleiteada. Justifica-se, pois, o direito de regresso, em virtude tanto da cessão do contrato, como da lei que a determinou.

149. Neste sentido, é esclarecedora a lição do Ministro **SYDNEY SANCHES** que afirma, em obra doutrinária**(41)**:

> "Pelo menos, por exclusão, direito de regresso é apenas o conferido, por lei ou pelo contrato, a alguém que adimpliu uma obrigação, de se voltar contra terceiro para deste receber, no todo ou em parte o valor prestado"

(40). **CELSO AGRICOLA BARBI**, Comentários ao Código de Processo Civil, pág. 342.
(41). **SYDNEY SANCHES**, Denunciação da Lide no Processo Civil Brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, pág. 117.

150. Do mesmo modo, a doutrina preceitua que a finalidade da ação regressiva consiste em "fazer com que o autor recupere do réu importância que tiver pago."**(42)**

151. Finalmente, o Supremo Tribunal também tem entendido que:

> "A denunciação da lide pressupõe direito de regresso resultante de lei ou de contrato. Mera obrigação de repasse de verbas, em convênio distinto, não autoriza semelhante fórmula processual". (RTJ.126/404).

152. Assim, no presente caso, não caberia a **denunciação da lide** contra a União Federal, para responsabilizá-la pela sua legislação inconstitucional, mas a mesma **se justifica plenamente em relação ao Banco Central, como sucessor do Agente Financeiro na relação jurídica decorrente de depósito**.

153. De qualquer forma, a jurisprudência já caminha no sentido de admitir a denunciação da lide, nos casos de pedido de correção monetária contra os bancos depositários, como se verifica no despacho proferido em 28.08.1992, no processo nº 897/92, onde o Juiz ***WILLIAM LIMA CABRAL***, da 6º Vara Cível a Capital, teve o ensejo de afirmar o seguinte:

> "Acolho a denunciação .à lide do Banco Central do Brasil e da União Federal, pois presentes os requisitos do art. 70, III, do Cód. de Proc. Civil.
>
> ***Ademais, pretendem os autores correção monetária real dos valores bloqueados e colocados à disposição do Banco Central***. Portanto, nesse caso desloque-se a competência para a Justiça Federal.
>
> Ante o exposto, redistribuam-se estes autos à Justiça Federal, com as anotações de praxe."

154. Do mesmo modo, em 03.09.92, o Juiz JOSÉ PAULO COUTINHO DE ARRUDA, da 8º Vara Cível de Osasco, fundamentou, em despacho proferido nos autos do processo nº 868/92, nas seguintes razões:

> "1. É incontroverso que as remunerações atribuídas pelo réu aos ativos financeiros da autora o foram em estrito cumprimento a normas do Governo Federal.

(40). CELSO AGRICOLA BARBI, Comentários ao Código de Processo Civil, pág.342.

2. Assim, em que pesem as respeitáveis opiniões divergentes, este juízo tem tido por inafastável, ao menos em tese, o intuito manifestado pelo réu, de resguardar seu direito de regresso, prejuízo que eventualmente venha a sofrer, contra os entes públicos responsáveis pela execução das medidas discutidas.

3. Nesse contexto, patenteia-se a incompetência da Justiça Estadual para a apreciação do litígio, imcumbindo à Justiça Federal apreciar o pedido de inclusão da União e do Banco Central na lide, por denunciação do réu, além das demais questões, preliminares de mérito.

4. Determino assim, intimadas as partes, a remessa dos autos Justiça Federal na capital do Estado."

IX - DO MOMENTO DA AQUISIÇÃO DO DIREITO À CORREÇÃO MONETÁRIA

155. Nas dívidas de valor e nos ilícitos decorrentes tanto de violação da lei como de infração contratual, a correção monetária deve ser plena e devida a partir do momento da infração da lei ou do inadimplemento contratual, não se admitindo que possa ser parcial, ou amputada pelo Poder Público. A responsabilidade por eventuais diferenças de correção monetária é sempre do infrator ou de devedor, porque, mesmo considerando que o ato do Poder Público constitui força maior ou caso fortuito, por ele responde o devedor culpado ou em mora, **ex vi** do que dispõe o art. 957 do Código Civil.

156. No caso em exame trata-se, todavia, de correção monetária que embora legalmente estabelecida, incide em operação convencionada pelas partes, cabendo à lei e às partes fixar adequadamente o momento de sua exigibilidage.

157. Todas as ações foram intentadas por depositantes cujos depósitos em cadernetas de poupança tinham o seu aniversário depois de 15.03.1990 e cujo pagamento da correção correspondente ao mês de março só ocorreu na segunda quinzena de abril, sendo que sobre os valores

(41). SYDNEY SANCHES, Denunciação da Lide no Processo Civil Brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, pág.117.

(42). Enciclopédia do Direito, vol 3, pág. 477

remanescentes com os agentes financeiros, inferiores ou iguais a Cr$ 50.000,00 ou a 20% do valor depositado, foi paga a correção de acordo com o **IPC**, ou seja, 84,32%. Ao contrário, sobre os valores que foram transferidos para o Banco Central (acima de Cr$ 50.000,00 ou 80% do valor depositado); a correção paga pelo mesmo (Banco Central) foi de acordo com o **BTNF** , nos termos da legislação então vigente (MP nº168, Lei nº 8.024, Comunicado Dimec nº 2.067).

158. Assim, enquanto os depósitos estavam, na sua totalidade, nas mãos dos agentes financeiros, foi assegurada a correção monetária plena pelo IPC, que somente não foi respeitada, após 15.03.1990, pelo Banco Central, em relação aos depósitos a ele transferidos, aos quais aplicou a nova legislação.

159. Neste ponto vale ressaltar que em outros casos, de objetos diversos do presente estudo, o Superior Tribunal de Justiça já firmou jurisprudência sobre a necessidade de incluir o índice do IPC de março de 1990 para as obrigações de pagar ou indenizar, como se verifica no seguinte trecho proferido em decisão de Agravo de Instrumento[(43)]:

> "Cuida-se, de agravo de instrumento interposto contra decisão , denegatória de recurso especial requerido contra acórdão do TJSP, prolatado em agravo de instrumento intentado em processo de execução de sentença expropriatória, na fase de atualização do cálculo indenizatório, no que manteve a sentença mandando 'Incluir no cálculo de atualização os índices de 70,28% e 84,32%, correspondentes, respectivamente, ao mês de janeiro de 1989 e a março 1990'. (fls.12).
>
> No despacho denegatório de admissibilidade, o ilustre 4º Vice - Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o concluiu afirmando:
> '/...../
>
> O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de registrar que 'na desapropriação a indenização deve ser justa, conforme determina a Constituição e se houve inflação depois da implantação do chamado *Plano Cruzado,* após 01.03.86, a indenização deve er corrigida em índices reais... Nenhuma norma infraconstitucional terá força para impedir a indenização justa, garantida pela Lei Maior'
>
> (v. A.I. nº 2.750-SP, DJU de 03.04.90, p. 2521).
>
> Quanto ao tema da inclusão do IPC de janeiro/89 o S.T.J. definiu : justamente que 'em desapropriação, cumpre observar o princípio

constitucional da justa indenização. Na espécie, deflacionados que foram os TDA's, impõe-se resgatar o seu real valor, adicionando lhes a correção suprimida referente ao IPC de janeiro de 1989 no percentual de 76,41%' (cf. Mandado de Segurança nº 629-DF - Reg. 90.119480 - Relator Min. AMÉRICO LUZ, julgado em 09.04.1991). A respeito confira-se ainda: MS nº 779-DF, MS nº 416-DF e MS nº290-DF, todos da Primeira Seção do STJ.

A mesma jurídica e econômica que inspirou a jurisprudência supra referida, sob a égide do princípio esculpido no art. 5º, inciso XXIV, da CF/88, justifica a inclusão do IPC de março/90.
/...../

Correto o despacho. A jurisprudência desta Corte já se pacificou no sentido de determinar a atualização monetária, nas indenizações por expropriação, com inclusão dos índices de 70,28% e 84,32% indicados pelo IPC, nos meses de janeiro/89 e março/90, sendo inúmeros os precedentes (REsp. 4963, 1º turma; 9.150, 2º turma MS. 700-DF).“

160. Mas contra os agentes financeiros, que não tiveram culpa, praticaram atos ilícitos e não dispuseram dos recursos, é evidente de inexiste qualquer direito adquirido dos depositantes, pois, como decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, pela sua Colenda Sexta Câmara, na Apelação nº 125.041-1, julgada em 28.06.1990:

“Antes do dia de aniversário só se pode falar em expectativa de direito, sabido, inclusive, que o saque realizado um dia antes que seja, da data de aniversário, implica na perda de qualquer rendimento.

Se o fato jurídico que gera o direito à correção monetária só se aperfeiçoa no dia do vencimento da conta, jamais o poupador poderá invocar a ultratividade de norma antiga, revogada antes daquela data.

É pela norma em vigor no dia do crédito dos rendimentos que se fixará o índice de atualização do saldo”.

161. Assim sendo, é evidente que não houve direito adquirido contra os agentes financeiros antes da promulgação das medidas do Plano.

(43). Decisão emAgravo de Instrumento nº 25.913-9-SP, SuperiorTribunal de Justiça, relator o Exmo Sr, Ministro PEÇANHA MARTINS, publicado no DJ de 18.11.92.

e que os eventuais direitos, por ele violados, só são oponíveis ao depositário que, na época do seu vencimento, estava com os recursos, ou seja, ao Banco Central, de quem, eventualmente, poderão ser cobrados, se for o caso.

X- CONCLUSÕES

162. Pelo exposto, concluímos que:

a). o contrato de depósito sofreu uma ruptura ou uma novação, em virtude da lei, e passou a ter, como depositário, não mais o agente financeiro, mas o Banco Central;

b) ***a relação jurídica entre o agente financeiro e o depositante se extinguiu no tocante aos recursos que foram transferidos ao Banco Central***, em virtude de normas legais que ensejaram uma apropriação temporária pelo Poder Público, por intermédio do seu braço financeiro (Banco Central), da disponibilidade temporária e do direito de uso dos mencionados recursos. Quer se trate de empréstimo compulsório inconstitucional, de requisição ou de desapropriação indireta do direito de uso dos recursos depositados, o ato da autoridade fez recair a correção monetária sobre o novo depositário (banco Central)

c). a eventual diferença de correção monetária, baseada no IPC, correspondente ao período vencido posteriormente a 15.3.1990, se for devida, ser cobrada de quem dispunha dos recursos, na data da exigibilidade da correção;

d). conseqüentemente, o agente financeiro é parte ilegítima ad causam na ação de cobrança dessa diferença, sendo contra ele carecedor de ação o depositante, em virtude da extinção, por lei, do contrato original entre eles existente;

e). tratando-se de expropriação parcial do direito do depositante, os riscos e a responsabilidade decorrentes não podem recair sobre o banqueiro, cujo contrato de depósito se extinguiu em virtude de ato do legislador, tanto mais que não se trata de mútuo, mas de depósito bancário com regime jurídico especial caracterizado pela dupla disponibilidade dos recursos (pelo depositante e pelo depositário), no qual não se transferem ao depositário os riscos decorrentes de ato do príncipe, força maior ou caso fortuito;

f). no mérito, não há responsabilidade do agente financeiro, que não praticou qualquer ato ilícito e ao qual não se atribui nem culpa, nem dolo, e que fez a prova da inexistência dos mesmos, ao alegar o ato do príncipe equiparado a força maior;

g). a obediência à lei, que inclusive não teve a sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal (que, ao contrário, negou a medida liminar), não pode ser considerada ato culposo do Banco, pois, além de existir presunção de constitucionalidade da lei e dos atos administrativos, não é permitido, nem praticamente possível, ao agente financeiro, descumprir a lei e a regulamentação do Banco Central;

h) inexiste qualquer direito adquirido do depositante contra o agente financeiro em relação à remuneração que lhe é devida pelo período posterior a 15.03.1990;

i). considerado o princípio da eventualidade, é recomendável suscitar a denunciação da lide para integrar no feito o Banco Central, embora, sob o prisma técnico-jurídico, entendamos ser caso de carência de ação do depositante contra o agente financeiro, em virtude de ilegitimidade passiva **ad causam** deste.

j). se algum direito tivesse na matéria o depositante, o mesmo só poderia ser invocado em ação a ser proposta na Justiça Federal contra o Banco Central que:

j-1). ficou com os recursos;
j-2) os remunerou;
j-3) os devolveu ao depositante, seja em virtude de decisão judicial, seja em decorrência do término do prazo do bloqueio.

É o nosso parecer.

São Paulo, 30 de novembro de 1992.

ARNOLDO WALD
Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade
Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Do descabimento da revisão contratual pleiteada pelos mutuários do Sistema Financeiro com fundamento no Plano Collor

Parecer apresentado por
Arnoldo Wald

São Paulo
Abril/1993

Contratos de financiamento nos quais foram utilizados recursos depositados em Caderneta de Poupança. Validade das cláusulas que pactuam livremente os índices de reajuste das parcelas e do saldo devedor. A interpretação dos contratos de financiamento, ainda que possuam características de contrato de adesão, deve ser justa e eqüitativa, sob pena de ensejar uma insegurança jurídica para os negócios.

Eficácia da cláusula de reajustamento dos valores contratuais pelo critério da correção monetária paga aos depósitos em Caderneta de Poupança. A Medida Provisória 168/90, posteriormente convertida na Lei 8.024/90, modificou os contratos de depósito em Caderneta de Poupança. Transformação, **ex vi legis**, do contrato de depósito original em dois outros depósitos distintos: um à disposição do depositante (valores iguais ou inferiores a NCz$ 50.000,00) e outro à disposição do Banco Central (valores excedentes a NCz$ 50.000,00). índice de correção do mês de março, para os depósitos em Caderneta de Poupança, igual a 84,32% (IPC). Inaplicabilidade, no caso, do índice de 41,28% (BTN) para o mês de março, tendo em vista que essa foi a remuneração paga pelo Banco Central a todos os depósitos que estiveram à sua disposição, e não às Cadernetas de Poupança, que ficaram à disposição e livre movimentação dos titulares e das instituições bancárias privadas e assemelhadas.

Boa-fé das instituições financeiras. Exato e estrito cumprimento das cláusulas contratuais. Cobrança do reajustamento de acordo com os mesmos índices de correção aplicados na captação dos recursos utilizados para o financiamento. Obediência ao princípio **pacta sunt servanda**.

A cobrança da correção monetária é mera atualização financeira, que apenas visa a manter a comutatividade contratual, assegurando a **restitutio in integrum.**

Inaplicabilidade da teoria da imprevisão aos contratos de mútuo, em virtude de sua natureza de contrato unilateral. Inocorrência, no caso, de excessiva onerosidade para uma das partes, correspondente a um enriquecimento sem causa da outra. A inflação, em nosso país, não constitui um fato imprevisível, mormente quando se pactua, no contrato, índice de reajustamento de forma a evitar seus efeitos prejudiciais.

A Lei de Usura (Decreto 22.626/33) não se aplica às taxas praticadas pelas instituições financeiras públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional, entendimento este cristalizado na Súmula nº 596, do Supremo Tribunal Federal. O artigo 192, § 3º, da Constituição Federal, depende da regulamentação por lei complementar; conforme já declarado pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Inviabilidade, portanto, da pretensão da redução dos juros pactuados.

I - INTRODUÇÃO

1. - A Consulente ***ABECIP - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO E POUPANÇA*** solicitou - nos parecer, em virtude das açoes que tem sido movidas contra as instituições financeiras por mutuários que, com elas, firmaram contratos , de financiamento, em relação à diferença da correção monetária do Plano Collor I.

2. - O objeto dessas ações é a revisão do contrato, através da qual os mutuários pretendem que o saldo devedor e as prestações do mesmo sejam recalculados pelo índice de 41,28% (equivalente à variação do BTN de março de 1990) ao Inves de Ihes ser aplicado o Indlce de 84,32% (equivalente à variação do IPC de março), cobrado em abril de 1990 (com reflexos nos meses seguintes), pelas instituições financeiras, com base no contrato de financiamento.

3. - Os mutuários autores das mencionadas ações alegam, em síntese:

a) que a ocorrência do Plano Collor foi imprevisível, o que ensejaria a revisão do contrato, em virtude da teoria da imprevisão;

b) que o contrato de financiamento é de adesão, devendo ser interpretado contra quem o redigiu;

c) que as instituições financeiras não teriam remunerado as Cadernetas de Poupança, em abril de 1990 (e portanto com base no mês de março do mesmo ano), com o IPC (84,32%), mas sim com base no BTN (41,28%), ao passo que a cobrança feita aos mutuário foi inversa;

d) que a cobrança dos juros contratuais superam os 12% ao ano, o que estaria ferindo o disposto no artigo 192, § 3º da Constituição Federal.

4. Exposta a controvérsia e seus fundamentos, passaremos a examinar o tema à luz dos seguintes tópicos, para apresentarmos, ao final, nossas conclusões:

a) a natureza jurídica do contrato de financiamento;

b) a análise dos efeitos jurídicos do Plano Collor;

c) cumprimento das cláusulas contratuais;

d) a não ocorrência da teoria da imprevisão;

e) a necessidade de regufamentaçáo do disposto no artigo 192, parag. 3º da Constituição Federal.

II - DA NATUREZA JURíDICA DOS CONTRATOS DE CRÉDITO, SEUS CRITÉRIOS DE REAJUSTE E SUA INTERPRETAÇÃO.

5. Os contratos firmados entre as instituições financeiras e os mutuários são contratos firmados, ou não, no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, que estabeleceram, como índice de reajustamento das parcelas devidas e do saldo devedor, critérios análogos ao seguinte:

> "DOS REAJUSTAMENTOS. O saldo devedor; as parcelas, a desembolsar; os encargos e todos os demais valores vinculados a este contrato serão atualizados mensalmente, no dia que corresponder ao da assinatura deste instrumento, mediante aplicação de coeficiente de atualização idêntico ao utilizado para o reajustamento dos depósitos de poupança mantidos nas instituições integrantes do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo - SBPE."

6. A cláusula é clara, sem qualquer ambigüidade, não ensejando dúvida quanto ao seu conteúdo, e é válida, não violando qualquer norma legal ou regulamentar.

7. Efetivamente, alguns desses contratos de financiamento foram pactuados com base na Resolução nº 1.446, de 05 de janeiro de 1988, do Conselho Monetário Nacional que decidiu:

> "I - Estabelecer que os recursos captados em depósitos de poupança pelas sociedades de crédito imobiliário, associações de poupança e empréstimo e caixas econômicas terão o seguinte direcionamento básico:

a) 15% (quinze por cento) em encaixe obrigatório no Banco Central, conforme o disposto na regulamentação em vigor;

b) 65% (sessenta e cinco por cento), no mínimo, em financiamentos habitacionais;

c) recursos remanescentes em disponibilidades financeiras e em operações de faixa livre, conforme regulamentação do Banco Central."

8. A mesma Resolução 1.446/88 ainda possibilita a contratação de financiamentos habitacionais a taxas de juros de mercado, com índice de correção das prestações do saldo devedor a ser fixado pelas partes, nos seguintes termos:

"II - Determinar que a aplicação dos recursos captados, referidos na alínea "b" do item anterior; observará a seguinte diversificação:

a) até 20% (vinte por cento), em financiamentos habitacionais, a taxas de mercado, conforme regulamentação do Banco Central do Brasil;
/...../"

9. Esses contratos de financiamento também foram firmados com amparo na Circular nº 1278, de 05 de janeiro de 1988, do Banco Central do Brasil, que assim dispôs:

"2. Os recursos de que trata a letra 'a', do item II, da Resolução nº 1.446, de 05 de janeiro de 1988, serão aplicados em financiamentos habitacionais para:

a). aquisição ou construção de imóveis não contemplados com financiamentos do Sistema Financeiro da Habitação - SFH;

b). reforma ou ampliação de imóveis habitacionais;

c). aquisição, construção ou reforma de imóveis habitacionais com garantia de outro imóvel do próprio mutuário;

d). aquisição, vinculada a empreendimentos habitacionais, de equipamentos destinados à Infra-estrutura urbana."

10. Dispõe ainda a mencionada Circular:

"3 Os financiamentos de que trata o item anterior serão realizados nas seguintes condições:

a) com garantia hipotecária;

b) sem cobertura do Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVs;

c) com encargos financeiros convencionados entre as partes contratantes;

d) com contribuição ao Fundo de Assistência Habitacional- FUNDHAB.

11. A regulamentação acima mencionada constitui parte da política habitacional desenvolvida pelo Governo Federal, que atribuiu a órgãos específicos da administração tal incumbência, através do artigo 1º da Lei 4.380, de 31.08.64, verbis:

> "Art. 1º. O Governo Federal, através do Ministro de Planejamento, formulará a política nacional de habitação e de planejamento territorial, coordenando a ação dos órgãos públicos e orientando a niciativa privada no sentido de estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes de população de menor renda. "

12. O Governo Federal, portanto, está executando essa função normativa, através do Banco Central do Brasil ao qual o Conselho Monetário Nacional atribuiu, pela Resolução nº 1236, de 30.12.1986, o poder de divulgar o valor da correção monetária devida nos depósitos em Cadernetas de Poupança.

13. Efetivamente, a mencionada ResoJução informa que o Conselho Monetário Nacional resolveu:

> "I - Estabelecer que as instituições autorizadas a receber depósitos de poupança livre deverão creditar os rendimentos às contas de pessoas físicas no 1º (primeiro) dia útil após período de 1(um) corrido de permanência do depósíto.

II - Os depósitos de que trata o item anterior serão remunerados à taxa de juros de 0,5% (cinco décimos por cento) ao mês, aplicada sobre seus valores atualizados na forma do Decreto-Lei nº 2.311, de 23 de dezembro de 1986.

III - O Banco Central divulgará os índices de remuneração dos depósitos de poupança, ficando autorizado a baixar as normas e adotar as medidas que fizerem necessárias à execução do disposto nesta Resolução."

14. Os contratos de financiamento firmados no âmbito dessa regulamentação contêm, portanto, cláusulas de livre convenção das partes e outras que devem seguir as orientações emanadas dos órgãos oficiais.

15. Existem, ainda, casos onde os contratos de crédito foram firmados no âmbito das normas do Sistema Financeiro de Habitação **(SFH)**.

16. Temos defendido o entendimento de que o Sistema Financeiro de Habitação constitui um verdadeiro serviço público. Enquadra-se perfeitamente na definição de **HELY LOPES MEIRELLES**, que o conceitua como sendo:

> "aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado." **(1)**

17. Partindo da natureza do serviço público, verificamos que os contratos de financiamento do **SFH** têm peculiaridades que os distinguem dos demais contratos bancários, caracterizando-os como Contratos de Direito Público Econômico ou Contratos Bifaces (em parte de Direito Privado e em parte de Direito Público), para utilizar terminologia que propusemos e que **HELY LOPES MEIRELLES** adotou **(2)**. Efetivamente, dele participa, assumindo uma parcela do débito, a União Federal, por intermédio do Fundo de Compensação das Variações Salariais (FCVS), o que importa em inclusão, na convenção, de cláusulas que decorrem,

(1). **HELY LOPES MEIRELLES**, Diretor Administrativo Brasileiro, 16º edição, 1991, pág. 290
(2) **ARNOLDO WALD**, Dos Atos Bifaces, Revista de Direito Mercantil, vol. 48, pág. 5 e **HELY LOPES MEIRELLES,** Diretor Administrativo Brasileiro, 16º edição, 1991, pág. 290

não da vontade das partes, mas de normas legais e regulamentares, que não dependem dos contratantes, que não as poderão manter, alterar ou afastar, pois estão fora de sua competência. Só a União Federal é que poderá legislar a respeito dessas cláusulas e regulamentar a sua aplicação, modificando-a inclusive na vigência do contrato, desde que mantida a equação econômico-financeira inicialmente fixada pelas partes.

18. Por outro lado, os recursos utilizados para esse fim são oriundos seja dos depósitos de empregados e empregadores no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), aplicados diretamente pela Caixa Econômica ou, eventualmente, por ela repassados a entidades financeiras privadas do sistema, ou de depósitos em cadernetas de poupança. Ora, o regime de ambos os depósitos - no FGTS e nas Cadernetas de Poupança - é regulado estrita, minuciosa e imperativamente em leis e normas administrativas.

19. As normas de Direito Administrativo Econômico referentes à previdência social (FGTS) e ao Sistema Financeiro da Habitação, abrangendo recursos das Cadernetas de Poupança, que funcionam como instrumento de captação, repercutem nas normas referentes ao regime dos empréstimos do mencionado Sistema (SFH), que também se submetem, consequentemente, às regras de Direito Administrativo Econômico ou de Direito Público Bancário.

20. Não há, pois, dúvida de que tanto pelo "funding" dos seus recursos, ou seja, em virtude da natureza dos recursos captados, como pela sua finalidade social, os mútuos do Sistema Financeiro de Habitação são contratos sobre os quais incide, em grande parte, o Direito Público.

21. Verifica-se, pois, que o critério de reajustamento das prestações e saldo devedor dos contratos firmados no âmbito do SFH é também o aplicado na remuneração das Cadernetas de Poupança, em virtude tanto da contratação dos referidos índices como, ainda, do fato de serem regidos por normas imperativas de ordem pública.

22. Assim, todos esses contratos de crédito aproximam-se dos contratos de adesão, que já tivemos o ensejo de definir como sendo:

"aqueles em que um dos contratantes ou ambos não têm a liberdade contratual para discutir os termos do contrato, podendo apenas aceitá-lo ou recusá-lo, atendendo-se à própria natureza do contrato ou a determinações legais que fixam as condições dos contratos de certo tipo."(3)

23. O contrato de adesão é pois um contrato **sui generis**, mas a doutrina não descaracteriza sua natureza contratual, especialmente no campo do direito comercial e bancário.

24. O direito estrangeiro também reconhece que o contrato de adesão não perde a natureza contratual, como salienta ***GEORGES BERLIOZ***:

"Le contrat d'adhesion n'est pas une dégénérescence du contrat, mais un acte spécifique, qui s'oppose au contrat par négotiation. C'est un acte créateur de normes bilatérales mais d'intérêt public."(4)

Ou em vernáculo:

"O contrato de adesão não é uma degeneração do contrato, mas um ato específico, que se opõe ao contrato por negociação. É um ato criador de normas bilaterais, mas de interesse público.

25. E, como vimos, os mencionados contratos de financiamento têm a característica de serem parcialmente regulamentados por normas de ordem pública, especialmente quanto aos índices de atualização das prestações e do saldo devedor.

26. A interpretação desses contratos, portanto, não pode ser feita contra a instituição financeira que os redigiu, principalmente porque ela também está obrigada a respeitar os índices de reajustamento determinados pelo Banco Central, inspirados na política governamental e adotados expressamente no instrumento contratual.

27. Por outro lado, não seria, pois, adequado entender os contratos de financiamento como sendo exclusivamente de adesão, com cláusulas totalmente impostas ao mutuário, pois algumas das suas cláusulas são negociáveis e negociadas entre as partes. Tanto é assim que o **"spread"** da instituição financeira, ou seja, a taxa que deve ser paga a

(3) **ARNOLDO WALD**, Curso de Direito Civil Brasileiro, Obrigações e Contratos, 10ª ed., 1992, Ed. RT, pág. 186.
(4). GEORGES BERLIOZ, Lê contrat d'adhesion. Paris: Librairie Générale de Droit et de, Jurisprudence,1976, pág.171.

título de comissão, é negociada, assim como varia de instituição parp instituição, conforme as regras do mercado.

28. Como já esclarecido, por manter a característica contratual, a interpretação judicial dos contratos de adesão deve ser cuidadosa, evitando-se o prejuízo daquele que formulou suas cláusulas, apenas para fins de padronização, como pode ocorrer, por exemplo, nos contratos de conteúdo mais técnico, como é caso, por exemplo, de alguns contratos-tipo e dos chamados contratos-formulário em geral.

29. Esse cuidado foi enfatizado por **ORLANDO GOMES**, da seguinte maneira:

> "...Aplica-se a regra de hermenêutica, segundo a qual devem ser interpretadas a favor do contratante que se obrigou por adesão. Outra regra é que, se houver incompatibilidade entre cláusulas impressas e cláusulas acrescentadas ao formulário, prevalecem estas.
>
> Não se conclua daí que a intervenção judicial na aplicação dessas regras é livre. Se fosse, a insegurança dominaria os contratos de adesão. O poder do juiz – poder moderador – deve ser usado conforme o princípio de que os contratos devem ser executados de boa-fé, de tal sorte que só os abusos e deformações sejam coibidos. A exagerada tendência para negar a força obrigatória às cláusulas impressas é, de todo em todo, condenável até porque não deve o juiz esquecer de que certas cláusulas rigorosas são necessárias .à consecução dos fins perseguidos pelos contratos de adesão em série "(grifamos).**(5)**

30. E recomenda, ainda, o ilustre professor baiano, na sua obra Contrato de Adesão:

"Na falta de regulamentação legal, como entre nós sucede, o remédio para os abusos a que se presta o contrato de adesão consiste em fiscalizar o juiz a sua execução, atendendo as exigências da boa-fé, como bem assentou o Min. *Orosimbo Nonato* em brilhante acórdão (acórdão no recurso extraordinário, de São Paulo, nº 11.947, "Diário da Justiça"de 12.8.1949, pág. 2.134).

(5). **ORLANDO GOMES**, Contratos. 9º ed., Ed. Forense, 1983, pág. 139.

A boa-fé há de ser entendida no sentido objetivo que lhe atribui o Código Civil Alemão (art. 242), devendo ser aplicada a noção segundo BARCELLONA, em três distintas direções: a) como instrumento de integração do contrato e fundamento de obrigações acessórias; b) como instrumento de delimitação das condiçõe de exercício do direito; c) como instrumento para a modificação de conteúdo do contrato no sentido de eliminação das cláusulas iníquas e da formação judicial de uma justa e eqüitativa regulação de interesses.
/...../

Enquanto faltar remédio legislativo para o contrato de adesão, o juiz haverá de extrair do princípio da boa-fé dos contratos, na mais ampla acepção, a solução para coibir os abusos a que se presta, tutelando, com a invalidação das cláusulas iníqua. aderente. "**(6)**

31. Ora, a boa-fé das instituições financeiras está patente, visto que estabelecendo o índice de correção das Cadernetas de Poupança para corrigir as prestações devidas pelos mutuários, as instituição financeiras não estão mais do que repassando o mesmo critério de atualização dos recursos captados e utilizados para esse fim, como deflui dos textos acima transcritos da Resolução 1.446/88 e da Circular nº 1.278/88 e, em determinados casos, das normas do Sistema Financeiro da Habitação.

32. No presente caso, não se pode, pois, falar em falta de boa-fé ou em abuso de direito, por parte das instituições financeiras, que apenas aplicaram e repassaram os índices contratualmente fixados e incidiam nos contratos de depósito, em virtude dos quais captavam recursos que iriam, em seguida, ser repassados aos seus mutuários.

33. Nem há como alegar a excessiva onerosidade, pois a correção, sendo simples atualização, não muda o valor do débito e o percentual aplicado decorreu de cálculo das entidades oficiais competentes, em relação às quais nenhuma suspeição se levantou, ao menos em relação ao cálculo do I.P.C., que foi aplicado pelas partes, em virtude da cláusula contratual.

(6). ***ORLANDO GOMES***, Contrato de Adesão (Condições Gerais dos Contratos), Ed. RT, 1972, pág. 161.

34. Assim, a mera alegação de que o contrato deve ser interpretado contra a instituição financeira, que redigiu os contratos, não pode ser acolhida, nem produzirá qualquer efeito em favor dos mutuários.

35. Por assemelhar-se a um contrato de adesão que procura o equilíbrio dos deveres e obrigações das partes, assim como segue os ditames de um ordenamento de ordem pública, todas as cláusulas devem ser aplicadas, com isenção de ânimo na sua interpretação, seguindo-se todas as regras justas da hermenêutica, especialmente a cláusula de reajuste, que faz remissão ao regime da correção das Cadernetas de Poupança.

36. E é justamente na análise, interpretação e integração das normas que regeram a remuneração dos depósitos em Cadernetas de Poupança, com base nos seus índices de atualização, que devemos encontrar a solução para a indexação dos contratos de mútuos no período da instauração do Plano Collor, como, em seguida, veremos.

III - DOS EFEITOS DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 168 E DA LEI Nº 8.024 SOBRE OS DEPÓSITOS EM CADERNETA DE POUPANÇA

A) DA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS LEGAIS DO PLANO COLLOR

37. O Plano Collor, também chamado Brasil Novo, tomou medidas confiscatórias para combater a inflação, que mereceram, na época, a ratificação do Congresso Nacional, em virtude de medidas provisórias que, posteriormente, na sua quase totalidade, foram transformadas em leis.

38. É dentro desse contexto que foram tomadas algumas medidas que modificaram o regime de todas as aplicações financeiras, entre as quais as realizadas em cadernetas de poupança.

39. Assim a Medida Provisória nº 168, de 15.3.1990, determinou, nos seus "Artigos 6º e 9º, respectivamente, que:

Art. 6º - Os saldos das cadernetas de poupança serão convertidos em cruzeiros na data do próximo crédito de rendimento, segundo a paridade estabelecida no parágrafo 2º do artigo 1º, observando o limite de NCZ$ 50.000,00 (cinqüenta mil cruzados novos).

Parágrafo 1º -As quantias que excederem o limite fixado no caput deste artigo serão convertidas a partir de 16 de setembro de 1991, em doze parcelas mensais iguais e sucessivas.

Parágrafo 2º- As Quantias mencionadas no parágrafo anterior serão atualizadas monetariamente pela variação do BTN fiscal, verificada entre a data do próximo crédito de rendimento e a data da conversão, acrescidas de juros equivalentes 6% (seis por cento) ao ano ou fração "pro rata".
/...../

Artigo 9º - Serão transferidos ao banco Central do Brasil os saldos em cruzados novos não convertidos na forma dos artigos 5º, 6º e 7º, que serão mantidos.em contas individualizadas em nome da instituição financeira depositante.

Parágrafo 1º- As instituições financeiras deverão manter cadastro dos ativos financeiros denominados em cruzados novos, individualizados em nome do titular de cada operação o qual deverá ser exibido à fiscalização do Banco Central do Brasil, sempre que exigida. "

40. A Medida Provisória nº 168, posteriormente modificada pela Medida Provisória nº 172, foi convertida na Lei nº 8.024, de 12.4.1990, que manteve, nos artigos acima referidos, na parte que nos interessa para o presente caso, o texto original da Medida Provisória.

41. Com a apropriação dos recursos pelo Banco Central, extinguiu-se o contrato de depósito em relação aos valores confiscados ou expropriados, pouco importando que se qualifique o ato governamental; de legítima decisão de política monetária, de expropriação indireta, empréstimo compulsório inconstitucional ou até de crime contra o patrimônio alheio.

42. Assim, o então Procurador Geral da Fazenda, Dr. **CID HERÁCLITO DE QUEIROZ**[7], escrevendo a respeito do Plano Collor, a Constituição e a Lei, teve o ensejo de salientar que:

(7). Plano Collor, Avaliação e Perspectivas, por vários autores, organização de **CLÓVIS DE FARO**. (São Paulo: LivrosTécnicos e Científicos Editora Ltda, 1990, pág. 9.

"Na realidade, o Plano estabelece regras de conversão, de cruzados novos para cruzeiros, sem afetar ***a titularidade dos ativos financeiros, os quais foram transferidos para o Banco Central, mas continuam em contas individualizadas, em nome dos respectivos titulares, sob sua integral propriedade, com correção monetária e rendendo juros e passíveis de utilização, mediante cheques, nos casos admitidos em lei***."

43. Por sua vez, na mesma obra, o Professor ***IVES GANDRA MARTINS*** teve o ensejo de afirmar que **(8)**:

"Não se diga que as medidas que integram o Plano não configuram empréstimo, porque **os cruzados novos blogueados encontram-se à disposição futura do mutuante. A verdade é que a sua disponibilidade foi atingida pela autoridade que detém, em seu estabelecimento controlador da moeda (Banco Central), tais cruzados**, utilizando-se do Banco depositário (sua longa manus) como mero instrumento de política de enxugamento de liquidez."

44. Em estudo que publicamos**(9)**, na época, também entendemos que:

"É evidente que **ocorre, no caso, uma apropriação coativa, temporária e remunerada, por parte do Banco Central, de recursos pertencentes a particulares**, em virtude da adoção, pelo Governo Federal, de uma política de combate à inflação e de modificação do padrão monetário, para restabelecer a ordem econômica e financeira**. Não há, pois, como sustentar que se trata de um ato economicamente neutro para o titular dos recursos, que perde a disponibilidade dos mesmos, poi um certo período, sofrendo assim desapropriação temporária e remunerada do seu direito de uso sobre uma parte do seu patrimônio**."

45. Com maiores brilho e veemência, o Ministro PAULO BROSSARD chegou a afirmar, no voto que proferiu na ADIN nº 223, que:

(8). Obra citada, pág. 18.
(9). ARNOLDO WALD, "Aspectos Constitucionais dos Planos Econômico-Financeiros",in O Estado de São Paulo.

"Privar a pessoa de usar, ou gozar, ou dispor do dinheiro depositado ou poupado, ou de usar, gozar e dispor dele ao mesmo tempo, alega-se consiste em confiscar esse bem, ainda que a palavra não seja empregada. Dir-se-á que o confisco é provisório, mas replica-se, a partir de agora, ninguém pode ter segurança de que, passados 18 meses esse prazo não seja prorrogado ou renovado uma ou mais vezes. Quem não teve óbice em praticar o ato uma vez, não terá em repeti-lo outras vezes. E desse modo, um direito .individual constitucionalmente consagrado pode ser reduzido a fútil e mera ficção.

Há os que entendem que se trataria de empréstimo compulsório. Mas o empréstimo compulsório está sujeito a regras constitucionais e o art. 148 exige que sua instituição se faça por lei complementa; verbis, 'a União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios'...

Assim, ou se trata de confisco, ou empréstimo compulsório, ou de apropriação peura e simples. Mas apropriação do alheio tem um nome e uma definição no Código Penal."
(Voto proferido na ADIN nº 223, in RTJ, 132/578).

46. O que aconteceu, pois, com o Plano Collor, foi um desdobramento que ocorreu em relação a todos os ativos financeiros. Uma parte dos mesmos (até o valor de Cr$ 50.000,00 ou de vinte por cento do valor depositado, conforme art. 7º da Lei nº 8024/90) foi mantida na titularidade plena do seu legítimo depositante ou correntista, mantendo - se o regime anterior a grosso modo e continuando o banco privado a ser o depositário, com os ônus e encargos contratuais por ele assumidos. O valor que excedia os mencionados limites, em todas as aplicações financeiras, passou a ser utilizado exclusivamente pelo Banco Central e ficou à sua disposição, ocorrendo a perda do direito de uso dos mencionados recursos, tanto pelo depositantes, como pelas instituições (privadas) que eram depositárias das mesmas. Por outro lado, além da transferência dos recursos, que decorria do texto legal, os depósitos perderam a natureza contratual, que tinham inicialmente, desaparecendo, em todos os seus efeitos, o contrato de depósito originalmente firmado entre as partes.

47. Efetivamente, todos os recursos transferidos ao Banco Central passaram a constituir uma conta especial, na mencionada autarquia, que passaram a ter remuneração estabelecida pelo Banco Central. Este manteve, com exclusividade, a disponibilidade dos mesmos, sem que os bancos (antigos depositários) tivessem o uso de qualquer parcela dos citados depósitos.

48. Acresce que os Bancos privados também sofreram o confisco ou expropriação dos seus recursos, que foram obrigados a recolher ao Banco Central. Nos casos em que não tivessem a respectiva disponibilidade, por terem os recursos sido aplicados na sua totalidade, ou na sua grande maioria, em créditos concedidos aos seus clientes, foram os bancos privados obrigados a pagar ao Banco Central a correção monetária de 84,32% e juros punitivos.

49. Na realidade, admitindo-se que existe no depósito bancário, como têm entendido a melhor doutrina e a jurisprudência, uma dupla disponibilidade dos recursos (simultaneamente utilizáveis pelo cliente-depositante e pelo banco-depositário), a essa dupla disponibilidade correspondeu uma dupla expropriação do direito de uso ou um duplo confisco, tanto dos recursos do depositante quanto dos pertencentes ao depositário **(10)**.

(10). Há, no caso, ***uma dupla disponibilidade: a do banco, que usa os recursos, ea do depositante, que pode exigi-los em qualquer tempo***, o que explicaria o conceito do duplo poder de dispor, que se exerce sobre os mesmos recursos, que encontra respaldo tanto na doutrina estrangeira quanto na nacional.
No direito brasileiro, sempre se admitiu a peculiaridade e o regime próprio do depósito bancário, distinguindo-o tanto do depósito de direito civil, quanto do mútuo e das operações financeiras em geral. O Código Comercial já tratava do depósito bancário, reconhecendo a sua autonomia em relação aos demais contratos análogos, e a doutrina brasileira, há longo tempo, a ele se refere denominando-o "depósito pecuniário" ou "depósito monetário realizado .em banco", enfatizando, assim, a analogia entre o depósito bancário e a moeda fiduciária.
O Egrégio TRF da 3ª Região julgou inconstitucionais os artigos 6º e 9º da Lei 8.024/90, por unanimidade, em 04.04.1991, na Arg.ln. na AMS nº 90.03.32177-9-SP **(*Lex JSTJ e TRF***, nº22, 1991, pág. 407 e seguintes), da qual foi relator o eminente e culto Juiz ***Dr. AMÉRICO LACOMBE***, reconhecendo a ***dupla disponibilidade*** que os titulares têm sobre os depósitos bancários, distinguindo a do depositante da do depositário e concluindo que ambas tinham sido violadas pelo Plano Collor, ocorrendo, assim, a dupla expropriação da dupla disponibilidade. O acórdão cita, ainda, ***PONTES DE MIRANDA***, que enfatizou a existência da dupla disponibilidade dos recursos depositados ao afirmar que: "A disponibilidade pelo depositante coexiste com a disponibilidade pelo banco, mas passa-lhe à frente quando o depositante o entenda",

50. Assim sendo, os depositantes em Cadernetas de Poupança tiveram os saldos remanescentes nas suas contas corrigidos com base na variação do IPC, assim como também o foram aqueles não convertidos em cruzeiros com data de aniversário no mês de abril, ou seja, o percentual de 84,32% foi aplicado, como deflui do Comunicado nº 2.067 de 30.03.90 do Banco Central, de acordo com o qual:

"I -. Os índices de atualização dos saldos, em cruzeiros, das contas de poupança, bem como aqueles ainda não convertidos na forma do artigo 6º, da medida Provisória nº 168, de 15 de março de 1990 com data de aniversário no mês abril de 1990, calculados com base nos índices de Preços ao Consumidor - IPC em janeiro. fevereiro e março de 1990,serão os seguintes:

a) trimestral, para pessoas jurídicas, 3,971605 (três vírgula nove sete um seis zero cinco);

b) mensal para pessoas físicas e entidades sem fins lucrativos 0.843200 (zero vírgula oito quatro três dois zero zero).
/...../

II - O disposto no item l deste Comunicado não se aplica às contas abertas no período de 19 a 28 de março de 1990, na forma da Circular nº 1.606 de 19 de março de 1990."

51. Enquanto os depósitos que ficaram nos bancos privados, por não terem sido bloqueados, foram, desde logo, convertidos em cruzeiros e receberam a remuneração mensal representada pela correção monetária de 84,32%, com base no IPC, os valores confiscados ou expropriados, por excederem os limites estabelecidos pelo legislador, continuaram sendo cruzados novos, deixaram de constituir depósitos em cadernetas de poupança, para se transformaram em depósitos à disposição do Banco Central e foram remunerados de acordo com o BTN.

DA REGULAMENTAÇÃO DO BANCO CENTRAL

52. A matéria fica clara na Circular nº 1.733, de 23.05.1990, do Banco Central, que unificou todas as contas dos mesmos titulares que ficaram à sua disposição, nos seguintes termos:

"Art. 1º.Os valores não convertidos em cruzeiros, em uma mesma Instituição financeira, em depósitos à vista, "overnight", cadenetas de poupança, fundos de curto prazo, fundos de renda fixa, depósitos a prazo fixo, com ou sem emissão de certificados, letras de câmbios, debêntures e demais ativos financeiros de um mesmo titular, deverão ser transferidos para uma única conta em cruzados novos, em seu nome, como substituto da conta "4..9.8.99.00-4 Valores à ordem do Banco Central - Medida Provisória nº 168, e 15 de março de 1990", observadas as disposições dos artigos 5º, 6º e 7º da Lei nº 8.024/90."

53. Não há, assim, qualquer dúvida de que os índices de atualização dos cadernetas de poupança referentes aos meses de fevereiro (pagamento da correção em março) e de março (base da correção dada em abril) foram calculadas de acordo com a variação do IPC, só se aplicando o BTN a partir de abril (base da correção de maio). Neste sentido, é aliás confirmatório do tal entendimento o disposto no Comunicado nº 2090, de 30.04.1990 do Banco Central, cujo item I esclarece que:

"Os índices de atualização dos saldos das contas de poupança com data de aniversário no mês de maio de 1990, calculados com base no índice de Preços do Consumidor - IPC em fevereiro e março de 1.990, e na variação do Bônus do Tesouro Nacional. BTN no mês de abril de 1.990, serão os seguintes:

a) trimestral, para pessoas jurídicas 2,184681 (dois vírgula um oito quatro seis oito um);

b) mensal, para pessoas físicas e entidades sem fins lucrativos, O (zero)."

54. Os fatos acima referidos são incontestáveis e reconhecidos pela i jurisprudência de modo manso e pacífico.

C). DA JURISPRUDÊNCIA

55. Assim, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, pela sua Quinta Câmara, decidiu na Apelação Cível nº 592.071.591, julgada em 03.09.1992, da qual foi relator o eminente Desembargador CLARINDO FAVRETTO, que:

" Os contratos particulares de abertura de crédito para a construção e comercialização de empreendimentos imobiliários e seus aditivos para suplementação de crédito, foram livremente pactuados, dentro de condições normamente previsíveis para o momento da sua fucionalidade, que é, essencialmente, o da sua execução.

Como se pode ver da cláusula 4ª dos aditivos, foram pactuados juros de 4% ao mês e correção monetária pela aplicação de coeficientes idênticos aos utilizados para a remuneração das cadernetas de poupança.

No que pertine à indexação aplicada às cadernetas de poupança, para regular a correção de valores nos contratos discutidos, nada existe de irregular e nem tal remuneração estabelecida fugira da previsibilidade dos contraentes.

Os contratos e bem assim os aditivos de suplementação de crédito foram realizados após terem sido ensaiados no Brasil vários planos de recuperação econômica e financeira e, se viesse mais um, não poderia surpreender a ninguém.

Haja vista o começo pelo “Plano Cruzado", com o Decreto-Lei nº 2.284/86, “Plano Bresser", com o Decreto- Lei nº 2.335/87 e o plano “Brasil Novo”, a partir da medida Provisória nº 168 de 15.03.90.

Este último foi o primeiro ato do novo governo, cujo presidente da República já estava eleito e com seus planos divulgados à Nação, quando a recorrente firmou seus contratos, que agora quer revisal; à desculpa de ter sido surpreendida pela superveniência de fatos extraordinários e fora da normal previsão.

Aqui, ao tempo do plano "Brasil Novo", as cadernetas de poupança foram corrigidas com base na variação do IPC, conforme dispunha o art. 17 – III da lei nº 7.730 de 31.01.89, a partir de 16.03.90, sendo descabida a pretensão da autora, para que se aplique o BTNF.

A instituição financeira creditou, aos seus poupadores, o rendimento de 84,32%, não se lhe podendo exigir que de seus devedores receba menos, pelo dinheiro que emprestou.
/...../

Nesta linha de raciocínio pondera-se que a ninguém é lícito pretender receber em moeda forte e a pagar com moeda fraca, devendo ser observado o principio da equivalência das prestações".

Isto quer dizer que o banco não pode remunerar os investimentos de seus comitentes com uma taxa e cobrar por taxa inferior de seus mutuários pelo mesmo dinheiro que empresta.

Não havia qualquer proibição de que as partes pactuassem o rendimento pelos coeficientes das cadernetas de poupança, que não importou excessiva onerosidade para uma das partes nos contratos e nem fora alheia à sua vontade, por imprevisibilidade futura, mesmo porque a obrigação não era de longa duração.

56. No mesmo sentido, manifestou-se o Egrégio Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, pela sua Terceira Câmara Cível, ao lembrar os fatos ocorridos, no acórdão da Apelação Cível nº 192.217.545, julgada em 28.10.1992, cujo relator Juiz ***ARMíNIO JOSÉ DE ABREU LIMA DA ROSA***, embora admitindo a aplicação da teoria da imprevisão, salientou que:

> "Entretanto, advindo o denominado "Plano Collor", estabeleceu o legislador que os depósitos em poupança, mês de abril de 1990, seriam revisados conforme variação do IPC. Cumpre lembrar que o IPC de março/90 alcançou o índice de 84,32%, enquanto o BTN quedou em 41,28%. E é absolutamente relevante salientar que, até então, IPC e BTN andaram juntos e, fora o citado mês de abril, tornaram a seguir atrelados, como decorre do art. 24, Medida Provisória 168 (mais tarde convertida na Lei nº 8.024/90).
>
> Argumenta-se que as poupanças com vencimento até 15 de março foram remuneradas com 84,32%, na forma do art. 17, inc. III, Lei nº 7.730/89, com regramento administrativo consagrado na Circular DEMEC nº 2.067/90.
>
> De sorte que, numa ótima preliminar, bem se pode afirmar que, se aos depósitos em poupança, mês de abril de 1990, fez-se acrescer percentual de 84,32%, baseado no IPC de março do referido ano, nada mais natural e justo que a aplicação do gizado percentual de correção aos financiamentos concedidos com recursos provenientes

dos depósitos em poupança. Se a instituição financeira tem de remunerar aos depósitos em poupança com 84,32%, evidentemente que há de receber dos financiados o mesmíssimo quantum."

57. Na sua declaração de voto, o eminente Presidente da Câmara e especialista em direito bancário, Juiz Dr. **ARNALDO RIZZARDO,** salientou:

"Entendo que deve incidir o índice 84,32%, efetivamente corresponde à inflação havida, e aplicado aos depósitos em poupança, já que com o mesmo o Banco corrigiu as aplicações também da poupança, e as quantias acima de NCZ$ 50.000.00 foram transferidas ao Banco Central, Nào tendo permanecido nos estabelecimentos bancários, nas quais efetivamente incidiu a taxa de 41,28%.

De outro lado, os depósitos em até NCZ$ 50.000,00, de imediato convertidos em cruzeiros, e à disposição dos depositantes, igualmente continuaram a sofrer a correção pelo IPC, de 84,32%.

Em suma, há de se obedecer ao equilíbrio contratual."

58. Finalmente é esclarecedora a decisão proferida pelo Juiz de Direito Dr. **GERALDO CESAR FREGAPANI, da 7ª** Vara Cível de PortoAlegre, que, em 24.08.1992, em sentença proferida na ação declaratória de redução de saldo devedor, proc. Nº 01192201950, intentada por **JOVANIO PEREIRA DA NATIVIDADE NETO e** outro contra o **BANCO MERIDIONAL DO BRASIL,** teve o ensejo de reconhecer que:

"Ao ajustarem o financiamento, estavam os autores cientes de que a atualização das prestações e do saldo devedor seria conforme a variação da poupança. Se esta foi significativa, em abril/90, não lhes é lícito reclamar ao mutuante.

Não se aplica à espécie em exame o disposto na Lei nº 8.100/90, que disciplina reajustamento de prestações em contratos no âmbito do SFH, vinculados ao Plano de Equivalência Salarial.

Aqui, cuida-se de mútuo ajustado pelo chamado Plano Hipotecário, que nada tem a ver com o Sistema Financeiro da Habitação e que

não prevê, em momento algum, qualquer vinculação entre prestação e renda do mutuário.

De uns tempos a esta data, tem sido esquecido por alguns, até proposital e demagogicamente, que os bancos não geram, apenas gerem recursos tomados no mercado.

Ora, se os estabelecimentos de crédito tiveram de remunerar os poupadores no percentual de 84,32%, numa ponta, é inimaginável não possam cobrar; de seus mutuários, no mínimo, igual índice, sem falar na necessária remuneração do empreendimento bancário. Isto importaria na inviabilização do sistema financeiro.

Também é infundada a alegação dos demandantes, de que o índice de 84,32% só foi aplicado sobre o saldo, em cruzados, das contas já bloqueadas. O contrário vem noticiado no já referido comunicado.

As contas de poupança com datas-base entre 1º e 14 de abril/90 foram reajustadas em 84,32%. Referentemente àquelas cujos 'aniversários' eram de 15 de abril em diante, já não se considerariam mais contas de poupança-livre, mas sim Depósito Especial Remunerado (DER), apelido dado pela então messiânica equipe econômica do Governo Federal ao volume de cruzados novos bloqueados aos correntistas. Tais saldos foram transferidos à disposição e ordem do BACEN, deles não dispondo nem os depositantes e nem os bancos depositários.

Por isso, volto a repetir, os saldos das poupanças sofreram atualização de 84,32%. Não há como tergiversar!

Daí, o corolário é a improcedência da ação. "

IV - DO CUMPRIMENTO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.

59. Não há dúvida de que a maioria dos contratos que estamos analisando não se enquadram nas regras do Sistema Financeiro de Habitação que se aplicam à aquisição e construção de imóveis destinados à população de baixa renda, como aliás já reconheceu a jurisprudência, não se podendo confundir as normas do referido sistema com as

aplicáveis a algumas das operações realizadas por seus integrantes e em relação às quais tanto a lei como a regulamentação do Conselho Monetário e do Banco Central estabelecem uma área de liberdade negocial.

60. Neste sentido, aliás, pronunciaram-se, reiteradas vezes, os tribunais paulistas, salientando a existência de cláusulas que disciplinam o contrato de mútuo, afastando a aplicação das normas do Sistema Financeiro de Habitação, e que as partes podem licitamente convencionar de acordo com o princípio pacta sunt servanda.

61. Merece ser transcrito, para melhor esclarecimento da posição clara e insofismável assumida pela jurisprudência, trecho do acórdão da Apelação nº 448.735-0, da Comarca de São Paulo, julgada pela Oitava Câmara do Egrégio Primeiro Tribunal de Alçada, sendo apelantes PAULO ANTONIO PRAZAK e sua mulher, e Apelada a CAIXA ECONÔMICA DO ESTADO DE SÃO PAULO S.A., tendo o relator, Juiz ADEMIR BENEDITO, enfatizado que:

> "Efetivamente, como já anotado na r. decisão combatida, o ponto central da discussão é saber se o negócio celebrado entre os litigantes está sujeito ou não às normas do Sistema Financeiro da Habitação e, em caso positivo, se o reajuste das prestações devidas pelos mutuários está vinculado ao Plano de Equivalência Salarial. A resposta negativa se impõe, e foi adotada na r. sentença com base no que contrataram expressamente as partes, sem vedação decorrente da lei. A cláusula 18ª do contrato (fls. 33) é expressa e clara, rezando: ”Aplicam-se a esta escritura as normas da CEESP disciplinadoras de financiamentos imobiliários não enquadráveis no Sistema Financeiro da Habitação as quais os devedores declaram conhecer'. Por outro lado, as cláusulas 3ª e 4ª (fls. 30v. e 31) estabelecem que os valores devidos serão reajustados na mesma proporção das Obrigações do Tesouro Nacional, prevendo a cláusula 6ª (fls. 31) que, em caso de extinção daquelas, o índice de atualização será o fixado pelo Conselho Monetário Nacional. Não se falou no contrato em se utilizar o denominado Plano de Equivalência Salarial, que os autores querem, em meio à execução da avença, ver repentina e unilateralmente adotado. Nem há imposição legal que exija a utilização do referido Plano. Os autores

reportam-se a diversos textos de lei e atos administrativos do Banco Central do Brasil, que, "data vênia", não se aplicam ao caso em estudo. As disposições que realmente interessam, porque incidem na situação fática existente, são totalmente contrárias à tese dos autores, como restou sobejamente demonstrado no raciocínio lógico - jurídico desenvolvimento na r. sentença. Assim, somente se caracterizaria como operação do sistema financeiro nacional aquela relativa a financiamento que nao ultrapasse 5000 OTNs (Circular nº 1161, inciso I, letra "a", do Banco Central do Brasil), limite esse ultrapassado pelo crédito concedido aos autores, o que desobriga o uso do Plano de Equivalência Salarial, liberando as partes para adotarem outros critérios de reajuste. Adotaram aquelas a variação da OTN, prevendo inclusive sua substituição caso extinto aquele título. Nenhuma anormalidade ou antijuridicidade se percebe em , tal ajuste, não prevalecendo a pretensão deduzida pelos apelantes no sentido de ser a correção realizada de acordo com os índices de seus aumentos salariais. Esta proporcionalidade, como pretendia desde o início da demanda (veja-se fls. 20), não foi contratada, nem decorre de imposição legal. Nenhum dos textos indicados pelos autores contém obrigação de tal jaez para a hipótese disciplinada pelo contrato revisto através desta ação, o qual, como restou muito bem demonstrado na r, sentença apelada, não seja, aquele reservado a promover, com a captação de recursos junto ao mercado de capitais, a construção e aquisição de moradias pela população de baixa renda. Os autores não se enquadram nessa categoria, nem o negócio que fizeram ali esta encartado. Trata-se de crédito para fins de aquisição de imóvel, garantido por hipoteca, e cujo valor do financiamento ultrapassa o limite de 5000 OTNs na época."

62. Assegurada, assim, a ampla liberdade contratual das partes e não havendo dúvida quanto ao sentido da cláusula que vinculou o reajustamento das prestações (parcelas do valor devido) e/ou do saldo devedor ao índice aplicável aos depósitos feitos em Caderneta de Poupança, impunha-se a aplicação do percentual de 84,32%.

63. Efetivamente, trata-se não só de índice determinado pelo Banco Central, no Comunicado 2067/90 já acima transcrito no item nº 50 do presente parecer, como ainda do custo efetivo do dinheiro para a instituição financeira privada ou Caixa Econômica, que utilizou recursos do público para repassá-los ao mutuário.

64. Acresce que, na realidade, este percentual correspondeu à inflação verdadeira de março de 1990, como aliás reconheceram os tribunais, liderados pelo Superior Tribunal de Justiça, que passaram a aplicar este percentual a todos os débitos judiciais, às indenizações decorrentes de desapropriação, aos salários etc...

65. Ora, a correção monetária devida é a real, e não a fictícia manipulada pelo Governo para reduzir os seus débitos, sob pretexto de combater a inflação.

66. Há cerca de quarenta anos que defendemos a correção monetária, não como solução para os problemas inflacionários, mas como meio de permitir a manutenção dos contratos de longo prazo, não obstante a instabilidade do poder aquisitivo da moeda **(11)**. E sempre entendemos que a correção devia ser a real, a exata, a mais próxima possível da evolução do custo de vida, sob pena de ensejar uma fraude, uma verdadeiro confisco, um abuso do poder monetário exercido pelo Estado, embora tentando justificar-se como forma de redistribuir a riqueza ou de aliviar os encargos da dívida pública o que, de qualquer modo, consistiria violação dos princípios constitucionais que asseguram o direito de propriedade, regulamentam a desapropriação e asseguram o devido processo legal.

67. Atualmente, todos os julgados referentes aos vários planos econômicos pretendem fazer prevalecer a inflação real, ou seja, o realismo monetário mais completo sobre um nominalismo que não faz mais sentido, quando a moeda perdeu a sua condição de unidade de conta.

(11). ***ARNOLDO WALD***, A Cláusula de Escala Móvel, S. Paulo: Max Limonad, 1956. Já na década de 70, o Ministro ***ALIOMAR BALEEIRO***, apreciando os Embargos no RE nº 75.504, mencionava os diversos autores que estudaram a indexação no plano internacional, para concluir que "Aliás, no Brasil, há mais de quinze anos ocupa-se com o problema o Professor ***ARNOLDO WALD***" apud ***ROBERTO ROSAS***, Atualidade Jurídica da Correção Monetária, Ajuris, nº 24, pág. 184.

68. Já se tornou manso e pacífico, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento segundo o qual a correção monetária não é um benefício, mas um ato de honestidade, um "imperativo ético e jurídico"**(12)**, sendo inerente à reparação de acordo com o próprio Código Civil **(13)**, representando a **restitutio in integrum** **(14)**, não sendo um **plus** acrescido à dívida mas sim um minus dela sutraído caso negada **(15)**, não se confundindo com os juros, pois consiste na atualização da própria dívida **(16)**.

69. Mais recentemente e de modo específico em relação aos Planos Bresser, Verão e Collor, a jurisprudência da 1ª e da 2ª Seção do Egrégio SuperiorTribunal de Justiça reconheceu a necessidade de atender às variações efetivas dos índices, que não podiam ser fraudados pelo Poder Público, esclarecendo que:

> *"... perdurando o maltrato à moeda do País, decorrente da onda , ínflacionária reinante, é cabível, igualmente, a inclusão do IPC de março a maío de 1990, por ser moral, jurídíco e justo. De mais a mais, a razão jurídíca e econômíca, inspiradora da jurisprudência mencionada, é a mesma, para as variações referentes aos meses subseqüentes..."***(17)**

70. No mesmo sentido é a jurisprudência mansa e pacífica dos Egrégios Tribunais de Justiça e de Alçada de São Paulo, como se verifica pela síntese da mesma que encontramos em recente despacho, proferido pelo ilustre Desembargador **JOÃO SABINO NETO**, referente ao cálculo do valor dos precatórios no qual teve o ensejo de salientar que:

> "O IPC produzido pelo IBGE, de março em diante, segundo pacífica jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, ínclui-se no cálculo, a título de atualização monetária.
>
> E mais: os títulos judicias revestidos de garantia de satisfação plena (dívida de natureza alimentar; indenização justa ou a mais completa possível) exigem composição integral dos prejuizos (pagamento do principal com correção monetária pelo índice da inflação real, juros, honorários de advogado e despesas do processo), sem que

(12). ALIOMAR BALEEIRO, ERE nº 75.504.
(13). BASILEU RIBEIRO FILHO, Acórdão do Recurso de Revista nº 9674, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, vol. 35, pág. 52.
(14). ARNOLDO WALD, :A Correção Monetária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", Revista de Derecho Comercial, (BuenosAires) nº 69, pág. 326.
(15). Voto do Relator Juiz TALAI SELISTRE, na AC nº 188026371 julgada pelo Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, em 12.05.88, in TARGS-, 67/353 e referido novamente em JTARGS, 81/183
(16). Voto do Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, NA Reclamação nº 35 in RTJ 79/734-735.
(17). Agravos de Instrumento nºs. 24.530-0-SP, 24.606-6-SP, 24.725-3-SP, in DJU de 22 de setembro de 1992, pág.15.815.
(18). Despacho publicado no DOE -Poder Judiciário de 08.02.93, caderno 1, pág. 39

norma qualquer possa, pena de ofensa aos princípios, impor restrições, abstraindo os percentuais do IPC "(STJ, MS-nºs 290, 416, 629, 729; STJ-AI nºs 19.717 - SP; 17.932-SP; 17.743-SP; STJ – Resp nºs 15.028-SP; 14.757-Sp; TJESP-Alnºs 149.052-1,155.000-1,167.534-2, 172.193-2,173.583-2,173.646-2,174.377-2,180.658-2, TJESP – 2ª TEsp, IUJ nº 153.583-2 e 154.457-2; 1º TAC-AI nº 470.108-0)".**(18)**

71. Idêntica tem sido a posição de outros tribunais como, por exemplo, a do Rio Grande do Sul, que se manifestou no sentido de fazer prevalecer a inflação real sobre a considerada pelo Governo, como se verifica pelo acórdão da sua Egrégia 6ª Câmara na Apelação Cível nº 591024864, na qual foi apelante ***NOVO HAMBURGO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS***, sendo a seguinte a ementa do acórdão:

"INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA -A estipulação do valor segurado em OTN não pode ser artificiosamente reduzida por um suposto congelamento de valores subseqüentes à extinção desse indicador. A inflação correspondente ao mês de janeiro de 1989, estimada em 70,28%, não pode ser; assim, desconsiderada. É irrelevante que o segurado tenha firmado recibo dando quitação geral, fato atribuível à situação de premência e inferioridade em que se achava. Sentença confirmada. "**(19)**

72. No mesmo sentido existem numerosos julgados dos demais tribunais do país, entre os quais os do Estado de Rio de Janeiro, tornando a matéria mansa e pacífica, de tal modo que, evidentemente, a correção monetária que pode e deve ser recebida pela instituição financeira, do seu devedor, é a real, que, no caso, coincide com a determinada pelo Banco Central e que foi a paga aos depositantes em caderneta de poupança.

73. Acresce que, no caso, em virtude da cláusula contratual, criou-se, para as partes, um verdadeiro direito adquirido, não podendo o contrato, ato jurídico perfeito, por elas firmado, ser modificado unilateralmente.

(18). Despacho publicado no DOE -Poder Judiciário de 08.02.93, caderno 1, pág. 39
(19). Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, vol.153 pág. 351

74. Efetivamente, tem sido esse o entendimento da jurisprudência, como salienta, entre outros, recente acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, oriundo da sua 7ª Câmara e proferido em 10.04.1991, na Apelação Cível nº 591002621, cuja ementa é a seguinte:

> "CORREÇÃO MONETÁRIA -Devida a correção monetária, calculada com base em índice bilateralmente pactuado, irrelevante alteração de lei posterior ao contrato, salvante a hipótese de ambas as partes, expressamente, adotarem os novos ditames legais. "**(20)**

75. No seu voto, o relator afastou a influência de fatos posteriores à celebração do contrato, inclusive atos de terceiros, para concluir que:

> "O princípio pacta sunt servanda inadmite essa influência, como o inadmite o princípio constitucional do respeito, pela lei ordinária, ao ato jurídico perfeito e aos direitos adquiridos, derivados desse ato jurídico perfeito; a duas, porque qualquer lei ordinária não retroage, se não para beneficiar aquela parte no ajuste, que é econômica-financeiramente menos afortunada e mais fraca, somente tendo " aplicação e incidência a contratos que se concretizarem após a vigência da dita lei.
>
> Tais constatações não mais são do que a aplicação do velho brocardo populat; segundo o qual não se mudam as regras durante o jogo ou da competição, a não ser que venha em vantagem ao mais frágil.
>
> Tendo como certo que vedado era, ao apelante, levar em consideração, para calcular a correção monetária de fevereiro de 1989 para o apelado, outro indicador que não o IPC, por ter sido o consensualmente ajustado, e sem que houvesse também consenso na alteração do índice". **(21)**

76. Veremos agora ser inaplicável à hipótese a teoria da imprevisão e não ser admissível, no caso, a aplicação do art. 192 § 3º da Constituição Federal, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, por inexistir legislação complementar que tenha tratado da matéria.

(20). Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, vol.152 tomo II pág. 532
(21). Revista citada na nota anterior, páginas 534 e 535.

V - DA INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO

A). *CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES*

77. Em várias ações dos mutuários contra as instituições financeiras foi invocada a teoria da imprevisão sem que, todavia, fosse evidenciada a existência dos seus pressupostos.

78. Efetivamente, a teoria da imprevisão se aplica:

a). aos contratos bilaterais de execução diferida ou sucessiva e não aos contratos unilaterais, como é o caso do mútuo, no qual o contrato somente se concretiza com a entrega dos recursos ao mutuário, tornando-se este, a partir daquele momento, o único a ter obrigações contratuais, pois ao mutuante só cabe receber a devolução da quantia mutuada e os encargos financeiros[(22)];

b). desde que haja excessiva onerosidade para uma das partes, que corresponda a um enriquecimento sem causa da outra, o que também não aconteceu, no presente caso, pois, como vimos, a correção monetária cobrada dos mutuários foi a mesma paga pelo banco aos depositantes;

c). a inflação não constitui, nos contratos brasileiros de médio e longo prazo, um fato imprevisível e a própria adoção da correção monetária evidencia que as partes previram a sua ocorrência;

d). não houve mudança de índice, tendo sido aplicado aquele que as partes escolheram e que traduz a correção monetária real do período.

79. O Professor **ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA** vê, na imprevisão:

"a superveniência de acontecimentos **imprevistos** e **imprevisíveis**, alterando radicalmente o ambiente objetivo existente ao tempo de formação de contrato e acarretando, para um dos contratantes, uma onerosidade excessiva e não compensada por outras vantagens auferidas anteriormente ou ainda esperáveis...

(22). ARNOLDO WALD, Obrigações Contratos, 10º ed., 1992, nº 72, pág. 176 e nº 157, pág. 384.

Para isso, porém, exige-se que, às duas primeiras condições, acima fixadas, se alie uma terceira: o lucro inesperado e injusto do credor."[23]

80. Mencione-se que a onerosidade excessiva alegada pelos mutuários, à qual deve corresponder, para a outra parte, o lucro inesperado e injusto do credor, decorreriam, um e outro, no presente caso, apenas da correção monetária, cujo índice estipulado, oficialmente, pelo Governo, visa a traduzir, tão-somente, as novas expressões numéricas dos mesmos valores, evitando que se reduzam ou deteriorem.

81. Inexiste, assim, de fato e também de direito, porque decretada a correção monetária pelo Governo, qualquer enriquecimento que dela possa decorrer. À eventual desventura do mutuário, no caso, não corresponde vantagem do mutuante, que simplesmente repassou aos seus clientes o custo da correção que pagou aos depositantes.

82. Os índices de correção, de natureza geral, contemplaram mutuários e depositantes de igual modo, de sorte que o alegado prejuízo se situa fora do contrato de mútuo, a que não podem debitar o insucesso de seus investimentos.

83. Sempre entendemos que a correção monetária não é benefício para qualquer uma das partes contratantes, mas, ao contrário, um meio de evitar que uma delas possa se beneficiar da desvalorização da moeda e da redução do seu poder aquisitivo. Neste sentido, há consenso entre a doutrina e a jurisprudência, que sempre consideraram neutra a incidência da correção monetária, como neutro devia ser o efeito do Plano Collor em relação aos contratos privados.

84. Examinaremos, agora, sucessivamente, a não incidência da teoria da imprevisão nos contratos unilaterais, a inexistência no caso de enriquecimento sem causa ou de lucro inesperado por parte do banco credor, que justificaria, eventualmente e em tese, o recurso à teoria da excessiva onerosidade e, finalmente, evidenciaremos que a inflação, de acordo com a jurisprudência dominante, não é fato imprevisto que permita a revisão contratual pelo Juiz, que não é admitida pelo direito brasileiro fora dos casos expressamente previstos em lei.

B). DA NÃO INCIDÊNCIA DA TEORIA DA IMPREVISÃO NOS CONTRATOS UNILATERAIS.

(23). Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão. 3 ed. Rio: Forense, 1958, págs. 345/6.

85. A cláusula rebus sic stantibus ou teoria da imprevisão somente tem sido admitida nos contratos bilaterais, ou seja, naqueles em que existem, após a celebração, obrigações sucessivas ou. diferidas de ambas as partes, o que não acontece no mútuo que é contrato real e unilateral, pois se concretiza com a entrega do numerário ao mutuário, que é, a partir daquele momento, o único contratante a ter obrigações, o mutuante só tendo direitos.

86. Neste sentido, tem decidido a Suprema Corte que:

> *"**Rebus sic stantibus** - Pagamento total prévio. 1 - A cláusula **rebus sic stantibus** tem sido admitida como implícita somente em contratos com pagamentos periódicos sucessivos de ambas as partes ao longo de prazo dilatado, se ocorreu alteração profunda e inteiramente imprevisível das circunstâncias existentes ao tempo da celebração do negócio. 1 - Não há margem de apelo à teoria da imprevisão, feito em 1964, para reajuste de preço fixado em 1963, com pagamento total e prévio.* **"(24)**

87. Tal situação decorre da impossibilidade de uma resolução que venha a ocorrer, em virtude da excessiva onerosidade do contrato, em relação aos fatos passados, ou seja, aos já ocorridos, sem que tenha havido o pagamento por parte do devedor, restituindo as partes na situação em que deviam se encontrar. Tratando-se de resolução, por fato superveniente ao contrato, e não de anulação do contrato, a desconstituição do negócio jurídico alcança, tão-somente, o futuro, o desequilíbrio entre prestações simultâneas das duas partes, na forma contratualmente acertada, e não o passado. Assim, é nos contratos bilaterais que a invocação da imprevisão é admissível, como acontece nas concessões e nas empreitadas, por exemplo.

88. No mesmo sentido, decidiu o plenário do Supremo Tribunal Federal, no RE nº 62.933-SP, que:

"***Rebus sic stantibus*** *- A cláusula protege, em princípio, contrato de prestações sucessivas recíprocas. Não pode ser invocada nos casos em que há antecipação do capital.*

(24). Ac. da 1ª Turma do STF, de 15.6.73, **RTJ** 68/95.

Não nega vigência de lei federal a decisão que, apreciando cláusulas contratuais, considera não invocável aquela regra."

89. Tratava-se, na hipótese, de assinatura permanente de um jornal, em relação à qual o assinante tinha feito a totalidade do pagamento devido, não mais tendo qualquer obrigação, mas pretendendo o jornal rever, **a posteriori**, o preço da assinatura já pago. O relator Ministro ***ALIOMAR BALEEIRO*** fez a adequada distinção entre os contratos em que há obrigações futuras de ambas as partes e aqueles em que só uma delas é devedora de prestação e estabeleceu a distinção entre o risco assumido por um dos contratantes e a imprevisão. Teve o saudoso jurista o ensejo de salientar que o acórdão entendeu, na apreciação das cláusulas contratuais:

"que não era invocável, para o caso, a regra ***rebus sic stantibus***, de construção pretoriana, que não se apóia em dispositivo expresso, nas circunstâncias dos autos: - negócio feito em 1954, quando já progressiva, aguda e notória a inflação, jogando a empresa com o pagamento prévio do capital recebido antecipadamente, naquele ano e que naturalmente inverteu em bens de capital em troca duma prestação futura e periódica que corresponderia ao rendimento presumível daquela entrada. A ***rebus sic stantibus*** protege, em princípio, contrato de prestações sucessivas recíprocas, que não foram compensadas pelo recebimento antecipado do capital, como ocorreu nos autos
/...../

Se a recorrente calculou mal seu investimento, deve queixar-se de si própria e não da construção de Brasília, fato previsível, porque previsto e ordenado na Constituição Federal.

Analisando-se economicamente, vê-se que, quando as assinaturas custavam cerca de NCR$ 0,30, NCR$ 0,40, a recorrente angariou 23.000 clientes, duma vez, a NCR$ 4,00, o que lhe assegurou, em termos práticos, adiantados, duma vez, NCR$ 92.000,00. A assinatura valia menos de 10% da quantia adiantada, isto é, menos do que o juro real do mercado financeiro, a esse tempo já de 18 a 24% a.a., mesmo nos empréstimos bancários. Logo, a Empresa conseguiu um empréstimo perpétuo a juro mais baixo do que o do mercado monetário. Se aplicou e os recorridos alegam que o fez .

em imóveis, máquinas, equipamentos ou bens tangíveis, concretos e duráveis, não sofre inflação. Se não o fez, a culpa é dela em não ter calculado os riscos que qualquer homem de negócios deveria, em obstaria. "[25]

90. A jurisprudência também tem entendido que, em fase inflacionária, não cabe o reajustamento dos contratos com base na teoria da imprevisão, especialmente quando uma das partes recebeu a prestação delas que lhe era devida em moeda valorizada, como acontece no caso presente consulta. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no RE nº 75.511, do qual foi relator o Ministro ***ALIOMAR BALEEIRO***:

"O Recorrente indica alguns Acórdãos que admitiram o princípio, rebus sic stantibus.

Geralmente, isso ocorreu em contratos de prazo longo com prestações sucessivas ao longo dele, de acordo, aliás, com a jurisprudência.francesa do Conselho d'Estado, que ressuscitou essa regra vetusta. Não assim, num contrato de execução em prazo breve, em que não pode falar em imprevisibilidade, nem em pagamentos peródicos sucesivos. O Recorrente assumiu um risco calculado e só deve queixar-se da sua imprevidência ou da sua imperícia em traçar a extrapolação da curva inflacionária."

91. Na realidade, o Brasil tem vivido, nos últimos vinte e cinco anos, a chamada "era da inflação" na qual não mais domina a "ilusão da moeda estável" ao qual se referiam, no passado, economistas como IRVING FISCHER e romancistas como STEFAN ZWEIG[26]. Todos passam a saber, com ANDRÉ MAUROIS, que a inflação é diabólica porque mantém as aparências enquanto destrói as realidades. Assim sendo tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm entendido que, em fase inflacionária, o aumento da inflação não constitui fato imprevisto e embora sendo inevitável, não justifica a aplicação da teoria da imprevisão.

(25). Voto no RE nº 62.993-SP, in RT J, vol. 44/344.
(26). **IRVING FISCHER**, L'illusion de la Monnaie Stabler, p. 127 e **STEFAN ZWEIG**, Memórias, Introdução.

92. No direito comparado, a jurisprudência francesa tem recusado a revisão do contrato, no campo do direito privado, baseada na imprevisão, .em caso de violenta depreciação monetária decorrente da guerra [(27)], A doutrina salienta que, após algumas oscilações, no início do século XIX, a Corte de Cassação firmou a sua posição no sentido de não admitir a revisão dos contratos pelo Juiz no caso de imprevisão [(28)],

93. Os irmãos **HENRI, LÉON e JEAN MAZEAUD** afirmam, a este respeito, que a jurisprudência francesa rejeita a teoria da imprevisão, tendo uma posição extremamente rigorosa, que os autores consideram, todavia, necessária e indispensável para fazer reinar "o respeito à palavra dada, à moralidade e à segurança nos contratos"[(29)],

94. Mesmo os autores que admitem, em tese, a incidência da teoria da imprevisão, como **HENRI DE PAGE**, reconhecem que:

> "a depreciação da moeda não constitui um risco anormal, mesmo se adquire caráter agudo, num país em que reina em estado endêmico",[(30)]

95. O Código Civil italiano faz a distinção entre os contratos em que ambas as partes têm obrigações futuras (art, 1.467), hipótese que justifica a resolução, no caso de onerosidade excessiva, e aquela em que só há obrigação futura de uma das partes - como ocorre no mútuo - caso em que exclui a resolução, mas admite a redução do valor da prestação devida, numa revisão contratual, que autoriza expressamente o juiz a fazer (art, 1,468), mas que não tem norma correspondente no Direito brasileiro, que, consequentemente a exclui, por falta de amparo legal.

96. Ora, no Brasil, os mais ardentes e ilustres defensores da teoria da imprevisão reconhecem que ela não autoriza a revisão do contrato pelo Juiz, por falta de adequada autorização legislativa. Neste sentido, escreve o Professor **ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA**, autor da melhor monografia existente em nosso direito sobre o tema, que:

(27). **JACQUES GHESTIN**, **Traité de Droit Civil - Les Obligations – Lê Contrat**, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980, pág. 106, nº 145; **JEAN CARBONNIER**, **Droit Civil,** vol. 4, **Les Obligations**, 9º edição. Paris: Presses Universitaires de France, 1976, pág 232.

(28). **ALEX WEILL e FRANÇOIS TERRÉ, Droit Civil, Lês Obligations**. 3ª edição. Paris: Dalloz, nº 379, 1980, pág. 424.

(29). **HENRI, LÉON e JEAN MAZEAUD, Leçons de Droit Civil**. Vol.II, 5ª edição. Paris: Édition Montchrestien, 1973, nº 736, pág.764.

(30). **HENRI DE PAGE, Traité Élémentaire de Droit Belge**. Tomo II. 2º edição. Bruxelas: Établissement Bruylant, 1948, nº 575, pág. 539.

"Reunidas as condições necessárias para que se possa dar a intervenção judicial (nº 242, **supra**), pensamos, contudo, que ao juiz, em nosso direito, não é facultada propriamente a revisão do contrato, mantida a sua força obrigatória, salvo quando a lei expressamente lhe atribuir esse poder, ou fixar as condições em que continuará a convenção a ser executada. Essa é, fundamentalmente, um acordo de vontades, não parecendo lícito, sem texto expresso, sobrepor a vontade do magistrado ao querer das partes para lhes determinar para o futuro a observância de, condições novas. "**(31)**

C) DA INEXISTÊNCIA DE LUCRO INESPERADO E DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO BANQUEIRO.

97. Acresce que não há, no caso, um lucro inesperado por parte do Banco que corresponda ao alegado empobrecimento do mutuário e que a crise econômico-financeira não constitui motivo para a aplicação da teoria da imprevisão, como já tivemos o ensejo de salientar, com apoio na jurisprudência dominante.

98. Efetivamente, sempre se entendeu que a inflação e a crise financeira a não constituíam, no Brasil, fatos inesperados e imprevistos. Já no início do século, o Procurador Geral do Estado de Minas, **ARTHUR RIBEIRO DE OLIVEIRA**, assinalava que:

"a crise econômica e financeira não constitui caso de força maior"

99. Em parecer de 01.06.1904, afirmava o ilustre jurista que:

"Da noção de força maior que do Direito Romano se transmitiu às legislações de todos os povos cultos, resumida por Cujacio – casus cui praecaveri, cui resisti no potest - citado pelo Sr Conselheiro Lafayette, em seu parecer, resulta claramente que se não podem considerar como tais as crises econômicas e financeiras, pois, se não podem vencê-las companhias de créditos abalados, a elas resistem, embora com dificuldade, as empresas bem organizadas e bem geridas. E realmente, percorrendo-se os civilistas e as coleções de jurisprudência, nacionais ou estrangeiras,

(31). ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão, 3ª edição. Rio: Forense, 1958, nº 246, pág. 347.

em que alegam centenares de hipóteses de força maior ou de caso fortuito, não se nos deparam as crises econômicas ou financeiras que entretanto, como é sabido, são muito comuns entre os diferentes povos. **(32)**

100. Mais recentemente, o eminente Professor ***WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA***, especialista em direito econômico, teve o ensejo de negar à inflação o caráter de força maior ou caso fortuito, que pudesse ensejar a incidência da teoria da imprevisão, salientando que:

."O que a teoria da imprevisão visou, segundo Arnoldo Medeiros da Fonseca, foi mudar o tratamento tradicionalmente dado ao contrato, livrando-o do 'supersticioso respeito à irretratabilidade das convenções, consagrada pelo Código Civil francês e outros que o tomaram por modelo'.

Nesta teoria, destacam-se, pois, alguns elementos que nem sempre têm contado com um claro conceito. Dentre eles, citaremos a 'força maior' , o caso' fortuito' , a' imprevisibilidade' , a 'inevitabilidade', do mesmo modo que se chega à exoneração de 'responsabilidades' ou de 'culpa' pelos efeitos considerados, sobretudo em face da "excessiva onerosidade" para o cumprimento do contrato.

A falta de suficiente clareza desses conceitos tem levado os nossos melhores doutrinadores a posições diferentes a respeito, além de agrupar fatos díspares para exemplificá-los, tais como aumentos de impostos influindo nos custos e, por isso, nos preços, ou a invasão do território, a guerra, a revolução, o ato emanado de autoridade, a desapropriação, o furto, e assim por diante. A grande diferença é estabelecida entre tratar-se de acontecimento natural, o caso fortuito, ou de dano fatal originado do fato de outrem, força maior.

Ora, a inflação decorre de ato de autoridade, único ponto dentre os apresentados que poderia ser tomado como a força maior . Como medida de política econômico, entretanto, que chega a ter até mesmo os seus índices previamente determinados, para efeito de direito, como vem acontecento no Brasil, jamais se enquadraria nesta condição. Além disto, a correção monetária, apresentando-se como um instrumento de reajustar os prejuízos por ela causados, ainda mais a desfiguraria como imprevisível.

(32). Revista Forense, vol. 2, pág 98.

Outro aspecto não menos importante dos efeitos da inflação, e que interessam à correção monetária em termos contratuais, é o "enriquecimento sem causa" **(33)**

101. O mesmo autor lembra que, na correção monetária, não há enriquecimento sem causa que possa justificar a aplicação da teoria da imprevisão **(34).**

102. Ora, já vimos que a correspondência entre o injusto empobrecimento de uma das partes e o enriquecimento da outra é condição **sine qua non** da incidência da cláusula **rebus sic stantibus**. Se à diminuição patrimonial de um dos contratantes não corresponde o aumento do outro, não se pode aplicar a teoria da imprevisão, conforme entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência.

103. Efetivamente, esclarece a este respeito, o Professor **ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA**, que:

"Consagrada uma tal regra no direito positivo, ter-se-ia concedido ao juiz o meio de evitar a iniqüidade temida, sem quebra dos princípios tradicionais. E assim se chegaria a atender, em tal caso, à impossibilidade subjetiva ou à onerosidade excessiva da prestação.

Tratar-se-ia, entretanto, de norma absolutamente excepcional, que somente estaria destinada a operar em benefício do devedor e quando concorressem esses três elementos:

a). alteração radical no ambiente objetivo existente ao tempo da formação do contrato, decorrente de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis;

b). onerosidade excessiva para o devedor e não compensada por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda esperáveis, diante dos termos do ajuste;

(33). A correção Monetária no Direito Brasileiro, obra de diversos autores, coordenada por **GILBERTO DE ULHOA CANTO e IVES GANDRA MARTINS**. São Paulo. Saraiva, 1983, pág. 270.

(34) Obra e loc. Citados.

C). enriquecimento inesperado e injusto para o credor, como conseqüência imprevista". **(35)**

104. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem, por sua vez, vinculado a incidência da teoria da imprevisão à existência de um "injusto enriquecimento", como se verifica pela Ementa do RE 104.682-SC, que é a seguinte:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.Q 104. 682-SC (Segunda Turma)

Relator: O Sr. Ministro ***CARLOS MADEIRA***. Recorrente: ***A. GONZAGA S.A.*** -Recorridos: ***ORILDO JOSÉ CÂNDIDO***, sua mulher e outros; ***RICARDO BARATIERI***, e ***IVETE R. ROSA REIS MAIA.***

Processual Civil. Embargos de declaração para suprir omissão de acórdão. Se neste foi transcrito trecho da sentença como razão de decidir, entende-se que adotou o entendimento nela firmado, segundo o qual, não cabe a aplicação da cláusula rebus sic stantibus quando não há injusto enriquecimento de uma parte em razão do prejuízo da outra nem cabe a sua invocação, se o valor avançado no contrato é expresso em Unidades Padrão de Capital". **(36)**

105. No seu voto, o eminente Ministro ***CARLOS MADEIRA***, enfatizou que:

"Não havia porque acolher os embargos de declaração para suprir omissão que na realidade não houve: a Câmara julgadora adotou o entendimento do Juiz de que, em primeiro lugar, não ficou demonstrado o enriquecimento dos compradores com base no prejuízo da vendedora, para que se aplicasse a cláusula rebus sic stantibus; em segundo lugar, tal cláusula é inaplicável, em face do disposto no item V; do art. 43, da Lei nº 4.591/64".
/...../
"Vale dizer: não foi admitida a aplicação da cláusula rebus sic stantibus em virtude da inflação, nos contratos cujo pagamento foi a vençado em Unidades Padrão de Capital.

Não conheço do recurso".**(37)**

(35). Obra citada, nº 169, pág. 244.
(36). RTJ. 117/323
(37). RTJ. 117/325

106. Por sua vez, o Ministro **CORDEIRO GUERRA**, no seu voto, afirmou que:

> "Se bem entendi a hipótese dos autos, a companhia empreiteira convencionou com os seus clientes a construção de uma obra em UPC's -Unidade Padrão de Capital, e agora pretende, em nome da cláusula rebus sic stantibus, haver a diferença de reajustamento de UPC's pela inflação. Não tem nenhuma razão o recorrente. A única tese que eu escrevi sobre Direito foi exatamente sobre o problema da revisão dos contratos pelo juiz, em que apreciava a cláusula **'contractus** qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur' e observava, concluindo, que está em pleno vigor o princípip romanista 'pacta sunt servanda'. Toda as atenuações desse princípio na teoria da imprevisão etc., e também da cláusula 'rebus sic stantibus', cláusula medieval, parte da impresão do inesperado. Ora quem estabelece um contrato em UPC's esta bem atento à realidade inflacionária. E esse contrato, embora variável a UPC é de ser cumprido, porque é uma empreitada a preço fixo. Não há por conseguinte, em que considerar ilegítima a decisão do Egrégio Tribunal do Estado de Santa Catarina, mesmo porque, a cláusula 'rebus sic stantibus' não é adotada pela legislação brasileira". **(38)**

D). DA INEXISTÊNCIA DE IMPREVISÃO

107. Torna-se difícil, num país, ao qual nunca faltou uma inflação alta e contínua nas últimas décadas, dizê-la imprevista ou imprevisível, o que se deve distinguir do fato de alguém, mesmo nessas circunstâncias, ser induzido à crença de que ela (inflação) não existe ou não existirá. Neste caso, ter-se-ia, ao invés de imprevisão, imprevidência ou riscos de otimismo assumido pela parte que aderiu ao contrato.

108. A inflação, nos negócios jurídicos de que se trata, não só era, como seria hoje, previsível, mas também **prevista**, porque inserida a correção monetária nas cláusulas dos aludidos negócios jurídicos.

109. SERPA LOPES menciona para a caracterização da imprevisão a necessidade de existência de "acontecimentos extraordinários, escapando a qualquer previsão"**(39)**, atributos inconfiguráveis na espécie

(38). RTJ,117/325.
(39). Curso de Direito civil, vol. 111, pág.11

pelo que se viu, pois a ausência de inflação, há longo tempo, não é comum, ou ordinária, sendo, pois, o aumento de custo de vida e a depreciação monetária fatos essencial e indiscutivelmente previsíveis. Estando prevista convencionalmente, a inflação é mais do que previsível, pois expressamente mencionada a previsão no contrato.

110. A jurisprudência tem entendido que a inflação não é imprevisível e que a sua variação não justifica a invocação da cláusula **rebus sic stantibus**, especialmente quando as partes convencionaram a correção monetária e quando o índice corresponde à realidade econômica.

111. Neste sentido há inúmeros acórdãos de todos os tribunais do país, cabendo citar, a título meramente exemplificativo, decisão da 1ª Câmara do Egrégio Tribunal deAlçada de São Paulo proferido naAC nº 13488/92, 92 (J. 3481) em 7.4.92, sendo relator o Juiz **EDIL PEREIRA DA SILVA,** salientando a ementa do acórdão que:

> "EMBARGOS DO DEVEDOR - TEORIA DA IMPREVISÃO - CAPITALIZAÇÃO DE JUROS INOCORRENTE REGULAMENTAÇÃO DA TAXA DE 12% - REDUÇÃO DA VERBA HONORÁRIA.
>
> A. teoria da imprevisão não cabe ser admitida com base nos desacertos dos dirigentes do País, já que a ninguém é lícito descumprir legítima obrigação contratual".

112. No mesmo sentido é a lição de **ORLANDO GOMES** que a respeito esclarece:

> "Ora, nos casos de desequilíbrios conseqüentes à depreciação monetária é impossível justificar a intervenção judicial na economia do contrato sob o fundamento da imprevisão. Quem quer que contrate num país que sofre do mal crônico da inflação sabe que o desequilíbrio se verificará inelutavelmente se a prestação pecuniária houver de ser satisfeita algum tempo depois da celebração do contrato. O desequílíbrio é por conseguinte, previsível, pelo que à parte que irá sofrê-lo cabe acautelar-se. Demais disso, a desproporção resultante da perda do valor da moeda não é

consequência de evento extraordinário onde a depreciação é um fato constante. Nem se pode dizer; afinal, por mais brusca que seja a desvalorização, que a prestação pecuniária do devedor se torna e insuportável, a ponto de criar uma verdadeira 'impossibilidade econômica' .Em todas as hipóteses de desequilíbrio contratual decorrente da depreciação monetária não há como justificar e corretamente o reajustamento das prestações com base na teoria da imprevisão."

113. E acrescenta o civilista baiano que:

"Mas, essa teoria da imprevisão, evidentemente circunstancial, nucleou a reação à reflexibilidade do princípio da força obrigatória dos contratos e desastrosamente passou a servir de fundamento doutrinal à revisão dos contratos quando se manifestasse o desequilíbrio contratual, independentemente da ocorrência de acontecimentos extraordinários e eliminada a condição de impossibilidade. No desdobrar dessa tendência pretendeu-se aplicá-la às situações de desequilíbrio resultantes da depreciação monetária. No entanto, o campo de sua aplicação restringe-se a certos contratos e, como observa Noirel, a teoria encara o problema do ângulo muito estreito da execução de uma prestação in natura que se tornava ruinosa para o devedor. Estendê-Ia a todas as situações de superveniente desequilíbrio contratual significa a sua negação, visto que a idéia da imprevisão, sob que descansa, afasta a possibilidade da revisão do contrato toda vez que o desequilíbrio seja previsível, ou não resulte de acontecimento extraordinário. "**(40)**

114. Finalmente, a jurisprudência tem reconhecido o caráter excepcional da revisão do contrato com base na teoria da imprevisão, afim de evitar a criação de um clima de total insegurança jurídica. Assim, o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu, pela sua Segunda Câmara Civil, em acórdão unânime, que:

"CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS - quando pode ser invocada.

A cláusula 'rebus sic stantibus' somente há de ser aplicada quando houver desigualdade ou oneração desproporcionada de um dos

(40). Orlando Gomes, Transformações Gerais do Direito das Obrigacões, pág. 148

contratantes, derivada de circunstância inesperada e de mudança imprevista, devendo-se evitar que o exercício do direito de resolução do vínculo degenere em abuso fácil e torne vã a fé que os contratantes devem emprestar à obrigatoriedade do contrato",

TJSP – 2ª Câm. Civil - Ap. Civ: nº. 135.194 - Palmital - Apelante: Luiz Martins Ferreira - Apelado: Carlos Tayano - J. em 22.9.64 (unânime) - Rel. Des. Paulo Otaviano".[41]

115. Concluímos, assim, que não se pode aplicar ao caso a teoria da imprevisão:

a). por não haver prestações futuras correspondentes de ambos os contratantes, tratando-se de contrato unilateral no qual o mutuário , recebeu, no momento da celebração do contrato, o valor do empréstimo (**RTJ** 68/95);

b). por inexistir enriquecimento do mutuante (**RTJ** 117/323);

c). por ser a inflação fato previsível e risco do negócio numa sociedade que há longo tempo convive com a inflação;

d). por não terem sido os bancos que estabeleceram e modificaram a política governamental referentes à inflação, não podendo por ela responder.

116. Evidenciado o descabimento da invocação da teoria da imprevisão, verificaremos, agora, que também não procede a alegação de alguns dos mutuários que pretenderam obter a revisão dos seus contratos por violação do art. 192, § 3º da Constituição Federal, que determinou que lei complementar limitasse o percentual dos juros reais.

VI - DA INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA LEI DE USURA E DO ART: 192 § 3º DA CONSTITUIÇÃO.

117. Algumas ações invocaram também a lei de usura e, de modo mais específico, o art. 192 §3º da Constituição, para justificar a redução de juros pleiteada.

(41). Revista dos Tribunais, vol. 374, pág.170.

118. Quanto à lei de usura, a sua incidência está afastada no caso dos contratos bancários em virtude do disposto na Lei nº 4595 de 1964, conforme entendimento manso e pacífico do Supremo Tribunal Federal, que a respeito se manifestou na Súmula nº 596, que tem a seguinte redação:

> *"As disposições do Decreto nº 22.626 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional."*

119. Há, aliás, dúvidas quanto à própria vigência da lei de usura, por ter sido o decreto nº 22626 revogado pelo Decreto sem número de 25.04.91, que, por sua vez, foi derrogado pelo Decreto sem número de 29.11.91, publicado no Diário Oficial de 02.12.1991. Como, em tese de acordo com a Lei de Introdução ao Código Civil (art. 2º, § 3º),a revogação da lei revogadora não restabelece o texto anterior e como não foi considerado inconstitucional o Decreto revogador da lei de usura, parece ser, no mínimo, contestável a vigência do mencionado diploma

120. Por outro lado, a invocação do art. 192 § 3º da Constituição Federal, tornou-se descabida, em virtude da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4, que foi julgada improcedente, conforme se verifica pela ata da sessão da mencionada corte publicada no Diário de Justiça, Seção I, de 12.03.1991, págs. 2.441 a 2.442**(42)**.

121. Na mencionada decisão, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não feriam a Constituição nem o Parecer do Consultor Geral da República, nem as determinações do Banco Central, que consideraram que o texto do art. 192 § 3º não era auto-executável, necessitando de regulamentação em lei complementar.

122. Efetivamente, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de voto acompanhou na matéria o voto do relator, o eminente Ministro SYDNEY SANCHES que, nas suas conclusões, teve o ensejo de salientar que:

(42). O respectivo acórdão ainda não foi publicado, mas não há dúvida quanto às suas conclusões conforme se verifica pela jurisprudência mansa e pacífica que trata a matéria.

"Acolho, no substancial, a fundamentação dos pareceres da Consultoria Geral da República (SR-70/88), aqui impugnado, da Advocacia Geral da União (fls. 209/212) e dos juristas e professores ***HELY LOPES MEIRELLES, CAIO TÁCITO, JOSÉ FREDERICO MARQUES, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, CELSO BASTOS, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, ROSAH RUSSOMANO, CID HERÁCLITO DE QUEIROZ, ARNOLDO WALD e GERALDO VIDIGAL.***

Também entendo que o **caput** do artigo 192, único dedicado ao Capítulo do 'Sistema Financeiro Nacional' comanda todos os seus incisos e parágrafos, quando diz:

Art. 192 - O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do Pais e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:"

Seguem-se os incisos I a VIII, nos quais ficam explicitados as diretrizes e critérios a serem observados, necessariamente, na futura lei complementar, de modo que se consiga 'promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da coletividade' , como está no **caput**.

As expressões **'inclusive sobre'** servem para mostrar que a lei complementar deve tratar não apenas das matérias ali desdobradas em oito incisos, mas também de outras referidas nos parágrafos.

Aliás, o § 1º esclarece, desde logo, que a autorização, a que se referem os incisos I e II do art. 192, deverá ser regulada do modo que explicita.

O § 2º é o corolário do previsto no inciso VII.

Ora, O último parágrafo, que é o terceiro, não poderia, só ele, estar inteiramente solto do **caput**, a operar, isoladamente, com força propna.

Para operar, desde logo, com eficácia imediata, o § 3º precisaria excepcional expressamente a disposição do **caput**, dizendo, por exemplo:

'Independentemente da lei complementar de que trata este artigo, as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar'.

Não me parece possível admitir que a norma do § 3º, explicitando outra matéria relacionada ao sistema financeiro nacional. como a taxa de juros, e fixando o modo como nela deveria ser tratada, os pudesse desprender-se do **caput**, que, para tudo, exige lei complementar.

E sem dizer, expressamente, o § 3º, que a matéria ali focalizada as independeria da vinda da lei. "**(43)**

123. Após a desição do Supremo Tribunal Federal, a matéria tornou-se mansa e pacífica, não cabendo mais qualquer discussão a respeito da questão no plano jurídico, razão pela qual não há dúvida quanto à inaplicabilidade do art. 192, § 3º, enquanto não regulamentado por lei complementar.

VII – CONCLUSÕES

124. Por todo o exposto, claro está que não assiste razão aos mutuários que pretendem a revisão do contrato de financiamento, com cláusula de indexação de acordo com a variação da remuneração das Cadernetas de Poupança, ou a redução dos débitos decorrentes, eis que:

a) a correção monetária dos depósitos nas Cadernetas de Poupança com vencimento em abril foi igual ao IPC de março que serviu de

(43). Conhecemos o teor do voto por ter acompanhado o feito como advogado da FEBRABAN, juntamente com o Professor GERALDO VIDIGAL, Douto Consultor Jurídico da Instituição.

base para a fixação da atualização no referido período, ou seja, de 84,32%;

b). as instituições financeiras depositárias das Cadernetas de Poupança pagaram esse percentual aos depositantes;

c) a correção paga pelo Banco Central, em relação aos valores dos quais ele se apropriou, definidos como "valores à ordem do Banco Central", nada tem a ver com a remuneração dos depósitos feitos em Caderneta de Poupança;

d). para que haja revisão do contrato, é preciso que ocorra não só o fato imprevisível, mas é também necessário fazer prova do desequilíbrio contratual decorrente daquele fato, o que não é possível no presente caso, uma vez que as instituições financeiras aplicaram, no mesmo período, o mesmo índice legal às Cadernetas de Poupança e aos contratos de mútuo;

e). não houve, pois, enriquecimento da instituição mutuante correspondente ao eventual ou alegado prejuízo do mutuário;

f). não se aplica a teoria da imprevisão aos contratos unilaterais, como é o caso do mútuo;

g) o desequilíbrio, para ensejar a revisão do contrato, conforme a melhor doutrina, deve colocar em xeque o próprio estado de solvência do devedor, sendo que, se ocorrido o pagamento das, prestações, este argumento tende a se esvaziar;

h) a norma do artigo 192, § 3º da Constituição Federal não é auto-aplicável, conforme decisões do Supremo Tribunal Federal, não tendo, até agora, sido promulgada a lei complementar prevista pela texto constitucional.

125. Pelo exposto é evidente que descabe a revisão dos contratos de mútuo para reduzir a correção monetária correspondente ao índice do mês de março de 1990 e alterar, consequentemente, o valor das prestações e do saldo devedor.

São Paulo, 19 de abril de 1993.

ARNOLD WALD
Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade
De Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Da responsabilidade do Banco Central pela correção monetária integral dos saldos em cruzados novos das cadernetas de poupança, a ele transferidos compulsoriamente pelo art. 92 da Lei 8.024 de 12.04.90, durante o prazo de duração da transferência

Parecer apresentado por
Galeno Lacerda

São Paulo
Abril/1993

PARECER

O BANCO CENTRAL é responsável pela correção monetária integral dos saldos em cruzados novos das cadernetas de poupança, a ele transferidos compulsoriamente pelo art.9º da Lei nº 8.024, de 12.4.90, durante o prazo de duração da transferência.

Essa responsabilidade, resultante de intromissão legal no contrato e de ato administrativo causador de dano, exclui a das instituições financeiras originariamente depositárias. Por isso, o foro das demandas para cobrança dos 84,32%, relativos ao mês de abril de 1990, tendo como base o índice de março do mesmo ano, passa a ser o da Justiça Federal.

Nesse sentido, descabe aplicar a orientação do Superior Tribunal de Justiça, contra a competência daquela Justiça, no tocante às diferenças de correção monetária nas poupanças, porque firmada na vigência de legislação anterior; relativa ao chamado "Plano Verão", onde não houve a apreensão dos depósitos pelo BANCO CENTRAL, ao contrário do que ocorreu no "Plano Collor".

A questão de competência, na espécie, pode ser definida por qualquer dos meios processuais válidos, inclusive por embargos de declaração ou recurso extraordinário.

CONSULTA

A Lei nº 8.024, de 12.4.1990, antecedida pela Medida Provisória nº 168, de 15.3.1990, ambas no art. 9º, determinaram a transferência ao BANCO CENTRAL DO BRASIL dos "saldos em cruzados novos não convertidos na forma dos artigos 5º, 6º e 7º, que serão mantidos em contas individualizadas em nome da instituição financeira depositante".

Essas contas foram bloqueadas, de tal sorte que tanto a instituição financeira quanto o titular do depósito na caderneta de poupança perderam a disponibilidade das respectivas importâncias, salvo pequenas exceções abertas pelo BANCO CENTRAL e por ele regulamentadas. A apreensão se estendeu também ao saldo de quase todas as contas bancárias. Esse volume enorme de dinheiro, equivalente a grande porção do meio circulante, passou, assim, à exclusiva administração e posse daquele BANCO.

2. Ocorre que o índice de correção monetária de 84,32%, referente ao IPC apurado pelo IBGE em 15 de março de 1990, não foi creditado pelo BANCO CENTRAL aos depósitos no mês seguinte, depósitos que já estavam em seu poder, em virtude das disposições acima referidas.

Essa omissão vem ensejando inúmeras ações movidas pelos depositantes poupadores, seja contra a instituição financeira depositária, seja também contra o BANCO CENTRAL e a UNIÃO FEDERAL, fato que suscita questões de competência entre as Justiças Estadual e Federal.

Em face disso, o eminente colega Professor ARNOLDO WALD, em nome de clientes seus, nos consulta, pedindo resposta às seguintes perguntas:

1). As instituições financeiras (Bancos privados ou Caixas Econômicas) têm legitimidade passiva para figurarem no pólo passivo das ações promovidas pelos depositantes de Cadernetas de Poupança, objetivando o pagamento da diferença de correção monetária devida em relação ao mês de abril de 1990 e tendo como base o índice de março do mesmo ano (Plano Collor) ?

2). Em complementação ao quesito anterior, qual o foro competente para apreciar demandas cujo objeto seja a cobrança dos 84,32%, no período mencionado, nas Cadernetas de Poupança?

3). Consequentemente, descabe manter a orientação do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de atribuir responsabilidade sobre diferenças de correção monetária nas Cadernetas de Poupança verificadas no Plano Verão, que não deve ser aplicada às eventuais diferenças ocorridas no Plano Collor?

4). Nos conflitos de competência eventualmente suscitados sobre a matéria acima referida, entre Juízo Estadual e Juízo Federal, pode a definição da competência ser declarada através de embargos de declaração ou recurso extraordinário?

RESPOSTA

3. As Cadernetas de Poupança representam uma das modalidades mais atrativas e populares de investimento, que se formaliza através de contrato de depósito bancário, com direito a correção monetária mensal

e a juros legais. Esse contrato se caracteriza por conferir dupla disponibilidade sobre o objeto, o dinheiro, bem fungível, depositado: ao credor, sujeito ativo, depositante, e ao Banco, sujeito passivo, depositário, a quem é transferida a propriedade do valor depositado. Nesse concurso de disponibilidades, tem preferência, se o contrato não dispuser o contrário (prazo fixo, p.ex.), o depositante, cuja retirada terá por objeto e limite o "tantumdem" .Enquanto esta não ocorrer, o Banco disporá do depósito como coisa sua, empregando-o no giro de seus negócios.

A Medida Provisória nº 168, confirmada pela Lei nº 8.024, entrou em vigor na data de sua republicação, ocorrida em 17 de março de 1990. O art. 9º, combinado com o art. 6º, ordenou a transferência compulsória para o BANCO CENTRAL de todos os saldos, superiores a NCR$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzados novos), das cadernetas de poupança, os quais não poderiam ser convertidos em cruzeiros, a moeda nova. Os saldos transferidos "serão mantidos em contas individualizadas em nome da instituição financeira depositante".

Não se pense, porém, que o BANCO CENTRAL não pudesse dispor desses imensos cabedais. O art. 17 já lhes assinalava um destino: "O BANCO CENTRAL DO BRASIL utilizará os recursos em cruzados novos nele depositados para fornecer empréstimos para financiamento das operações ativas das instituições financeiras contratadas em cruzados novos, registradas no balanço patrimonial referido no art. 15". E o parágrafo único desse artigo rezava: "As taxas de juros e os prazos dos empréstimos por parte do BANCO CENTRAL serão compatíveis com aqueles constantes das operações ativas mencionadas neste artigo".

As quantias transferidas ao BANCO CENTRAL só seriam convertidas em cruzeiros e devolvidas às instituições financeiras e respectivas cadernetas de poupança, como o foram, "a partir de 16 de setembro de 1991 em doze parcelas mensais iguais e sucessivas" (art. 6º, parágrafo 2º).

5. A simples leitura dessas determinações evidencia como as referidas medidas legais importaram intromissão violenta da UNIÃO FEDERAL, através de seu agente financeiro, BANCO CENTRAL DO BRASIL, em contratos privados perfeitos, causando enorme prejuízo às partes, sujeitos da relação jurídica, tanto ao depositante quanto ao Banco depositário, privando-os da disponibilidade, posse e fruição, por largo período, das importâncias objeto do contrato.

Não temos a menor dúvida em considerar absolutamente inconstitucionais esses dispositivos, apesar de o Supremo Tribunal Federal, ao que consta, por maioria, não ter obrigado essa eiva. Ao lesarem ato jurídico perfeito, atentaram contra o art. 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna; ao expropriarem valores, como a posse e fruição de direitos creditícios, sem justa e prévia indenização em dinheiro, ofenderam o inciso XXIV do mesmo artigo; e, finalmente, ao decretarem a privação de bens, autêntico confisco, "sem o devido processo legal", feriram de morte o inciso LIV do mesmo capítulo fundamental da Constituição, que protege os direitos e deveres individuais e coletivos.

Apesar da cintilante clareza desses agravos à Carta, não constituirão eles objeto deste parecer, restrito à questão relativa à responsabilidade pela omissão de parcela de correção monetária aos depósitos das poupanças, devida durante o período em que permaneceram eles bloqueados, à disposição do BANCO CENTRAL.

6. Em princípio, em todo e qualquer contrato de mútuo, ou de depósito em dinheiro, quem responde pelos juros e pela atualização do valor monetário é aparte que recebe a propriedade do bem fungível, que dele usufrui em proveito próprio, ou seja, o devedor ou o depositário, o qual, depois, deverá devolvê-lo, com aqueles acréscimos, ao credor, ou depositante. No contrato de depósito bancário, não resta a menor dúvida de que cabe essa responsabilidade, em regra, à instituição financeira depositária.

No caso em exame, porém, ambas as partes titulares do contrato, o depositante e a instituição depositária, foram privadas, por ato de império, a quem eram obrigadas a se submeter, da disponibilidade do dinheiro, que passou à fruição exclusiva do BANCO CENTRAL. Ora, quem deve os acréscimos monetários ao credor é aquele que usufrui do dinheiro e de sua renda. As instituições financeiras foram privadas dessa fruição naquele período. Quem dela se locupletou foi o BANCO CENTRAL. Logo, não resta a menor dúvida de que, como veremos adiante, a ele cabe a responsabilidade exclusiva pelas correções monetárias devidas durante o período em que vigorou o desapossamento dos saldos dos depósitos de poupança.

Poder-se-ia falar, também, em abono dessa conclusão, em linguagem mais técnica de Direito Privado, que ocorreu, na espécie, uma novação "ex vi legis" nos contratos de depósito bancário, mediante a substituição

coativa da instituição depositária pelo BANCO CENTRAL, o qual passaria a figurar, portanto, como devedor, na relação jurídica originária, com o credor depositante.

Embora correta essa análise, preferimos outro diagnóstico, mais vizinho ao direito Público, para definir a questão proposta. Para tanto, impõe-se examinar, primeiro, a função e a natureza do BANCO CENTRAL.

7. O BANCO CENTRAL DO BRASIL foi criado pelo art. 8Q da Lei nº 4.595, de 31.12.64, como autarqula federal, com personalidade jurídica e patrimônio próprio, surgido da transformação da antiga Superintendência da Moeda e do Crédito.

A ele foram atribuídas, pelos arts. 10 e 11 daquele diploma, as mais relevantes funções de política monetária e fiscalização das instituições financeiras, como agente do Governo Federal, sob a orientação do Conselho Monetário Nacional.

A mesma Lei 4.595, que regulou o sistema financeiro nacional, prescreveu, porém, que o BANCO CENTRAL só poderia, originariamente, se relacionar com instituições financeiras públicas e privadas. É o que dispõe o art. 12: "O BANCO CENTRAL DO BRASIL operará exclusivamente com instituições financeiras públicas e privadas, vedadas operações bancárias de qualquer natureza com outras pessoas de Direito Público ou Privado, salvo as expressamente lautorizadas por lei".

A prevalecer esse dispositivo, haveria alguma dificuldade, aliás, não intransponível, para definir-se a espécie, à luz do Direito Privado, como novação contratual, mediante relacionamento jurídico direto do depositante originário com o BANCO CENTRAL.

Ocorre, porém, que o Decreto-lei 1.342, de 28.8.74, ao alterar o art. 12 da Lei nº 5.143, de 20.10.66, instituidora do IOF e da Reserva Monetária, permitiu, no parágrafo 1º, "b", desse artigo, que o Conselho Monetário Nacional autorizasse o BANCO CENTRAL, com recursos dessa Reserva, a efetuar o pagamento total ou parcial do passivo de instituições financeiras, "mediante as competentes cessões e transferências dos correspondentes créditos, direitos e ações, a serem efetivadas pelos respectivos titulares ao BANCO CENTRAL DO BRASIL, caso decretada a intervenção na instituição ou sociedade ou a sua liquidação extrajudicial, nos termos da legislação vigente".

Vê-se, portanto, que a própria Lei, ao autorizar cessões de Créditos contra particulares ao BANCO CENTRAL, abriu exceção à regra anterior, Que vedava esse tipo de relacionamento direto.

8. Apesar de tudo, preferimos definir a responsabilidade do BANCO CENTRAL, na espécie, não pelo regime da novação contratual forçada, mas em função da responsabilidade objetiva pelo dano causado.

A propósito da responsabilidade civil da Administração Pública pelos danos patrimoniais causados por seus agentes a terceiros, nosso direito, como é sabido, evoluiu da teoria da culpa para a responsabilidade objetiva, sem cogitação de culpa, consagrada a partir da Constituição de 46, cujo art. 194 já dispunha que "as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros", e o parágrafo único acrescentava: "caber-Ihes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa deles". Em outras palavras: mesmo que não tenha havido culpa do causador do dano, a pessoa de direito público por ele responderá objetivamente.

Esses dispositivos foram reproduzidos, com ligeira variante de redação, pelas Cartas de 67 (art. 194), de 69 (art. 107) e pela atual (ar!. 37, parágrafo 62), sendo que esta ampliou, até, a abrangência do preceito, estendendo-o às pessoas de Direito Privado prestadoras de serviços públicos.

O BANCO CENTRAL DO BRASIL é autarquia, pessoa jurídica Direito Público interno, e sua omissão, ou de seus funcionários, em creditar determinada parcela de correção monetária aos depósitos por ele compulsoriamente assumidos, provocou grave prejuízo aos terceiros, depositantes, titulares dos referidos depósitos, pouco importa se cogite, no caso, da existência, ou não, de relação jurídica contratual entre esses terceiros e o BANCO CENTRAL, pouco importa se cogite, ou não, de culpa desse BANCO ou de seus agentes.A responsabilidade pelo ressarcimento do dano é só dele, objetiva, e resulta, diretamente, de texto constitucional.

Note-se que o dano, no caso, se estendeu também às instituição financeiras, mas por outro motivo. É que foram elas privadas da renda que teriam, oriunda do giro dos depósitos, de que foram desapossadas

Mas, essa demanda exigiria declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 8.024, coisa que não ocorre com o ressarcimento do dano resultante de omissão de correção monetária.

Como quer que seja, é certo que, por essa omissão, as instituições financeiras depositárias é que não podem responder, pois nenhuma culpa tiveram pelo fato, nem extra-contratual, nem contratual, pois houve intromissão legal deAgente do Governo (embora inconstitucional) no contrato, com afastamento compulsório das instituições depositárias, privadas da disponibilidade dos depósitos e, portanto, dos direitos e deveres dela provenientes.

A responsabilidade por esse prejuízo, provocado pela Administração Pública, através do BANCO CENTRAL, provindo, como provém, da própria carta Magna (Art. 37, parágrafo 6º), sobrepõe-se ao possível óbice representado pelo Art. 12 da Lei 4.595, acima referido e, por isso, confere aos lesados, embora depositantes particulares, ação direta de ressarcimento contra a autarquia responsável. Aliás, o citado Art. 12 não constituiria obstáculo, porque ele permite ao BANCO CENTRAL realizar operações bancárias "com outras pessoas de Direito Privado" , além das instituições financeiras, "quando expressamente autorizadas por lei", e a apreensão dos depósitos particulares foi autorizada por lei (embora inconstitucional).

9. Feito o diagnóstico jurídico do caso, estamos, agora, em condições de responder os quesitos na ordem em que foram formulados.

Legitimidade passiva. Carência de ação contra as instituições financeiras

1º). As instituições financeiras (Bancos privados ou Caixas Econômicas) não têm legitimidade passiva para figurarem no polo passivo das ações promovidas pelos depositantes de Caderneta de Poupança, objetivando o pagamento da diferença de correção monetária devida em relação ao mês de abril de 1990 e tendo como base o índice de março do mesmo ano (Plano Collor).

Como lhes falta "legitimatio ad causam" passiva para essas ações, segue-se que os respectivos Autores são delas carecedores contra as referidas instituições. O único responsável pelo dano causado aos Autores é o BANCO CENTRAL. Como as instituições demandadas

não possuem, sequer, co-responsabilidade, não cabe cogitar das hipóteses de intervenção provocada de terceiro: da nomeação à autoria do BANCO CENTRAL, porque não se trata de ação real e porque a instituição financeira não responde pelo dano (arts. 62 e 63 do CPC); da denunciação da lide, porque não se cogita de ação regressiva, e sim, de ação direta do Autor contra aquele BANCO (art. 70); e, enfim, do chamamento ao processo, porque não se trata nem de fiança, nem de solidariedade (art.77).

Assim sendo, basta às instituições bancárias alegarem carência de ação, porque o único legitimado passivo é o BANCO CENTRAL, para poderem obter sentença terminativa de carência, mesmo nos juízos estaduais em que forem demandadas, em virtude da ausência de uma das condições da ação, a legitimidade passiva (art. 267, VI, do CPC).

Competência da Justiça Federal

2º). Considerando que o BANCO CENTRAL é autarquia federal, dotada de personalidade jurídica, segue-se que as causas em que ele for parte deverão ser obrigatoriamente processadas perante a Justiça Federal de primeiro grau, nos termos do art. 109, I, da Constituição.

Nestas condições, supondo-se que a demanda tenha sido proposta em litisconsórcio passivo, contra ele e a instituição financeira originariamente depositária da poupança, a competência pertence à Justiça Federal, como foro prevalente. Da mesma forma, se, por qualquer motivo, o Juízo estadual entender necessária a presença daquele BANCO na relação processual, os autos deverão ser remetidos à Justiça Federal, como único foro competente.

Diferença entre o Plano Collor e o Plano Verão. Natureza administrativa do ato de transferência dos depósitos ao BANCO CENTRAL. Responsabilidade objetiva deste Delo dano causado.

3º). Entendemos que as situações jurídicas criadas pelo Plano Collor, no tocante às Cadernetas de Poupança, são inteiramente diferentes das verificadas no chamado Plano Verão. Por isso não é caso de se aplicar na espécie a orientação do Superior Tribunal de Justiça traçada em situações ocorridas nesse último Plano.

Para confronto, vale transcrever a ementa de um dos acórdãos pioneiros daquela Corte, na matéria:

"Processo Civil. Legitimidade " ad causam" passiva. Caderneta de Poupança. Plano Verão. Correção. CPC, arts. 22 e 267, parágrafo 3º. Recurso conhecido e provido.

"Eventuais alterações na política econômica, decorrentes de planos governamentais, não afastam, por si, a legitimidade **ad causam** das partes envolvidas em contratos de Direito Privado, inclusive as instituições financeiras que atuam como agentes captadores em torno de cadernetas de poupança.

"Existindo vínculo jurídico de índole contratual entre as partes, a legitimidade não se arreda pela simples circunstância de terem sido emitidas normas por órgãos oficiais que possam afetar a relação entre os contratantes". (Acórdão proferido no R.Esp. nº 9.202, em 17.3.1992).

A diferença fundamental entre o Plano Verão e o Plano Collor reside no fato de que, naquele, não houve apreensão compulsória dos saldos r dos depósitos de poupança pelo BANCO CENTRAL, como ocorreu no a Plano Collor.

Com efeito, o Plano Verão, instituído pela Medida provisória nº 32, de 15.1.89, aprovada pela Lei nº 7.730, de 31.1.89, se limitou a congelar os preços e a estabelecer regras de desindexação da economia. Quanto aos saldos das Cadernetas de Poupança, nada mais fez do que prescrever regras de atualização (art.17). Em outras palavras, não mexeu nem se intrometeu nas relações jurídicas entre depositantes e instituições financeiras; muito menos, ordenou a transferência dos respectivos depósitos para o BANCO CENTRAL.

O mesmo aconteceu com o choque econômico anterior, o chamado Plano Bresser, instituído pelo Decreto-Lei nº 2.335, de 12.6.87, o qual se limitou a congelar preços e aluguéis e a tratar de salários, sem nenhuma referência a Cadernetas de Poupança.

O único a impor a transferência compulsória dos saldos dos depósitos das Cadernetas de Poupança para o BANCO CENTRAL foi o Plano Collor. Ora, essa "transferência", nome adotado pela Medida Provisória nº 168 e pela Lei nº 8.024, constitui ato jurídico de natureza administrativa, praticado pelo agente da Administração Pública incumbido de disciplinar o mercado financeiro e suas instituições, que é o BANCO CENTRAL. Todo ato jurídico, como é elementar na Ciência do Direito, gera relação ou relações jurídicas entre os sujeitos por ele

abrangidos, o sujeito ativo, titular do direito de transferir ou receber a transferência dos valores, objeto da relação, e os sujeitos passivos, compelidos a sofrer os efeitos dessa transferência. Ou, em outras palavras: de um lado, o BANCO CENTRAL, no pólo ativo, e, de outro, as partes originárias no contrato de depósito bancário, depositante e depositário, no pólo passivo.

Se, na execução dessa relação jurídica administrativa, o agente público causar dano a qualquer das partes originárias, determina a Constituição que a pessoa jurídica de Direito Público em causa por ele responda, independentemente de dolo ou culpa (art. 37, parágrafo 6º). No caso, a omissão ou supressão de determinada parcela de correção monetária, pelo BANCO CENTRAL, nos depósitos a ele transferidos, causou dano aos titulares das contas originárias. Por esse dano, portanto, responde objetivamente o BANCO CENTRAL, vinculado que está a esses titulares pela relação jurídica administrativa, criada pela Lei 8.024.

Essa a diferença fundamental com as situações criadas pelos planos econômicos anteriores, porque neles não houve relação jurídica direta entre o BANCO CENTRAL e as partes originárias dos contratos bancários. no que concerne às poupanças.

Por isso, "data venia" , não é possível aplicar à espécie a jurisprudência referida, do egrégio Tribunal Superior de Justiça, porque se trata de situações jurídicas absolutamente diversas.

Cabimento de embargos de declaração e de recurso extraordinário contra acórdãos proferidos em conflitos de competência.

4º) Considerando que o BANCO CENTRAL, como resulta da análise anterior, constitui-se no único legitimado passivo para as demandas de cobrança das referidas parcelas de correção monetária, movidas pelos depositantes de poupança, reiteramos a afirmação de que competente para julgá-las há de ser a Justiça Federal.

O quarto quesito indaga se, "nos conflitos de competência eventualmente suscitados sobre a matéria, entre Juízo estadual e Juízo Federal, pode a definição da competência ser declarada através de embargos de declaração ou recurso extraordinário?"

Em princípio, os embargos de declaração cabem contra toda e qualquer decisão, de primeiro ou de segundo grau, desde que presentes os

pressupostos de obscuridade, dúVida, contradição ou omissão (arts. 464 e 535). Em segundo grau, diz o Código que esse recurso incide contra acórdão (art.535), que é, como se sabe, o nome atribuído às decisões dos Tribunais colegiados, seja qual for sua natureza ou matéria. Aliás, PONTES DE MIRANDA registra, com argúcia, que "os arts. 535-538 cogitaram dos embargos de declaração contra decisões de juízos coletivos" ("Comts. ao CPC", VII/394). Como o Código não distingue a esse respeito, segue-se que os embargos de declaração são cabíveis também contra os acórdãos proferidos no julgamento de conflitos de competência, ou jurisdição.

A propósito, dispõe a Carta Magna, no art. 105, I, d, que "compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, os conflitos de jurisdição entre quaisquer tribunais, (...) bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos".

Os conflitos entre Juízo Estadual e Juízo Federal, relativamente às ações mencionadas na consulta, serão, assim, da competência exclusiva daquela Corte Superior e seus acórdãos, na matéria, serão passíveis de embargos de declaração, se presentes os pressupostos desse recurso.

Contra eles também caberá, eventualmente, recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, se ocorrer no julgamento ofensa a dispositivo constitucional, nos termos do art. 102, III,g, da Carta Magna.

A questão já foi decidida pela Corte Suprema, nesse sentido, em mais de um julgado. No acórdão proferido no RE nº 85.438, em 16.11.76, disse o Relator, Ministro MOREIRA ALVES: "Com efeito, a jurisprudência mais recente desta Corte admite recurso extraordinário contra decisão proferida em conflito de jurisdição, como se vê do decidido no RE 66.105-SE (RTJ, 54/28 e segs.)" .E transcreve, a seguir, o voto do Ministro BARROS MONTEIRO naquele julgado, no qual é rejeitada decisão anterior, no sentido da inadmissibilidade do recurso, por não se tratar de "mérito da causa". O motivo da rejeição foi esse: "Hoje em dia, porém, prevalece o entendimento de que, no texto constitucional, o termo decisão aparece em seu sentido amplo, abrangendo todos os atos judiciais que resolvam uma questão de Direito Federal (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Do Recurso Extraordinário no Direito Brasileiro", 65/168)". (RT J, 81/627).

Nesse mesmo sentido amplo deve ser interpretada a Constituição atual,quando autoriza "o recurso extraordinário nas causas decididas em única ou última instância" (art.102, III).As questões sobre competência podem ensejar decisões finais nos processos, especialmente quando decididas em instância única, nas causas ou processos de conflitos de jurisdição ou competência. Cabe, portanto, recurso extraordinário na espécie proposta pela consulta, se presentes, é claro, os respectivos pressupostos.

É o nosso parecer.

Porto Alegre, 16 de abril de 1993

GALENO LACERDA

As obrigações legais do Fundo de Compensação de Variações Salariais perante os agentes financeiros do SFH

Parecer apresentado por
Cid Heraclito de Queiroz

Rio de Janeiro
Agosto/1993

PARECER

O Sistema Financeiro de Habitação. O descompasso entre a correção monetária do saldo devedor e das prestações dos contratos imobiliários do SFH.

O Fundo de Compensação de Variações Salariais -FCVS. O direito dos agentes financeiros do SFH; os fundamentos legais; a certeza e liquidez dos créditos; o resgate da dívida dos mutuários mediante dação em pagamento, com cessão de letras hipotecárias de emissão especial; legislação aplicável; regularidade do procedimento administrativo.

O descabimento e a improcedência da ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, na 3ª Vara Federal, em Mato Grosso.

O processo instaurado pelo Tribunal de Contas da União.

I - A CONSULTA

A ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO E POUPANÇA - (ABECIP) solicita o nosso parecer a respeito da legalidade e regularidade do procedimento administrativo observado pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais - (FCVS), no que tange ao ressarcimento, aos agentes financeiros, de quantias correspondentes ao descompasso ocorrido entre a correção monetária dos saldos devedores e o montante das prestações reajustadas, relativas a contratos de financiamento imobiliário celebrados conforme os preceitos da legislação do Sistema Financeiro de Habilitação - (SFH), especialmente em face de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal perante a Justiça Federal (Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso), bem assim de processo instaurado pelo Egrégio Tribunal de Contas da União.

1. Em sua consulta, a ABECIP informa que o FCVS "não tem disponibilidades para honrar suas dívidas já vencidas, nem previsão de receitas para suportar seus compromissos futuros". E estima que "o déficit potencial do Fundo alcance aproximadamente US$ 20 bilhões, aí considerados os débitos já configurados (US$ 9,5 bilhões) e os saldos residuais que resultarão dos financiamentos ainda em curso (US$ 10,5 bilhões)".

2. Destaca a ABECIP que "o FGTS é o maior credor do FCVS, tendo este último Fundo uma responsabilidade para com o Fundo dos

Trabalhadores da ordem de US$ 10,3 bilhões, entre dívida já caracterizada e dívida em ser, oriundos das operações efetuadas com recursos do FGTS para construção de habitações. A propósito da origem dos créditos do FGTS, importa registrar que os recursos desse Fundo, depositados no extinto BNH, eram emprestados às Sociedades de Crédito Imobiliário e Poupança e às COHAB'S para financiar a produção de conjuntos habitacionais e refinanciar parcialmente os créditos aos mutuários finais por elas concedidos. Estes créditos tinham garantia subsidiária do FCVS. O retorno do empréstimo para produção se dava via pagamento dos financiamentos pelos mutuários junto às instituições financiadoras, que, por sua vez, entregavam os recursos recebidos, ou seus direitos junto ao FCVS, ao BNH (hoje CEF) e este ao FGTS. Daí ser este Fundo credor do FCVS".

3. "Esse expressivo desequilíbrio das contas do FCVS - lembra a mencionada Associação - instaurou-se, aproximadamente, a partir do início da década passada, mediante sucessivas transferências de encargos contratuais, que, originalmente imputáveis ao mutuário, passaram à responsabilidade do Fundo. Tais transferências decorrem de políticas governamentais adotadas a partir de 1981, pelas quais se reduziram os valores das prestações, daí resultando amortização negativa e, por via de consequência, aumento do saldo devedor residual, este de responsabilidade do Fundo".

4. "Não obstante, a estrutura do Fundo - salienta a consulente - não foi adequadamente adaptada para atender a esse acréscimo de encargos, seja quanto às fontes de arrecadação, seja quanto à administração dos recursos arrecadados", uma vez que a única providência adotada nesse sentido foi a criação de novas contribuições a serem suportadas pelas instituições financeiras credoras, quais sejam (1ª) 0,025% sobre os saldos dos financiamentos, pagáveis trimestralmente, e (2ª) 20% sobre os saldos residuais apurados nas liquidações antecipadas e transferências de financiamento" e "os recursos orçamentários, que deveriam constituir a maior parcela do Fundo, mantiveram-se em valor meramente simbólico."

5. Esclarece, ainda, a ABECIP que, a "a partir de 1990, com o agravamento da crise do Fundo, que afeta preponderantemente o FGTS e as instituições financeiras estatais, o Governo vem intensificando estudos na busca de (a) condições que viabilizem o cumprimento dos compromissos do FCVS e (b) formas alternativas de resgate de suas

dívidas. Efetivamente, o regulamento original do Fundo impunha-se a obrigação de pagar o saldo residual de uma só vez, tão logo expirasse o prazo contratado com o mutuário. Já agora, as dívidas do Fundo passam a ser exigíveis escalonadamente, ao longo de 5,8 ou 10 anos, conforme os casos especificados nos Decretos-leis nºs 2.164/84 e 2.406/88 e na Lei nº 8.004/90."

6. Os saldos residuais são calculados pelos credores "com observância - prossegue a citada entidade - da metodologia constante de Manual de Normas e Procedimentos Operacionais editado pelo Conselho Curador do FCVS e encaminhados à CEF com parecer de auditoria independente'. O quantum exigível do Fundo passa por um processo "em que, em cada contrato, há de ser demonstrada toda a evolução do saldo devedor e das amortizações, consideradas nesse processo toda a parafernália de índices oficiais, com sucessivas alterações, ao longo de 20 anos, além dos índices diferenciados para as prestações, estes com redutores variados de ano para ano e com especificidades decorrentes de eventual opção do mutuário."

7. Segundo a ABECIP, estariam sendo cogitadas "formas alternativas que viabilizem o resgate da dívida do FCVS" e, "nesse sentido, um primeiro ensaio já foi feito em 1992, com a autorização para liquidação de US$ 1,5 bilhão, mediante a entrega aos credores de títulos (Letras Hipotecárias) de que é titular o FCVS. Além disso, o Conselho Curador do FCVS determinou a apresentação gradual dos cálculos pelos credores para verificação do cumprimento das condições de cobertura do FCVS, através de um cronograma de habilitações, que se encerra em setembro/93. Está previsto que, a partir de outubro/93, o processamento entre em curso normal pelo qual, tão logo encerrado o contrato do mutuário, são apresentadas as planilhas para verificação dos cálculos e autorização de pagamento".

8. Entretanto, "um fato novo, de extraordinária relevância, pode interferir - continua o relato daquela Associação - no regular funcionamento do FCVS e na implementação de soluções alternativas de pagamento de suas dívidas. É que a autorização para pagamento mediante dação de Letras Hipotecárias, na forma da Resolução n° 18/91, do Conselho Curador do FCVS, foi questionada em Juízo através de Ação Civil Pública intentada pelo Ministério Público Federal em Mato Grosso, o qual requereu a sustação dos procedimentos autorizados pelo citado ato administrativo."

9. Cumpre notar que o MM. Juiz Federal de Cuiabá, Dr. **NOVELY VILANOVA DA SILVA REIS**, deferiu liminarmente a suspensão da vigência do item II da citada Resolução n° 18/91, do Conselho Curador do FCVS.

10. Outrossim, observa a ABECIP que "em todo esse contexto há que se ter sempre presente a exigência legal de continuidade do fluxo de retorno dos financiamentos", acrescentando que, "a despeito de todas as alterações introduzidas na disciplina do FCVS, a lei sempre manteve a sequência dos pagamentos, sem que o processo de substituição do mutuário pelo Fundo, na implementação do resgate da dívida, importe em interrupção dos pagamentos. De fato, como se disse, a RC 25/67 do BNH previa a liquidação do resíduo, pelo Fundo, de uma só vez, tão-logo terminado o prazo contratado com o mutuário, enquanto que os Decretos-leis 2.164/84 e 2.406/88 e a Lei 8.004/90 escalonam esse resgate em 5, 8 ou 10 anos, mas sempre) iniciando-se os pagamentos 30 dias após o término do prazo actuado com o mutuário. A par das sucessivas violações dos direitos do credor, por força dos citados diplomas legais, perpetra-se agora uma nova violação, só que desta vez em decorrência de simples incapacidade do administrador do Fundo de conferir os cálculos apresentados pelo credor e auditados por auditoria independente."

11. Em face dessas considerações e "notadamente das dificuldades operacionais da CEF, que inviabilizam, em prazos realísticos, o processamento da liquidação das dividas de responsabilidade" do FCVS, a ABECIP formula os seguintes <u>quesitos</u>:

"1. A Resolução n° 18/91 do CCFCVS contém alguma impropriedade técnico - jurídica que vicie o processo de cálculo dos débitos do Fundo, à vista dos princípios que regem as finanças públicas?

2. A liminar deferida na ação civil pública de Mato Grosso pode comprometer a dinâmica de funcionamento do FCVS e de liquidação de suas dívidas? Qual o limite desse comprometimento?

3. Qual a fundamentação e quais os procedimentos adequados para cassação da liminar referida e, bem assim, para o enfrentamento da questão de mérito da ação?

4. No que tange ao procedimento em curso no Tribunal de Contas da União, versando sobre a mesma matéria da ação civil pública, quais os procedimentos a serem adotados?"

----------*----------

II -O SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO

a) a criação do SFH

12. A moradia constitui um verdadeiro **direito natural, fundamental e supraestatal** do homem, um daqueles direitos que, para PONTES DE MIRANDA, "se erguem diante do Estado, pela preeminência do direito das gentes, que -não obstante a sua imperfeição - é o direito **humano**, no mais alto grau" (in Comentários à Constituição, Ed. Borsoi, Tomo IV, pág. 238).

13. Se a natureza assegura, como condição de sobrevivência, abrigo a todas as espécies do reino animal, é inºuestionável o direito de moradia dos seres humanos, ainda que pobres, analfabetos e profissionalmente não-qualificados.

14. Essa, porém, não é a realidade, em várias partes do nosso planeta. Tampouco, em nosso País.

15. Após o término da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), configurou-se, nas grandes cidades brasileiras, uma grave crise habitacional, derivada da falta de habitações, mesmo que toscas, para abrigar a nossa população urbana, que, àquele tempo, crescia a taxas superiores a 3% ao ano e também se ampliava em face do êxodo das áreas rurais.

16. Tornou-se significativo o exemplo dos ex-pracinhas brasileiros, que, integrando a Força Expedicionária Brasileira - FEB, bravamente lutaram nos campos de batalha da Itália, ao lado dos soldados aliados, vencendo) as forças totalitárias do Eixo, mas que, ao retornarem à pátria e após calorosa recepção popular, defrontaram-se com a triste realidade: a falta de moradia condigna.

17. A esse tempo, aliás, a casa própria era privilégio das classes mais abastadas, enquanto a classe média era obrigada a disputar o aluguel - congelado por leis sociais de proteção dos inquilinos - das poucas unidades disponíveis e a classe pobre era forçada a deslocar-se para as favelas, os mocambos, as palafitas e outras aglomerações sub-humanas, juntando-se aos miseráveis e, assim, ampliando e ,

aprofundando esses verdadeiros enclaves sociais, em que tudo falta aos indivíduos, inclusive a lei.

18. Estava, desse modo, agravado o problema social da habitação, que vem desafiando todos os governos, toda a classe política, toda a elite, ao longo de cerca de meio século.

19. É bem verdade que os governos procuraram enfrentar tal problema. Logo em 1946, por exemplo, foi criada, pelo Decreto - lei n° 9.218, de 1º/5/1946, a Fundação da Casa Popular com a finalidade de fazer construir moradias para o povo. As Caixas Econômicas, por sua vez, desenvolveram programas de financiamento para a aquisição ou construção de habitações.

20. Mas todos esses mecanismos revelaram-se insuficientes para solucionar o problema, no grau em que ele já se apresentava.

21. Coube, então, ao Governo do Presidente CASTELLO BRANCO elaborar um plano corajoso e competente, o denominado Plano Nacional de Habitação, que se notabilizou não só por objetivar, precipuamente, a construção, a curto, médio e longo prazos, de centenas de milhares e mesmo de milhões de habitações ditas de interesse social, em quantidades e prazos compatíveis com as exigências sociais, mas também por instituir uma hábil e eficaz sistemática de auto. financiamento, sem envolver a utilização de recursos públicos, orçamentários ou extra-orçamentários.

22. Afora isso, o Plano visava a elevar o nível de emprego nos centros urbanos, utilizando, na construção civil, a mão-de-obra não-qualificada, fartamente disponível, nas grandes cidades e no campo, bem assim estimular a plena utilização da nossa indústria de materiais de construção.

23. O Plano foi implementado pela Lei n° 4.380, de 21/8/64, que criou o denominado Sistema Financeiro da Habitação, popularizado pela sigla "SFH", composto de diversos instrumentos, para propiciar os recursos necessários ao financiamento da construção e venda de uma massa de habitações, bem assim de uma estrutura operacional, compreendendo o Banco Nacional da Habitação -BNH (uma autarquia federal) e as sociedades de crédito imobiliário, entidades privadas de

crédito especializado (hoje substituídas por carteiras especializadas dos bancos múltiplos), além das entidades públicas federais, estaduais e municipais, fundações e cooperativas já existentes.

b). a introdução da correção monetária nos contratos imobiliários

24. O instrumento fundamental para a execução do Plano foi a introdução da correção monetária, a fim de dar expressão sempre atualizada a valores monetários e, assim, contrabalançar e neutralizar os efeitos nocivos da inflação, particularmente o da desvalorização ou perda do poder aquisitivo da moeda nacional.

25. A correção monetária, instituída em relação ao SFH, foi, como se sabe, precedida da correção do ativo imobilizado das empresas e da criação da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN) e, depois, aplicada aos débitos fiscais e, em seguida, estendida a todos os setores da economia nacional e a todos os negócios jurídicos, tomando-se indispensável para proteger os ativos financeiros diante do continuado processo de desvalorização da moeda, inobstante funcionar, também, como fator realimentador da inflação.

26. JULIAN CHACEL, MÁRIO HENRIQUE SIMONSEN e ARNOLDO WALD salientam que os objetivos básicos da introdução da correção monetária no SFH foram: "a) evitar que, com a inflação, os mutuários , amortizem seus financiamentos em moeda desvalorizada, beneficiando-se de taxas reais de juros fortemente negativas; b) tornar o mercado de crédito a longo prazo suficientemente atrativo para a) captação de poupanças privadas; c) manter a capacidade de , refinanciamento do sistema, pela defesa do poder aquisitivo das amortizações e juros por ele recebidos" (In A Correção Monetária, Apec Editora, pág. 124).

27. "A correção - já assinalamos - objetiva, na realidade, dar nova expressão monetária à dívida, mantendo o respectivo valor incólume aos efeitos da inflação e da desvalorização da moeda de curso legal no País. É a forma pela qual os ativos financeiros podem ser defendidos desses efeitos..." (In "Pareceres do Procurador-Geral da Fazenda Nacional", Vol. 1979 - 1984, pág. 34).

28. A citada Lei n° 4.380/64 prescreveu a introdução da correção monetária nos contratos imobiliários do SFH, viabilizando, desse modo, em pleno

período inflacionário, o financiamento da construção e venda de habitações, sem desfalcar os capitais investidos.

29. É relevante destacar, pela conexão com o tema em estudo, que a Lei admitia "o reajustamento das prestações mensais de amortização" e juros, com "a consequente correção do valor monetário da dívida toda vez que o salário-mínimo legal" fosse alterado. Em outras palavras, os valores da prestação e do saldo devedor da dívida eram reajustados nas mesmas datas e pelos mesmos índices.

30. Baseado em "índice geral de preços mensalmente apurado ou adotado pelo Conselho Nacional de Economia" (hoje extinto) que refletisse "adequadamente as variações no poder aquisitivo da moeda nacional", o reajustamento, contratualmente pactuado, era efetuado na mesma proporção do referido índice, "desde o mês da data do contrato até o mês da entrada em vigor de um novo nível de salário-mínimo" e "entre os meses de duas alterações sucessivas do nível de salário-mínimo". Cada reajustamento entrava em vigor sessenta dias após a data de vigência da alteração do salário mínimo.

c) as fontes de financiamento

31. O SFH, como concebido pela Lei n° 4.380/64, era auto-financiável, isto é, suas fontes de financiamento não eram representadas por recursos públicos, a fundo perdido ou doação.

32. Não se tratava, portanto, de mais um programa governamental de caráter paternalista.

33. As fontes de financiamento do SFH eram, inicialmente, os depósitos de poupança, as letras imobiliárias e uma contribuição das empresas.

34. Os **depósitos de poupança**, mais conhecidos como "cadernetas de poupança", monetariamente atualizados - de início, após um ano, a cada trimestre civil - e vencendo juros, restabeleceram, entre nós, o salutar hábito da poupança e propiciaram, ao Sistema, expressiva soma de recursos. Tais depósitos, que não podiam ser movimentados mediante cheques, alcançaram o mais amplo sucesso, que se mantém até os dias presentes, inobstante diversos fatores adversos supervenientes.

35. As **letras imobiliárias** (hoje extintas), nominativas ou ao portador,

eram títulos de crédito que constituíam, nos precisos termos da Lei n° 4.380/64, uma "promessa de pagamento", sendo emitidas, inicialmente, em "Unidades-Padrão de Capital-UPC", reajustáveis semestralmente, de acordo com índices estabelecidos pelo extinto Conselho Nacional e de Economia, e venciam juros (reais) de 8% ao ano.A Lei previa casos a de subscrição compulsória desses títulos.

36. A contribuição das empresas, de caráter compulsório, era de 1% mensal sobre o montante das respectivas folhas de pagamento e destinava-se à constituição do capital do BNH. Foi elevada para 1,2 % pela Lei n° 4.863, de 29-11-65, e extinta pela Lei n° 5.107, de 13-9-66.

37. Substanciais recursos foram agregados aos fundos do SFH., pela Lei a n° 5.107/64, que instituiu o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço - o FGTS, um regime criado, à opção dos empregados, como alternativa à garantia da estabilidade no emprego, a qual se revelava como fator "fortemente inibidor dos investimentos privados e do nosso desenvolvimento econômico e, por consequência, da geração de novos empregos.

38. Consoante a referida Lei, coube ao BNH a gestão do FGTS, constituído pelo conjunto das denominadas "contas vinculadas" em nome de cada, empregado, sendo os respectivos recursos "aplicados com correção monetária e juros, de modo a assegurar cobertura de suas obrigações".

39. Essas normas foram reproduzidas, mais tarde, pelas Leis nos 7.839, de 12-10-89, e 8.036, de 11-5-90, que reestruturaram o FGTS. Além disso, os depósitos e rendimentos das contas vinculadas podiam ser utilizados, pelos respectivos titulares, na aquisição de moradia própria.

d). <u>O Banco Nacional da Habitação - BNH e as sociedades de crédito imobiliário</u>

40. A estrutura do SFH compreendia o Banco Nacional da Habitação (BNH), os órgãos federais, estaduais e municipais, inclusive sociedades de economia mista, que operavam no financiamento de habitações e obras conexas, bem assim as cooperativas, fundações e outras formas associativas, para a construção ou aquisição de casa própria, e as os sociedades de crédito imobiliário.

41. O Banco Nacional da Habitação - (BNH) foi criado pela Lei n° 4.380/64, com a natureza de autarquia federal, transformada em empresa

pública federal pela Lei n° 5.762, de 14-12-71. O capital do BNH pertencia integralmente à União.

42. Dentre outras atribuições, cabia ao BNH orientar, disciplinar e controlar o SFH; disciplinar o acesso das sociedades de crédito imobiliário ao mercado nacional de capitais; refinanciar as operações das sociedades de crédito imobiliário.

43. Outrossim, cabia ao BNH operar exclusivamente como órgão orientador, disciplinador e de assistência financeira, sendo-lhe vedado operar diretamente em financiamento, compra e venda ou construção de habitações.

44. Competia-lhe, além disso, autorizar e fiscalizar o funcionamento das sociedades de crédito imobiliário; estabelecer as condições gerais a que deviam satisfazer as aplicações do SFH quanto a limites de risco, prazo, condições de pagamento, seguro, juros e garantias; fixar os limites de emissão e as condições de colocação, vencimento e juros das letras imobiliárias, bem como as condições do seguro de suas emissões etc.

45. No exercício de suas atribuições, o BNH devia obedecer aos limites globais e às condições gerais fixadas pelo antigo Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito -SUMOC.

46. Outra grande novidade do Plano foi a autorização dada pela Lei n° 4.380/64, para a criação das sociedades de crédito imobiliário, entidades privadas sob a forma de sociedades por ações, com a finalidade de operar em financiamento da construção, venda ou aquisição de habitações e que, para captar recursos, podiam emitir letras imobiliárias e receber depósitos de poupança.

47. Posteriormente, o Decreto - lei n° 70, de 21-11-66, autorizou o funcionamento das associações de poupança e empréstimo, sob a forma de sociedades civis, destinadas a propiciar ou facilitar a aquisição de casa própria aos associados e captar, incentivar e disseminar a poupança.

III - O DESCOMPASSO ENTRE A CORREÇÃO MONETÁRIA DO SALDO DEVEDOR E DAS PRESTAÇÕES DOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS DO SFH

a) as razões de política social

48. Como já destacado, a introdução da correção monetária, nos contratos imobiliários, nos depósitos de poupança e no valor das letras imobiliárias, compondo o SFH, foi, incontestavelmente, a medida fundamental para assegurar a higidez financeira da execução da política habitacional implantada pela Lei n° 4.380/64.

49. Na essência, as parcelas de correção monetária pagas pelos adquirentes das unidades habitacionais financiadas, aos agentes financeiros, eram por estes entregues, sob o mesmo título, aos titulares das contas de poupança e aos possuidores das letras imobiliárias, cujos recursos depositados ou investidos constituíam fonte das operações de financiamento da compra ou da construção das habitações. A correção monetária incidia de igual modo nos créditos e nas dívidas.

50. Logo se verificou, no entanto, que o Sistema revelava falhas, por força de fatores externos imprevisíveis ou, pelo menos, de inesperado nível de interferência.

51. Tais fatores foram, principalmente, o processo inflacionário e o baixo poder aquisitivo da população. Ainda merece menção o desnível, por razões conjunturais, entre o valor do saldo devedor de um financiamento e o valor de mercado da unidade habitacional financiada, tornando-se comum, então, a ocorrência de o saldo devedor de um financiamento revelar-se superior ao valor de mercado da unidade habitacional financiada, ainda que muitas prestações já houvessem sido pagas.

52. Por esses ou por outros motivos, começaram a ocorrer e a se acumularem inúmeras inadimplências na execução dos contratos imobiliários do SFH.

53. Diante desse quadro e no objetivo maior de manter e aprimorar o SFH, razões de política social estavam a exigir a adoção de medidas que redundassem na rápida solução dos problemas.

b) a garantia ou seguro

54. Foram, portanto, razões precipuamente sociais que ditaram a criação de uma válvula de escape para as pressões que comprimiam os parcos salariais da maior parte dos adquirentes de unidades habitacionais através do SFH.

55. Com essa **ratio legis**, o Conselho de Administração do 8NH expediu a Instrução nº 5, de 27.01.66, segundo a qual as operações do SFH seriam corrigidas monetariamente, em cada trimestre civil, de acordo com a variação do valor das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN).

56. Esse ato estava justificado em diversos "considerandos", dos quais merecem destaque os seguintes:

> "Considerando que a fixação da correção monetária deve consistir em uma fórmula aplicável a todas as operações do sistema dentro de um princípio de unidade e coerência;
> Considerando que o Sistema Financeiro da Habitação atende a duas faixas de aplicação, uma das quais de reduzido poder de poupança e menos capaz de atender a um possível reajustamento da prestação sem acréscimo salarial imediato;
> Considerando, enfim, que, mantida a unidade de critério da correção, poderão as aplicações obedecer a dois planos quanto ao reajustamento das prestações".

57. A referida Instrução prescreveu, expressamente, a correção, pela variação do valor da **ORTN**, dos **saldos devedores** dos financiamentos concedidos pelos orgãos integrantes do SFH e destinados à aquisição ou construção da casa própria com pagamento aprazo.

58. No entanto, **as prestações** desses mesmos financiamentos passaram a ser reajustadas segundo **dois planos**: "A" e "8", o último, pela variação da ORTN, e o primeiro pela variação do valor do maior salário- mínimo vigente no País.

59. O plano "A", mais benéfico, era destinado à "erradicação de aglomerados de habitações anti-higiênicas" e "a atender às classes de baixa renda", limitadas as aplicações "a habitações de valor unitário igualou inferior a setenta e cinco vezes o maior salário-mínimo no país".

60. Para atender ao descompasso temporal entre a correção monetária do saldo devedor e a do montante das prestações, a mencionada Instrução admitiu, em relação às operações do "Plano A", o prazo de amortização de vinte e cinco anos.

61. Tendo em vista que a gravidade do quadro se acentuava, o Governo, ainda por razões de ordem política e social, editou o Decreto -lei n° 19, de 30.08.66, cujos "considerandos" são bem esclarecedores quanto à matéria nele contida:

"Considerando que o problema da correção monetária aplicada às operações habitacionais atinge a maioria da população nacional;

Considerando que, dada a diversidade de critérios preconizados pelas leis que regem a matéria, a sua aplicação tem gerado dúvidas e incertezas sobre ponto de suma importância na vida das classes menos favorecidas, o que pode acarretar intranquilidade social;

Considerando que, dada a finalidade eminentemente social do Banco Nacional da Habitação, deve lhe ser concedida maior autonomia para regulamentar os diversos critérios a serem adotados na aplicação da correção monetária nas operações habitacionais;

Considerando a necessidade de serem uniformizados os índices que refletem a depreciação monetária adotando-se como padrão os fixados pelo Conselho Nacional de Economia, mas também a conveniência de serem admitidos critérios e condições de aplicação da correção com maior flexibilidade;

Considerando a urgência de promulgação de norma legal que ponha fim ao estado de incerteza das dúvidas e fatos acima referidos e que desta forma restitua a tranquilidade social a que está indiscutivelmente ligada a segurança nacional".

62. O art. 1º desse Deçreto - lei prescreveu a obrigatória inclusão, em todas as operações do SFH, de cláusula de correção monetária, de acordo com os índices fixados pelo antigo Conselho Nacional de Economia, para correção do valor das ORTNs e segundo instruções a serem expedidas pelo BNH.

63. Todavia, o art. 2º, do mesmo Decreto -lei, facultou o reajustamento de das prestações dos contratos imobiliários do SFH com base na variação do valor do salário-mínimo, desde que tivessem por objeto imóveis residenciais de valor unitário inferior a setenta e cinco salários-mínimos e se destinassem a atender necessidades habitacionais de famílias de baixa renda.

64. Invocando o aludido Decreto - lei n° 19/66, o Conselho de Administração do BNH resolveu expedir a Resolução n° RG/25/67, de 16.06.67, também justificada em "considerandos", a saber:

> "Considerando que a correção monetária dos empréstimos habitacionais têm por finalidade a justiça social e o princípio da igualdade de oportunidade;
>
> Considerando que a Instrução n° 5 do Conselho de Administração do Banco Nacional da Habitação vem apresentando resultados favoráveis em sua aplicação efetiva por milhares de adquirentes de habitações;
>
> Considerando, entretanto, a conveniência de afastar a incerteza dos financiados que, sem conhecimento dos pormenores operacionais da cotada instrução n° 5, desejam assumir dívidas com prazo de amortização limitado;
>
> Considerando que a segurança Técnica do sistema pode ser aprimorada com um critério de reajuste das prestações coincidente com os reajustes salariais;
>
> Considerando que, mantido o princípio da correção do saldo devedo a contratação de formas flexíveis de reajustamento das prestaçõe em nada altera o poder aquisitivo dos recursos investidos em habitação".

65. Tal Resolução, a par de ampliar a faixa das aplicações do "PlanoA" (o limite foi elevado para "habitações de valor até 500 salários-mínimos"), criou o "Plano C", cujas prestações seriam reajustadas pela "variação do maior salário-mínimo vigente no País", mas com início de vigência no mês imediatamente seguinte àquele em que houvesse ocorrido o último aumento, antes do contrato, da classe a que pertencesse o financiado.

66. Para os três planos, todavia, a Resolução manteve a regra de correção monetária trimestral dos saldos devedores das operações do Sistema, segundo a variação do valor da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional.

67. Não obstante, como a regra de limite de prazo para a amortização do financiamento pelos critérios dos planos "A" e "C" poderia inviabilizar o beneficio, a Resolução n° 25/67 criou o Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS), destinado, precisamente, a cobrir o descompasso entre a correção monetária do saldo devedor

financiamento (pela variação da ORTN) e a correção monetária do valor das prestações mensais (pela variação do salário-mínimo), após o decurso do prazo máximo de amortização e sua prorrogação, ou seja, o chamado saldo devedor residual.

68. Prescrevia o item 10 da referida Resolução: "o Fundo **garantirá** aos adquirentes de habitações financiadas pelos planos A e C de reajustamento das prestações a inteira amortização da dívida dentro de prazo total nunca superior a 50 % a mais do que o inicialmente contratado".

69. O Fundo, esclarecia o item 11, "operará com a entrega ao credor, em nome do devedor, do eventual saldo da dívida, apurado no último mês do prazo máximo de prorrogação".

70. Assim, o BNH, mediante ato praticado no exercício de suas atribuições legais, instituiu uma "garantia", consistente na obrigação de um terceiro, o FCVS (garantidor) efetuar o pagamento, aos agentes financeiros (credores), em nome dos adquirentes de habitações populares segundo os planos "A" e "C" (devedores), da diferença acaso remanescente do confronto entre o saldo devedor do financiamento, monetariamente corrigidas, pela variação da ORTN, e o montante das prestações pagas, também monetariamente corrigidas, mas pela variação do salário - mínimo, até o término do prazo contratual e sua prorrogação.

71. Entretanto, poderia, em tese, ocorrer que o reajuste salarial superasse o reajustamento do valor da ORTN. Se assim fosse, o montante das prestações pagas pelo adquirente da habitação - de acordo com os planos "A" e "C", presumidamente mais benéficos - viria a ser maior do que se o reajuste seguisse a variação da UPC (ORTN).

72. Prevendo essa hipótese, a Resolução n° 25/67, do BNH, estabelecia que, "se o saldo for credor, será imediatamente devolvido ao financiado, acompanhado da correção monetária trimestral e dos juros a que tiver direito".

73. A inclusão, na relação contratual entre o agente financeiro e o adquirente da habitação financiada, da aludida "garantia" dependia de acordo entre as partes contratantes e importava, para este último, no pagamento de uma "taxa de contribuição", no valor correspondente ao de "uma prestação de amortização e juros na dívida garantida".

74. Inobstante o **nomen juris - garantia**, a figura jurídica em foco mais se assemelhava a um seguro. Com efeito, a garantia poderia ser tida como uma **fiança**, a caução fidejussória, que se dá "quando uma pessoa se obriga por outra, para com o seu credor, a satisfazer a obrigação, caso o devedor não a cumpra" (Código Civil, art. 1.481), assinalando CLOVIS BEVILÁOUA que a fiança convencional é um contrato, "ordinariamente, benéfico em relação ao devedor, a quem o fiador presta, por via de regra, um servigo gracioso" (ln Código Civil, Liv. F.Alves, Vol. V, pág. 246).

75. Já o **seguro** é a espécie contratual pela qual uma das partes (segurador) se obriga para com a outra (segurado), mediante a paga de um prêmio, a indenizá-Io do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato, conforme o preceito do art. 1.432 do Código Civil, lembrando CLÓVIS que, "em regra, quem toma o seguro é o próprio segurado; mas pode o seguro, também, ser tomado por conta de outrem ou a favor de terceiro /.../"(op. cit., pág. 191).

76. No caso, o FCVS seria **o segurador**; o adquirente da habitação financiada seria o **segurado**, o tomador do seguro a favor de terceiro; este seria o agente financeiro credor; a "taxa de contribuição" constituiria o **prêmio**; o termo aditivo ao contrato substituiria a apólice, o instrumento do contrato de seguro; e, por fim, a "garantia subsidiária' do 8NH corresponderia a uma espécie de resseguro.

77. É oportuno assinalar que, **ex vi** da Resolução n° 36, de 1969, do Conselho de Administração do BNH, os supracitados planos "A" e "C" foram substituídos pelo Plano de Equivalência Salarial (PES) e o plano "B" passou a denominar-se Plano de Correção Monetária

c) *os subsídios habitacionais*

78. O recrudescimento do processo inflacionário e o agravamento da crise social, em nosso País, induziram o Governo e o Legislador à busca de novos instrumentos de amparo às classes menos favorecidas, na aquisição ou construção da moradia própria.

79. Todavia, as medidas sucessivamente adotadas com tal **desideratum** acabaram por transformar, radicalmente, a **garantia** (ou seguro) concedida pelo FCVS em verdadeiros **subsídios habitacionais**, a serem custeados, afinal, pelo Tesouro Nacional, com os recursos

provenientes dos tributos pagos por toda a coletividade, ricos ou pobres, beneficiários ou não das novas diretrizes do SFH.

80. A criação desses subsídios representou, na realidade, uma modificação da própria essência do SFH, transformando-o de uma inovadora sistemática auto-financiável em mais um programa de assistência - ainda que socialmente justo e conjunturalmente necessário a pressionar a caixa do Tesouro Nacional, em oposição às políticas de eliminação do déficit fiscal e combate à inflação.

81. Antes, porém, os Decretos-leis nºs 1.145, de 31-12-70, e 1.108, de 21-9-71, expedidos pelo Presidente EMILIO MÉDICI, concederam benefícios fiscais, consistentes em abatimento da renda bruta, para efeito de imposto de renda, do valor dos juros e de parcelas das prestações pagas pelos mutuários. Mais adiante, o Decreto - lei n° 1.358, de 12-11-74, baixado pelo Presidente ERNESTO GEISEL, instituiu um crédito equivalente a 10% dos pagamentos efetuados pelos mutuários, no ano-base. Foram, na verdade, doações à conta da receita tributária, mas que não beneficiaram justamente os mais necessitados, isentos do imposto de renda.

82. Depois dessa fracassada experiência, o Governo do Presidente JOÃO FIGUEIREDO baixou o Decreto n° 88.371, de 7.6.83, que, à opção dos mutuários do SFH e nas condições nele estabelecidas, limitou, no período de 1º julho a 31 de dezembro daquele ano, o percentual de reajustamento das prestações mensais, imputando ao FCVS "os eventuais encargos financeiros adicionais" decorrentes de suas prescrições.

83. Em face da chamada "crise do petróleo" (a elevação, no mercado externo, do preço médio do barril de US$ 2.54, em 1973, para US$ 11.50, em 1976, US$ 29.46, em 1980, e US$ 34.43, em 1981) e a "crise do mercado financeiro internacional" (a insolvência da Polônia, as dificuldades de grandes empresas alemãs, canadenses e americanas, a guerra das Malvinas, a moratória do México e, finalmente, o insucesso da reunião do Fundo Monetário Internacional, em setembro de 1982, na cidade de Toronto, no Canadá), tornou-se indispensável, como ocorreu mesmo nos países desenvolvidos, um forte reajustamento interno de nossa economia, para enfrentar os efeitos daqueles fenômenos, entre os quais a reaceleração do processo inflacionário.

84. Nessa conjuntura, invocando "os fatores de estrangulamento impostos à economia brasileira pela crise intenacional" e a "necessidade de se evitar o agravamento do problema do desemprego", da adoção de um "programa de saneamento econômico" e "de se distribuir com justiça os ônus decorrentes do processo de ajustamento", o Presidente JOÃO FIGUEIREDO expediu o Decreto - ei n° 2.045, de 13-7-83, para adotar medidas de política salarial, contenção do reajuste dos aluguéis nas locações residenciais e a limitação, a 80% (oitenta por cento) do índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), do percentual do reajustamento das prestações mensais devidas, pelos mutuários do SFH, no período de 1º de julho de 1983 a 30 de junho de 1985, à opção destes.

85. Conforme o Decreto - lei, os saldos devedores eventualmente existentes deveriam ser resgatados pelos mutuários, após o término dos prazos contratuais, mediante aditamento a ser pactuado.

86. Ainda no mesmo ano, o Decreto - lei n° 2.065, de 26.10.83, estabeleceu nova sistemática de reajuste das prestações dos financiamentos vinculados ao SFH, isto é, a mesma proporção do maior salário - mínimo, com periodicidade semestral ou anual, ou a da UPC, a cada trimestre civil.

87. No período de 1º de julho de 1983 a 30 de junho de 1985, o reajuste, por força daquele Decreto - lei, foi fixado na base de 80% (oitenta por cento) da variação do maior salário-mínimo, cabendo ao BNH regular a forma de amortização da parcela do saldo devedor remanescente.

88. A crise econômica e social, no entanto, persistia e, no âmbito do SFH, continuava a se elevar, gravemente, o número de mutuários inadimplentes, configurando-se mesmo uma situação de verdadeira "falência" da sistemática criada vinte anos antes.

89. Por essa razão, o Governo do Presidente JOÃO FIGUEIREDO baixou o Decreto - lei n° 2.164, de 19.9.84, que instituiu um **incentivo financeiro** para os adquirentes de moradia própria através do SFH, correspondente aos percentuais de 20%, 15%, 10% e 5% do valor das prestações, conforme as hipóteses especificadas em seus dispositivos.

90. O incentivo era representado por bônus utilizáveis pelos mutuários do SFH, para abatimento do valor das respectivas prestações, sendo resgatáveis pelo BNH, no prazo máximo de cinco anos, em parcelas

mensais, remuneradas com juros às mesmas taxas estipuladas no contrato de cada mutuário, e monetariamente atualizadas de acordo com a variação da UPC.

91. Na realidade, tal incentivo financeiro (bônus) constituía-se numa doação feita pelo BNH aos adquirentes de moradia através do SFH, ou, em outras palavras, um verdadeiro subsídio habitacional a ser pago, em algum momento, pelos cofres públicos.

92. O citado Decreto - lei n° 2.164/84, todavia, foi muito mais longe no **subsídio à habitação**. de fato, o art. 4º desse diploma legal imputou ao BNH a responsabilidade pelo resgate dos "saldos devedores residuais existentes ao término dos contratos para aquisição de moradia própria".

93. Com larga desenvoltura, fazendo tábula rasa do clássico princípio de que pacta sunt servanda e interferindo no ato jurídico perfeito (os contratos celebrados, de acordo com a lei vigente na época da celebração, entre os adquirentes de moradia através do SFH e os agentes financeiros), constitucionalmente protegido, o Decreto - lei nº 2.164/84 preceituou que "os resíduos dos saldos devedores decorrentes de contratos firmados" até a data de sua publicação fossem resgatados aos agentes financeiros, em prestações mensais, no prazo de até quatro anos.

94. Tratava-se, portanto, de um fantástico subsídio a ser custeado pelo BNH, "através dos fundos por ele administrados", vale dizer pelo FCVS e, em última análise, pelos cofres públicos.

95. Essas medidas constituíram, por outro lado, um verdadeiro atestado da inviabilidade do SFH, como inicialmente concebido, em face do recrudescimento do processo inflacionário e da crise sócio-econômica de nosso País.

96. Cumpre notar que, pelas normas do citado Decreto - lei, os subsídios então criados, em favor dos adquirentes de moradia através do SFH, seriam custeados pelo FCVS, constituído, afinal, por contribuições dos próprios beneficiários.

97. Diante da inviabilidade financeira dessa solução, o Decreto - lei n° 2.164/84 ampliou a contribuição dos adquirentes de moradia própria e

criou uma contribuição dos agentes financeiros e, para atender especificamente ao subsídio relativo ao resgate, pelo BNH (FCVS), dos saldos devedores residuais, previu a alocação de recursos nos Orçamentos da União e o destaque de 30% (trinta por cento) dos recursos do Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL), durante dez exercícios.

98. Ainda deve ser salientado que o Decreto - lei n° 2.164, de 19.9.84, introduziu radical modificação nos aludidos planos e nos critérios de reajuste das prestações mensais. De acordo com o disposto no seu art. 9º, "os contratos para aquisição de moradia própria através do SFH" deveriam estabelecer 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", excluída a parcela que excedesse, em sete pontos percentuais, a variação da UPC, em igual período.

99. Tratava-se do denominado Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP), que, de modo amplo, estabeleceu, nas operações para aquisição de moradia própria do SFH, a prevalência do aspecto social sobre o meramente financeiro.

100. No Governo do Presidente JOSÉ SARNEY, foi baixado o Decreto - lei n° 2.291, de 21.11.86, que extinguiu o BNH.

101. A essa época, as prestações pagas pelos adquirentes de moradia através do SFH, em face da garantia e dos subsídios concedidos, eram significativamente insuficientes para liquidar o saldo devedor do financiamento, gerando, em conseqüência, maiores responsabilidades para o FCVS.

102. Por essa razão e dada a responsabilidade da União pelas obrigações do FCVS, o Decreto - lei n° 2.291/86 concedeu um novo benefício aos mutuários do SFH, qual seja, a faculdade de **liquidação integral** do saldo devedor, com **abatimento**, nos termos e condições a serem fixados pelo Conselho Monetário Nacional, cabendo ao FCVS **compensar** os agentes financeiros pelos abatimentos concedidos, mas nos montantes, condições e prazos estabelecidos pelo referido órgão colegiado.

103. Na realidade, porém, a liquidação integral do saldo devedor, com o abatimento concedido, mais beneficiava o próprio FCVS, na medida

em que interrompia o continuado crescimento de suas obrigações, em face das diversas concessões deferidas pela Lei aos mutuários do SFH.

104. Usando das atribuições que lhe foram conferidas pelo Decreto - lei nº 2.291/86, o Conselho Monetário Nacional, conforme Resolução nº 1.218, de 24.11.86, do Banco Central do Brasil, aprovou a fórmula para cálculo do desconto em favor dos adquirentes de unidades residenciais através do SFH, que, até 30 de novembro de 1987, liquidassem antecipadamente, ou transferissem a terceiros, o saldo devedor integral dos respectivos contratos.

105. A Resolução reafirmou a responsabilidade do FCVS pelo ressarcimento ao agente financeiro, no prazo de cinco anos, do valor do desconto, nas condições estabelecidas.

106. Objetivando limitar o crescimento desmedido das obrigações do FCVS, o Decreto - lei n° 2.349, de 29.7.87, baixado pelo Presidente JOSÉ SARNEY, veio estabelecer que somente teriam a cobertura de resíduos dos saldos devedores, por aquele Fundo, os contratos pertinentes ao SFH firmados a partir da data de sua publicação, cujo financiamento não excedesse a valor a ser fixado pelo Conselho Monetário Nacional.

107. O Decreto - lei tornou claro que, em relação aos novos contratos, sem cláusula de cobertura pelo FCVS, os mutuários teriam de liquidar os resíduos dos saldos devedores pela forma pactuada com os agentes financeiros.

108. Pelo Decreto -lei n° 2.406, de 5.1.88, o benefício da liquidação do saldo devedor, com **abatimento**, foi limitado aos mutuários do SFH que houvessem firmado os respectivos contratos até 28 de fevereiro de 1986 (data do chamado "Plano Cruzado"). E, no caso de venda do imóvel, o benefício foi mantido, mas, para o comprador, a concessão do financiamento passou a reger-se pelas novas normas do SFH.

109. Consoante a Resolução n° 1.448, de 5/1/88, expedida pelo Banco Central, o Conselho Monetário Nacional baixou as normas para a aplicação dos benefícios previstos no citado Decreto - lei n° 2.291/86, com as alterações introduzidas pelo Decreto - lei n° 2.406/88. O desconto foi fixado em 25% do saldo devedor contábil, monetariamente

atualizado pelos mesmos índices dos depósitos de poupança, sendo estabelecidas, para o caso de venda do imóvel, diversas condições para a concessão de novo financiamento.

110. No último dia do Governo do Presidente JOSÉ SARNEY, foi sancionada e publicada a lei n° 8.004, de 14.3.90, que estabeleceu novas regras sobre a **transferência de financiamentos** no âmbito do SFH.

111. Pela regra geral, o novo mutuário deveria assumir a responsabilidade pelo "saldo devedor contábil da operação" (art. 1º). Foram, contudo, excepcionados: (a) os financiamentos de menor valor conforme faixas e períodos enumerados, em que o novo mutuário deveria substituir o devedor, nas mesmas condições e com os mesmos encargos do contrato original, isto é, beneficiando-se dos subsídios concedidos; (b) os financiamentos de maior valor, contratados até 28 de fevereiro de 1986 (data do "Plano Cruzado"), em que o novo mutuário deveria assumir a responsabilidade pela metade do saldo devedor originário, monetariamente atualizado (arts. 2º e 3º).

112. A lei facultou, ao mutuário do SFH que haja firmado contrato até 28.2.86, contendo cláusula de cobertura, pelo FCVS, de eventual saldo devedor residual, a **liquidação antecipada**, a qualquer tempo, de sua dívida, mediante o pagamento de **metade do saldo devedor contábil da operação**, devidamente atualizado, ou do **montante equivalente ao valor total das mensalidades** (art.5º) e estendeu as novas regras de reajuste das prestações mensais dos contratos de financiamento firmados no âmbito do SFH aos Planos de Equivalência Salarial por Categoria Profissional e Plena (art.22), com o objetivo de reduzir os saldos devedores residuais.

113. Ao facultar, aos mutuários do SFH, a redução à metade do saldo devedor contábil da operação, nas hipóteses de transferência do financiamento a novo mutuário (art. 3º) e liquidação antecipada da dívida (art. 5º), a citada lei prescreveu, de modo imperativo, que tais abatimentos "serão suportados pelas instituições financiadoras, em valores equivalentes a vinte por cento" do saldo respectivo (art. 7º), criando, pois, uma **imposição pecuniária compulsória**, sem qualquer fundamento constitucional ou impondo um **confisco** constitucionalmente vedado.

114. Outrossim, alei n° 8.100, de 5-12-90, sancionada pelo Presidente FERNANDO COLLOR, estabeleceu novos critérios de reajuste das

prestações mensais pactuadas nos contratos de financiamento firmados no âmbito do SFH, pelo Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES / CP).

115. Destarte, a Lei n° 8.177, de 1/3/91, o chamado "Plano Collor II", veio finalmente pôr cobro à longa fase de subsídios habitacionais à conta dos cofres públicos, que, se beneficiou milhares e milhares de pessoas desassistidas, por outro lado privilegiou muitos mutuários.

116. De fato, a Lei extinguiu o descompasso entre os saldos devedores e o montante das prestações das operações de financiamento da aquisição ou construção de moradia própria através do SFH. Pelo art. 18, passaram a ser monetariamente atualizados, pela "taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos de poupança", nas condições mencionadas, todos os saldos devedores e as prestações dos contratos celebrados com os mutuários do SFH, bem assim as operações ativas e passivas dos fundos vinculados ao Sistema e as operações do FCVS.

117. Finalmente, a Lei n° 8.692, de 28-7-93, sancionada pelo Presidente ITAMAR FRANCO, introduziu substanciais modificações no SFH, utilizando, inclusive, nova terminologia.

118. Assim, foi criado o "Plano de Comprometimento de Renda (PCR), como modalidade de reajustamento de financiamento habitacional", que limita a 30% (trinta por cento) da renda bruta do mutuário o percentual destinado ao pagamento dos "encargos mensais" (prestações) relativos ao respectivo contrato (arts. 1º a 5º).

119. Nesse novo Plano, o reajuste dos encargos mensais e dos saldos devedores passaram a ser efetuados na mesma periodicidade e pelos mesmos índices utilizados para a atualização: (a) das contas vinculadas ao FGTS, quando a operação for lastreada com recursos desse Fundo; (b) dos depósitos de poupança, nos demais casos (art. 15).

120. Nas operações referentes ao Plano de Equivalência Salarial (PES), os encargos mensais dos mutuários também foram limitados a 30% (trinta por cento) da renda bruta do mutuário (art. 11), sendo reajustados no mesmo percentual e na mesma periodicidade dos aumentos salariais da categoria profissional do mutuário (art. 8º).

121. Prevendo, num ou noutro Plano, a hipótese de **diferenças** entre as quotas mensais de amortização suficientes para a extinção da dívida,

no prazo contratado, e as quotas mensais efetivamente pagas (saldo devedor residual), a Lei prescreve sucessivos procedimentos: (a) "recálculo" dos encargos mensais; (b) dilação do prazo contratual; (c) pagamento escalo nado pelo mutuário; (d) pagamento por seguro especialmente contratado para esse fim, pelo mutuário (art. 13).

122. Os novos critérios somente serão aplicáveis aos contratos anteriormente celebrados "por acordo entre as partes".

123. A nova Lei, expressamente autoriza "o Poder Executivo a adotar **política de subsídio** temporário, pessoal e intransferível, destinado a famílias de baixa renda", cujo financiamento não ultrapasse determinados limites. Realisticamente, tal permissivo é condicionado à existência de **recursos orçamentários específicos**.

De todo o exposto nesta seção, aflora a conclusão de que os **subsídios habitacionais** prescritos pelas normas legais antes citadas geraram um descompasso entre a correção monetária do saldo devedor e o montante das prestações dos contratos do SFH, o denominado **saldo devedor residual**, ao final do prazo de amortização do financiamento, sendo a diferença imputada ao FCVS, cujos recursos provenientes de fontes ordinárias revelam-se insuficientes para atender a todas as suas responsabilidades, como prescritas pela lei, tornando-se clara, em conseqüência, a **responsabilidade da União** pelas obrigações remanescentes do aludido Fundo.

----------*----------

IV - O FUNDO DE COMPENSACÃO DE VARIAÇÕES SALARIAIS - FCVS

a) *a criação e o posterior tratamento legal e regulamentar*

124. O FUNDO DE COMPENSAÇAO DE VARIAÇOES SALARIAIS (FCVS) foi criado pela Resolução n° 25, de 16.6.67, do Conselho de Administração do BANCO NACIONAL DA HABITAÇÃO, **verbis**:

> "6. Fica criado o Fundo de Compensação das Variações Salariais, com a finalidade de garantir limite de prazo para amortização da

dívida aos adquirentes de habitações financiadas pelo Sistema, Financeiro da Habitação."

125. Quase vinte anos depois da criação do FCVS, o Governo do Presidente JOSÉ SARNEY - sendo Ministro da fazenda o saudoso Dr. DILSON FUNARO e do Planejamento o Dr. JOÃO SAYAD - resolveu extinguir o BANCO NACIONAL DA HABITAÇÃO e, assim, modificar profundamente a execução da política habitacional e a supervisão do Sistema Financeiro da Habitação.

126. Com esse escopo, foi expedido o antes citado Decreto - lei n° 2.291, de 21.11.86. Pelo art. 1º desse Decreto - lei, foi extinto o BNH "por incorporação à Caixa Econômica Federal - CEF". E o § 1º dispôs que "a CEF sucede ao BNH em todos os seus direitos e obrigações, inclusive: a) na administração, a partir da data da publicação deste Decreto -lei, do ativo e passivo, do pessoal e dos bens móveis e imóveis", abrangendo, desse modo, os **créditos e as obrigações** do FCVS.

127. O art. 7º do referido Decreto - lei atribuiu competência ao Conselho Monetário Nacional para, dentre outras atribuições, "deferir a outros órgãos ou instituições financeiras federais a **gestão dos fundos** administrados pelo BNH" (inciso II) e "orientar, disciplinar e controlar o Sistema Financeiro Nacional" (inciso III).

128. Por sua vez, o art. 9º fez expressa referência ao FCVS, para autorizá-la a assumir os encargos financeiros que mencionou.

129. Usando da competência que lhe foi atribuída pelo dispositivo legal supracitado, o Conselho Monetário, conforme Resolução n° 1.277, de 20.3.77, do Banco qentral do Brasil, determinou a transferência, para essa instituição financeira, da **gestão** do FCVS.

130. Mais tarde, o Decreto - lei n° 2.406, de 5.1.88, transferiu, do Banco Central do Brasil para o Ministério da Habitação, Urbanismo e Meio Ambiente, a gestão do FCVS, estabelecendo que a administração do Fundo caberia ao órgão ou entidade que viesse a ser designado, mediante portaria, pelo Ministro de Estado (pela Portaria n° 48, de 11.5.88, O então Ministro PRISCO VIANA determinou que a Caixa Econômica Federal -CEF -administrasse o FCVS).

131. Dispôs o citado Decreto - lei que o FCVS "será estruturado por decreto do Poder Executivo" (art 2º) e que "a execução orçamentária e financeira do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS) observará as disposições legais e regulamentares aplicáveis aos Fundos da Administração Direta "(art. 2º, parágrafo único). Essas normas foram mantidas pelo Decreto -lei n° 2.476, de 16.9.88, cujo art. 1º deu nova redação ao art. 2º do Decreto - lei n° 2.406/88.

132. Com base nesse preceito legal, o Poder Executivo expediu o Decreto nº 95.924, de 14.4.88, que "estrutura o Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS".

133. Esse Decreto, que permanece em vigor, tratou da finalidade, das fontes de recursos, das contas e do orçamento do FCVS e, no que tange à sua organização e ao seu funcionamento, atribuiu competência ao Ministro da Habitação, Urbanismo e Meio Ambiente para aprovar "as instruções gerais de operação do FCVS" (art. 6º, inciso I), facultando - lhe, outrossim, adotar "as medidas visando a implementar as disposições deste Decreto, inclusive delegar competência".

134. O citado Decreto, reproduzindo a norma legal, dispôs, no parágrafo único de seu art. 1º, que "a execução orçamentária e financeira do FCVS observará as disposições legais e regulamentares aplicáveis aos fundos da administração direta", acrescentando a regra suplementar: "e será disciplinada, no que couber, por ato do Ministro da Habitação, Urbanismo e Meio Ambiente".

135. É oportuno ressaltar que, a esse tempo, vigorava a Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda n° 1, de 1969, que, no art. 81, ao estabelecer a competência privativa do Presidente da República - excluindo pois a do Legislativo -, incluía a de "dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal" (inciso V), afora, naturalmente, "a direção superior da administração federal" (inciso I).

136. Além disso, a atuação da Administração era norteada, plenamente, pelo famoso Decreto - lei n° 200, de 25.2.67, que dispôs sobre a Reforma Administrativa e estabelecia os princípios fundamentais das atividades da Administração Federal, entre os quais figurava o da "delegação de competência" (art. 6º, inciso IV).

137. Pela sistemática assim estabelecida, o Presidente da República, mediante decretos, fixava a estrutura básica dos diversos Ministérios, autarquias e fundações. Ao mesmo tempo, delegava, aos Ministros de Estado, a competência para aprovar a estrutura e as atribuições de cada órgão componente da estrutura básica do Ministério, bem assim as regras relativas ao respectivo funcionamento.

b). *a criação do Conselho Curador e a expedição do Regulamento*

138. Foi nesse contexto constitucional e legal e inspirado, quiçá, no modelo adotado em relação ao Fundo de Garantia de Tempo de Serviço - FGTS (lei n° 5.107, de 13/9/66, e Decreto - lei n° 2.408, de 5/1/88), que o Ministro **PRISCO VIANA**, então titular do extinto Ministério da Habitação e do Bem-Estar Social, baixou a Portaria n° 118, de 19/9/ 88, com a qual criou o Conselho Curador do FCVS, integrado por representantes dos Ministérios da Habitação e do Bem-Estar Social e da Fazenda, da SEPlAN, da Caixa Econômica Federal e da ABECIP (art. 1º), atribuindo-lhe competência para:

"I - aprovar o seu regimento interno;
II - aprovar as condições **gerais de atuação do FCVS**, baixando as normas pertinentes ao cumprimento de sua finalidade;
III - aprovar anualmente o orçamento do Fundo e suas alterações;
IV - **aprovar as rotinas operacionais do FCVS;**
V - **aprovar as alterações do Plano de Contas do FCVS;**
VI - aprovar os balancetes e balanços do FCVS;
VII - fixar critérios referentes à taxa de administração do FCVS;
VIII - julgar os recursos interpostos contra as decisões operacionais do Fundo;
XI - julgar os casos omissos ao Regimento do FCVS". (os grifos são do original).

139. No art. 3º da citada Portaria Ministerial, foi aprovado o Regulamento do FCVS, com o respectivo "Plano de Contas", constante de Anexo.

140. O regulamento definiu o FCVS como um **fundo de natureza contábil** (art. 1º), reproduziu e sistematizou normas sobre a gestão (art. 3º), a organização e competência (arts. 3º a 5º) do Conselho Curador, os ; recursos (arts. 8º e 9º) e coberturas (arts. 10 a 14) do FCVS, fixou a competência operacional da Caixa Econômica Federal como "administradora operacional" (arts. 6º e 7º) e traçou normas **contábeis** (arts. 15 a 17) e **operacionais** (atts. 18 e 19) do Fundo.

141. Vale destacar que, segundo as normas contábeis, "o exercício do FCVS coincidirá com o ano civil" (art. 15), "as contas do FCVS deverão constar de registros contábeis próprios, observada a legislação vigente", e "integrarão a prestação de contas do Gestor" (art. 16) e o "FCVS terá um Plano de Contas próprio" (art. 17).

142. O Regulamento abrangia umAnexo, que é o Plano de Contas do FCVS, contendo a enumeração taxativa das contas do ***ativo e do passivo***, u'a minunciosa "descrição do uso das contas" e três modelos das "Demonstrações Financeiras" (Balanço Geral, Demonstração de Resultados e Contas Correspondentes FCVS/CEF).

c). *a transferência da gestão para o Ministério da Fazenda e o novo Regulamento*

143. A lei n° 7.739, de 16/3/89, ainda no Governo JOSÉ SARNEY, extinguiu o Ministério da Habitação e do Bem-Estar Social, transferindo, para o Ministério da Fazenda, as "atividades financeiras do Sistema Financeiro Nacional" (art. 4º, inciso II).

144. Pelo citado preceito legal, a **gestão do FCVS** foi transferida do extinto Ministério da Habitação para o Ministério da Fazenda. A ***ratio legis*** desse dispositivo legal estava na relevância dos ângulos financeiros do SFH seja pelo imenso volume dos recursos públicos e privados nele aplicados, seja pelo vulto das obrigações legalmente impostas ao FCVS, gerando uma elevada despesa para a União, em futuro próximo.

145. Em razão da Reforma Administrativa efetuada pelo Governo ***FERNANDO COLLOR*** (lei n° 8.028, de 12.4.1990), que extinguiu, fundiu e criou Ministérios, o Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento expediu a Portaria n° 380, de 3/7/90, para alterar a composição do Conselho Curador do FCVS, o qual passou a ser integrado por representantes dos Ministérios da Economia (Presidente) e da Ação Social, do Banco Central do Brasil, da Caixa Econômica Federal, da Associação Brasileira de COHAB's e da ***ABECIP.***

146. Finalmente, pela Portaria n° 271, de 25/4/91, da então Ministra da Economia, Fazenda e Planejamento (***ZÉLIA MARIA CARDOSO DE MELLO***) foram aprovados o novo Regulamento do FCVS e o Regimento Interno de seu Conselho Curador.

147. O novo Regulamento conserva a natureza do FCVS - **fundo de natureza contábil** - e contém as normas sobre a finalidade (art. 2º), gestão (art. 3º), composição e competência do Conselho Curador (arts. 4º e 5º), administração pela CEF (arts. 6º e 7º), recursos (arts. 8º e 9º), coberturas (arts. 10º a 14º), normas contábeis (arts. 15º a 17º) e normas operacionais (arts. 18º e 19º).

d) *as finalidades*

148. A **finalidade** essencial do FCVS foi estabelecida no ato de sua criação, a Resolução n° 25/67, do Conselho deAdministração do BNH: "garantir limite de prazo para amortização da dívida aos adquirentes de habitações financiadas pelo Sistema Financeiro da Habitação".

149. Inobstante tratar-se de um Fundo de relevância capital para a execução do Plano Nacional da Habitação e o funcionamento do Sistema Financeiro da Habitação, somente depois de transcorridos mais de vinte anos de sua criação mediante ato infra-legal, o FCVS e suas finalidades mereceram a atenção do nosso legislador.

150. Com efeito, o Decreto - lei n° 2.406/88 prescreveu, no **caput** do seu art. 2º, que os **recursos** do FCVS "destinam-se a quitar, junto aos agentes financeiros, os saldos devedores remanescentes de contratos de financiamento habitacional, firmados com mutuários finais do Sistema Financeiro da Habitação".

151. Essa norma foi reproduzida, logo a seguir, pelo Decreto n° 95.924, de 14.4.88, que tratou da estrutura do FCVS.

152. No mesmo exercício, o Decreto - lei n° 2.476, de 16.9.88, deu nova redação ao citado art. 2º do Decreto - lei n° 2.406/88, estabelecendo:

> "Art. 2º O Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS será estruturado por decreto do Poder Executivo e seus recursos destinam-se a:
>
> **I** - garantir o equilíbrio do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação;
>
> **II** - quitar, junto aos agentes financeiros, os saldos devedores remanescentes de contratos de financiamento habitacional, firmados com mutuários finais do Sistema Financeiro da Habitação."

153. Desconhecendo a norma legal supratranscrita, o primeiro Regulamento do FCVS, aprovado pela Portaria n° 118, de 19.9.88, do então Ministro da Habitação e do Bem-Estar Social (PRISCO VIANA) - baixada, pois, três dias após a expedição do Decreto - lei n° 2.406/88 - estabeleceu que a finalidade do Fundo era a de "garantir o limite de prazo de amortização nas dívidas contraídas pelos adquirentes de habitação, no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação -SFH".

154. E óbvio que a portaria ministerial não poderia dispor de forma diferente daquela estabelecida no texto legal e, assim, o fato é mais um exemplo dos inúmeros desacertos pertinentes ao SFH.

155. Finalmente, o segundo Regulamento do FCVS, aprovado pela referida Portaria n° 271, de 25.4.91, da então Ministra da Economia, Fazenda e Planejamento, veio estabelecer que:

> "Art. 2º A finalidade do FCVS, obedecida a legislação pertinente, é:
>
> **I** - garantir o limite de prazo para a amortização das dívidas contraídas pelos adquirentes de unidades habitacionais, no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, respondendo pela cobertura do saldo devedor residual aos Agentes Financeiros;
>
> **II** - responder pelo ressarcimento dos descontos concedidos, pelos Agentes Financeiros do SFH, aos mutuários finais cujos financiamentos tenham sido firmados até 28 de fevereiro de 1986, nas proporções fixadas pelas normas específicas;
>
> **III** - garantir o equilíbrio do Seguro Habitacional, permanentemente em nível nacional".

156. Nessas condições, afigura-se relevante enfatizar que as **finalidades atuais** do FCVS são diferentes daquela estabelecida no momento de sua criação.

157. Ao ser criado, o FCVS tinha por finalidade garantir limite de prazo para amortização da dívida aos adquirentes de habitações financiadas pelo SFH, através de planos nos quais a correção monetária das prestações da amortização e do saldo devedor da operação seguiam índices e métodos de cálculo diferentes. O Fundo tinha, pois, a **natureza** de uma **garantia** ou um **seguro**, de **caráter permanente**.

158. Pelas disposições legais vigentes, o FCVS tem uma **finalidade permanente** - "garantir o equilíbrio do seguro habitacional" do SFH - e outra **transitória**, qual seja a de "quitar, junto aos agentes financeiros, os saldos devedores remanescentes de contratos de financiamento habitacional" firmados por mutuários do SFH, saldos esses derivados de verdadeiros **subsídios** concedidos pela legislação federal.

159. Neste último caso, o Fundo tem, por conseguinte, não mais o caráter [de uma **garantia** ou seguro! mas o de uma fonte de recursos para a , quitação de dívidas dos mutuários perante os agentes financeiros do SFH, nos termos de imposições legais expressas.

e) <u>as fontes de recursos</u>

160. As **fontes de recursos** do FCVS, no momento de sua criação, eram o "capital inicial" de dez milhões de cruzeiros novos (moeda da época), realizado pelo BNH, a receita proveniente de uma "taxa de contribuição", no valor equivalente a uma prestação de amortização e juros da dívida a ser garantida, paga pelo adquirente da habitação, no ato de inscrição, e "os rendimentos líquidos de seus recursos e das suas aplicações" (Resolução n" 25/67, do Conselho de Administração do BNH).

161. Muito tempo depois, o Decreto n° 88.371, de 7-6-83, veio estabelecer que "os eventuais encargos financeiros adicionais", decorrentes da aplicação de suas normas, fossem cobertos pela destinação, ao FCVS, dos "resultados financeiros" do BNH e de "outros recursos, de natureza não exigível, administrados por aquele Banco". A utilização de tais recursos era, porém, limitada ao custeio dos benefícios instituídos pelo.mencionado Decreto.

162. Aseguir, o Decreto - lei n° 2.164/84, que criou, como antes mencionado, substanciais **subsídios habitacionais**, elevou, em contrapartida, embora insatisfatória, as fontes de recursos do FCVS: (a) elevando a contribuição dos adquirentes de moradia através do SFH, que passou a corresponder a "3% (três por cento) do valor da prestação mensal e paga juntamente com ela", durante todo o prazo de amortização; e (b) criou uma contribuição trimestral dos agentes financeiros, "limitada a 0,025% (vinte e cinco milésimos por cento) incidentes sobre o saldo dos financiamentos imobiliários concedidos a adquirentes de moradia própria, existente no último dia do trimestre".

163. Para atender especificamente ao resgate, pelo BNH (FCVS), dos saldos devedores residuais, o citado Decreto - lei, em preceitos meramente programáticos, **previu a alocação**, nos Orçamentos da União, durante dez **exercícios**, a partir de 1985, de **dotações anuais** de duzentos bilhões de cruzeiros, em valores constantes de julho de 1984, para **atender às despesas decorrentes dos supra-referidos subsídios habitacionais**. E previu, ainda, o destaque, nos mesmos dez exercícios, de 30% (trinta por cento) dos recursos do Fundo de Investimento Social (FINSOCIAl).

164. Por sua vez, o Decreto - lei n° 2.406/88 manteve, expressamente, aquelas duas contribuições ao FCVS, bem assim a transferência, a este, dos recursos do Fundo de Assistência Habitacional - FUNDHAB (criado pelo Decreto n° 89.284, de 10.1.84), acrescentando uma nova fonte de recursos: **"dotação orçamentária da União"** (art. 6º), explicitando o art. 5º que "O Poder Executivo, para atender às despesas decorrentes das responsabilidades do Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS não cobertas pelos recursos legalmente destinados ao Fundo, fará consignar, **nas propostas de Orçamento da União**, dotações anuais, a partir de 1989, compatíveis com as previsões de desembolso efetuadas pelo gestor do FCVS"

165. A expressa menção a essa nova fonte ordinária de recursos decorreu não só do reconhecimento das **responsabilidades da União** pelas sucessivas obrigações impostas ao FCVS, por força da legislação federal, como também pelo fato de que o FCVS, desde a sua criação (item 13 da Resolução n° 25/67, do Conselho de Administração do BNH), tinha a **responsabilidade subsidiária do BNH**, tendo, agora, a da Caixa Econômica Federal - CEF, que também é uma empresa pública federal, por cujas obrigações a **União responde subsidiariamente**, nos termos do art. 242 da lei das Sociedades por Ações (Lei n° 6.404, de 15.12.76).

166. Cabe seja salientado que, naturalmente para fazer cessar alguma prática nociva, o Decreto - lei n° 2.406/88 dispôs, no **caput** de seu art. 6º, que "os recursos do Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS deverão **ser aplicados em operações com prazos compatíveis com as exigências do Fundo e com taxas de remuneração de mercado".**

167. A seu turno, o Decreto - lei n° 95.924, de 14.4.88, preceituou, em seu art. 4º, que “os recursos da União, previstos no item III do artigo 6º do

Decreto - lei n° 2.406, de 5 de janeiro de 1988, serão repassados a título de Encargos Financeiros da União, conforme programação aprovada pelo Ministério da Habitação, Urbanismo e Meio-Ambiente e consignadas em anexo do Orçamento Geral da União.

168. Depois disso, o Decreto - lei n° 2.476, de 16.9.88, alterou a redação do art. 6º do Decreto - lei n° 2.406/88, para incluir, **como fontes de recursos** do FCVS: (a) a parcela a maior correspondente ao comportamento da relação entre as indenizações pagas e os prêmios recebidos, nas operações do seguro habitacional do SFH; e (b) "recursos de diversas origens".

169. O primeiro Regulamento do FCVS -aprovado pela Portaria n° 118, de 19.9.88, do então Ministro da Habitação e do Bem-Estar Social (PRISCO VIANA) - enumerou as fontes de recursos do FCVS: as contribuições dos adquirentes de habitações e dos agentes financeiros do SFH, as transferências do Fundo de Assistência Habitacional (FUNDHAB), a dotação orçamentária da União e "os recursos de outras origens" (art.9º).

170. Finalmente, o atual Regulamento do FCVS -aprovado pela Portaria n° 271, de 25.4.91, da então Ministra da Economia, Fazenda e Planejamento (ZÉLIA MARIA CARDOSO DE MELLO) - enumera, com mais precisão, as fontes de recursos do FCVS, dispondo os arts. 8º e 9º.

> "Art. 8º: Os recursos do FCVS são o resultado da dotação inicial de NCr$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros novos) ocorrida em 16 de junho de 1967, acrescida de contribuições recebidas, de correção monetária, de rendimentos oriundos da aplicação de suas disponibilidades e deduzida de pagamentos realizados pelo Fundo. Art. 9Q: O FCVS possui as seguintes fontes de recursos:
>
> **I** - contribuição mensal pelos adquirentes de habitações, cujos contratos sejam regidos pelo Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional e tenham a cobertura do FCVS, limitada essa contribuição a 3% (três por cento) do valor da prestação mensal e devida juntamente com esta;
>
> **II** - contribuição trimestral dos Agentes Financeiros do SFH, limitada a 0,025% (vinte e cinco milésimos por cento) e incidentes sobre o saldo dos financiamentos imobiliários concedidos nas condições do SFH existentes no último dia de cada trimestre civil;

III - contribuição à vista, realizada pelo mutuário em contratos assinados até 31.10.84;

IV - contribuição à vista do Agente Financeiro, nos casos de subrogação, com mudança de devedor hipotecário, sem desembolso adicional de recursos por parte do Agente Financeiro, no período de 07.06.84 a 31.03.87;

V - parcela a maior correspondente ao comportamento da relação entre as indenizações pagas e os prêmios recebidos relativos ao Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação;

VI - eventuais participações credoras do FCVS em eventos configurados até 30 de junho de 1977;

VII - transferências recebidas do Fundo de Assistência Habitacional (FUNDHAB), conforme disposto no Decreto n° 89.284, de 10.01.84, e atos complementares;

VIII - dotação orçamentária da União; IX - recursos de outras origens.

Parágrafo único - Os recursos da União, referidos no inciso VIII deste Artigo, serão considerados como encargos financeiros da União, conforme programação elaborada pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento e aprovada pelo Congresso Nacional."

171. Ainda deve ser destacado que, segundo informações prestadas pela ABECIP, os Orçamentos da União dos exercícios de 1985 a 1992, apesar de preceitos progamáticos dos Decretos - leis nas 2164/84 e 2406/88, não consignaram dotações do FCVS, para atender às despesas decorrentes dos subsídios habitacionais criados pela legislação federal.

f). *a sistemática em resumo*

172. A sistematização de todos os preceitos legais e regulamentares e as demais normas supra-referidas indicam, em resumo, que:

1º). o FCVS, criado mediante ato do Conselho de Administração do BNH, é, presentemente, objeto de diversos preceitos legais expressos;

2º). a gestão - entendida como a supervisão e orientação - do FCVS cabia, de início, ao BNH, sendo sucessivamente transferida para a CEF, o Banco Central, o Ministério da Habitação e do Bem-Estar Social e o Ministério da Fazenda, este depois transformado no Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento e, de novo, no Ministério da Fazenda;

3º). A **administração**, ou "administração operacional" do FCVS – entendida como a realização da receita e da despesa – cabia, inicialmente, ao BNH, sendo transferida para a CEF;

4º). **a estrutura** - organização e funcionamento - do FCVS está estabelecida em Decreto do Poder Executivo e, com base nele, em portarias ministeriais;

5º). **a finalidade** inicial do FCVS, de caráter permanente, era a de prestar uma garantia ou um seguro aos mutuários do SFH, consistente no limite de prazo para amortização dos respectivos financiamentos, e, presentemente, as finalidades são as de, em caráter permanente, garantir o equilíbrio do seguro habitacional e, em caráter transitório, quitar, junto aos agentes financeiros, os saldos devedores remanescentes dos contratos de financiamento habitacional, decorrentes de subsídios concedidos aos mutuários pela legislação federal;

6º). **as fontes de recursos** do FCVS, a par do módico capital inicial subscrito pelo BNH, são: as contribuições dos adquirentes de moradias através do SFH e dos agentes financeiros, as participações credoras relativas à garantia de limite de prazo, as diferenças a maior entre as indenizações pagas e os prêmios recebidos, referentes ao seguro habitacional, as transferências recebidas do FUNDHAB e os resultados das aplicações de suas disponibilidades, afora a previsão, para o aporte de dotações orçamentárias da União, desde o exercício de 1985;

7º). **a execução orçamentária e financeira** do FCVS deve obedecer à legislação aplicável aos demais fundos federais de natureza contábil;

8º). compete ao Conselho Monetário Nacional orientar, disciplinar e controlar o SFH, ou seja, o Sistema em sentido amplo;

9º). competia ao Ministro da Habitação, cabendo hoje ao Ministro da Fazenda aprovar **as instruções gerais de operação** do FCVS;

10º). compete ao Conselho Curador do FCVS aprovar as **condições gerais de operação, as rotinas operacionais e as alterações do Plano de Contas do FCVS.**

----------*----------

V - O DIREITO DOS AGENTES FINANCEIROS DO SFH

a) Os fundamentos legais

173. As relações entre os agentes financeiros e os mutuários do SFH têm natureza contratual. Os direitos e as obrigações de uns e outros são pactuados através de instrumentos particulares com o "caráter de escritura pública, para todos os fins de direito", elaborados e lavrados de acordo com as normas legais aplicáveis, especialmente o art. 61 da lei n° 4.380/64.

174. Uma vez celebrados na estrita conformidade com a legislação especial e geral pertinente, tais instrumentos contratuais configuram o **ato jurídico perfeito**, assim reputado, **ex vi** do art. 6º, o 1º, da lei de Introdução ao Código Civil, "o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou" e imune, ao amparo do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição, à retroatividade das leis supervenientes.

175. "Se o ato se completou, na vigência de determinada lei, nenhuma lei posterior - destaca J. CRETEIA JR. - pode incidir sobre ele, tirando-o do mundo jurídico, porque "perfeição" aqui é sinônimo de "conclusão", Desse modo, todo ato lícito, editado pelo particular ou pelo Estado, em matéria civil, administrativa, comercial, tributária, trabalhista, e que tenha por fim imediato a aquisição, o resguardo, a transparência, a modificação ou a extinção de direitos, desde que perfeito, entra para o mundo jurídico, na qualidade de ato jurídico perfeito, ficando fora da incidência da lei nova, que não pode retirá-Io, nem alterá-lo, nem suprimi-Io." (In Comentários à Constituicão de 1988, Forense Universitária, vol. I, pág. 460)."

176. "O ato jurídico perfeito - acrescenta PONTES DE MIRANDA - é o negócio jurídico ou o ato jurídico **strictu sensu**; portanto, assim, as declarações unilaterais de vontade como os negócios jurídicos bilaterais/.../" (op. cit., Tomo IV, pag. 408).

177. "O principal efeito do contrato - ensina o festejado ORlANDO GOMES - é criar um vinculo jurídico entre as partes. Fonte das obrigações, é tamanha a força vinculante do contrato que se traduz, enfaticamente, dizendo-se que tem força de lei entre as partes" (In Contratos, Rio: Forense, 6ª edição, 1977, pág. 193).

178. Uma vez perfeito e acabado, o contrato é **irretratável e intangível**, não podendo ser revogado, nem modificado, senão pelo mútuo consenso das partes. Daí o brocardo latino: **pacta sunt servanda**.

179. Desse modo, a legislação superveniente não poderia interferir nas obrigações pactuadas pelos mutuários e agentes financeiros do SFH, a não ser, é claro, naqueles casos em que livremente hajam celebrado termos aditivos aos contratos originais, para ajustá-Ios às regras prescritas pela lei nova.

180. É bem verdade que a doutrina admite a modificação dos contratos pelas leis de ordem pública. "Modernamente - assinala VICTOR NUNES LEAL, em lapidar voto proferido no Colendo Supremo Tribunal Federal - são numerosos os exemplos em que a lei, no interesse público, não somente estabelece, total ou parcialmente, as cláusulas do contrato, como ainda - o que é mais importante, obriga o particular a contratar" (M.S. nº11.252-PR).

181. Entretanto, a lei nova, de ordem Pública, ainda que possa modificar os contratos, não pode modificá-los para romper o equilíbrio econômico - financeiro do pacto e transferir patrimônio de uma parte para outra.

182. No caso em apreço, os agentes financeiros (mutuantes) concederam financiamento aos adquirentes da casa própria (mutuários), mediante contratos regularmente celebrados, que enumeram as obrigações e os direitos das partes.

183. Posteriormente, diversas leis interferiram nesses pactos, para transferir parte (saldo devedor residual) das obrigações dos mutuários, para um terceiro, o FCVS, ou seja, uma espécie de **novacão subjetiva por substituição do devedor**, imposta pela lei.

184. Quando a Resolução n° 25/67, do Conselho deAdministração do BNH, admitiu, com fundamento no Decreto -lei nº 19/66, o descompasso entre a correção monetária do saldo devedor e o reajuste das prestações mensais de operações de financiamento de aquisição de moradia própria através do SFH, tratou de criar o FCVS, como instrumento de garantia, que operava, como antes assinalado, "com entrega ao credor, em nome do devedor, do eventual saldo da dívida, apurado no último mês do prazo de prorrogação."

185. Por essa forma, na relação contratual com o agente financeiro credor, o adquirente da casa própria era substituído por outro devedor, o FCVS, que, na qualidade de "garantidor", tinha a obrigação de efetuar o pronto pagamento do saldo devedor residual da operação.

186. Assim e por força dos termos aditivos aos contratos firmados de acordo com a citada Resolução, os agentes financeiros passavam a ser titulares de um **direito de crédito** perante o FCVS, legal, regular e contratualmente estabelecido.

187. Nessa conformidade, o Decreto n° 88.371/83, ao limitar o percentual de reajustamento das prestações mensais dos mutuários do SFH, atribuiu ao FCVS, como já observado, os **"eventuais encargos financeiros adicionais"**, logicamente perante os agentes financeiros.

188. Do mesmo modo, o Decreto -lei n° 2164/84, que criou um "incentivo financeiro para os adquirentes de moradia própria", o mencionado bônus, estabeleceu que os valores deste constituíam **"crédito do Agente Financeiro junto ao BNH"** (art. 2º, § 1º, **in fine**).

189. Todavia, **violando o ato jurídico perfeito** - os contratos celebrados entre os agentes financeiros e os mutuários do SFH -e, portanto, **desrespeitando a garantia constitucional**, o Decreto -lei n° 2164/ 84 prescreveu que o resgate dos bônus pelo BNH ocorreria no prazo máximo de 5 (cinco) anos, em lugar; do prazo regularmente pactuado pelas partes. E preceituou, ainda, que "os saldos devedores existentes ao término dos contratos para aquisição de moradia própria" seriam **resgatados** pelo BNH **"aos agentes financeiros em até quatro anos ou de uma só vez",** conforme se tratasse de pacto firmado até a data da publicação desse Decreto - lei ou a partir dela, respectivamente.

190. portanto, de modo expresso, a lei imputou ao BNH a obrigação de resgatar, junto aos agentes financeiros, o **saldo devedor residual** das operações de financiamento do SFH, em nome e por conta, pois, dos mutuários, os adquirentes da moradia própria. E aos agentes financeiros a lei assegurou o **direito** de receber do BNH os valores correspondentes às dívidas dos mutuários remanescentes ao final, ou a partir do final, dos prazos contratuais respectivos.

191. O Decreto - lei n° 2164/84 fez ainda mais: para atender à cobertura das obrigações decorrentes dos bônus concedidos aos mutuários, prescreveu a **responsabilidade direta da União**, mediante a previsão

de que fosse consignada, nos Orçamentos da União, de 1985 a 1994, uma dotação específica de duzentos bilhões de cruzeiros (moeda da época), monetariamente atualizada pela variação da ORTN.

192. Por sua vez, o Decreto - lei n° 2291/86 (que extinguiu o BNH e deferiu aos mutuários a possibilidade de liquidar, com abatimento, o saldo devedor das respectivas operações) atribuiu ao FCVS o encargo de **compensar os agentes do SFH** pelos benefícios concedidos, muito embora em prazo a ser fixado pelo Conselho Monetário Nacional (cinco anos, conforme a Resolução n° 1218/86, do Banco Central do Brasil), com isso desrespeitando, mais uma vez, os contratos regularmente celebrados.

193. A seu turno, o Decreto - lei n° 2406/88, alterado pelo Decreto - lei nº 2476/88, de forma inequívoca, reiterou que os recursos do FCVS "destinam-se a quitar, junto aos agentes **financeiros, os saldos devedores remanescentes** de contratos de financiamento habitacional, firmados com mutuários finais do Sistema Financeiro da Habitação"(art.2º). Dessa forma, assegurou aos agentes financeiros, mais uma vez, o **direito** de ver resgatados os saldos devedores das operações com mutuários do SFH, que remanescessem em virtude dos diversos benefícios e subsídios a estes concedidos.

194. Nesse passo, foi perpetrada mais uma violência contra os agentes financeiros. É que o citado Decreto - lei autorizou os mutuários a efetuar a liquidação dos saldos devedores de suas operações, com um abatimento, a ser compensado, aos agentes financeiros, "em montantes, condições e prazos a serem fixados pelo Conselho Monetário Nacional".

195. Esse colegiado fixou o abatimento em 25% do saldo devedor contábil. Todavia, em nova violação ao ato jurídico perfeito, atribuiu ao FCVS a responsabilidade, tão-somente, pela **metade do benefício** e, ainda assim, a ser resgatada aos agentes financeiros no prazo de 5 (cinco) anos. E quanto à outra metade, pura e simplesmente a imputou ao próprio agente financeiro, exceto se a operação houvesse sido celebrada com recursos repassados pelo BNH, hipótese em que o benefício seria afinal suportado pela Caixa Econômica Federal.

196. Reconhecendo, mais uma vez, a responsabilidade direta da União, pelas obrigações impostas ao FCVS perante os agentes financeiros -

e, conseqüentemente, pelos **direitos** destes - o Decreto - lei n° 2.406/86, vale repetir, incluiu, entre as fontes ordinárias de recursos desse Fundo, a "dotação orçamentária" da União e determinou a inclusão, nos orçamentos federais, de dotações específicas, adequadamente dimensionadas como as "compatíveis com as previsões de desembolso efetuadas pelo gestor". ,

197. É oportuno assinalar que o citado art. 2º do Decreto - lei n° 2406/88 foi reproduzido pelo art. 1º do Decreto n° 95.924/88, baixado pelo Presidente JOSÉ SARNEY.

198. Reiterando os direitos dos agentes financeiros do SFH junto ao FCVS, o Decreto -lei n° 2476/88 repetiu o preceito do Decreto -lei n° 24061 88, dispondo que uma das finalidades daquele Fundo é a de quitar, junto aos credores, "os saldos devedores remanescentes de contratos de financiamento habitacional, firmados com mutuários finais do Sistema Financeiro da Habitação".

199. Outrossim, a Lei n° 8004/90, como já anotado neste parecer, ampliou, de 25% para 50% do saldo devedor contábil da operação ou ao montante equivalente ao valor total das mensalidades, o subsídio para liquidação antecipada e integral do financiamento e, de novo, reiterou que "o FCVS quitará o saldo de suas responsabilidades junto às instituições financiadoras..." (art. 11).

200. Na linha das violações anteriores aos direitos dos agentes financeiros do SFH, a citada Lei estabeleceu que os pagamentos devidos aos agentes financeiros, pelo FCVS, mais uma vez, seriam efetuados não nos prazos contratualmente pactuados. mas em 10 (dez), 8 (oito) ou 5 (cinco) anos, conforme as hipóteses enumeradas nos incisos I (metade do saldo devedor residual, na liquidação antecipada da dívida), II (metade do saldo devedor residual, na transferência de financiamento) e III (parcela de vinte por cento dos abatimentos) do art. 11.

201. Devem ser mencionadas, em seqüência, a Lei n° 8.100/90, que estabeleceu limitações para as responsabilidades do FCVS, no que tange a mutuários do SFH, com mais de um financiamento, e, visando ao controle dessa proibição, autorizou o Banco Central a coordenar a implantação de um cadastro nacional de mutuários e a recente Lei nº 8.692/93, que, ao dispor sobre nova sistemática de reajuste dos financiamentos do SFH, preceituou. incisivamente: "as operações regidas por esta Lei não terão cobertura do Fundo de Compensação

das Variações Salariais - FCVS “(art. 29), pondo, desse modo, um paradeiro na dilatação das responsabilidades desse Fundo, como vinha ocorrendo há mais de vinte anos.

202. Nessas condições, não só pela origem contratual regular, mas também em face das supra-referidas disposições legais, revela-se certo e incontestável o **direito** dos agentes financeiros ao resgate, pelo FCVS e, subsidiariamente, pela Caixa Econômica Federal e pela União, das dívidas correspondentes aos diversos subsídios habitacionais concedidos aos adquirentes de moradia própria através do SFH, ou seja, dos saldos devedores residuais dessas operações.

203. Acrescente-se que os direitos dos agentes financeiros aos resgates em tela consubstanciam-se ao término dos prazos contratuais das operações de financiamento do SFH, sendo inoperantes, porque **flagrantemente inconstitucionais**, as disposições legais que prescreveram prazos procrastinadores, exceto naqueles casos em que os credores, livremente, hajam celebrado com os mutuários termos aditivos aos contratos originários, afim de pactuar forma ou prazo diverso, para a liquidação dos saldos devedores residuais.

204. Em suma, o **direito** dos agentes financeiros ao resgate das dívidas em foco encontra a mais **sólida fundamentação legal**.

b) a <u>certeza e liquidez dos créditos</u>

205. Nos precisos termos do art. 1533 do Código Civil, "considera-se líquida a obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto".

206. Para CLÓVIS BEVILÁQUA, "consideram-se líquidas as obrigações de corpo certo, de quantidade fixa, de soma determinada...". (op.cit., vol. V, pág. 315).

207. Já as ilíquidas, conforme os exemplos enumerados por aquele notável jurista, são "as dívidas por perdas e danos, enquanto não são estes a fixados; as alternativas, enquanto não se faz a escolha; as prestações indeterminadas; e as de fazer, porque se consideram resolúveis em obrigações de perdas e danos". Mediante a liquidação, "que é o ato de fixar o valor da prestação indeterminada", as obrigações ilíquidas 10 tornam-se líquidas (op.cit.,vol.V, pág. 315).

208. Na seção anterior, ficou demonstrado à sociedade que as obrigações do FCVS, junto aos agentes financeiros do SFH, são certas, mais do que certas. São obrigações assumidas pelo FCVS, em substituição a mutuários do SFH, nas operações de financiamento, para a aquisição ou construção de moradia própria, celebradas com os agentes financeiros. E foram assumidas pelo FCVS, em virtude de preceitos legais expressos, de meridiana clareza.

209. Além de certas, quanto à sua existência, tais obrigações são determinadas, quanto ao seu objeto.

210. As obrigações assumidas pelo FCVS correspondem a **parcelas certas e determinadas**, como prescrito pela lei, de financiamentos concedidos, aos adquirentes de moradia própria, pelos agentes financeiros, em montantes também certos e determinados, como pactuado, com precisão, em instrumentos contratuais lavrados e firmados conforme as normas do SFH.

211. Sendo, pois, certa, conhecida e determinada a divida do mutuário, perante o agente financeiro, é líquida, como líquidas também são as parcelas dessa dívida - especialmente o saldo devedor residual - assumidas pelo FCVS, ex vi legis.

212. As diferenças básicas entre as obrigações líquidas e ilíquidas são, na lição de CARLOS ALBERTO BITTAR, as seguintes: "as líquidas permitem a cobrança por execução (CPC, art.586), pois não requerem apuração prévia e comportam extinção por mecanismos indiretos de solução (como a compensão e a imputação). Além disso, o inadimplemento constitui o devedor em mora no seu termo... Já as ilíquidas dependem de prévio processo de conhecimento; não admitem as formas de extinção citadas, nem a consignação em pagamento, cabendo efetivar-se a sua liquidação, com a qual se define o valor, para efeito de cumprimento. Também não se pode cogitar de mora de pleno direito em caso de iliquidez, dentre outras peculiaridades" (in Direito das Obrigações, Forense Universitária, pág.83).

213. Ora, as operações de financiamento vinculadas ao SFH são garantidas por hipoteca do imóvel objeto da operação e, na hipótese de inadimplemento, o crédito hipotecário é passível da execução regulada pelos arts. 31 e 32 do Decreto - lei n° 70, de 21.11.66, e pela Lei nº 5741, de 1.12.71, modificada pela lei n° 6071, de 3.7.74.

214. Por outro lado, as obrigações em tela, de responsabilidade do FCVS, como, de resto, o montante do financiamento, bem assim as prestações da respectiva amortização e os saldos devedores no curso do prazo contratual correspondente, estão sujeitos à atualização monetária, segundo critérios e índices regularmente pactuados e modificados por força de preceitos legais supervenientes, de ordem pública.

215. Ao longo dos prazos contratuais das operações celebradas no âmbito do SFH, diversos diplomas legais, como descrito na parte III deste parecer, interferiram nos contratos, modificando critérios e índices de reajuste e atualização monetária das prestações mensais de amortização e dos saldos devedores respectivos.

216. Além disso, os diversos "planos econômicos" dos Governos SARNEY ("Cruzado", "Cruzado II", "Bresser" e "Verão") e COLLOR ("Collor I" e "Collor II"), que introduziram profundas alterações nas relações contratuais em geral; estabilizaram ou "congelaram" preços; extinguiram, criaram e substituíram índices de correção monetária; instituíram novos sistemas monetários, deflatores, "tablitas" etc etc, também interferiram, por isso mesmo, no cálculo dos reajustes e atualização monetária das prestações mensais e dos saldos devedores das operações do SFH.

217. Não obstante, todas essas alterações, no cálculo dos reajustes e atualização monetária das obrigações dos mutuários do BNH e do FCVS, não prejudicaram, de modo algum, a **liquidez** das dívidas contraídas perante os agentes financeiros, não só porque se tratam de **dívidas de valor**, como também -e isso é pacífico na doutrina - porque a correção monetária não constitui parcela distinta da obrigação nas dívidas dessa espécie, pois visa, na realidade, a dar a estas **nova expressão monetária**, na medida da desvalorização da moeda, num, período de tempo considerado.

218. **Dívidas de valor**, segundo CHACEL, SIMONSEN e WALD, "são - aquelas cuja prestação, embora suscetível de tradução ou de pagamento em moeda corrente, tem como medida de valor um bem diferente, pretendendo assegurar ao credor uma equivalência vinculada a um fator qualquer independente ou externo à moeda" (op.cit., pág.173).

219. E **correção monetária**, conforme AMÍLCAR FALCÃO, é "técnica, pelo direito consagrada, de se traduzir, em termos de idêntico poder

aquisitivo, quantias ou valores que, fixados **pro tempore**, se apresentam em moeda sujeita a desvalorização" (na EncicloRédia Saraiva de Direito, vol. XX, pág. 480).

220. O cálculo dos reajustes e atualização monetária das dívidas dos mutuários do SFH, perante os agentes financeiros, assumidas pelo FCVS, pode ser tido como trabalhoso, dado o número de disposições legais que interferiram nas relações contratuais entre eles e impuseram sucessivos índices. Mas, para envolver meras operações aritméticas (art. 1º e 2º do Decreto nº 97.222, de 14.12.88, e legislação posterior), o cálculo revela-se simples e torna-se fácil e rápido com o emprego apropriado em tais casos -do processamento eletrônico dos dados.

221. Nada disso, porém, prejudica a liquidez das dívidas, que são **determinadas** e, para repetir a expressão de CLÓVIS, de "corpo certo",

222. Aliás, o mesmo ocorre com a Dívida Ativa da Fazenda Pública, de natureza tributária. As sucessivas modificações e substituições de índices de correção monetária, a alteração do cálculo dos juros de mora e os planos econômicos governamentais nunca prejudicaram a **liquidez e certeza** dos débitos tributários, para fins de inscrição de Dívida Ativa e conseqüente execução judicial, perante a Justiça Federal, a qual sempre acolheu e deu curso regular a tais processos, sem qualquer restrição.

223. Portanto, as dívidas dos mutuários do SFH, assumidas, **ex vi legis**, pelo FCVS, perante os agentes financeiros, são incontestavelmente **líquidas e certas**.

c). as normas legais e regulamentares aplicáveis à execução financeira do FCVS

224. Já foi assinalado, neste parecer, que, inicialmente, as fontes de recursos do FCVS, afora uma módica "subscrição" do BNH, têm sido as contribuições dos próprios mutuários do SFH, acrescidas, a partir de 1984, das contribuições dos agentes financeiros, vale dizer, contribuições, umas e outras, de natureza privada.

225. Também foi destacado que, em face da concessão, aos mutuários, de vários subsídios habitacionais, a serem suportados pelo FCVS, em níveis muito superiores às suas fontes de recursos, o Decreto - lei nº 2164/84 previu a alocação, no Orçamento da União, durante dez

se exercícios, a partir de 1985, de dotações anuais destinadas àquele Fundo e o Decreto - lei n° 2406/88 estabeleceu que, a partir de 1989 seriam consignadas, no Orçamento da União, **dotações compatíveis com as previsões de desembolso** do referido Fundo.

226. Inobstante essas prescrições legais, os Orçamentos da União não têm consignado, a não ser em níveis irrisórios, as dotações necessárias cobertura das obrigações que lhe foram impostas pelas leis que criaram os diversos subsídios habitacionais, em favor dos mutuários do BNH.

227. No Orçamento da União para o Exercício de 1992 (Lei nº 8409, de 28.2.92), por exemplo, toda a receita estimada para o FCVS (CR$83. 746.633,00) deveria provir de fontes próprias, sem a previsãO de um centavo sequer proveniente de transferências do Tesouro Nacional. E o Orçamento para 1993 (Lei n° 8652, de 29.4.93) prevê uma receita global de CR$ 2.511.212.468,00, dos quais apenas CR$24.750,00 oriundos do Tesouro Nacional e, ainda assim, sob a de inadequada rubrica **Transferências Correntes** (próprias para subvenções e outras doações), quando essa dotação deveria ter figurado entre os **Encargos Financeiros da União** - como acertadamente previsto pelo art. 4º do Decreto nº 95.924/84 -, que envolvem a amortização e os encargos de operações financeiras, sem internas ou externas, contraídas ou assumidas pela União.

228. Para se ter uma idéia da irrealidade do nosso Orçamento, basta legls, I comparação entre as transferências do Tesouro Nacional ao FCVS CR$ 24.750,00 (para atender a obrigações legais da União da ordem equivalente a US$ 20 bilhões) e as destinadas a outros Fundos, como: o Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social (CR$ 4.307.985.000,00); o Fundo Federal Agropecuário (CR$ 462.084.481,00) e o Fundo Geral, de Turismo (CR$ 153.138.299,00).

229. "Importante registra - declara a Caixa Econômica Federal - que a União Federal não fez, **até aqui, qualquer aporte de recursos, com o fito de cumprir obrigações de responsabilidade do FCVS**" (contestação na Ação Civil Pública adiante referida).

230. Por esse motivo, os desembolsos do FCVS **têm** sido efetuado basicamente, com os **recursos provenientes de fontes de natureza privada**, ou seja, as contribuições dos mutuários e agentes financeiros do SFH e os resultados das aplicações desses recursos.

231. Essas considerações afiguram-se relevantes para se fixar a exegese do parágrafo único do art. 2º do Decreto -lei n° 2406/88, já referido neste parecer e segundo o qual "a execução orçamentária e financeira" do FCVS "observará as disposições legais e regulamentares aplicáveis aos Fundos da Administração Direta".

232. Sem dúvida, o escopo desse preceito legal foi o de submeter o FCVS à legislação aplicável aos demais fundos federais, todavia no **pressuposto** de que o referido Fundo seria alimentado, de 1985 a 1994, por expressivos recursos orçamentários da União, nos elevados níveis necessários para atender à despesa com as obrigações decorrentes dos numerosos subsídios habitacionais criados por lei, em montante hoje estimado, pela ABECIP, no equivalente a **cerca de US$ 20 bilhões**, uma cifra deveras impressionante.

233. Ao regulamentar o art. 2º do Decreto - lei n° 2406/88 ("O FCVS será estruturado por decreto do Poder Executivo..."), o Decreto nº95924/88 dispôs, no seu art. 1º, parágrafo único, que "a execução orçamentária e financeira do FCVS observará as disposições legais e regulamentares aplicáveis aos fundos da administração direta e **será disciplinada, no que couber, por ato do Ministro da Habitação, Urbanismo e Meio-Ambiente**".

234. A cláusula final, acrescida pelo Regulamento, teve por escopo atender às **peculiaridade** do FCVS e, em especial, de sua despesa, que não têm por objeto obras, serviços ou fornecimentos - de que se ocupa a legislação financeira - mas **quitar dívidas junto** a credores, em valores líquidos e certos prescritos pela lei.

235. O Regulamento preceituou, ainda, que “os recursos da União previstos no item III do artigo 6º do Decreto - lei 2406, de 5 de janeiro de 1988, serão repassados a título de **Encargos Financeiros da União**, conforme programação aprovada pelo Ministério da Habitação, Urbanismo e Meio-Ambiente e consignados em anexo ao Orçamento Geral da União" (art. 4º) e que "ao Ministro da Habitação, Urbanismo e Meio-Ambiente compete aprovar as instruções gerais de operação do FCVS (art. 6º).

236. Essas normas levaram em consideração a natureza excepcional da despesa imputada, pela Lei, à União e as características peculiares de operação do FCVS, tanto no que tange à **receita** - proveniente de fontes privadas e pública -, como no referente à **despesa** -quitação

de dívidas junto a credores (os agentes financeiros) de terceiros (os mutuários do SFH).

237. Outrossim, guardam conformidade com a Lei n° 4320, de 17 de março de 1964, que "estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal" e cujo art. 7 dispõe que "constitui fundo **especial** o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços facultada a adoção de normas peculiares de aplicação" (os grifos não são do texto legal).

238. Por interessar à questão em exame, é oportuno registrar que, nos termos da citada Lei n° 4320/64, "o pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação" (art. 62), "a liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito" e "essa verificação tem por fim apurar: **I** - a origem e o objeto do que se deve pagar; **II** - a importância exata apagar; **III** a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação" (art.63)

239. Dispõe, ainda, a mencionada Lei que "a ordem de pagamento despacho exarado pela autoridade competente, determinando que a despesa seja paga" e "só poderá ser exarada em documentos processados pelos serviços de contabilidade" (art. 64).

240. A seu turno, o Decreto n° 93.872, de 23-12-86, que "dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências", a par de reproduzir as normas da Lei n° 4320/64, referentes à "liquidação da despesa" (art. 42), fixa novo conceito de fundos especiais: "constitui Fundo Especial de natureza contábil ou financeira, para fins deste, decreto, a modalidade de gestão de parcela de recursos do Tesouro Nacional, vinculados por lei à realização de determinados objetivos: de política econômica, social ou administrativa do Governo" (art. 71 **caput)**.

241. Consoante o referido Decreto, "são Fundos Especiais de natureza contábil os constituídos por disponibilidades financeiras evidenciadas em registros contábeis, destinadas a atender a saques a serem efetuados diretamente contra a caixa do Tesouro Nacional" e "são Fundos Especiais de natureza financeira os constituídos mediante

movimentação de recursos de caixa do Tesouro Nacional para depósito em estabelecimentos oficiais de crédito, segundo cronograma aprovado, destinado a atender aos saques previstos em programa específico" (art.71, §§ 1º e 2º).

242. O FCVS enquadra-se na definição de "fundo especial" da Lei no43201 64, mas não se ajusta aos conceitos estabelecidos no Decreto no 93.872/86, uma vez que, não se destinando "a atender saques a serem efetuados diretamente contra a caixa do Tesouro Nacional", não constitui "fundo especial de natureza contábil" e, como os seus recursos não permanecem "depositados", mas são aplicados em operações financeiras (art. 6º do Decreto lei n° 2406/86), nem se destinam a atender "saques previstos em programação específica" mas a quitação de dívidas impostas por lei; também não constitui "fundo especial de natureza financeira", configurando, pois, um fundo de natureza especialíssima, como prescrito pela lei. No entanto, por evidente equívoco, o FCVS é definido, no seu Regulamento, como um "fundo de natureza contábil".

243. Cabe, ainda, seja acentuado que, segundo o disposto no parágrafo único do art. 78 do aludido Decreto n° 93.872/86, "quando a **gestão do fundo for atribuída a estabelecimento oficial de crédito**, a este caberá a sua contabilização e a remessa dos respectivos balanços, acompanhados de demonstrações financeiras, à Secretaria de Controle Interno, ou órgão de atribuições equivalentes, para fins da supervisão ministerial" (os grifos não são do texto do Decreto).

244. Note-se que os estabelecimentos oficiais de crédito, assim como as demais instituições financeiras, devem observar as "normas gerais de contabilidade" expedidas pelo Conselho Monetário Nacional, **ex vi** do art. 4º, inciso XII, da Lei n° 4595, de 31/12/74.

245. No contexto desse quadro legal e regulamentar, o então Ministro da Habitação e do Bem-Estar Social (PRISCO VIANA), com fundamento no art. 1º do Decreto - lei n° 2406/88 e no art. 7º do Decreto n° 95924/88, aprovou, mediante a citada Portaria n° 118/88, não só o Regulamento do FCVS, como também o respectivo "Plano de Contas".

246. O Regulamento atribuiu competência ao Conselho Curador do FCVS art. 5º) para aprovar "as condições gerais de atuação, baixando as normas pertinentes ao cumprimento de sua finalidade" (inciso II); "as rotinas operacionais" (inciso IV); e "as alterações do plano de contas" (inciso V) do Fundo.

247. Estabeleceu, ainda, que "o FCVS terá um Plano de Contas próprio" (art. 17) e um "Manual de Normas e Procedimentos Operacionais", a ser aprovado pelo Conselho Curador, para vigorar a partir de 1º de janeiro do ano seguinte (art. 18).

248. Em suma, a Lei n° 4 320/64 define o que seja "fundo especial", facultando "a adoção de normas peculiares de aplicação" de seus recursos. E o Decreto - lei n° 2.406/88, modificado pelo Decreto - lei n° 2.476/88, determina a submissão do FCVS à legislação aplicável aos aludidos Fundos. Logo, cabe, em relação ao FCVS, a adoção de normas peculiares à aplicação dos seus recursos. Tais normas estão estabelecidas no Regimento Interno, no Plano de Contas e no Manual de Normas e Procedimentos Operacionais do FCVS, expedidos com fulcro nos arts. 1º, par. único, 6º, inciso 1, e 7º do Decreto n° 9 .924/88, que regulamentam o referido Decreto - lei. O FCVS está sujeito ao controle interno da Secretaria de Controle Interno do Ministério da Fazenda e ao controle externo do Tribunal de Contas e deve prestar contas, ao final de cada exercício.

d). O Manual de Normas e Procedimentos Operacionais do FCVS

249. Conforme prescreve o art. 19 do Regulamento do FCVS, o Manual de Normas e Procedimentos Operacionais "deverá detalhar todos os aspectos operacionais relativos a administração do Fundo, desde a fase de recolhimento até a dos pagamentos, com descrição dos documentos exigidos para a habilitação dos contratos junto ao FCVS". Essas disposições do primeiro Regulamento do FCVS foram reproduzidas no novo Regulamento, aprovado pela Portaria n° 271/ 91 , do Ministério da Economia.

250. Os procedimentos administrativos relativos à quitação, pelo FCVS, das dívidas junto aos agentes financeiros do SFH - que nada têm a ver com as despesas próprias da Administração direta, com obras, serviços e fornecimentos - são os fixados, com base na lei e no regulamento aplicáveis, no aludido Manual de Normas e Procedimentos Operacionais, aprovado pela Resolução n° 4, de 20.6.91 (publ. no Diário Oficial de 27 seguinte), substituída pelo Res. n° 9, de 17.10.91 (pub. no D.O. de 7 de novembro seguinte), do Conselho Curador do FCVS.

251. Na verdade, o procedimento para a quitação de dívidas, **ex vi legis**, junto aos agentes financeiros, pelo FCVS, em que este substitui mutuários do SFH, na liquidação de suas obrigações contratuais, assemelha-se ao da amortização, pela União, na quantidade de

garantidora, de um financiamehto tomado por uma entidade pública a um estabelecimento bancário.

252. O Manual traça, em dez capítulos, dispostos em quinze páginas do Diário Oficial, normas minuciosas sobre o funcionamento do FCVS. No que concerne à despesa, os Capítulos VI -"Habilitação", VII. "Análise dos Processos de Habilitação do FCVS" e VIII "Ressarcimento pelo FCVS" tratam da operacionalidade do Fundo, com as cautelas adequadas e até rigorosas, para a verificação e comprovação da "origem e objeto do que se deve pagar", da "importância a pagar" e "a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação", estágios que constituem a essência da liquidação da despesa, conforme as expressões da Lei nº4320/64.

253. Com efeito, no que tange à "Habilitação", o Manual enumera a documentação básica (Carta de Habilitação, Contrato de Financiamento, Planilha de Evolução do Saldo Devedor e Comprovante de Averbação da Apólice de Seguro Habitacional) e a documentação suplementar (ficha de dados para alterações contratuais, contrato anterior, aditivos contratuais, declarações de categoria profissional, Informaçao dos aumentos de salarios e, quando for o caso, sentença judicial e termo de quitação definitiva) e prevê, expressamente, a constituição de um "processo na forma regulamentar", cuja primeira peça deve ser a "Ficha para Habilitação ao FCVS, devidamente protocolada " (itens 6 a 6.4.1), vale gizer, o devido processo legal.

254. Relativamente à "Análise dos Processos de Habilitação", o Manual estabelece normas, prazos e diligências, para a apreciação das habilitações protocoladas pelos agentes financeiros e, no que se refere ao "Ressarcimento pelo FCVS", contém numerosas regras para o cálculo exato dos saldos devedores residuais dos contratos celebrados no âmbito do SFH, bem assim dos juros contratuais a serem ressarcidos.

255. Redigido num flagrante primarismo de forma jurídica, o Manual inclui, nas "Disposiçoes Transitorias" (Cap. IX), a definiçao das condlçoes especiais para a habilitação da totalidade dos contratos de financiamento com cobertura do FCVS" (item 9).

256. Visando, todavia, a um rígido controle da regularidade dos cálculos efetuados pelos agentes financeiros, o item 9.5 dispõe que:

"semestralmente, os Agentes Financeiros do SFH deverão apresentar à Administradora do FCVS -CEF - **relatório de auditores externos**, informando se **a evolução dos saldos devedores residuais ou remanescentes** dos contratos submetidos ao Fundo está de acordo com as normas do **SFH e FCVS e os dispositivos legais pertinentes"** (os grifos não são do texto original).

257. Por outro lado, o primeiro Manual (aprovado pela Res. n° 4/91, do Conselho Curador do FCVS), incluía, nas "Disposições Transitórias" (Cap. IX), uma "Metodologia de Análise e Aferição Amostral", dispondo sobre a apresentação, pelos agentes financeiros, da documentação necessária à habilitação de acordo com um determinado cronograma de "eventos" (itens 9.8 e 9.10), mas estabelecia que "a Administradora do FCVS -CEF efetuará a análise dos processos constituídos com a documentação supramencionada em até 120 dias, **verificando se o mesmo atende à legislação do SFH e FCVS**, iniciando-se o prazo para análise e aferição amostral a partir da data limite de cada um dos períodos ou cronogramas de recepção" (item 9.10.1).

258. Entretanto, o 2º Manual (aprovado pela Res. n° 9/91, do FCVS) introduziu modificações nesses itens, não só restringindo a documentação a ser apresentada, como suprimindo a regra que previa a verificação, pela CEF, da observância da legislação aplicável.

259. De qualquer forma, como o manual, nas regras transitórias sobre a "Sistematica de Analise e Aferição Amostral", **nao exclui a Incidência**, das normas constantes dos capítulos relativos à "Habilitação", "Análise dos Processos de Habilitação do FCVS" e "Ressarcimento pelo FCVS", é de se concluir que tais disposições transitórias constituem, na realidade, uma espécie de controle interno dos pagamentos relativos a eventos ("situação que motivou a participação do FCVS na operação de financiamento"), cuja documentação a CEF somente está recebendo de acordo com o cronograma fixado no item 9.7, sendo o atraso de exclusiva responsabilidade dessa empresa pública federal, que não pode se organizar, adequadamente, para desempenhar os seus encargos legais, os quais sempre foram sub-dimensionados pelo legislador.

260. Assim sendo, a habilitação dos agentes financeiros, a apreciação dos respectivos pleitos (objeto de processos regulares) e a efetivação dos resgates devem seguir as regras dos Capítulos VI, VII e VIII, que

atendem, integralmente, às prescrições da Lei n° 4320/64 e do Decreto n° 93872/86, enquanto, nas "Disposições Transitórias", o Manual traça normas de controle dos resgates (centenas e centenas de milhares), numa sistemática semelhante àquela que a Secretaria da Receita Federal adota, com relação à revisão das declarações de rendimentos das pessoas físicas e jurídicas, para o controle da legalidade e da exatidão do imposto de renda devido ao Fisco, isto é, mediante amostragem, segundo parâmetros pré-estabelecidos, com o uso da informática.

261. Apesar da redação confusa e da forma jurídica inadequada, constata-se, pelo texto dos itens 6.7 e 8, e respectivos sub-itens, do Manual, que a efetivação, pela CEF (como Administradora do FCVS), dos resgates devidos aos agentes financeiros, nos termos da lei, somente ocorre à vista da documentação que comprove:

a). **"origem e objeto do que se deve pagar"**: requerimento (ficha de habilitação); contratos entre os mutuários e os agentes financeiros do SFH e respectivos aditivos; indicação da natureza do crédito e da fundamentação legal; prova da categoria profissional e dos aumentos salariais dos mutuários;

b). a **"importância exata apagar"**: planilhas de evolução dos saldos devedores, minuciosamente elaboradas, de acordo com o Anexo IV do Manual; Relatório dos Auditores Externos, demonstrando que a evolução dos saldos .devedores obedece às normas referentes ao SFH e ao FCVS e às disposições legais aplicáveis;

c). **"a quem se deve pagar para extinguir a obrigação"**: o agente financeiro requerente, cujos direitos derivam dos contratos celebrados com mutuários do SFH, bem assim das prescrições legais.

262. Diante dessa documentação, da formação dos processos administrativos pertinentes e da apreciação dos pleitos, a CEF, na qualidade de Administradora do FCVS, ao efetuar a "liquidação da despesa", ou seja, o resgate aos agentes financeiros dos créditos que Ihes são devidos, por força da lei, guarda observância aos preceitos da Lei n° 4320/64, dos Decretos nº 93872/86 e 95924/88, do Regulamento do FCVS e do Manual.

263. Cumpre seja enfatizado que, a rigor, todas essas exigências e formalidades legais e regulamentares somente seriam aplicáveis se os resgates junto aos agentes financeiros do SFH **tivessem sido ou**

vierem a ser efetuados pelo FCVS à **conta de dotações orçamentárias ou extra-orçamentárias** da União, o que, segundo informa a CEF, não **ocorreu até o momento.**

264. Tanto as citadas normas da Lei nº 4320/64, como as do Decreto nº 93.872/86, referem-se a pagamentos efetuados à conta de **recursos públicos**, não se aplicando, pois, a pagamentos suportados por recursos de natureza privada.

265. Não se deve confundir essa conclusão com a obrigação de o FCVS submeter-se, nos termos do art. 70 da Cpnstituição, à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, pelo controle externo (Tribunal de Contas da Uriião) e interno (Secretaria de Controle Interno do Ministério da Fazenda), bem assim com a obrigação de prestar contas de suas atividades, em cada exercício financeiro.

266. Finalizando esta parte, deve ser ponderado que melhor se haveria o Conselho Curador do FCVS se promovesse a reforrnulação do Manual em tela, segundo melhor técnica jurídica.

e) <u>o resgate das dívidas dos mutuários mediante letras hipotecárias</u>

267. A Portaria n° 118, de 19.9.88, do então Ministro da Habitação e do Bem-Estar Social (PRISCO VIANA), já citada neste parecer, criou o Conselho Curador e aprovou o Regulamento do FCVS. Este previu a aprovação, pelo Conselho, do Manual de Normas e Procedimentos Operacionais do FCVS, para vigorar a partir de 1/1/89 (art. 18).

268. Por esse motivo, foram **interrompidos os procedimentos para resgate das dívidas dos mutuários junto aos agentes financeiros**, mas o Conselho Curador do FCVS somente foi composto em outubro de 1990 e o Manual aprovado em 20.6.91 (Resolução n° 4, dessa data), ou seja, **mais de dois anos depois da data prevista**.

269. Em consequência dessa interrupção acumularam-se cerca de 1.500.000 habilitações por "eventos" ocorridos, especialmente em razão dos incentivos concedidos, por lei, aos mutuários do SFH, para a liquidação antecipada dos respectivos saldos devedores.

270. Com a aprovação do Manual, foi retomado o curso das habilitações, sendo apresentado, pelos agentes financeiros (entes públicos e privados), a documentação exigida, no cronograma estabelecido.

271. Foi, então, que, na reunião do Conselho Monetário Nacional (CMN), realizada em 30/4/92, o então Presidente do Banco Central do Brasil (FRANCISCO ROBERTO ANDRÉ GROS) e o então Presidente da Caixa Econômica Federal (ÁLVARO FIGUEIREDO M. DE MENDONÇA JUNIOR) submeteram, a seus pares, o Voto n° 003/92, propondo que fosse autorizada uma emissão especial de letras hipotecárias da CEF, destinadas ao pagamento de parte da dívida dessa empresa pública federal, junto ao FCVS, e vinculadas ao pagamento, por este, de parte de seus débitos junto aos agentes financeiros do SFH. A proposta objetivava, ainda, o uso desses títulos, pelos agentes financeiros, no Programa Nacional de Privatização, aumentando, assim, o estoque de moedas utilizáveis nos respectivos leilões, de modo a possibilitar a elevação dos preços de venda do controle das estatais.

272. Pela sua importância para a matéria em estudo, vale transcrever o inteiro teor desse Voto:

> **1.** "Em decorrência de disposições legais e regulamentares, principalmente pelo que dispõe o Decreto - lei n° 2.406, de 05.01.88, cabe ao Fundo de Compensação de Variações Salariais **(FCVS)** quitar o saldo remanescente dos contratos de financiamentos habitacionais junto aos agentes financeiros.
>
> **2.** Tal responsabilidade passou a ser significativa a partir do momento em que as decisões governamentais sobre índices de reajuste das prestações mensais do Sistema Financeiro da Habitação criaram **subsídios** que resultam na não-amortização do saldo devedor dos contratos de financiamento pelos mutuários finais.
>
> **3**. Na realidade, os **subsídios governamentais**, concedidos via prestação mensal dos mutuários, constituem a **fonte geradora dos grandes problemas** que atingem o Sistema Financeiro da Habitação.As prestações de valores ínfimos que são pagas pelos mutuários não **permitem o retorno de recursos** que deveriam proporcionar novos financiamentos e criam problemas de liquidez para os agentes financeiros. Em consequência, a responsabilidade do fundo, que era pelo saldo residual dos contratos, passou a ser equivalente ao principal dos contratos.
>
> **4.** Com efeito, passou a ser da maior importância a quitação da dívida vencida do FCVS para com os agentes financeiros, no

momento estimada em US$ 900 milhões, para uma dívida a vencer da ordem de US$ 3,5 bilhões.

5. Por outro lado, a Caixa Econômica Federal era devedora do FCVS, em 31.10.91, no montante de Cr$ 882,5 bilhões, dívida esta que tem origem nos procedimentos adotados pelo extinto BNH na gestão dos recursos do citado Fundo. A época, os recursos recebidos dos agentes ou dos mutuários foram aplicados em financiamentos de longo prazo, de difíci retorno, o que vem a exigir a adoção de medidas que possam suavizar os profundos entraves que são causados pela falta de liquidez do FCVS para quitar sua dívida vencida para com os agentes financeiros.

6. Pelo fato de o FCVS estar inadimplente em suas obrigaçõe para com os agentes financeiros, muitos deles chegaram a transferir seus créditos para a rubrica "créditos em liquidação" consoante disposições da Resolução na 1.748, de 30.08.90.

7. A solução que estamos propondo é de a Caixa Econômica Federa efetuar o pagamento de parte de sua dívida para com o FCVS, mediante uma emissão especial de Letras Hipotecárias, que seriam utilizadas pelo Fundo no pagamento de seus débitos junto aos agentes financeiros.

8. Assim, tratando-se de problema que diz respeito ao Sistema o Financeiro da Habitação, caberia ao Conselho Monetário Nacional, no uso da competência que lhe é atribuída pelo art. 7º do Decreto-Iei na 2.291, de 21.11.86, autorizar a citada emissão especial de Letras Hipotecárias pela CEF, que seriam utilizadas para solucionar parte dos problemas aqui expostos.

9. Por outro lado, os agentes financeiros, credores do FCVS, ao receberem tais títulos, poderiam utilizá-los no pagamento de:

a). dívidas junto a própria Caixa Econômica Federal;

b). dívidas de repasses, refinanciamentos e empréstimos contraídos com os fundos criados pelo extinto BNH e administrados pela CEF;

c). dívidas para com o Fundo de Garantia de Depósitos e da Letras Imobiliárias (FGDLI), exceto no que diz respeito às no contribuições;

d). aquisição de certificados de privatização;
e). aquisição de ações ou bens privatizáveis de propriedade direta ou indireta da União.

10. As Letras Hipotecárias de emissão especial da CEF teriam as seguintes características:

a) prazo de resgate de seis anos;
b) cláusula de reajuste pelo índice de atualização dos depósitos de poupança;
c) juros reais decrescentes, capitalizáveis anualmente e exigíveis ao fim do prazo de resgate, de acordo com a seguinte tabela:
-de 9,3% a.a. no primeiro ano;
-de 8, 1% a.a. no segundo ano;
-de 7 ,0% a.a. no terceiro ano;
-de 6, 1% a.a. no quarto ano;
-de 5,3% a.a. no quinto ano;
-de 4,6% a.a. no sexto ano.

11. Impende consignar que as **condições de emissão e de utilização** das Letras Hipotecárias, de emissão especial da CEF, foram amplamente discutidas em nível de governo e resultam também de um amplo entendimento com o setor privado" (os grifos são nossos).

273. Esse Voto foi acolhido pelo plenário do Conselho Monetário Nacional, cabendo ao Banco Central do Brasil, na forma do disposto no art. 9º da Lei nº 4595, de 31.12.64, expedir a competente Resolução, que tomou o nº 1923, de 30.4.92, do seguinte teor:

"Art. 1º. Autorizar a Caixa Econômica Federal a realizar emissão especial de Letras Hipotecárias escriturais e nominativas, exclusivamente para fins de pagamento de débitos junto ao Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS).

Art. 2º. As Letras Hipotecárias de emissão especial da Caixa Econômica Federal serão livremente negociáveis e terão as seguintes características:

I - prazo de resgate de seis anos;
II - cláusula de reajuste pelos índices de atualização dos depósitos de poupança;
III - juros reais decrescentes, capitalizáveis anualmente e exigíveis ao fim do prazo de resgate, com base na seguinte tabela:

a - de 9,3% a.a., no primeiro ano;
b - de 8,1% a.a., no segundo ano;
c - de 7,0% a.a., no terceiro ano;
d - de 6, 1% a.a., no quarto ano;
e - de 5,3% a.a. ,no quinto ano;
f - de 4,6% a.a., no sexto ano;

Art. 3º.A Caixa Econômica Federal, na qualidade de administradora do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS), poderá **utilizar, desde que aceitas** pelos agentes financeiros, as Letras Hipotecárias emitidas na forma desta Resolução, no pagamento dos débitos do referido Fundo para com os agentes financeiros.

Art. 4º .Os agentes financeiros poderão utilizar as Letras Hipotecárias recebidas para pagamento de:

I - dívidas junto à Caixa Econômica Federal, vencidas até 31.12.89;

II - dívidas contraídas por repasses, refinanciamentos ou empréstimos junto aos fundos criados pelo extinto BNH e administrados pela Caixa Econômica Federal, vencidas até 31.12.89;

III - dívidas para com o Fundo de Garantia dos Depósitos e Letras Imobiliárias (FGDLI), exceto no que diz respeito às contribuições, vencidas até 31.12.89.

Art. 5º .O valor das Letras Hipotecárias de emissão especial, de que trata este normativo, será computado, até posição de 31 .12.93, I inclusive, para o atendimento dos limites de direcionamento , obrigatório de recursos para fins habitacionais.

Art. 6° .O Banco Central do Brasil e a Caixa Econômica Federal, no âmbito de suas respectivas esferas de competência, poderão adotar as medidas julgadas necessárias à execução do disposto nesta Resolução.

Art. 7º .Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação."

274. A Resolução não menciona, sequer, que a emissão das letras hipotecárias têm fundamento na Lei n° 7.684, de 2-12-88, nem refere os verdadeiros negócios jurídicos (dação em pagamento e cessão de créditos), cuja celebração autorizou.

275. Inobstante as impropriedades com que foi redigida, a supra-transcrita Resolução do C.M.N. autorizou, na verdade, a realização, entre o CEF e o FCVS e entre este e os agentes financeiros, da modalidade obrigacional denominada **dação em pagamento**, pela qual "o credor pode consentir em receber coisa que não seja dinheiro, em substituição da prestação que lhe era devida" (Código Civil, art. 995) ,sendo certo que "se for título de crédito a coisa dada em pagamento, a transferência importará em cessão" (Cód. Civil, arts. 997 e 1095)

276. Sistematizando-se, adequadamente, as disposições da referida Resolução, verifica-se que esse ato objetivou a concessão de autorizações:

1º). à CEF, para realizar uma **emissão especial** de letras hipotecárias, com as **características** (prazo, correção monetária, taxa de juros e poder liberatório); e as **condições** (utilização limitada) estipuladas nos arts. 1º e 2º;

2º). à CEF, para utilizar tais letras na liquidação, mediante **dação em pagamento**, de suas dívidas junto ao FCVS (art. 1º);

3º). ao FCVS, para consentir em receber da CEF as letras, em substituição à prestação em dinheiro, que lhe era devida (art.1º);

4º). ao FCVS, para utilizar as mesmas letras, na liquidação, mediante **dação em pagamento ou cessão de créditos**, de parte de suas dívidas junto aos agentes financeiros (art. 3º).

277. Ao consignar essa última autorização (no art. 3º), a Resolução do C.M.N. condiciona a operação, expressamente, à **aceitação** ("desde que aceitas") pelos agentes financeiros, confirmando, desse modo, tratar-se da **datio in solutum ou cessão de crédito**, eis que ambas dependem da **anuência do credor** (Cód. Civil, arts. 995 e 1065).

278. De qualquer modo, fica evidenciado o caráter negocial na relação entre o FCVS e os agentes financeiros, eis que, sem o consentimento destes,

a cessão não se concretizaria. Aliás, tais negócios deveriam ter sido objeto de instrumentos contratuais apropriados.

279. Esses aspectos na relação entre o FCVS e os agentes financeiros também demonstram a **inocorrência de pagamento em espécie**, muito menos a conta de **dinheiros públicos**, o que retira as operações autorizadas pelo C.M.N, na Res. n° 1923/92, do campo de incidência das antes referidas normas da Lei nº 4320/64 e Decretos nº 93872/86 e 95924/88.

280. Cumpre destacar que as medidas consubstanciadas na Res. Nº1923/92, do Cons. Mon. Nacional indicam o **prevalente interesse governamental** e decorrem de tríplice motivação: 1º) dar solução ao problema em que se encontrava a CEF, a qual havia aplicado os recursos do FCVS (provenientes das contribuições tomadas aos mutuários e aos agentes financeiros, **"em financiamentos de longo prazo, de difícil retorno**" (como, expressa e surpreendentemente, admite o Voto supra-transcrito), ao **arrepio do disposto no art. 6° do Decreto -lei n° 2406/88**, que determina a aplicação de tais recursos **"em operações com prazo compatível com as exigibilidades do Fundo** e com taxas de remuneração de mercado"; 2º) possibilitar a liquidação de dívidas da CEF, junto ao FCVS, e deste junto aos agentes financeiros, porém não em espécie, como de direito, mas através de "dação em pagamento", tendo por objeto as referidas letras hipotecárias; 3º) elevar a receita da União, nos leilões de privatização.

281. Diante desse quadro e das públicas e notórias dificuldades do Tesouro Nacional, aos agentes financeiros - cujos direitos creditórios têm origem em contratos perfeitos e acabados, constitucionalmente protegidos, mas desrespeitados pelo FCVS, que não honrou suas obrigações como devedor substituto dos mutuárids do SFH, por imposição legal - não restou outra alternativa senão **consentir** na **dação em pagamento** que lhe foi **oferecida**, nas condições constantes da aludida decisão do C.M.N.

282. Entretanto, os agentes financeiros foram sensivelmente prejudicados, pelas seguintes razões: 1º) perda de cerca de 32% de seus créditos, devido ao valor de mercado das letras, inferior ao valor de face; 2º) taxa média de juros das letras inferior à taxa média de juros dos créditos, dos agentes financeiros junto ao FCVS, estes os contratualmente convencionados **ex vi** do art. 3º do Decreto nº 97.222/88 e art. 11 da

Lei n° 8004/90; 3º) limitado poder liberatório das letras para liquidação de dívidas junto a própria CEF e ao FGDLI, restrita às contraídas até 31/12/89; 31/12/89 ocorrência do fato gerador do imposto de renda (com pagamento em espécie), no recebimento das letras, como prevê a Resolução n.º 1924, de 30.4.92, do C.M.N., expedida pelo Banco Central.

283. Na esteira da decisão do C.M.N, a Comissão Diretora do Programa Nacional de Desestatlzação, pela Resolução n° 53, de 5.5.92, autorizou a utilização das referidas letras hipotecárias emitidas pela CEF, no pagamento de preço de ações e outros bens objeto de alienação no âmbito daquele programa.

284. Por sua vez, o Conselho Curador do FCVS, no uso de suas atribuições regimentais, expediu a Resolução n° 18, publicada no "Diário Oficial" de 6.5.92, assim redigida:

"I - Autorizar que os pagamentos dos saldos residuais de responsabilidade do FCVS possam ser efetuados através de Letras Hipotecárias de emissão da Caixa Econômica Federal, através da adoção dos seguintes procedimentos: -liquidação dos saldos atuais dos depósitos efetuados até 15.03.90 pelo FCVS na Caixa Econômica Federal, mediante a entrega de Letras Hipotecárias de emissão desta em favor do FCVS, com as seguintes características:.

a) prazo de vencimento de 6 anos, a contar da data de emissão dos títulos:
b) atualização monetária de acordo com o índice utilizado para os depósitos de poupança do Sistema Financeiro da Habitação, com data de aniversário do dia da emissão das Letras;
c) juros regressivos, de acordo com a seguinte tabela, capitalizados e pagáveis juntamente com o principal no vencimento:

I - 9,3 % ao ano no primeiro ano;
II - 8,1% ao ano no segundo ano;
III - 7,0% ao ano no terceiro ano;
IV - 6,1% ao ano no quarto ano;
V - 5,3% ao ano no quinto ano;
VI - 4,6% ao ano no sexto ano;

d). negociabilidade dos títulos no mercado, via CETIP.

II.-.Autorizar o pagamento dos débitos vencidos de responsabilidade do FCVS mediante o repasse, aos agentes

Financeiros credores, das Letras Hipotecárias recebidas da Caixa Econômica Federal, efetuando-se a apuração dos créditos de acordo com as normas operacionais do FCVS e com a adoção de procedimento simplificado de declaração de crédito, sob inteira responsabilidade do Agente Financeiro, que responderá pela autenticidade dos documentos, veracidade das informações prestadas e exatidão dos cálculos.

III - Subordinar ao fluxo normal de liberação de recursos do FCVS os pagamentos dos contratos habilitados por Agentes Financeiros que não aderirem à sistemática preconizada nesta Resolução.

IV - Autorizar a Caixa Econômica Federal a adotar os procedimentos necessários à execução do disposto nesta Resolução.

V - Deliberar que esta Resolução entrará em vigor na data da sua publicação"".

285. Em face dos preceitos da Res. n° 1923/92, do Cons. Mon. Nacional, cabia ao Conselho Curador do FCVS, tão-somente, invocar a competência que lhe foi atribuída pelo art. 2º:, incisos II e IV, de seu Regimento Interno ("aprovar as condições gerais de atuação" e "as rotinas operacionais" do FCVS), e expedir resolução para:

a) autorizar a Administradora do FCVS a receber as letras hipotecárias em tela, mediante dação em pagamento da dívida da CEF (em nome próprio) junto ao Fundo;

b) b) autorizar a CEF, na qualidade deAdministradora do FCVS, a oferecer e aceder esses títulos aos agentes financeiros credores, para liquidação parcial da dívida do Fundo; e 3º) indicar o procedimento cabível.

286. Essas são, precisamente, as finalidade da Res. n° 18/91, do Conselho Curador do FCVS, apesar da redação confusa, da falta de técnica jurídica e, até mesmo, da fundamentação equivocada desse ato administrativo. De fato, as duas autorizações estão contidas na parte inicial do item I e na parte inicial do item II, enquanto o procedimento é objeto da parte final do item II.

287. Todavia, a Resolução do Cons. Curador do FCVS contém quatro falhas incompreensíveis: 1º) embora publicada no D.O. de 6.5.92, data em que entrou em vigor, está datada, por equívoco, de 19.12.91, muito antes, portanto, da expedição da Resolução n° 1923/92, do

Cons.Mon.Nacional; **2º)** reproduz, desnecessariamente, as características das letras hipotecárias emitidas pelos CEF, matéria da competência do Cons.Mon.Nacional; **3º)** quanto ao procedimento, determina, a um só tempo, a observância das "normas operacionais do FCVS" (o Manual de Normas e Procedimentos Operacionais) e a adoção de um "procedimento simplificado de declaração de crédito" sem aclarar como se conjugariam as duas rotinas; **4º)** a exemplo da Resolução do C.M.N., ignora a natureza dos negócios jurídicos autorizados e silencia quanto à conveniência dos instrumentos contratuais próprios.

288. A esse tempo, o Governo tinha todo o interesse em que fossem efetivadas, com presteza, as operações autorizadas pela Res. no1923/92, do Cons.Mon.Nacional, seja para possibilitar à CEF a substituição da dívida vencida, perante o FCVS, pela dívida derivada das letras hipotecárias, com vencimento em 6 (seis) anos e menor taxa de juros (o chamado alongamento da dívida com redução de encargos), seja para possibilitar o ingresso desses títulos no mercado financeiro, a fim de serem utilizados nos leilões de privatização.

289. Assim sendo, é possível, pela rotina traçada na Res.18/91, do Cons.Curador do FCVS, que a cessão das letras haja ocorrido em descompasso com o exame da documentação apresentada pelos agentes financeiros. Contudo, em face das obrigações que lhe foram imputadas por diversos diplomas legais, já aludidos neste parecer, e até para possibilitar, ao Governo, a elaboração das propostas orçamentárias anuais, com vistas à obtenção dos recursos necessários ao atendimento da despesa respectiva, o FCVS deveria dispor, especialmente com o uso do processamento eletrônico de dados, dos : elementos referentes a todos os "eventos", ocorridos ou previstos. ";

290. Desse modo, o Governo poderia conhecer com exatidão o montante de suas obrigações concernentes aos subsídios habitacionais e que constituem parcela apreciável (cerca de US$ 20 bilhões) da dívida "pública interna da União, a merecer, por isso mesmo, atenção especial".

291. Face ao exposto, afigura-se conveniente repetir e enfatizar que:

1º). as operações em foco -emissão de letras hipotecárias pela CEF, dação em pagamento entre esta e o FCVS e cessão de créditos

deste pelo órgão que dispunha de competência legal para praticar o ato, ou seja, o Cons.Mon.Nacional;

2º) tais operações não envolveram pagamento à conta de dinheiros públicos, nem mesmo qualquer pagamento em espécie;

3º). a CEF utilizou as letras hipotecárias, de sua emissão, para liquidar dívida junto ao FCVS, decorrente de depósitos efetuados por este, naquela instituição financeira, para aplicações de curto prazo, como manda a lei, depósitos esses que a Caixa não pôde devolver ao depositante, por tê-los aplicado, indevidamente, a prazo longo;

4º). os recursos depositados pelo FCVS na CEF não provêm dos cofres públicos, mas de contribuições efetuadas pelos mutuários e agentes financeiros do SFH;

5º) conseqüentemente, tais operações, de caráter negocial e financeiro, autorizadas por competente ato do Com. Mon. Nacional e objeto de autorizações suplementares e rotina contidas em ato do Cons.Curador do FCVS, não estão sujeitas à disciplina da Lei nº 4320/64 e dos Decretos nºs 93872/86 e 95.924/88, que versam sobre recursos públicos e a despesa à conta deles;

6º) a disciplina especial das referidas operações não exclui, é claro, a obrigação legal de o FCVS submeter-se à eventual fiscalização do controle externo, a cargo do Tribunal de Contas da União, ou do controle interno, a cargo da Secretaria de Controle Interno, nem, tampouco, o dever de elaborar, ao final de cada exercício, a competente prestação de contas, contendo, inclusive, dados sobre as operações, em tela.

292. Por outro lado, o Conselho Curador do FCVS bem se haveria, data Ivenia, se revogasse a malsinada Res. 18/91, que, pelas falhas com que foi redigida, provocou confusões e deu margem à propositura de uma ação civil pública, e, se a seguir, expedisse novo ato, tão-somente para autorizar a CEF, na qualidade de Administradora do FCVS, a ratificar, uma vez concluídos os procedimentos previstos no Manual, as operações de resgate de dividas dos mutuários junto aos agentes financeiros do SFH, mediante dação em pagamento, com a cessão das letras hipotecárias da emissão especial autorizada pelo Cons.Mon.Nacional.

293. Cabe seja acentuado que as Resoluções do Cons. Mon. Nacional e Cons. Curador do FCVS são atos administrativos normativos,

unilaterais, autorizativos de determinados negócios jurídicos, os quais, aliás, se efetivam, de modo geral, mediante instrumentos contratuais.

294. Já os negócios (dações em pagamento) efetivados ao amparo daquelas resoluções normativas, entre a CEF e o FCVS e entre este e os agentes financeiros do SFH, são atos bilaterais, que GUIDO LANDI e GIUSEPPE POTENZA denominam de **atti amministrativi negoziali**, os quais dependem, essencialmente, do acordo de vontade das partes (In Manuale di Diritto Amministrativo, 6a. ed. Milão, pág. 198).

295. Tais negócios produziram amplos efeitos jurídicos, **que não podem ser destruídos**, a não ser com **dano ao patrimônio** da CEF, do FCVS e dos agentes financeiros (instituições públicas e privadas).

296. Nessas condições, se a Resolução n° 18/91, do Cons.Curador do FCVS, vier a ser revogada, o ato revogatório só poderá produzir efeitos ex nunc, a partir da data em que for praticado. E a **ratificação** dos negócios já efetuados terá o efeito de **convalidar** o ato anterior, eivado .de meras falhas de técnica jurídica, **reconhecendo-lhe a validade e eficácia**, para usar a expressão de J. CRETTELLA JR. (In Dicionário de Direito Administrativo, Forense, 3a. ed., 1978, pág. 278). Ter-se-ia, pois, uma **ratificação saneadora**, conforme MARCELLO CAETANO (In Princípios Fundamentais de Direito Administrativo, Forense, 1977, pág. 204).

297. Assim sendo, poderá ser retomado o fluxo normal das habilitações e resgates, evitando-se o agravamento das obrigações do FCVS e permitindo-se à CEF a utilização das letras hipotecárias emitidas com limitada finalidade e resgate fixado para seis anos.

f). a ação civil pública proposta em Mato Grosso

298. O Ministério Público Federal, invocando **legitimidade** processual ativa, para a defesa do patrimônio público, propôs, perante a 3º Vara da Seção Judiciária da Justiça Federal no Estado de Mato Grosso, a AÇÃO CIVIL PÚBLICA n° 93.397-4, contra a UNIÃO FEDERAL e a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, tendo por objeto a **declaração de nulidade** do item II da Res. n° 18/91, do Cons.Curador do FCVS.

299. Descabe, no âmbito deste parecer, contestar a referida ação, até porque a CEF já o fez, em petição de rica substância, que demonstra, cabalmente, a improcedência do feito. E a UNIÃO, certamente,

oferecerá contestação de igual nível. Far-se-ão, por esse motivo, apenas ligeiros comentários sobre as alegações do Autor.

300. Preliminarmente, porém, deve ser destacada a impropriedade da ação. De fato, a ação civil pública não é, de modo algum, o **remédio processual próprio para Obter-se a declaração de nulidade de um ato normativo federal.**

301. A prevalecer o elastério pretendido pelo Autor, a ação civil pública tornar-se-ia numa panacéia para todos os males nacionais e o Judiciário seria induzido a controlar todas as ações do Executivo e, mesmo, a substituí-lo, revogando-se, entre nós, o clássico princípio da divisão dos poderes, de MONTESQUIEU, acolhido pela nossa Carta.

302. Além disso, não há, no caso, patrimônio público, enquanto interesse difuso ou coletivo, a ser protegido mediante ação civil pública, consoante a letra e o espírito do inciso II do art. 129 da Constituição.

303. O patrimônio, que o Autor pretenderia defender - e, na realidade, está prejudicando -, foi constituído não com "recursos orçamentários", como, por desconhecimento, afirma na inicial, mas por contribuições dos mutuários e agentes financeiros do SFH, ou seja, fontes de natureza , privada.

304. O Autor confunde o patrimônio público, enquanto interesse difuso e coletivo, pertencente à coletividade, ao povo, com o patrimônio dos entes públicos, constituído por bens móveis e imóveis, inclusive créditos e títulos.

305. No caso, os interesses do FCVS têm titular: a UNIÃO. E a defesa, em juízo, dos interesses da UNIÃO compete, constitucionalmente, Advocacia-Geral da União.

306. A rigor, na ação civil pública em foco, a UNIÃO figura tanto no pólo ativo, como no pólo passivo, da relação processual.

307. Falta, pois, ao Autor a capacidade processual ativa.

308. É de se esperar, portanto, que o MM. Juiz Federal decida extinguir o processo, sem julgamento do mérito, com base no art.267, incisos, IV (ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo), VI (quando não concorrer qualquer da

condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual) e IX (quando ocorrer confusão entre autor e réu) do Código de Processo Civil.

309. No **mérito**, improcede a ação, como se demonstrará.

310. O Autor alega, em resumo, que: 1º) a CEF não possuiria um "controle" do valor dos créditos dos agentes financeiros; 2º) esses créditos não seriam "líquidos e certos"; 3°) não teria sido observado, no caso em apreço, o art. 63 da Lei n° 4320/64, quanto à comprovação do "exato valor do débito"; 4º) o procedimento previsto na Res. n° 18/91, do Cons.Curador do FCVS, representaria uma "efetiva transferência de recursos públicos", "recursos orçamentários", "para o setor privado", sem a "comprovação da despesa"; 5º) essa Resolução adotaria sistemática contrária à Res. n° 1923/92, do Banco Central; 6º) pela citada Resolução do FCVS, o agente financeiro "arbitraria" o seu crédito, sem a correspondente prova; 7º) "o administrador público deve contas de toda a sua atuação aos administrados"; 8º) o item II da citada Resolução do FCVS seria "nulo, de pleno direito", nos termos da Lei no4717, de 29.6.65 (que regula a ação popular), por "vício de forma", que consiste na irregularidade de formalidades do ato (alínea "b") e da ilegalidade de objeto, que ocorre quando do ato resulta violação da lei, regulamento ou outro ato normativo (alínea "c") - sem, contudo, indicar qual a lei ou o ato normativo que teria sido violado -, e, ainda, porque o mencionado dispositivo, da Resolução do FCVS, seria "lesivo ao patrimônio público".

311. Todas essas alegações improcedem, porquanto: 1º) a CEF, naturalmente na qualidade de administradora do FCVS, efetua o controle dos créditos dos agentes financeiros na confomidade do Regimento Interno (art. 6º) e do Manual de Normas e Procedimentos Operacionais do FCVS, analisado na Seção "d", deste capítulo do parecer; 2º) os créditos dos agentes financeiros do SFH, perante o FCVS, são líquidos e certos, como demonstrado na Seção "b", deste capítulo do parecer: 3°) o art. 63 da Lei n° 4320/64 é inaplicável ao negócio jurídico efetuado entre o FCVS e os agentes financeiros, porque, como já demonstrado na seção "c", deste capítulo do parecer, não ocorreu despesa à conta de recursos orçamentários da União, nem mesmo despesa em espécie, mas dação em pagamento, mediante cessão de títulos de crédito; 4º) todos os recursos orçamentários dos entes públicos são, afinal, transferidos para o setor

privado da economia; os recursos do FCVS são provenientes de fontes de natureza privada; não ocorreu, no caso **sub judice**, pagamento em espécie, mas **dação em pagamento**; os créditos dos agentes financeiros, junto ao FCVS, têm origem em contratos perfeitos acabados e decorrem de preceitos legais expressos, demonstrado na seção "a", deste capítulo do parecer, e são comprovados perante o Fundo na forma do já citado Manual; 5º) as Resoluções n° 1923/92, do Cons.Mon.Nacional, e 18/91 do Cons.Curador do FCVS, foram expedidas por esses órgãos colegiados no uso das respectivas competências e, inobstante as falhas de técnica jurídica e a pobreza de forma, têm finalidades diversas, embora versem sobre a mesma matéria; 6°) o agente financeiro não "arbitra", apenas declara o seu crédito, preexistente por força de preceitos legais expressos e a correspondente documentação é apresentada ao FCVS de acordo com as normas do Manual de Normas e Procedimentos, Operacionais; 7º) o administrador público deve, com efeito, prestar contas de sua atuação, mas ao final de cada exercício, apresentando a "prestação de contas". elaborada de acordo com a legislação aplicável – a seus superiores hierárquicos, para remessa ao Tribunal de Contas da União, competente para conhecê-las e julgá-las; e 8º) o Autor, em ação civil pública, invoca preceitos da lei que regula a ação popular da lei, questionado item II da Res. 18/91, do Cons.Curador do FCVS revela falhas de técnica jurídica, perfeitamente sanáveis, como demonstrado na seção "e", deste capítulo do parecer, mas não está, de maneira alguma, eivado de nulidade, como quer o Autor; aliás, conforme a magistral lição do consagrado THEMíSTOCLES CAVALCANTI “a nulidade posteriormente invocada, depois de produzidos efeitos e beneficiados terceiros, seria, além do mais, imoral e juridicamente inaceitável "(In Tratado de DireitoAdministrativo, 4. ed., F. Bastos vol. I, do pág. 289); no caso, o ato foi publicado no "Diário Oficial" de 6-5-92, e desde então, haver, na espécie, lesão ao patrimônio público, porque os créditos dos agentes financeiros são líquidos e certos e os recursos do FCVS não provêm de fontes públicas.

312. Apesar do que foi exposto, o MM. Juiz Federal da 3º Vara de Mato Grosso concedeu a liminar para suspender a vigência do item II da, Resolução n° 18/91, do Conselho Curador do FCVS, conforme despacho prolatado em 23/3/93, nos seguintes termos:

"DECISÃO

A Resolução n° 18/91 do CC/FCVS autoriza a CEF a proceder ao pagamento de créditos aos agentes financeiros, adotando o

procedimento simplificado de declaração apresentada pelo próprio credor (fr. 151). Não é exigida, todavia, nenhuma forma de comprovação desses créditos".

2. O Presidente da CEF informou o seguinte:

"A CEF, na qualidade de administradora do FCVS, desconhece quais os critérios utilizados pela ABECIP para determinação do déficit de US$ 15,5 bilhões de dólares.
A competência pela cobertura do déficit potencial do FCVS é do próprio Fundo. O pagamento de suas responsabilidades já está sendo feito com base nas disponibilidades desde OUT/92. Somente após esgotados os recursos é que a União passará a fazer os aportes necessários, conforme determinam os Decretos- : Lei 2164/84 e 2406/88".

3. Não há dúvida de que o procedimento adotado para liquidação dos créditos com recursos públicos da UNIÃO viola o art. 63 da Lei 4.320/64. Sendo assim relevante o fundamento e considerando o risco de lesão ao patrimônio público, CONCEDO a liminar para SUSPENDER a vigência do item II da Resolução n 18/91 do CC/FVCS.

4. Depreque-se ao juiz federal em Brasília a intimação (a) do Presidente do Conselho Curador do Fundo de Compensação e Variações/Ministério da Fazenda e (b) do Presidente da CEF para cumprir esta decisão.

5. Citem-se a UNIÃO e a CEF para contestar em 60 e 30 dias, respectivamente".

313. O despacho do MM. Juiz Federal merece, **data venia**, reconsideração, porquanto: 1º) a liminar somente seria cabível, "após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público", como expressamente é exigido pelo art. 2º da Lei n° 8437, de 30-6-92, providência processual essa que, salvo engano, não terá ocorrido em relação à União, gestora do FCVS (a CEF é mera administradora); 2º) a Res. n° 18/91, do Cons.Curador do FCVS, determina, quanto à comprovação dos créditos dos agentes financeiros, a observância das "normas operacionais do FCVS", vale dizer, do Manual de Normas e Procedimentos Operacionais, que é rigoroso eminuncioso na exigência da documentação pertinente; 3°) como antes esclarecido, neste parecer, o art. 63 da Lei n° 4320/64 é inaplicável à espécie; não foram, no caso, utilizados, recursos públicos (como informa, aliás, o oficio do Presidente

da CEF transcrito no próprio despacho do MM. Juiz) e não ocorreu nem poderia ocorrer, lesão ao patrimônio público.

314. Assim, a União ou a Caixa Econômica Federal poderiam pedir ao M Juiz reconsideração do despacho concessivo da liminar, levandc S.Exa. os elementos esclarecedores da matéria.

315. Se falhar essa providência, a União, por intermédio daAdvocacia-Geral da União, ou a Caixa Econômica Federal, poderá, com fundamento no art. 42 da Lei n° 8437/92, requerer, ao Presidente do Tribunal Regional Federal, a suspensão da execução da referida liminar, demonstrando: 1º) a **flagrante ilegitimidade** do ato concessivo, como antes exposto; 2º) o **manifesto** liquidar das dívidas que lhe foram impostas por lei- cessando a sua inadimplência; 3°) a necessidade de se evita ocorrência de **grave lesão à economia pública**, face ao agravamento da dívida do FCVS, pela incidência dos juros, e os prejuízos que lhe da serão causados, pela manutenção em carteira das letras hipotecárias já emitidas, somente utilizáveis na dação em pagamento de sua dívida junto aos agentes financeiros, com juros inferiores à taxa aplicável à referida dívida e prazo de resgate em apenas seis anos.

g) *o p<u>rocesso instaurado de Tribunal de Contas da União</u>*

316. O Sr. Procurador da República no Estado do Mato Grosso comunicou ao Egrégio Tribunal de Contas da União, a propositura da ação civil, pública antes referida, objetivando a declaração de nulidade do item Il da Res. n° 18/91 do Cons.Curador do FCVS.

317. A comunicação foi autuada sob .o nº TC. 005.182/93-0, sendo designado; Relator o Ministro BENTO JOSE BUGARIN, que, na Sessão de 12.5.93 apresentou os competentes Relatório e Voto.

318. Nesse Voto, o eminente Ministro, após invocar os preceitos dos arts. 62 e 63 da Lei n° 4320/64, manifestou o entendimento de que a Res. n° 18/91, do Cons. Curador do FCVS, "ao dispensar a efetiva verificação do direito adquirido pelo credor, está a autorizar a transgressão do procedimento fixado pelo mencionado art. 63 da Lei no4320/64 possibilitando, com isto, a evasão irregular de recursos do FCVS."

319. Destacar ainda, o ilustre Ministro BENTO JOSE BUGARIN que "o procedimento adotado contribui para aumentar o elevado grau de descontrole dos registros contábeis do Fundo, já salientado pelo

eminente Ministro FERNANDO GONÇALVES, ao apreciar as contas do FCVS relativas ao exercício de 1990.

320. Acolhendo o Voto do Relator, a Egrégia Corte de Contas decidiu determinar, à 8º Inspetoria-Geral de Controle Externo, "a realização de audiência prévia do S.r. Presidente do Conselho Curador do FCVS, nos termos do art. 43, inciso II, da Lei n° 8443/92, autorizando aquela Inspetoria a, se necessário, efetuar Inspeção Especial na Caixa Econômica Federal, órgão executor da política do Fundo"(ln D.O. de 26.5.93).

321. Não se conhece o teor das informações prestadas pelo Sr. Presidente do Cons. Curador do FCVS, nem das razões jurídicas oferecidas, em defesa dos atos praticados, por aquele colegiado.

322. Nessas condições e considerando que a decisão a ser proferida pelo Egrégio Tribunal pode afetar os legítimos direitos dos agentes financeiros do SFH, mormente se faltarem àquela Corte todas as informações que o caso requer, a ABECIP, na defesa dos interesses de seus associados e no intuito do amplo esclarecimento da matéria, pode e deve pedir ao Digno Ministro - Relator, com fundamento no arl. 220 do novo Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Resolução Administrativa n° 15, de 15-6-93 (pub. no D.O. de 21 seguinte), ajuntada, ao processo em tela, dos documentos que entender úteis ao julgamento do caso.

323. E de se acentuar que os agentes financeiros do SFH foram parte nos negócios realizados ao abrigo da Res. n° 18/91, do Cons. Curador do FCVS. E tanto essa Resolução, como os próprios agentes financeiros, foram expressamente mencionados pelo Exmo. Sr. Ministro-Relator, no seu Voto.

AS CONCLUSÕES

324. Por todas as razões expostas, conclui-se que:

1º) o Sistema Financeiro da Habitação foi criado por razões de ordem social;

2º) o instrumento fundamental para a execução do plano

habitacional foi a introdução da correção monetária, pela qual passaram a ser atualizados os valores das prestações e dos saldos devedores dos financiamentos imobiliários do SFH;

3º). as fontes de financiamento do SFH eram, inicialmente, os depósitos de poupança, as letras imobiliárias e uma contribuição compulsória das empresas, sendo agregados, depois, os substanciais recursos do FGTS;

4º) por motivo de política social, a lei estabeleceu um descompasso temporal entre a correção monetária das prestações e dos saldos devedores dos financiamentos imobiliários do SFH, admitindo, para compensá-lo, prorrogação do prazo de amortização;

5º) diante das limitações impostas pelo prazo das amortizações o BNH criou o Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS), destinado a cobrir o chamado saldo devedor residual dos financiamentos imobiliários do SFH, isto é, a diferença, subsistente ao final daquele prazo, entre o saldo devedor da operação e o montante das prestações mensais pagas, com as respectivas correções monetárias;

6º) por essa forma, o BNH instituiu uma garantia, consistente na obrigação de um terceiro, o FCVS (garantidor), efetuar o pagamento, aos agentes financeiros (credores), em nome dos mutuários do SFH, do saldo devedor residual, acaso existente;

7º) em contrapartida a essa garantia, os mutuários passaram a, contribuir com uma taxa;

8º) persistindo a crise econômica, novas razões de política social ditaram uma modificação essencial no SFH, qual seja transformação da aludida garantia em subsídios habitacionais, à conta dos cofres públicos;

9º) inicialmente, o subsídio consistiu na limitação do percentual de reajuste das prestações, sendo imputada ao FCVS obrigação de liquidar, junto aos agentes financeiros, os saldos devedores residuais das operações; a seguir, o reajuste das prestações passou a vincular-se ao salário - mínimo;

10º). depois, o Decreto - lei n° 2.164/84 criou um incentivo financeiro, os bônus doados pelo BNH aos mutuários, para abatimento nas prestações mensais, e imputou ao FCVS a responsabilidáde pelo resgate, Junto aos agentes financeiros, dos "saldos devedores residuais existentes ao término dos contratos para aquisição de moradia própria";

11º). o citado Decreto - lei criou, ainda, o denominado "Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional" (PES/CP), segundo o qual o reajuste das prestações mensais passou a vincular-se aos aumentos de salário da categoria profissional a que pertencer o mutuário;

12º). diante de inviabilidade financeira de o FCVS (constituído de contribuições: dos mutuários e dos agentes financeiros) suportar a despesa com os subsídios então criados, o Decreto - lei n° 2.164/84 previu a alocação, nos Orçamentos da União, durante dez exercícios, das necessárias dotações, o que, no, entanto, não foi obedecido, seja pelo Executivo, seja pelo legislativo;

13º) o Decreto - lei n° 2.291/86, mais tarde alterado pelo Decreto - lei n° 2406/88, visando a interromper o crescimento das obrigações do FCVS, concedeu novo benefício aos mutuários, consistente num abatimento, na liquidação integral do saldo devedor ou na transferência do financiamento a terceiros;

14º) novo beneficio de liquidação antecipada, com abatimento, foi concedido pela lei n° 8.004/90;

15º) afinal, aLei n° 8.177/91 veio pôr cobro à longa fase de subsídios habitacionais, extinguindo o descompasso entre os saldos devedores e O montante das prestações das operações do SFH;

16º) o FCVS, criado mediante ato infra-Iegal, tinha por finalidade inicial prestar uma garantia aos mutuários do SFH, mas, presentemente, disciplinado em lei, tem por finalidade principal quitar, junto aos agentes financeiros, os saldos devedores remanescentes dos contratos de financiamento habitacional, decorrentes de subsídios concedidos aos adquirentes de moradia através do Sistema;

17º). a gestão desse Fundo compete ao Ministério da Fazenda, por intermédio do Conselho Curador, a administração cabe à CEF e a estrutura está estabelecida em decreto executivo e, com base nele, em portarias ministeriais;

18º). as fontes de recursos do FCVS têm sido, ao longo do tempo, tão somente, as contribuições dos mutuários e dos agentes de financeiros do SFH, enquanto os Orçamentos da União nunca aportaram os recursos necessários à cobertura dos subsídios habitacionais, como previsto em disposições legais expressas, desde 1985;

19º). devido a essa inércia da União, as obrigações impostas pela de lei ao FCVS têm sido atendidas, por paradoxal que pareça, graças às contribuições dos próprios mutuários e agentes financeiros e aos resultados das aplicações desses recursos, aliás efetuadas pela CEF em desacordo com as prescrições legais;

20º). as relações entre os agentes financeiros e os mutuários do SFH têm natureza contratual e os respectivos instrumentos, uma vez celebrados na conformidade da legislação aplicável, das constituem o ato jurídico perfeito, constitucionalmente protegido, e imune à retroatividade das leis supervenientes;

21º). diversas leis vieram interferir nesses pactos, para transferir parte das obrigações dos mutuários (saldo devedor residual), para um terceiro, o FCVS, numa espécie de novação subjetiva por substituição do devedor, imposta pela lei;

22º). por essa forma, na relação contratual com o agente financeiro credor, o adquirente da casa própria era substituído por outro devedor, o FCVS, que, na qualidade de "garantidor", tinha a obrigação de efetuar o pronto pagamento do saldo devedor residual da operação;

23º). os diversos diplomas legais, que criaram os subsídios habitacionais antes referidos, prescreveram, expressa e imperativamente, a **obrigação** de o FCVS **quitar**, junto aos agentes financeiros, os saldos devedores residuais dos contratos celebrados com os mutuários, decorrentes daqueles

benefícios (Decreto - leis nºs 2.164/84, 2.291/86, 2.406/88 e 2.476/88 e Lei nº 8.004/90);

24º) além disso, esses diplomas legais, em preceitos flagrantemente inconstitucionais, **violaram o ato jurídico perfeito**, ora **postergando** o momento (término dos prazos contratuais) de o FCVS resgatar suas obrigações perante os agentes financeiros (Decretos - leis nº 2.164/84,2.291/86 e 2.406/88 e, Lei n° 8.004/90), ora **confiscando** parte dos créditos dos agentes financeiros (Decreto - lei n° 2.406/88);"

25º) reconhecendo a responsabilidade **direta da União**, pelas obrigações impostas ao FCVS perante os agentes financeiros - e, conseqüentemente, os direitos destes -, os Decretos - leis nº.2.164/84 e 2.406/88 determinaram a alocação, nos Orçamentos da União, de recursos específicos para a cobertura das obrigações decorrentes daqueles benefícios, em níveis compatíveis com as respectivas previsões de desembolso;

26º) não só pela **origem contratual regular** (ato jurídico perfeito), mas também em face da **sólida fundamentação legal** (os preceitos legais supra - referidos, expressos e imperativos quanto às obrigações do FCVS e da União), revelam-se **certos e incontestáveis os direitos dos agentes financeiros à quitação**, por aquele Fundo, e, subsidiariamente, pela CEF ou pela União, das dívidas correspondentes aos saldos devedores residuais dos financiamentos concedidos aos mutuários do SFH;

27º) além de certas, quanto à sua **existência**, as obrigações do FCVS, perante os agentes financeiros, são **determinadas** quanto ao seu **objeto**, correspondendo a parcelas certas e determinadas, como prescrito pela lei, de financiamentos concedidos, aos adquirentes de moradia própria, em montantes também **certos e determinados**, como pactuado em instrumentos contratuais lavrados de acordo com as normas doSFH;

28º) Sendo certa, conhecida e determinada a dívida do mutuário, perante o agente financeiro, é **líquida**, como líquidas são as

parcelas dessa dívida - especialmente o saldo devedor residual assumidas pelo FCVS, ex vi legis;

29º) o cálculo da correção monetária, bem assim a modificação e substituição dos respectivos índices, por força das leis de ordem pública, não prejudicam, de modo algum, a liquidez das dívidas em tela não só porque se trata de dívidas de valor, como porque a atualização não constitui parcela distinta da obrigação, nas dívidas dessa espécie, pois visa a dar a estas nova expressão monetária, tudo à semelhança do que ocorre, por exemplo, com a Dívida Ativa da Fazenda Pública, cuja liquidez também não é prejudicada pelos referidos fatores;

30º) a execução orçamentária e financeira do FCVS, ex vi do Decreto - lei n° 2.406/88, deve observar "as disposições legais e regulamentares aplicáveis aos fundos da Administração direta";

31º) a Lei n 4.320/64 (Normas Gerais de Direito Financeiro), ao definir "fundo especial", faculta, em relação a eles, a adoção de **"normas peculiares de aplicação"**.

32º) o FCVS enquadra-se na definição supra - referida e o Decreto nº 95.924/84, baixado por força do art. 2º do Decreto - lei nº 2.406/88, estabelece que a execução orçamentária e financeira do FCVS, a par de observar a legislação aplicável aos fundos da Administração direta, "será disciplinada", no que couber, em ato ministerial, atendendo, assim, às peculiaridades do Fundo, em especial de sua receita, proveniente de fontes privadas e públicas, e de sua despesa, que não tem por objeto obras, serviços e fornecimentos, mas a quitação de dívidas de mutuários junto aos agentes financeiros do SFH;

33º) "as normas peculiares à aplicação" dos recursos do FCVS estão estabelecidas em Regulamento, no Regimento Interno, no Plano de Contas e no Manual de Normas e Procedimentos Operacionais;

34º) o Manual, regularmente aprovado e publicado no "Diário Oficial", traça normas rigorosas e minuciosas para o controle

tanto da receita, como da despesa e, no que tange à quitação, **ex vi legis**. de dívidas dos mutuários, decorrentes de financiamentos imobiliários, junto aos agentes financeiros do SFH, enumera, taxativamente, a **documentação exigida** e fixa adequadas rotinas de apreciação das habilitações dos credores, mediante **processos administrativos regulares**;

35º) por relevantes razões de **conveniência administrativa**, o Conselho Monetário Nacional, no uso de suas atribuições legais, autorizou a Caixa Econômica Federal a efetuar uma emissão especial de letras hipotecárias destinadas exclusivamente à dação em pagamento de dívida (depósitos efetuados pelo FCVS com o produto das contribuições dos mutuários e agentes financeiros) dessa empresa pública junto ao FCVS e vinculadas à liquidação, por este, de suas dívidas junto aos agentes financeiros, através de nova **datio in solutum** mediante cessão de crédito;

36º) o ato do CMN importou na concessão das **necessárias autorizações** para a efetivação desses **negócios jurídicos**;

37º) inocorreu, nesses atos negociais, qualquer **pagamento em espécie**, muito menos à conta de **dinheiros públicos**, o que os exclui do campo de incidência das normas da Lei nº 4.320/ 64 e Decretos nºs 93.872/86 e 95.924/88;

38º) diante das notórias dificuldades do Tesouro Nacional, que nunca alocou, ao FCVS, os recursos previstos em lei aos agentes financeiros, não restou outra alternativa senão consentir na dação em pagamento que lhe foi oferecida, apesar dos prejuízos decorrentes do negócio (valor de mercado das letras, taxa média de juros inferior a dos seus créditos, limitado poder liberatório desses títulos e incidência do imposto de renda);

39º) respondendo ao Quesito nº1; a questionada Resolução nº18/91, do Conselho Curador do FCVS, apesar da redação confusa e da falta de técnica jurídica, teve por finalidade autorizar a administradora do FCVS a receber da CEF e a oferecer aos agentes financeiros, mediante dação em pagamento, as citadas letras e indicar o procedimento cabível;

40º). as Resoluções do CMN e do FCVS são atos administrativos normativos, unilaterais, autorizativos de determinados negócios jurídicos, os quais, aliás, deveriam ter sido concretizados mediante adequados instrumentos contratuais;

41º). tais negócios (dações em pagamento), efetuados entre a CEF e o FCVS e entre este e os agentes financeiros, são atos bilaterais dependentes do acordo de vontade das partes e produziram amplos efeitos jurídicos, que não podem ser destruídos, a não ser com dano ao patrimônio da CEF, do FCVS e dos agentes financeiros;

42º). respondendo aos Quesitos nos 2 e 3: a Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público Federal, na 3ª Vara Federal, em Mato Grosso, é totalmente improcedente, seja por **razões preliminares** (impropriedade da ação, falta de capacidade processual ativa, vários motivos para extinção do processo sem julgamento do mérito), seja quanto ao **mérito** (improcedência de todas as alegações do Autor, no que tange aos fatos e ao direito);

43º). a liminar concedida pelo MM. Juiz Federal merece reconsideração ou suspensão, face à flagrante ilegitimidade do ato concessivo, ao manifesto interesse público e à necessidade de se evitar a grave lesão à economia pública;

44º). respondendo finalmente ao Quesito nº 3: no que concerne ao processo instaurado pelo Egrégio Tribunal de Contas da União, a ABECIP e os agentes financeiros, em defesa de seus legítimos interesses, devem requerer, ao Exmo. Sr. Ministro - Relator, a juntada deste parecer e outros documentos, para o devido esclarecimento da matéria.

É o nosso parecer,

S.M.J

Rio de Janeiro, 23 de agosto de 1993.

CID HERÁCLITO DE QUEIROZ

Descabimento da Ação Civil Pública para pleitear eventuais diferenças de correção, monetária em decorrência de depósitos em Cadernetas de Poupança

Parecer apresentado por
Arnoldo Wald

São Paulo
Novembro/1993

I. INTRODUÇÃO

1. **A *ABECIP* - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ENTIDADES DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO E POUPANÇA**, através do seu ilustre assessor jurídico, **Dr. CARLOS EDUARDO DUARTE FLEURY**, nos honrou com consulta a respeito da inviabilidade da utilização da ação civil pública para pleitear eventuais diferenças de correção monetária em decorrência de depósitos realizados em cadernetas de poupança.

2. Na realidade, diversas instituições financeiras têm sido demandadas em juízo para responder a ações civis públicas, que são propostas, com fundamento no Código do Consumidor, e cujo pedido é, geral- mente, a condenação das mesmas ao pagamento de alegadas diferenças de correção monetária provocadas pelos sucessivos planos macroeconômicos governamentais.

3. No pólo ativo das demandas, têm atuado o Ministério Público e associações civis que têm, por objeto social, a defesa do consumidor.

4. O tema é, sem dúvida, relevante e atual, tendo em vista a relativa novidade do instituto da ação civil pública, bem como do Código do Consumidor, que ainda não foram objeto de uma ampla jurisprudência, de modo a assegurar uma interpretação correta das referidas normas.

5. Examinaremos a questão, portanto, partindo da análise do fundamento de direito material em que se baseiam as ações, ou seja, demonstrando que não existe relação de consumo, no caso, o que evidenciará a ilegitimidade das mencionadas associações para figurarem no pólo ativo dessas ações, assim como por se constituirem os objetos direitos individuais disponíveis, o que afasta a legitimidade do Ministério Público e das Associações de Consumidores ou outras.

6. Evidenciaremos, em seguida, a impossibilidade legal de pleitear indenização pecuniária individual, por meio da ação civil pública, apresentando, por fim, as nossas conclusões.

II. DA INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO NO DEPÓSITO EM CADERNETA DE POUPANÇA

7. As ações civis públicas que vêm sendo propostas contra as instituições financeiras, que incluem nas suas operações passivas os depósitos em cadernetas de poupança, têm como fundamento legal as normas da Lei 8.078/90, denominada, genericamente, de Código do Consumidor.

8. Ocorre que o depósito em caderneta de poupança não é relação de consumo, quer seja analisado pelo simples aspecto prático, quer seja analisado pelo aspecto estritamente legal.

9. Não há como caracterizar o depósito bancário como contrato de consumo, quer seja realizado a vista ou a prazo, ou sob a modalidade especial de caderneta de poupança.

10. Relação de consumo é aquela que envolve consumidor e fornecedor, tal como definidos no Código do Consumidor, nos seus artigos 2 e 3, **verbis**:

> "Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquiri e utiliza produto ou serviço como destinatário final
> /...../
>
> Art. 39. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
>
> Parágrafo 1º. Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial;
>
> Parágrafo 2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

11. O depósito em caderneta de poupança constitui, na realidade, um

contrato de direito comercial, realizado pelo poupador com as instituições financeiras, que remuneram o capital recebido, pois:

a) não há, por parte do banco, prestação de serviço, que pressupõe obrigação de fazer e não de dar (como ocorre no depósito);

b) o banco não é fornecedor, nem prestador de serviço, não recebendo nenhum pagamento do poupador;

c) o poupador não é consumidor, pois entrega o seu dinheiro para receber a correção e os juros e não há, por parte do mesmo, no caso, qualquer espécie de consumo.

12. Cabe, inicialmente, esclarecer que a lei, sendo de proteção do consumidor, só abrange as relações de consumo, às quais, aliás, se refere em seguida ao tratar da "política nacional de relações de consumo" (capítulo II, arts. 4 e ss.). Somente são objeto de incidência na nova lei as relações de consumo, que travam entre fornecedor e consumidor, desde que este seja o "destinatário final".

13. Assim sendo, partindo das distinções clássicas em economia entre consumo, poupança e investimento e entre produção e consumo, alei de defesa do consumidor não se aplica nem à poupança, nem às operações que constituem o ciclo da produção, tanto assim que o produtor é considerado fornecedor (art. 3 "caput"), não podendo ser simultaneamente consumidor.

14. **O consumo é a destruição de um bem pelo seu uso** e constitui uma das finalidades da produção, tanto assim que, para consumir, é preciso produzir e não se produz se não houver consumo.

15. Por sua vez, os recursos financeiros do indivíduo são utilizados para fins ou de consumo ou de poupança, esta ensejando o investimento ou podendo permitir o consumo (dos recursos poupados).

16. Os dicionários definem o consumo como "gasto", "destruição pelo uso", "meio pelo qual se extinguem as coisas consumíveis", "satisfação das necessidades humanas pelo aproveitamento dos produtos próprios para t este fim que se desgastam ou se extinguem pelo uso". O verbo consumir significa "destruir, pelo uso ou pela utilização, um bem ou um serviço para atender a uma necessidade".

17. **PLÁCIDO E SILVA** esclarece que:

"No sentido amplo, consumidor designa a pessoa que consome uma coisa. Mas, no sentido do Direito Fiscal, possui o vocábulo significado próprio: entende-se como consumidor toda, pessoa que adquire mercadoria de um comerciante, para seu uso e consumo, sem intenção de revendê-la".

18. E acrescenta:

"Consumível, em tal circunstância, é tomado em sentido realmente de destruível pelo primeiro uso ou deteriorável pelo uso continuado. Entanto, na acepção jurídica, há consumo não somente quando se destrói, como quando é adquirida para uso, mesmo permanente, isto é, sem imediata destruição.

Daí é que vem, então, a idéia do consumo absoluto e do consumo relativo, em que se distinguem as duas modalidades do sentido de consumo, isto é, tanto o gasto da coisa utilizada, como a aquisição para uma utilidade". **(1)**

19. A doutrina faz, ainda, a distinção entre consumo próprio e impróprio e consumo físico e econômico, assim como entre bens de consumo propriamente ditos - que são absolutamente consumíveis e se destroem, de imediato, pela sua utilização - e bens relativamente consumíveis, também denominados bens de uso, que se deterioram gradativamente, com o decorrer do tempo, todos eles abrangidos no conceito genérico de bens de consumo.

20. Na legislação brasileira, o art. 51 do Código Civil abrange os bens natural e juridicamente consumíveis, ao elucidar que:

"São consumíveis os bens móveis, cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação".

21. A doutrina explica que, ao lado dos bens naturalmente consumíveis, como os alimentos, existem os juridicamente consumíveis, destinados à alienação, como seria o caso dos livros numa livraria ou de jóias numa joalheria.

22. A lei de defesa do consumidor, para fins de incidência de suas normas, amplia, num sentido, e restringe, no outro, o conceito de bens de consumo do Código Civil, pois abrange tanto os de consumo como o

(1). DE PLÁCIDO E SILVA, Vocabulário Jurídico, 1,417.

de uso (que se degradam com o tempo), mas exclui da sua acepção os bens juridicamente consumíveis mantendo, tão-somente, os naturalmente consumíveis, pelo fato de se referir (a defesa do consumidor) aos produtos adquiridos pelo destinatário final, o que não ocorre com os produtos utilizados para a alienação a terceiros (os livros e jóias acima referidos, por exemplo), pois quem aliena, evidentemente, não é destinatário final. E quando se fala em aquisição pelo destinatário final, exclui-se tanto a compra pelo revendedor, como a do empresário ou produtor que utiliza o bem, direta ou indiretamente, no seu ciclo de produção.

23. Aliás, a melhor doutrina entende que a defesa do consumidor, em todos os países, se aplica aos "consumidores materiais" e não aos "consumidores jurídicos" (ou seja, aqueles que alei equipara aos consumidores, mas que não o são efetivamente).

24. Complementando, assim, sistematicamente, a interpretação da norma de defesa do consumidor pelas regras do Código Civil, verificamos que todos os bens destinados à produção ou à alienação pelo adquirente não são bens de consumo para o bem específico.A relação de consumo se refere, pois, tão-somente, aos bens de consumo ou de uso quando adquiridos pelo destinatário final para uso próprio e de sua família.

25. Assim sendo, entre os produtos referidos no art. 2 da Lei nº 8.078 não se incluem nem o dinheiro, nem o crédito. Este consiste em promessa de pagamento diferido, implicando troca de bens atuais por bens futuros ensejando uma circulação de mercadorias ou valores, ou ainda a permuta da mesma coisa em momentos diferentes, "uma troca diferida no tempo" ou, ainda, "uma inserção do tempo na troca". Efetivamente, a entrega de dinheiro sob qualquer forma (mútuo, desconto etc ...), ou a promessa de entrega do mesmo (abertura do crédito), ao contratante ou a terceiro, não constitui aquisição de produto (bem móvel ou imóvel) pelo destinatário final, pois, pela sua própria natureza, a moeda circula e só constituiria operação com o destinatário final se tratasse de um colecionador de moedas que não as transferisse a terceiros, hipótese suficientemente excepcional para que não se possa generalizá-la.

26. O consumidor protegido pela lei é, pois, a pessoa que, para as suas necessidades pessoais, não profissionais, contrata o fornecimento de

bens e serviços, não os repassando a terceiros, nem os utilizando como instrumentos de produção [(2)].

27. Acresce que o legislador previu a necessidade, para a incidência da legislação do consumidor, do serviço ser oneroso, Isto é, o consumidor deve efetuar uma remuneração, deve pagar pelo serviço. Do contrário, a relação não é de consumo, mas apenas uma aplicação das normas do Código do Consumidor, que foram elaboradas no intuito de proteger o consumidor, que, por vezes, acaba gastando seus recursos sem receber a contrapartida, ou seja, um serviço adequado.

28. Assim, além de inexistir, no caso, serviço, os depositantes, como aplicadores de seus recursos em cadernetas de Poupança, não podem ser considerados consumidores, porque a captação de seus recursos, para a caderneta de poupança, não enquadra no conceito de serviço referido no parágrafo, 2, do artigo 3, Código de Defesa do Consumidor.

29. É fato público e notório que os poupadores não têm qualquer despesa na abertura da caderneta de poupança, ou em qualquer outro momento, durante todo o prazo que deixam seus recursos depositados, retirando os, quando lhes convém, sem qualquer despesa, recebendo, outrossim, correção monetária de acordo com o regime legal da época do depósito, ou de sua renovação, acrescido de juros de 0,5%, se observado o período mínimo de 30 (trinta) dias de manutenção dos recursos na caderneta de poupança.

30. A captação de recursos dos aplicadores, feita pela instituição financeira, efetiva-se sem qualquer remuneração paga por parte daqueles, aos bancos, não se tratando, pois de serviço, e muito menos de serviço remunerado.

31. Ao contrário, é o banco que paga, nos vencimentos das aplicações, juros e correção monetária sobre o capital aplicado, não podendo ser considerado prestador de serviço, pois paga, aos depositantes, para receber o depósito.

32. Sendo evidente que não há fornecimento de produto, pelo Banco ao depositante, sem remuneração paga por este àquele, não há, por outro

(2). ARNOLDO WALD, Obrigações e Contratos - 10 ed., São Paulo: edição da Revista dos Tribunais, 1992, págs. 531 a 533.

lado, dúvida que, no caso, não existe serviço, de acordo com a definição do Código do Consumidor.

33. Todas as legislações reconhecem que os poupadores jamais podem ser consumidores, conforme se verifica pela lição de **JEAN CALAIS AULOY**, para quem:

> "il ne.faut certainement pas assimiler, en droit, les épargnants aux consommateurs. Certaines règles sont faites pour les premiers: personne ne songe à les étendre aux seconds. Symétriquement, d'autres règles sonts réservées aux consommateurs: elles ne sauraient .être étendues pargnants." **(3)**

34. O próprio **IDEC**, uma das associações que tem promovido ações civis públicas, com o mesmo objeto em exame neste parecer, publicou um comentário ao Código de Defesa do Consumidor, da lavra dos seus diretores, que é esclarecedor a este respeito.

35. Na Introdução, o Promotor de Justiça **ANTÔNIO HERMANN BENJAMIN,** um dos autores do anteprojeto que se transformou no Código de Defesa do Consumidor, ensina que:

> "Logo se percebe que nem toda relação econômica de consumo é considerada pelo direito consumidor como sendo relação jurídica de consumo. Por isso mesmo, diversas relações econômicas de consumo não são protegidas pelo Código de Defesa do Consumidor, permanecendo sob o regramento dos Códigos Comercial e Civil". (grifos nossos) **(4)**

36. Tratando de atividade bancária, quando é relação de consumo, o **IDEC** só considera como serviços bancários aqueles nos quais o usuário do serviço remunera o banco, como ocorre na relação de crédito, nos serviços de cobrança, desconto etc, mas não inclui, como serviço, o depósito realizado .em instituição financeira, no qual quem paga ao cliente é o próprio banco.

(3). JEAN CALAIS-AULOY, **Droit de la Consommation**, 3 ed., Paris: Dalloy, 1992, pág.9.
(4). **Código de Defesa do Consumidor** - Anotado e Exemplificado pelo IDEC, Autores: MARILENA LAZZARINI, JOSUÉ DE OLIVEIRARIOS E VIDAL SERRANO NUNES JR., ASV Editora Ltda, 1991, pág.12.

37. É o seguinte o entendimento do próprio **IDEC** sobre a matéria no mencionado comentário:

> Atividade bancária, creditícia, financeira e securitária: os bancos, enguanto prestadores de serviços, aí incluindo-se o crédito, submetem-se às normas do Código na condição de fornecedores de serviços. Portanto, os usuários são consumidores de serviços bancários e estão protegidos pelo Código. Também são consumidores de serviços as pessoas que fazem um seguro ou recorrem a um financiamento para a compra de um bem," **(5)**

38. Evidentemente, dentro das atividades bancárias existem determinados serviços, aos quais alude o Código. São aqueles prestados mediante remuneração, que podem configurar relação de consumo, como, por exemplo, a locação de caixa forte, na qual o banco fornece um serviço de locação e guarda remunerado pelo consumidor.

39. Conclui-se, pois, que:

> **a)** os bancos só estão submetidos ao Código do Consumidor "ENQUANTO PRESTADORES DE SERVIÇOS";
>
> **b)** A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SÓ ESTÁ SUJEITA AO CÓDIGO DO CONSUMIDOR QUANDO O PRESTADOR DE SERVIÇOS É REMUNERADO PELO USUÁRIO DOS MESMOS;
>
> **c)** no contrato de depósito em caderneta de poupança não há; prestação de serviço, nem venda de produto, nem remuneração , do banco pelo cliente, mas sim vice-versa, do cliente pelo banco, de modo que este não pode ser considerado FORNECEDOR DE SERVIÇOS OU DE PRODUTOS.

40. Evidencia-se, assim, que não existe, em conseqüência, prestação de um serviço ou fornecimento de um produto, na forma mencionada no Código de Defesa do Consumidor.

41. O Ministério Público do Estado de São Paulo, através do ilustre Promotor de Justiça do Consumidor já reconheceu, em parecer, quer:

> "Com efeito, como é cediço, a instituição financeira desenvolve a mencionada atividade de captação de recursos dos aplicadores.de

(5) **ob.cit., pág.30**

caderneta de poupança sem em contrapartida, exigir qualquer remuneração destes últimos. pagando-lhes vencimentos das aplicações, juros e correções legais sobre o capital aplicado.

O banco remunera-se dessa atividade ao repassar os recursos captados aos tomadores de empréstimos, a juros de mercado, elevadíssimos, sem dúvida muito superiores aos poupadores.

Daí, obviamente, o seu interesse na atividade em questão.

Não há falar-se, assim, na prestação de um serviço tal conceituado pelo CDC."[6]

42. A doutrina e a jurisprudência dominantes reconhecem que a relação entre o depositante e o banco não é de consumo, como se verifica pelo parecer da Douta Procuradoria Geral da Justiça de São Paulo, que esclarece:

"Em decorrência, mesmo se aceitando que a matéria objeto de discussão nos autos não permita reconhecer a existência de relação jurídica tutelada Pelo CDC, como sustentou o ilustre Promotor de Justiça oficiante, e de fato não o é,a pois como adverte **ARNOLDO WALD**" partindo das distinções clássicas em economia entre consumo e poupança e investimento, e entre produção e consumo, a lei de defesa do consumidor não se aplica nem à poupança, nem às operações que constituem o ciclo da produção, tanto assim que o produtor é considerado fornecedor (art. 3, **caput**)."[7]

43. No mesmo sentido, o ilustre Professor **LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÕES** teve o ensejo de concluir estudo, que publicou na matéria, no sentido seguinte:

Os serviços oriundos das atividades bancárias, financeiras, creditícias e securitárias, que são objeto da proteção da lei em foco, são, assim, exclusivamente agueles que são prestados no específico campo do mercado de consumo de bens e serviços, não se estendendo aos outros segmentos do processo econômico onde: essas atividades são desenvolvidas".[8]

(6). Parecer juntado em Ação que tramitou perante a 22ª Vara Cível da Capital, Processo n. 2814/91, sendo o Autor o IDEC eRéuo Bancodo Brasil.
(7). Publ. in RT 666/12.
(8). LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÕES. "As Relações de Consumo e o Crédito ao Consumidor", Cadernos IBCB n.22, pág.79.

44. Em parecer sobre a matéria, o eminente Professor **GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL** assevera que:

> "No caso das instituições financeiras, é marcante a distinção entre 'as operações' que realizam - tendo por objeto sempre a moeda, bem móvel material, ou crédito, bem móvel material - e os serviços que presta.
>
> Não há forma alguma pela qual operações de crédito ou com moeda possam conter-se no mercado de consumo." **(9)**

45. Neste sentido, decidiu o MM. Juiz Dr. **WILLIAM MARINHO DE FARIA:**

> "É caso de ilegitimidade de parte ativa **ad processum** da entidade autora, por não se tratar em relação de consumo - hipótese justificável da defesa coletiva em juízo dos associados, na qualidade de consumidores.
> /...../
> Isto posto, julgo o autor carecedor da ação, decretando por conseqüência a extinção do feito, sem julgamento do mérito, Com fundamento no art. 267, VI, do CPC". **(10)**

46. Tendo sido evidenciado que a relação entre o depositante e o banco **não é de consumo**, de acordo com as próprias definições da Lei n. 8.078 (art. 2 e 3), verificaremos, em seguida, a impropriedade da ação civil pública para a defesa de diretos patrimoniais individuais quando não se trata de consumo, como é o caso em exame.

III - DA INVIABILIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA A DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES INDIVIDUAIS QUANDO NÃO EXPRESSAMENTE PREVISTA PELA LEI.

(9). GERALDO DE CAMARGO VI DIGAL, .ALei de Defesa do Consumidor -Sua Abrangência', in Cadernos IBCB n.22, pág.26.

(10). Ação Civil Pública movida pelo IDEC em face do BRADESCO, proc.166/92, 36ª Vara Cível da Capital, sentença datada de 25/08/1992.

47. Os direitos e interesses decorrentes da relação creditícia entre o poupador e a instituição financeira são, sem dúvida, de caráter individual disponível.

48. Contudo, fundamentam-se as ações na nova redação dada aos art. 1, inciso II e IV, e 21, da Lei n. 7.347/85, pela Lei n. 8.078 e no art. 81 deste último diploma.

49. Ocorre, todavia, que, como em seguida verificaremos, o art. 1 da Lei n. 7.347, mesmo com a nova redação que lhe foi dada, limita-se a admitir a ação civil pública, quanto aos interesses individuais homogêneos, tão-somente nos casos específicos de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico paisagístico e não em outras hipóteses.

50. **Efetivamente** *é* a seguinte a redação atualmente dada do mencionado artigo:

"Art.1º. Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados

I. ao meio ambiente
II. ao consumidor
III. a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
IV. qualquer outro interesse difuso ou coletivo"

51. Verifica-se, assim, que, enquanto os três primeiros incisos permitem a propositura da ação civil pública em todos os casos de danos causados nas hipóteses neles mencionados, o inciso IV do art. 1, na nova redação que lhe foi dada, só permite que seja a ação civil pública proposta para defender "QUALQUER OUTRO INTERESSE DIFUSO OU COLETIVO".

52. Assim, enquanto nos três primeiros incisos, se admite a ação civil pública, qualquer que seja o direito ou interesse lesado, no inciso IV, exclui-se, a contrario sensu, a proteção, pela ação civil pública, dos direitos individuais homogêneos, ao mencionar tão-somente os outros interesses difusos ou coletivos.

53. Referindo-se o art. 21 do mesmo diploma, com a sua redação atual, à incidência da legislação do consumidor, **"NO QUE COUBER",** nos casos de defesa dos **DIREITOS E INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS**, a interpretação sistemática da lei é no sentido de reconhecer que:

a) Nos três primeiros incisos do art. 1, protege-se uma finalidade específica (meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural) mediante a utilização da ação civil pública em favor dos três tipos de interesses (difusos, coletivos e individuais)

b) No caso de inciso IV, o legislador excluiu conscientemente a referência aos interesses individuais, somente permitindo a incidência da Lei, que regula a ação civil pública e a legitimação dos substitutos processuais que ela consagra, no caso interesse

"DIFUSO OU COLETIVO"

em relação aos demais casos não previstos no art. 1, incisos 1 a III.

54. A distinção entre interesses difusos coletivos e individuais homogêneos já não é uma criação doutrinária ou jurisprudencial, pois deflui, atualmente da própria lei constando no art. 81 da Lei n^{9} 8.078 nos seguintes termos:

> 'Art. 81 - A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo.
>
> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
>
> **I-** interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, ostransindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por *circunstâncias* de tato:
>
> **II** interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível que que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação iurídica base:

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum

55. Uma vez que os interesses ou direitos de depositantes em caderneta de poupança são **individuais** e **divisíveis,** evidencia-se que inexiste a possibilidade jurídica de propositurada ação civil publica, com base no inciso IV e a mesma não se justifica com base no inciso II, por não se tratar evidentemente de relação de consumo, pois não há por parte do depositante qualquer espécie de consumo e, tratando-se de normas excepcionais, não cabe a sua generalização com base na analogia.

56. Acresce que a evolução da legislação sobre a ação civil pública confirma a interpretação sistemática da lei, que exclui a propositura da ação por danos individuais homogêneos, a não ser nos casos por ela prevista. Efetivamente, no texto que foi inicialmente aprovado da Lei n. 7.347, a ação só era admissível nos casos legalmente previstos, inexistindo a possibilidade do seu uso nos casos de preiuízos causados a interesses individuais homogêneos. Somente com o advento da Lei n. 8.078/90 é que se ampliou a área de atuação do mencionado instrumento legal, passando a incluir outros âmbitos e a admitir a ação individual específica, mas tão-somente nos casos em que havia autorização legislativa expressa para tanto e não nos demais.

57. A Lei de Ação Civil Pública, que é adjetiva, deve ser interpretada, portanto, sistematicamente com o direito substantivo, o que leva à conclusão inarredável de que o legislador, em momento algum, teve a intenção de estender seus efeitos à proteção de direitos individuais fora dos casos legalmente previstos.

58. O Professor **CELSO RIBEIRO BASTOS** publicou parecer sobre o assunto, onde também conclui pela inaplicabilidade da ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos (fora dos casos legalmente previstos), cujo trecho, conclusivo, transcrevemos:

> "Vale dizer, desde o preâmbulo da lei que disciplina a ação civil pública, por extensão determinada pelo Código de Defesa de Consumidor, aquela poderia abarcar a tutela de qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Inobstante isso, o legislador não fez menção de espécie alguma à possibilidade de se verem englobados aí os ditos interesses individuais homogêneos.

Significa afirmar-se que o Código de Defesa do Consumidor a um só tempo cuidou de tutela dos interesses difusos e coletivos como forma de ampliação das hipóteses de cabimento da ação civil pública e excluiu a tutela dos interesses individuais homogêneos, previstos no art, III.

Tal ampliação e idêntica exclusão foram feitas pelos arts. 110 e 111 nas disposições finais do Código.

A única suposta via de penetração dos interesses individuais homogêneos dar-se-ia pelo art. 117 do Código, que determinou o acréscimo de um artigo à lei da ação civil pública, que passaria a dispor assim:

'Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.'

Ora como se pode aplicar à defesa dos interesses individuais o disposto no Título III do Código de Defesa do Consumidor se a lei ação civil pública em seu art. 1, com redação determinada pelo próprio Código. não cuida da proteção de interesse individual seja homogêneo ou de outra natureza?

O art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, em seu parágrafo único, dispõe que a "defesa coletiva será exercida quando se tratar de:" e passa a enumerar da forma seguinte, limitadamente:

I. - interesses ou direitos difusos...
II. - interesses ou direitos coletivos...
III. - interesses ou direitos individuais homogêneos...

Ora, num mesmo dispositivo o Código tratou de prever todas as hipóteses de defesa coletiva de direitos ou interesses, tornando claro que os incisos apontados conferem o rol taxativo das possibilidades de defesa coletiva.

Ocorre que, por mais que queira aproximar o sistema de defesa do consumidor do sistema da ação civil pública genérica, aqui haverá sempre dissonância, posto que esta última não contempla a tutela de interesses individuais homogêneos.

Se fosse real intenção do legislador imprimir ao sistema da ação civil pública a tutela de interesses individuais homogêneos, este o teria feito no art. 1 da lei própria, por via direta ou pela extensão determinada pelo Código de Defesa do Consumidor, como aliás se deu textualmente no art.110.

Ficou claro pelo art.81 do Código que não se equiparam interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Assim sendo, excluída uma dessas categorias de interesse do sistema da ação civil pública, torna-se letra morta o disposto no art. 117 do Código.

Aplicam-se à defesa dos interesses difusos e coletivos contemplados pela lei da ação civil pública, no que for cabível, os dispositivos do Título III do Código de Defesa do Consumidor. Ao contario não se aplicam essas disposições à defesa dos interesses individuais. porque deles não cuida a ação civil pública." **(11)**

59. Por outro lado, a jurisprudência já tem entendido não haver possibilidade de ser intentada Ação Civil Pública para pleitear indenização fundada em direitos ou interesses individuais, como se nota no trecho da sentença do MM. Juiz da 23ª Vara Civil de São Paulo, **Dr. FEIEZ GATTAR JUNIOR**:

'A ação civil pública foi criada pela Lei n. 7.347/85 objetivando, numa definição bem simplista, a proteção dos interesses caracterizados como difusos ou coletivos.

Quando se fala em interesse difuso ou coletivo, para os fins de ação pública, não se deve confundir com a existência de multiplicidade de pessoas com a mesma modalidade de interesse, pois neste caso os sujeitos são determinados ou determináveis e têm objetivos individuais, não havendo, portanto, se falar em interesses difusos.

Esta é a situação em que se enquadra a inicial, onde a autora, sob a égide de que o réu agiu ilicitamente na aplicação dos rendimentos nas cadernetas de poupança, visa a sua condenação no pagamento da diferença não creditada. No caso, não há interesse difuso a ser

(11). CELSO RIBEIRO BASTOS, "Parecer sobre o cabimento deAção Civil Pública para assegurar aos aposentados e pensionistas da previdência social reajuste em seus proventos", in Aposentadoria e Pensões do INSS. Ed. Resenha Tributária, 1992, pags. 196/197.

tutelado pela ação pública, pois a autora postula em nome de um grupo de clientes do réu e são estes notoriamente determinados e possuidores de objetivos divisíveis podendo se falar, portanto, em multiplicidade de eventuais prejudicados com interesses próprios e individuais. Concluindo, nesta situação quem se sentir prejudicado tem o meio processual adequado em socorro de sua pretensão, ainda que reunidos em litisconsórcio ativo.

Nem mesmo o argumento trazido pelo autor, atinente à nova redação do artigo 21 da Lei n. 7347/85 altera a situação quanto ao alcance da ação civil pública. Ocorre que o referido artigo manda aplicar o Código de Defesa do Consumidor, porém, com a advertência de seu cabimento. Em outras palavras, somente "no que for cabível" o legislador permite a aplicação dos dispositivos da Lei 8078 de 11 de setembro de 1990. Ao revés, o artigo 89 daquele diploma legal, que previa expressamente a extensão pretendida, foi vetado no processo legislativo."**(12)**

60. Transcreve-se a seguir entendimento do Dr. **HUGO NIGRO MAZZILLI** que, com propriedade, esclareceu:

"O consumidor individual. Poderia parecer aos menos avisados que, permitindo a Lei 7.347/85 a defesa do "consumidor" (art. 1, II), os legitimados ativos do art.5 (Ministério Público, União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações ou associações com representatividade adequada) pudessem aJuizar ações principais ou cautelares no interesse individual de consumidor ou de consumidores determinados.
Na verdade, por meio da ação civil pública se protegem interesses difusos, ou, pelo menos, coletivos (arts. 82 e 91 do Código do Consumidor); o interesse individual do consumidor lesado se tutela pelas vias clássicas da legitimação ordinária (cada qual defende o seu interesse, ainda que representado processualmente)" (grifos nossos). **(13)**

61. Cabe transcrever, no mesmo sentido, trecho da decisão proferida pela MMª Juíza Dra. **CHRISTINE SANTINI MURIEL:**

"Inexiste nos autos 'interesse difuso ou coletivo' a ser protegido

(12) Sentença proferida na Ação Civil Pública movida pelo IDEC em face do UNIBANCO S.A., proc.458/ 93, 29 Vara Cível de São Paulo.
(13) RT 668/51.

por aquele instituto, eis que, como ressaltado até mesmo pela Douta Curadoria, 'cuida-se de descumprimento contratual que gerou a pretensão indenizatória para os poupadores que não tiveram creditada a importância correspondente à inflação real do período' (fls. 75, último parágrafo). Ora, tratando-se de "descumprimento contratual", somente as próprias partes contratantes estão legitimadas a integrar os pólos ativo e passivo da ação, já que são elas perfeitamente identificáveis e devem, por si próprias, perseguir os direitos que entendam possuir. Ademais, tais direitos, por serem eminentemente **patrimoniais,** são **disponíveis** e, como ressaltado pelo eminente Desembargador Aposentado do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ***LUIS ANTONIO DE ANDRADE*****,** é perfeitamente possível a prolação de decisões distintas e conflitantes em relação a cada um dos poupadores, não se vislumbrando a indivisibilidade característica dos interesses difusos, que no caso inexistem.

Por fim, ainda uma derradeira consideração deve ser feita. Possível é que um dos poupadores clientes do réu tenha, por si só, ajuizado ação com o mesmo objetivo da presente ação civil pública a qual tenha sido julgada improcedente com decisão com trânsito em julgado. Logo, havendo coisa julgada material na hipótese, como conciliá-la com eventual sentença de procedência da presente ação civil pública, que 'a todos atinge' e 'tem efeito **erga omnes**' ? Tal consideração, por si só, mostra a inexistência de indivisibilidade dos interesses dos poupadores."**(14)**

62. Assim também entendeu o E. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, nas Apelações Cíveis n. 191130194 e 191144005, em acórdãos cujos trechos principais transcrevemos e que são os seguintes:

"Efetivamente o Código Defesa do Consumidor, sem se preocupar com traçar limites entre direitos subjetivos e meros interesses, no que seguiu, aliás, a tendência da doutrina e jurisprudência modernas, traçou nítida distinção entre interesses ou direitos difusos, interesses ou direitos coletivos e interesses ou direitos individuais homogêneos.

(14). Sentença proferida na Ação Civil Pública movida pelo IDEC em face ao Banco América do Sul S.A., proc. 160/93,17 Vara Cível de São Paulo.

Destaca-se, assim, que os interesses ou direitos difusos e coletivos têm de comum a característica de serem transindividuais, de natureza indivisível. A divisibilidade apresenta-se, pois, como marco divisório entre os interesses difusos ou coletivos e os direitos indivuais homogêneos ou não. Interesses divisíveis individualizáveis, podem qualificar-se como direitos individuais homogêneos, jamais como interesses difusos ou coletivos.

Essa observação tem enorme importância no caso em exame, porque a Lei nº 7347/85 apenas admite ação civil pública nos casos acima indicados, ou seja, para a tutela do meio ambiente, para tutela do consumidor para tutela de bens de valor cultural e para a tutela de outros interesses difusos ou coletivos. No âmbito dessa lei não há lugar para ação civil pública para a tutela de direitos individuais homogêneos. Apenas no âmbito da defesa do consumidor regulada pela Lei nº 8078 de 11.9.90, é que tem lugar essa extraordinária inovação que é ação civil pública para tutela de direitos individuais homogêneos **(15)**

63. Em sentido análogo existem vários acórdãos de outros tribunais, destacando-se recente decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que não considerou como interesse difuso ou coletivo suscetível de ensejar a ação civil pública a situação das vítimas de deslizamento de terras, por ocorrer, no caso, um interesse individual homogêneo, que não se enquadra nas situações legalmente previstas para que se pudesse beneficiar da ação coletiva **(16)**

64. Também a doutrina reconheceu que não devia ser ampliada indevidamente a área de atuação do novo instrumento legal, como se verifica pelas excelentes análises da matéria que fizeram os eminentes Professores **ROGÉRIO LAURIA TUCCI** **(17)** e **KAZUO WATANABE** **(18)** e pelas exposições que a este respeito foram apresentadas, no I Ciclo de Estudos sobre Direito Econômico, organizado em Comandatuba, em maio de 1993, pela Escola Superior da Magistratura e pelo Instituto

(15) Publ. in Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. junho de 1992, ano XXI, n.82, pág.100.

(16) Gazeta Mercantil de 12.11.1993. Trata-se de ação de Ministério Público contra a Construtora M. Martins Engenharia e Comércio Ltda., da qual se pretende obter a indenização das vítimas da tragédia, consistente no deslizamento de terras, ocorrido em março de 1992, na Vila Barriginha. em Contagem. O acórdão respectivo ainda não foi publicado, segundo informações que pudemos colhera respeito da matéria.

(17). **ROGÉRIO LAURIA TUCCI**, "Ação Civil Pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público", in Ajuris, vol.56, pág.35 e seguintes.

(18). **KAZUO WATANABE,** "Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense", in As garantias do Cidadão na Justiça, obra coordenada pelo Ministro Sálvio de FigueredoTeixeira, Paulo: Saraiva, 1993, págs. 185 e seguintes**.**

dos Advogados de São Paulo, de autoria de **JOSÉ ROGÉRIO CRUZ** E **TUCCI** e do signatário do presente parecer.[19]

65. É verdade que houve quem sustentasse que, quando os direitos individuais homogêneos pertencem a um grande número de titulares, transformam-se em direitos coletivos, mas este raciocínio afastou-se da conceituação legal do respeito à terminologia jurídica e até da lógica. Estas não fazem depender o caráter individual ou coletivo do interesse, ou do direito, do número de titulares, nem mesmo da repercussão social, mas, como vimos, a lei destacou os direitos transindividuais e indivisíveis, de um lado, e os individuais homogêneos ou divisíveis, de outro. Ora, por maior que seja o número de interessados, o direito, por tal motivo, não se transforma em coletivo, pois continua a ser divisível e disponível por parte de cada um dos titulares.

66. É, pois, evidente que a legislação vigente não admite ação individual nos casos incluídos no inciso IV do art. 1 da Lei n. 7.347, com a redação da Lei n. 8.078.

IV - DA INVIABILIDADE DA AÇÃO GENÉRICA ABRANGENDO TODO O TERRITÓRIO NACIONAL

67. Por outro lado, descabe a ação civil pública que pretende ter efeito **erga omnes** em todo o território nacional.

68. Sabido que o Juiz tem competência territorial especifica, é evidente que a ação civil pública pode ser intentada na Vara do local no qual se realizou o ato que produziu o dano.

69. É evidente que a Lei nº 7.347 não modificou a competência do Poder Judiciário, para abranger a totalidade dos atos praticados no Brasil, ou seja, em todo o território nacional, por determinadas pessoas causando

(19). I Ciclo de Estudos de Direito Econômico, publicação do IBCB, São Paulo, 1993, págs. 203 a 235. Também tivemos o ensejo de tratar da matéria ao atualizar a obra de HELY LOPES MEIRELLES, Mandado de Segurança. Ação Popular. Ação Civil Pública. Mandado de Injunção. "Habeas Data**"**, 14 edição, São Paulo: Malheiros editores, 1992.

danos a outras, não afetando, evidentemente, as normas'constitucionais e de legislação federal e estadual referentes à organização judiciária.

70. Assim, não há extensão da competência do Juiz, **ratione loci,** fora da sua jurisdição e especialmente fora da Comarca na qual atua.

71. Quando o Código do Consumidor faz referência ao dano regional ou nacional, pressupõe um único ato praticado num local ou um fato nele ocorrido (uma inundação, por exemplo) que pode atingir bens fora da Comarca ou do Estado. Não cogita de dar competência a um único Juiz para tratar dos efeitos de milhares de operações realizadas ern outros locais.

72. Sobre o assunto já teve a oportunidade de se manifestar o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, afastando a ampliação da jurisdição de juiz federal, que concedeu liminar em ação civil pública, como se denota pela seguinte ementa:

> ***"PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL CONTRA A UNIÃO.***
>
> Em Ação Civil Pública contra a União o MM. Juiz Federal da 7ª Vara de Pernambuco deferiu a liminar e mandou expedir cartas. precatórias a todas as Seções Judiciárias. O MM. Juiz Federal da 4º Vara da Seção da judiciária do Pará negou-se a cumpri-la e suscitou o Conflito.
>
> Houve desrespeito ao Código de Processo Civil, artigo 460, não podendo prevalecer a liminar para todo o país. Falece ao Juiz deprecante Jurisdição na Seção Judiciária do Pará.
>
> Não caracterizado o Conflito. O Juiz Federal de Pernambuco manda cumprir sua liminar no âmbito de sua jurisdição."**(20)**

73. Há, aliás, decisão do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo que não há conexão entre as Ações Civis Públicas intentadas nas várias regiões, que foi proferida no CC nº 971 e cuja ementa é seguinte:

20. Conflito de Competência n. 1.211-0-SP, rei. Ministro BUENO DE SOUZA, 2 Seção, Unânime, DJU de 11.05.92, publ. in Ementário de Jurisprudência do STJ, vol5, pág. 160.

Inexiste conflito de competência quando Juízes Federais, ainda que vinculados a Tribunais Regionais Diversos, apreciam causas conexas em matéria de interesses difusos".[(21)]

74. Assim, fica evidente que se o pedido da ação civil pública for genérico, abrangendo todas as operações realizadas no pais, importará, o mesmo, na impossibilidade do pedido, ensejando a inépcia da petição inicial, pois extrapola a jurisdição do juiz titular da Vara à qual a demanda ia é distribuída, que tem área territorial determinada.

V - DA ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA A PROTEÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DISPONÍVEIS.

75. Conforme demonstrado, a Lei da Ação Civil Pública não prevê a defesa de direitos individuais disponíveis fora das exceções legalmente previstas (art. 1, incisos I a III). Resta analisar, porém, as normas constitucionais que regulam a legitimidade ativa para intentar a ação, o que faremos examinando o escopo da atuação do Ministério Público que a Constituição Federal de 1988 atribuiu a essa instituição.

76. Dispõe o artigo 129, inciso III, que:

> "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
>
> /...../
>
> III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos." (grifamos)

77. Ora, a Constituição Federal, portanto, legitima o Ministério Público somente para propor Ação Civil Pública que tenha por objeto a defesa dos direitos difusos e coletivos.

78. Assim, sendo o direito, pleiteado através de ação civil pública, de caráter individual homogêneo, divisível e disponível, a conclusão necessária

(21) Ementário do STJ n.2, ano 2, janeiro/abril 1992.

é que o Ministério Público é carecedor de ação, por falta de interesse de agir, devendo a demanda ser julgada extinta, **ex vi** do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

79. Neste sentido, em excelente estudo, que já referimos, sobre o papel do Ministério Público na ação civil pública, o ilustre ***Professor ROGÉRIO LAURIA TUCCI*** conclui que:

> "Em suma, e respondendo à indagação formulada por um dos especialistas por último citados, a legitimação ***ad causam*** do MP, apesar da ampliação estabelecida pela vigente CF, não pode significar, à evidência, que possa o membro do ***parquet*** dispor da propositura da ação civil pública a seu alvedrio.
>
> Servo da lei, como todos os integrantes da comunidade, somente poderá (e deverá) ajuizá-la quando 'preenchidas determinadas condições', quais sejam as concernentes às previsões normativas da sua conduta, especialmente as, que, em numerus clausus, estatuem os lindes de sua atuação em defesa dos interesses difusos e coletivos (expressões que a própria CF sobreleva no já mencionado art. 129, III, tendo-as não 'como sinônimos, mas como realidades diversas, ou melhor, como espécies diversas', ao utilizar 'a conjunção aditiva e em lugar da alternativa ou')."**(22)**

80. No mesmo estudo, o eminente professor menciona julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que bem examina a questão:

> "Noutro caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo, pela sua 4º Câmara Cível, no julgamento unânime da Apelação nº 162.175-1/4, da Comarca de São Paulo, em 12.12.91, proclamou a ilegitimação para a causa do MP Estadual, ao intentar a tutela de interesses, ditos difusos, de alunos e/ou seus genitores ou responsáveis, no tocante à majoração de preços de serviços prestados por estabelecimentos de ensino.
>
> Enfatizou, então, em seu voto, condutor do aludido julgamento, o eminente Desembargador ***CUNHA DE ABREU***, que a afirmação de os interesses em jogo serem 'efetivamente difusos, na medida em que não se restringem à esfera de interesses de número finito

(22). ROGÉRIO LAURIA TUCCI, .Ação Civil Pública e Sua Abusiva Utilização pelo Ministério público, n 56, pág.43.

de indivíduos, senão toda a coletividade, alcançada pelo resultado a ser ditado, não se sabendo bem quais os segmentos dessa coletividade' esbarra na **mens legislatoris**; não podendo, por outro lado, o **parquet** exercer o **múnus** do advogado, se não usurpando a sua atividade profissional.

E, de todo o excelente pronunciamento judicial, vale transcrever o tópico conclusivo, que dispensa, também, mais alentadas considerações **verbis**: "Não parece ter sido essa em verdade a intenção do legislador constituinte, que de uma penada teria assim erigido o **parquet** em curador e custos **legis** universal, sem oitiva dos beneficiados, dispensando o concurso ou a menos a presença obrigatória do advogado, visto que, levado o alcance do posicionamento ministerial às suas culminâncias, todo interesse Pode ser tido e rotulado de difuso, na esteira do que disse alguém alhures, que afeta o menor dos indivíduos a todos afeta (...). Por outro lado, não pode realmente o **parquet** exercer o **munus** que a lei concedeu ao advogado, pena de insuportável usurpação e virtual obsolescência da nobre atividade, relegada que estaria ao, rol das excentricidades das partes, não se vislumbrando por que alguém - refere-se aqui aos não pobres no sentido da lei - iria procurar advogado, se pode ter seus interesses superiormente e gratuitamente defendidos por uma instituição do porte do MP, de indiscutível ascendência moral e festejável nível intelectual'." **(23)**

81. Num caso específico, recentemente, o próprio Ministério Público, que havia assumido o pólo ativo de ação civil pública promovida por entidade associativa, que inicialmente interpôs a demanda, mas, em seguida, veio a desistir da mesma, acabou por reconhecer sua ilegitimidade, nos seguintes termos:

"No que se refere ao interesse almejado na presente demanda, nitidamente destaca-se a natureza revestida de disponibilidade. Trata-se de direito patrimonial, cuja busca pode não ser desejada por seus titulares. Como a ausência de correção dos valores pertencentes aos poupadores decorreu de um plano governamental à procura do combate à inflação, ainda que sabedor de seu direito, o indivíduo pode, exemplificativamente, pretender abdicar daquela correção em benefício da estabilidade econômica do País.

(23). ob e loc.cit.,pág.52

Não se justifica, pois, invocar a legitimidade ministerial para ações civis públicas sem analisar a natureza do interesse almejado.

Se o direito é disponível, ao Ministério Público cumpre respeitar essa disponibilidade, sob pena de afastar-se de sua função precípua de defesa da democracia, onde quer que ela desponte.

Razão assiste, portanto, ao contestante, guando procura, a titulo de preliminar de contestação. afastar a legitimidade ativa para a demanda.

Requeiro, assim, seja acolhida a preliminar referida, extinguindo- se o feito sem julgamento do mérito."[24]

82. A Juíza LIGIA DONATI CAJON, baseada na manifestação retro mencionada, extinguiu o processo, em 05.10.1993, através de sentença cuja parte dispositiva transcrevemos:

"No prazo para a réplica, a representante do Ministério Público oficiante nesta Vara, em parecer fundamentado, discorreu sobre a matéria e. ao final, concordou com a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público para a demanda e requereu o acolhimento da referida preliminar e a extinção do feito sem julgamento de mérito (fls. 219/224).
É o relatório. Decido.

Adoto integralmente a bem fundamentada manifestação de Doutora Promotora e acolho a preliminar de ilegitimidade ao Ministério Público para figurar no pólo ativo da demanda.

Ante o exposto, acolho a preliminar arguida pelo réu e, em consequência, julgo extinto o processo, nos termos do artigo 267 inciso VI, do Código de Proceso Civil."[25]

83. Também o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já se manifestou, sobre a ilegitimidade do Ministério Público para propor Ação Civil Pública que trate de direitos individuais, na Apelação Cível nº 152.203-1, em acórdão proferido pela Quarta Câmara Cível, da lavra

(24). Manifestação da douta Promotora de Justiça de Osasco Maria da Glória Villaça Borin Gavião Almeida, na Ação Civil Pública movida pelo M.P. contra o banco Bradesco S.A., proc.1122/93, 7 Vara Cível de Osasco, em 24.09.1993.

(25). Sentença proferida no processo mencionado na nota anterior.

do eminente Desembargador NEY ALMADA, cujo trecho transcreve- se:

> "O parguet goza da titularidade ativa inerente na tutela de tais interesses, ante a sua transindividualidade, de modo que, por esta conotação, se faz mister a intervenção de um órgão público que atenda à ordem pública, insita em tais valores. Não assim, data vênia, em se cuidando, como aqui, de direitos subjetivos."(grifos nossos) **(26)**

84. A utilização imprópria da ação civil pública promovida pelo Ministério Público tem ensejado, inclusive, sua condenação nas verbas de sucumbência do processo, como demonstra o acórdão proferido, na Apelação Cível nº 592.00668-8, pela E. 1 Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cuja ementa é a seguinte:

> "Ação Civil Pública -Sucumbência.
>
> Tendo proposto ação civil Pública em desalinho com o interesse público e nela sucumbido, o Ministério Público suportará a condenação no pagamento das despesas, porque parte vencida (CPC, artigo 20, **caput**). Exercendo Ação no Processo Civil, ao Ministério Público tocam' os mesmos poderes e ônus que às partes' (CPC, artigo 81, **in fine**). Fica apenas eximido de antecipar as despesas processuais enquanto fiscal da lei (CPC, artigo 27). Exclusão da regra especial porque inaplicável e aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (Lei nº. 7.347/85, artigos 18 e 19). Como o Ministério Público é órgão do Estado, este responderá, cabendo oportunamente imputar o valor da condenação em sua verba orçamentária."**(27)**

85. Cabe, outrossim, transcrever trecho de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 15º Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária de São Paulo, Dr. ROBERTO LUIZ RIBEIRO HADDAD, que, embora examinando a ilegitimidade de associação para interpor ação civil pública, examina também a ilegitimidade do Ministério Público, para traçar uma comparação que assim resolve:

(26). Publ. in RT JESP 136/39
(27). TJRGS -1 Câm. Cível; Ap. Cível n.592,00668-8 - PortoAlegre; rel. Des. ARAKEN DE ASSIS; j.16.03.93; v.u., publ. Boletim AASp n.1806, pág. 317.

"Assim nem ao Ministério Público .é. conhecida a competência para ajuizar a Ação Civil Pública, para buscar proteção individual e, portanto, menos ainda, de ser reconhecida tal possibilidade a uma entidade associativa." (grifos nossos) **(28)**

86. Referida conclusão embasou-se, também, no parecer do Professor MIGUEL REALE, cujo trecho transcrevemos:

"O que, porém, não tem cabimento é a extensão da ação civil pública à proteção de 'direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum'. Além de não se entender bem o que venha a ser 'origem comum', não há dúvida que, em se tratando de 'direitos individuais' (ou, por outras palavras, de direito subjetivos) não assiste ao Ministério Público competência para substituir os indivíduos na defesa de seus direitos, numa 'totalização da ação pública' incompatível com o princípio da autonomia individual
/...../

A meu ver, o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, em correlação com o seu art. 117, não pode servir de supedâneo legitimador desse **desideratum**, não somente porque os direitos postulados não são indisponíveis, mas porque também não encontram guarida no inciso III do artigo 129 da Constituição Federal, por ser evidente que uma competência de ordem constitucional não pode ser ampliada por lei ordinária, a pretexto de esclarecê- la."**(29)**

87. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em recente acórdão proferido pela Primeira Turma da Primeira Seção, também afastou a legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais, como se verifica pela ementa:

> "AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MENSALIDADES ESCOLARES - REPASSE DO AUMENTO DOS PROFESSORES - MINISTÉRIO PÚBLICO - PARTE ILEGíTIMA.
>
> Não se cuidando de interesses difusos ou coletivos, mas de interesses individuais de um grupo de alunos de um determinado

(28). Sentença proferida pelo Dr. ROBERTO LUIZ RIBEIRO HADDAD, proc.920056114-4, 15 vara da Justiça Federal, Seção Judiciária de São Paulo.

(29). MIGUEL REALE, Parecer sobre o decreto nº 430/92 e O Cabimento de Ação Civil Pública para assegurar aos aposentados e pensionistas da previdência social reajuste em seus proventos, in Aposentadorias e Pensões do INSS, Ed. Revista Tributária, 1992, págs. 115/135.

colégio, afasta-se a legitimidade do Ministério Público.

Recurso improvido."[30]

88. Não resta dúvida, portanto, que o Ministério Público é carecedor de eventual ação civil pública que tenha por objeto direitos individuais disponíveis.

VI - DA EVENTUAL LEGITIMAÇÃO DE TERCEIROS, PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA

89. Já vimos que a Constituição Federal, no art. 127, dispõe que o Ministério Público só tem legitimidade ativa para a defesa da ordem jurídica e dos interesses individuais indisponíveis.

90. No artigo 129, III, está disposto que é função institucional do Ministério Público a propositura de ação civil pública para a

> "proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de o outros interesses difusos e coletivos."

91. É certo, portanto, que o Ministério Público não tem legitimidade para a propositura de ações com o objeto definido na presente consulta, ações essas que não tratam de direitos difusos ou coletivos indisponíveis, mas de grupos de depositantes de determinadas instituições financeiras, cujos interesses são evidente e incontestavelmente divisíveis e disponíveis.

92. Com respeito às associações de classe, a Constituição Federal garante se sua legitimidade para funcionar como substituto processual, através do inciso XI do artigo 5, **verbis**:

> "XXI. as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicial."

93. O artigo 5, XXI da Constituição Federal, contudo, deve ser interpretado

(29). MIGUEL REALE, Parecer sobre o decreto nº 430/92 e O Cabimento de Ação Civil Pública para assegurar aos aposentados e pensionistas da previdência social reajuste em seus proventos, in Aposentadorias e Pensões do INSS, Ed. Revista Tributária, 1992, págs. 115/135.

sistematicamente com o art. 129, parágrafo 1 da mesma Constituição, que esclarece:

> "Art. 129, parágrafo 1º: - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei."

94. Assim, se o Ministério Público não tem legitimidade para propor ação civil pública para defesa de interesses individuais disponíveis, como entendeu o Superior Tribunal de Justiça, qualquer terceiro, inclusive as associações de classe, mesmo que incluam essa finalidade em seu objeto social, também não apresentam tal legitimidade, pois além de não se tratar de relação de consumo, a Constituição Federal só dá legitimidade às associações nos casos em que o Ministério Público pode atuar como substituto processual dos interessados.

95. Por outro lado, as associações de defesa do Consumidor, como o IDEC em São Paulo e outros, nos demais Estados, não têm legitimidade para ingressar, em juízo, com ações civis públicas fora da área das relações de consumo, excluindo-se, também, por este motivo, a sua legitimidade nas ações em que está sendo pleiteada a diferença de correção monetária em relação a depósitos em caderneta de poupança.

VII - A AÇÃO CIVIL PÚBLICA NÃO TEM POR ESCOPO A 08TEN. çÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS

96. As ações civis públicas, que têm sido propostas, têm pedido a condenação das instituições financeiras no pagamento de eventuais diferenças de correção monetária em depósitos feitos em cadernetas de poupança.

97. Assim, é evidente que a natureza de procedimento escolhido incompatível com a finalidade da ação civil pública, uma vez que a Lei nº 7.437/85, que a disciplina, não contém normas que viabilizem a pretensão indenizatória individual ou coletiva.

98. Na realidade, aLei da Ação Civil Pública contém regras processuais, para viabilizar a defesa de determinados direitos ou interesses, elencados em seu artigo 1º, como já esclarecemos, desde que o direito, material esteja previsto em outras normas.

99. O saudoso HELY LOPES MEIRELLES já ensinava que:

> "A Lei 7.347/85 é unicamente adjetiva, de caráter processual, pelo que a ação e a condenação devem basear-se em disposição de, alguma norma substantiva, de Direito Material, da União, do Estado e ou do Município, que justifique a infração a ser reconhecida e punida pelo Judiciário, independentemente de qualquer outra sanção administrativa ou penal em que incida o infrator." **(31)**

100. Entendemos que parece não haver, no caso, previsão legal da possibilidade de condenar o réu, em ação civil pública, a indenizar os autores por eventuais danos, ensejando, em favor dos mesmos, uma de condenação em dinheiro.

101. A única e excepcional hipótese de indenização em dinheiro está consagrada no artigo 13 da Lei 7.347/85, de acordo com o qual:

> "Art. 13 - Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.
> Parágrafo único - Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária."

102. A opinião do eminente Professor GALENO LACERDA é categórica neste sentido:

> "A Condenação na ação civil pública não se destina a ressarcir sujeitos individualmente lesados. Para tanto, cabe aos prejudicados usar de ação própria.
>
> Na ação civil pública, a indenização pelo prejuízos causados ao meio ambiente reverterá a um fundo gerido por Conselho Federal ou Conselhos Estaduais, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados, reza o art. 13 da lei em exame.
> Esse fundo foi criado pelo Decreto n. 92.302, de 16.1.86.". **(32)**

(31) HELY LOPES MEIRELLES, Mandado de segurança. Ação Popular. Acão Civil Pública. Mandado de Injunção. "Habeas Data", revista e atualizado por ARNOLDO WALD, Ed. Malheiros, 14. edição, pág.119.
(32) GALENO LACERDA,Ação Civil Pública e MeioAmbiente, in AJURIS, vol 43, pág 15.

103. Não há dúvida, portanto, que a ação civil pública não é instrumento processual adequado para os pleitos que ensejaram a presente Consulta e visam a obter a indenização, em espécie, em favor dos depositantes.

104. A impossibilidade de pleitear indenização através de ação civil pública também foi reconhecida, no julgado mencionado anteriormente, que dispôs o seguinte:

> "Não bastasse esse entendimento, viria a talhe lembrar que a condenação em dinheiro prevista na Lei 7.347/85 é apenas aquela atinente à indenização, pelo dano causado, revertendo-se ao fundo previsto (art. 13). No caso dos autos não se objetiva a condenação em dinheiro com essa finalidade."**(33)**

105. Também o MM. Juiz **MARCO AURÉLIO HEINZ**, do Rio Grande do Sul, manifestou esse entendimento, como evidencia o trecho da sua sentença:

> 'Porém, quanto à indenização reclamada na inicial merece exame mais apurado.
>
> A condenação na ação civil pública a indenização pelos prejuízos causados ao consumidor reverterá a um fundo gerido pelo Conselho Federal ou Conselho Estadual, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados (art. 13 da Lei 7.347/85).
>
> Desta forma, o abuso do poder econômico perpetrado pelas rés, " acarreta as penas previstas no art. 43, da Lei 4.137/62, a ser imposto pelo CADE, mediante representação.
>
> O art. 1, da Lei 8.002/90, que prevê multa de 500 a 200.000 BTN não pode ser invocado porque cria o tipo penal posteriormente ao ilícito, atentando contra o princípio da anterioridade legal (Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia comi nação legal).

(33) Sentença datada de 20.04.1993, proferida pelo ilustre Juiz Feiez Gattaz Júnior, na Ação Civil Pública movida pelo IDEC, em face do UNIBANCO S.A., proc. 458/93,29 Vara Cível de São Paulo

Inaplicável, pelo mesmo motivo, o Código do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Na esfera cível, que interessa, há apenas o art. 1553, do Código Civil, determinando a fixação por arbitramento da indenização.

Mas a noção civilista da reparação de danos tem .em mira o patrimônio individual lesado, não interesses difusos violados como na espécie.

Assim na falta de norma especifica à violação perpetrada, não tem como se fixar a indenização pretendida na inicial, porque jamais pode ser o somatório do patrimônio individual dos consumidores lesados.

Como já foi dito, cada lesado deverá se valer das ações individuais comuns, para buscar a sua reparação, na medida do seu prejuízo.

Sobre a matéria, leciona com propriedade ADA PELLEGRINI GRINOVER, in Ajuris, vol. 36, p. 11: "... em caso de indenização, a nova lei dificilmente poderá servir para os objetivos dos consumidores, além das hipóteses circunscritas, como aquela de uma reparação que cubra as despesas de contra-propaganda necessárias para neutralizar a propaganda enganosa."

Desta forma, o pedido indenizatório inicial não se coaduna com a natureza da ação proposta, devendo ser utilizado apenas o efeito cominatório de fazer cessar a violação dos direitos dos consumidores. Desacolho a pretensão neste particular."[34]

VIII -CONCLUSÕES

106. Em conclusão permitímo-nos, aqui, transcrever alguns princípios que devem nortear a interpretação da Lei da Ação Civil Pública, os quais o extraímos do exame da doutrina e da jurisprudência existentes sobre a matéria, em estudo de nossa autoria que foi publicado recentemente:

1. A Ação.Civil Pública não deve substituir outras ações, só devendo ser usada quando inexiste outro instrumento processual para fim almejado;

(34) sentença proferida em Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público em face de CIMENTO E MINERAÇÃO BAGÉ S.A. e outra, processo 01190027183,12 Vara Cível de Porto Alegre.

2. não deve ser"panacéia para toda e qualquer situação";

3. a sua utilização é excepcional, (RTJESP/117/42);

4. assim sendo, não deve ser ampliada a sua atuação fora dos casos legalmente previstos, que constituem em verdadeiro **numerus clausus**, aplicando-se o princípio da taxatividade;

5. não pode a decisão proferida ultrapassar a área de jurisdição do Juiz que julga o feito;

6. conseqüentemente, uma atenção especial deve ser dada ao deferimento ou indeferimento da petição inicial da Ação Civil Pública, ocasião na qual já deve ser apreciada, numa visão preliminar, a competência do juiz, a possibilidade jurídica do pedido, a eventual impropriedade da ação e a legitimação das partes, até pelos prejuízos irreparáveis ou dificilmente reparáveis que podem advir da simples propositura da ação;

7. como a nova legislação criou um direito especial, que vigora paralelamente com o direito comum, a sua interpretação deve ser restrita aos casos que abrange expressamente, não se devendo aplicar as suas regras - nem mesmo por analogia. ao direito tradicional, que continua com uma sistemática própria de normas, valores e critérios;

8. as decisões judiciais, em Ação Civil Pública, devem dar especial atenção ao respeito ao princípio do devido processo legal substantivo e adjetivo;

1. sempre que o interesse público for federal, a ação deve correr ha Justiça Federal (matéria monetária regida pelo Banco Central, decisão contra o Banco Central nos casos de bloqueio de cruzados novos em que se pedia também a isenção do IOF e a diferença da correção monetária, assim como casos que envolvem a jurisdição administrativa do Banco Central e da CVM e interesses individuais, nos chamados casos de atos bifaces,J como a incorporação de bancos etc..);

10. como salientado por ROGÉRIO LAURIA TUCCI, estamos numa

fase em que ocorre "a imperiosidade da conscientização da verdadeira utilidade da ação civil pública" (Ajuris 56/54).

107. Pelo exposto, resta clara a impropriedade da ação civil pública para o pleito de alegadas diferenças de correção monetária em depósitos em cadernetas de poupança, uma vez que:

a). o contrato de depósito em caderneta de poupança não constitui relação de consumo, uma vez que as instituições financeiras não cobram qualquer quantia para sua abertura ou manutenção, mas pelo contrário, elas é que remuneram seus clientes, de acordo com o critério estabelecido pelas normas legais;

b) a Lei 7.347/85 não abrange a possibilidade da utilização da ação civil pública para pleitear direitos e interesses homogêneos individuais, não tendo sido estendido seu escopo pelo Código do Consumidor, para este fim, a não ser nos casos expressamente previstos nos incisos I a III do seu art. 1.

c). O Ministério Público não tem legitimidade para promover ação civil pública fora das hipóteses previstas no artigo 129, III da Constituição Federal, o que exclui os direitos individuais disponíveis, entre os quais se inclui o referente à eventual diferença de correção monetária devida em virtude de depósito em caderneta de poupança;

d). a legitimidade de entidade associativa para propor ação civil pública só poder configurar nas mesmas hipóteses da legitimidade do Ministério Público, em virtude do disposto no artigo 129, parágrafo 1º da Constituição Federal;

e). a Lei da Ação Pública é adjetiva, não servindo esse instituto para pleitear indenização pecuniária individual, revertendo a condenação em dinheiro para um fundo gerido pelos Conselhos identificados no artigo 13 da mencionada lei.

É o nosso Parecer.

São Paulo, 30 de novembro de 1993.

ARNOLDO WALD
Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade
de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Constitucionalidade e legitimidade da aplicação das normas do Plano Verão aos depósitos em Cadernetas de Poupança

(Da inexistência do direito adquirido contra a reforma do Sistema Monetário)

Parecer apresentado por
Arnoldo Wald

São Paulo
Dezembro/1993

"As leis monetárias. pela própria transcendência de Direito Público de que se revestem. são de aplicação imediata. segundo o consenso dos mestres de direito transitório**, sobre os contratos em curso**, e, bem assim, sobre qualquer relação jurídica de outra natureza pública ou privada, não ressalvada pelo novo texto.

A propósito da incidência da Lei nova sobre os contratos, ROUBIER destaca as normas que modificam o estatuto legal e explica que elas os afetam porque 10 estatuto legal constitui a situação jurídica primária, ao passo que o contrato resulta de situação secundária'. E, depois de afirmar que as leis monetárias incidem sobre os contratos vigentes, esclarece com notável argúcia: "et précisément. si elle a effet dans les contrats em cours. c'est parce quélle nést pas une loi relative à une situation contractuelle. mais une loi relative à unestatut legal. le statut de Ia monnaie: Ia loi. considérée comme loide droit public. atteint tours les sujets de L 'Etat. elle les atteint aussi bien dans leurs contrats: c'est une erreur de considérer que Ia loi est relative aux contrats".

(" e precisamente, se produz efeito sobre os contratos em curso, é porque não se trata de lei relativa a uma situação contratual. mas a um estatuto legal. o estatuto da morda: essa lei. considerada de direito .público. atinge a todos os súditos do estado. tanto em seus contratos como fora deles: é um erro considerá-la como lei concernente a contratos") **(ROUBIER; "Le Droit Transitoire", 2a. ed., 1960, pág.426)".**

(Voto proferido pelo Ministro Cordeiro Guerra do RE ng 105.137 em 31.05.1985 in Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vol. 115, pág.387).

"Plano Bresser" **.Dec.-lei 2.335/87 e decretos-leis subseqüentes. Tabela de deflação prevista no art. 13 dos aludidos diplomas legais. Contratos em RDB.**

Constitucionalidade dos decretos-leis, que dispuseram sobre 'finanças públicas', no editarem normas com a intenção de obter a estabilização econômica no País. **Normas de ordem pública. que implicam a derrogação de cláusulas de contratos em curso**.

Legitimidade de incidência da tablita. expurgando correção monetária prefixada e preservando a comulatividade contratual.

Recurso especial conhecido e provido.

Atenta a essa qualidade das **normas de Direito Econômico, que se revestem do atributo de ordem pública. esta Corte vem prestigiando a aplicação imediata de tais normas, atingindo contratos em curso**. Confiram-se, dentre outros, os REsp 3, 29, 557, 602, 667, 692, 701, 815, 81, nos quais a tese jurídica central é a da **aplicação imediata de normas de Direito Econômico cujo caráter de ordem pública afasta a alegação de direito adquirido**."

(Resp 3.683 - SP- 4a. Turma do STJ - j. 11.9.90 - rei. Min. Athos Carneiro - in RT661/199).

I - DA CONSULTA E A COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

1. A ABECIP -Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança - nos consulta a respeito da "Legitimidade da Aplicação, das Leis que Constituíram o Plano Verão com relação aos depósitos, em Cadernetas de Poupança", em virtude de existirem litígios judiciais, nos quais os autores estão pleiteando, dos bancos, uma complementação de correção monetária referente ao mês de janeiro de 1989, pretendendo obter remuneração de acordo com a variação do **IPC**, e não conforme dispôs a legislação cumprida integralmente pelos bancos.

2. Embora vários sejam os argumentos apresentados nos litígios judiciais, podemos afirmar que o mais importante se vincula a alegações de que os contratos anteriores à Lei nº 7.730 (em que se transformou a Medida Provisória nº 32) não podem ser por ela atingidos, em virtude do princípio constitucional da irretroatividade das leis e do direito adquirido.

3. Para melhor apreciação do assunto, examinaremos algumas questões básicas, que nos parecem constituir as premissas para a adequada compreensão dos problemas jurídicos suscitados. Assim, estudaremos sucessivamente:

a). as normas do Plano Verão aplicáveis às Cadernetas de Poupança;

b). a distinção entre a moeda de pagamento e a unidade de conta e a competência que cabe ao Poder Legislativo de definir tanto uma quanto a outra, constituindo ambas normas de direito monetário;

c). a aplicação da lei vigente no momento do pagamento das prestações contratuais, no que se refere à moeda de pagamento, à unidade ou moeda de conta e ao regime legal que nelas deve incidir, não conflitando com o princípio da irretroatividade, nem com o respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito;

d). a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e das demais cortes do país, que admite a incidência da lei vigente no momento do pagamento no tocante à unidade de conta, substituindo a contratualmente fixada pela que tiver sido adotada no regime da lei nova, especialmente quando o índice anterior desapareceu, ou mudou de função e, ainda, quando

houve uma reforma monetária de caráter amplo, que deve alcançar todas as situações jurídicas;

e). a impossibilidade do exercício do poder monetário pelo Poder Judiciário e o descabimento da apreciação subjetiva das normas legais, por parte do magistrado, para aplicá-las ou não;

f) a aplicação dos princípios da igualdade, de equidade e da comutatividade na incidência da lei nos contratos;

g) a impossibilidade de se responsabilizar os bancos por terem obedecido à norma legal emanada dos Poderes constituídos competentes.

4. Evidenciaremos, assim, que ao Poder Legislativo cabe não só dar à moeda curso legal e forçado, como também proibir as cláusulas de indexação ou admiti-las, com certas limitações, constituindo as normas de direito monetário um conjunto de medidas de direito público, quese aplicam de imediato, regendo-se o pagamento pela lei vigente no momento em que ele é realizado.

5. Comprovaremos, outrossim, que tal entendimento decorre da Constituição e das leis vigentes, não havendo qualquer fundamento para afastar a aplicação das leis monetárias aos contratos anteriormente firmados que, por maior que seja a autonomia da vontade, não podem definir as moedas, nem de pagamento, nem de conta.

6. Demonstraremos, ainda, que as leis monetárias devem ser aplicadas com respeito aos princípios de igualdade, equidade e comutatividade, sob pena de injusto sacrifício de determinadas pessoas em benefício de outras.

7. Concluiremos, finalmente, provando que não deve o Poder Judiciáno substituir-se, na regulamentação das operações financeiras, nem ao Legislativo - que aprova as leis - nem ao Executivo, inclusive Conselho Monetário Nacional e Banco Central - que baixam as regulamentações cabíveis. Evidenciaremos, também, que os bancos não podem ser

responsabilizados por se terem limitado a agir consoante o que foi determinado na legislação.

II - A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DURANTE O PLANO VERÃO

8. O Plano Verão pretendeu combater a inflação, mediante uma sistemática abrangente do congelamento de preços e da redução do valor monetário dos créditos futuros não corrigidos (nos quais entendia estar embutida uma parte da expectativa inflacionária), com aplicação da tablita, e a extinção, em tese, da correção monetária. Em virtude do novo quadro, que incluiu também a mudança da moeda, foram) dar à alteradas as regras de cálculo da remuneração das Cadernetas de Poupança.

9. Assim, considerando que o combate à inflação justificaria prejuízos partilhados pelos credores, decidiu o legislador desconsiderar o período inflacionário correspondente ao mês de janeiro de 1989, congelando os valores da **OTN** e da **OTN fiscal**, respectivamente, em 01.01.89 e 15.01.89 e só permitindo a incidência do novo indexador posteriormente após o fim do congelamento ou, em certos casos, a partir de 1.2.1989.

10. Os princípios básicos dessa, verdadeira revolução monetária, encontram-se na Medida Provisória nº 32, de 15.01.89, transformada na Lei nº 7.730, de 31.01.1989, que instituiu a nova moeda - o cruzado novo - (art. 1º), determinou as modalidades de conversão (art.4º.) congelou os preços por prazo indeterminado (art. 8º), extinguiu a **OTN** e a **OTN fiscal**, congelando, inclusive, os seus valores (art. 15) e estabeleceu regras de desindexação da economia (art. 13), vedando expressamente a correção monetária para o futuro (art. 15, parágrafo 4º), com ressalvas para o sistema financeiro (art. 15 parágrafo 5º) além de extinguir a sua incidência no presente, ou seja, em relação aos contratos em curso e de determinar inúmeras outras providência.

11. Entre as medidas relevantes, que constam na Lei nº 7.330, de, 31.01.1989, cabe salientar as seguintes:

a) o congelamento dos valores dos mútuos que se vencerem durante o período de congelamento;

b). a substituição da **OTN** pelo **IPC**, incidindo este a partir de 1.2.1989, para as obrigações que vencerem **após o congelamento;**

c). um regime especial de remuneração para os saldos de cadernetas de poupança.

12. Embora o substituto normal da **OTN**, previsto no Plano Verão, para incidir após o período de congelamento e ser calculado a partir de fevereiro (art. 10, parágrafo 2º , art. 15 parágrafo 2º e art. 17, inciso III) fosse o **IPC**, o art. 17, da Lei nº 7.730, de 31.01.1989, admitiu, de modo temporário e excepcional e por motivos de ordem de política financeira, que os saldos das cadernetas de poupança fossem atualizados pela **LFT**, durante os meses de fevereiro a abril (de 1989) inclusive, passando, em seguida, a variar de acordo com o **IPC** e voltando, assim, ao regime comum, como se vê de sua redação:

"**Art. 17** - Os saldos das cadernetas de poupança serão atualizados:

I. No mês de fevereiro de 1989, com base no rendimento acumulado da Letra Financeira do Tesouro Nacional - LFT, verificado no mês de janeiro de 1989, deduzido o percentual fixo de 0,5% (meio por cento);

II. nos meses de março e abril de 1989, com base no rendimento acumulado da Letra Financeira do Tesouro - LFT, deduzido o percentual fixo de 0,5% (meio por cento), ou da variação do IPC, verificados no mês anterior, prevalecendo o maior;

III. a partir de maio de 1989, com base na variação do IPC verificada no mês anterior."

13. Tratou-se de medida de Governo, que teve a finalidade de evitar que fosse esvaziada a poupança, vindo a justificar até uma justa compensação, que a União passou a dar às instituições que tivessem pago o rendimento acrescido. Foi o que ocorreu em relação ao Banco do Brasil, que foi indenizado pelos prejuízos decorrentes do rendimento que garantiu à caderneta verde, conforme Medida Provisória nº 55, de 11.05.89, em seguida transformada na Lei nº 7.772, de 8.12.89.

14. Posteriormente, multiplicaram-se as Medidas Provisórias e as leis que

trataram da matéria, seja retificando decisões anteriores, seja adaptando a legislação às diversas fases da vida econômica que o país atravessou.

15. Foi editada aLei nº 7.738, de 09.03.1989 (precedida pela MP 38/89), que manteve e consagrou o **IPC** como substitutivo da **OTN**, a não ser nos casos em que os contratos tivessem a previsão de outros índices substitutivos (art. 4º), estendendo, inclusive, a sua incidência sobre os títulos da dívida agrária (art. 9º), os saldos das contas do **PIS-PASEP**, as quotas e obrigações do **FND** (art. 10, II) e os débitos fiscais (art. 13), e estabelecendo, outrossim, várias restrições, que não se aplicaram às operações das instituições financeiras, como ficou esclarecido pela Nota Técnica nº 11, de 03.03.89 (D.O.U. de 06.03.89).

16. Assim, o legislador, ao extinguir a **OTN** e substituir o cruzado antigo pelo novo, definiu novos indexadores, para vigorarem, **após o período de congelamento**, em áreas distintas, devendo o **IPC** ser adotado, como índice geral, e a **LTF, como índice especial para as operações do Sistema Financeiro de Habitação e outras similares expressamente definidas pelo legislador no art.6º da Medida Provisória nº 38** (Lei nº 7.738).

17. Houve, pois, na legislação, a adoção de dois indexadores distintos básicos, o **IPC** para as operações financeiras em geral e a .**LFT para as operações do sistema habitacional, baseadas no mesmo índice, então vigente, para remuneração das cadernetas de poupança.**

18. Verifica-se, assim, que, **com o Plano Verão, ocorreu um verdadeira revolução monetária na qual, rompendo-se com o sistema anterior, foi criada uma nova moeda e foram extintas não só a moeda anterior** (o cruzado velho) **como também a unidade de conta** (a **OTN**). Esta foi substituída, sucessivamente, por outras unidades de conta (inicialmente o **IPC** e a **LFT**, em áreas distintas de incidência, e, depois, o **BTN), determinando o legislador o modo de aplicação dos novos indexadores e de substituição do índice anterior pelos novos**, estabelecendo quando e como poderia ocorrer tal substituição ida no tempo, de modo a não afetar as normas de congelamento.

19. Houve, pois, não só a criação de nova moeda de pagamento e de nova moeda de conta, mas, ainda, a implantação, por lei, de um novo regime monetário, que modificou, plena e completamente, o anterior,

extinguindo tanto a moeda de pagamento, quanto a moeda ou unidade, de conta. As novas regras abrangeram as fases sucessivas de congelamento e de correção pelos vários índices especificamente criados e/ou autorizados expressamente pelo legislador, para os diversos setores da atividade contratual (contratos de obras e serviços, contratos financeiros, contratos da área do Sistema Financeiro de Habitação).

20. Acresce que, durante as diversas fases do Plano Verão, houve substanciais modificações do regime monetário aplicável, em virtude das sucessivas Medidas Provisórias e Leis, incidindo cada uma delas a partir da entrada em vigor da Medida Provisória, desde que posteriormente convertida em lei, no prazo constitucional de 30 dias. **A cada pagamento se aplicou, pois a lei vigente no momento em que foi feito acordo com a norma tempus regit actum** (o ato se rege pela lei vigente no momento em que é praticado).

III - DA COMPETÊNCIA DO LEGISLADOR FEDERAL PARA DEFINIR O REGIME LEGAL DOS PAGAMENTOS, ABRANGENDO TANTO A MOEDA DE PAGAMENTO, COMO A UNIDADE DE CONTA E O REGIME DE INDEXAÇÃO

21. 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 de débitos e um instrumento de compra indeterminado, geral e imediato **(1)**. Já se afirmou, assim, que "a moeda não tem qualquer utilidade senão a que provém do seu valor de troca"**(2)**,

22. Por outro lado, a moeda serve, ou deveria servir, como denominador

(1). Definição de FRANÇOIS PERROUX, citada por PAUL HUGON, **A Moeda**, tradução brasileira, São Paulo: Livraria Pioneira, 1967, pág. 24.

(2). JOHN MEYNARD KEYNES, **Monetary Reform**, pág. 82

de valores, **valorímetro**[3], "ponte entre o presente e o futuro", no dizer de **KEYNES**[4]. 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"[5]. **TULLIO ASCARELLI** faz a distinção entre a moeda de pagamento e a moeda da obrigação, esta equiparada à moeda de conta, 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.[6].

23. É possível que uma mesma moeda possa ser utilizada simultaneamente em como meio de pagamento e moeda de conta, como tem acontecido na maioria dos países que não sofrem de inflação aguda. É, atualmente, o caso de moedas como o dólar norte-americano, o marco alemão e o ien, entre outras unidades monetárias. Por outro lado, o ECU (European Currency Unit) que é utilizado como denominador comum das moedas européias é moeda de conta, sem ser moeda de pagamento, por inexistir materialmente[7]. Houve, também, épocas históricas mais remotas, nas quais ocorria a dicotomia entre a moeda de conta e a moeda de pagamento. Assim, por exemplo, na França, até a Revolução Francesa, a moeda de conta era a libra e havia numerosas moedas de pagamento, cujas relações com a unidade conta eram fixadas pelo soberano[8]. Atualmente, nos países dominados pela inflação, voltamos a ter a desvinculação entre os instrumentos, que representam, respectivamente, a moeda de pagamento e a de conta. A dolarização da economia na Argentina é um exemplo de desdobramento da função monetária, funcionando o dólar como moeda, de conta e o peso como moeda de pagamento de curso legal. Situações análogas ocorreram durante as grandes inflações, que surgiram, na Europa, após a Primeira Guerra Mundial e, especialmente, na década de 1920[9].

(3). LEROY BEAULIEU, ap. CHARLES RIST, **História de Las Doctrinas Relativas al Crédito a la Moneda**, tradução espanhola, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1945, pág. 356.

(4). JOHN MAYNARD KEYNES, **Teoria General de la Ocupación. El Interes y el Dinero**.tradução espanhola, México: Fondo de Cultura Economica, 3ª edição espanhola, 1951, p. 282.

(5). ARTHUR NUSSBAUm, **Derecho Monetário Nacional e Internacional**; tradução espanhola, : BuenosAires, EdicionesArayú, 1954, pág. 22, nota 63.

(6). TULLIO ASCARELLI, **Studi Guiridici Sulla Moneta**, Milão, Dott. A Giufre, editora, 1952, pág. 42

(7). Existe ampla bibliografia sobre o E.C.U., cabendo referir entre outros, o artigo de YVES ULLMO, 'Innovations Financières", **in Revue DÉconomie et Financière**, Paris: Presses Universitaires, nº 2, setembro de 1987, pág. 25 e seguintes. Numerosos estudos sobre o assunto foram publicados nos últimos anos na **Revista Banque**, editada em Paris.

(8). ARNOLDO WALD, **A Cláusula de Escala Móvel**, 2ª. Edição, São Paulo: Max Limonad, 1959, radução pág. 38.

(9). CONSTANTINO BRESCIANI, TURRONI, **Economia da Inflação**, tradução brasileira, Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1989, pág. 176 e seguintes.

24. 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**, a **UFIR** a **TR** etc., enquanto eram moedas de pagamento o cruzeiro, o cruzado (antigos e novos) e agora o cruzeiro real.

25. Nos contratos internacionais e nos seus respectivos instrumentos de repasse na economia interna, também temos uma moeda de conta. que é a moeda estrangeira utilizada na operação - e uma moeda de pagamento, que é o cruzeiro real, cujo curso forçado assegura a liqüidação do débito.

26. Inicialmente, no Brasil, as moedas de conta foram livremente escolhidas 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**, proibindo algumas e autorizando a utilização de outras, 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.

27. Desde a **Joint Resolution** aprovada nos Estados Unidos na fase do **New Deal**, foram elaboradas, em vários países, normas legais regendo o sistema das moedas de conta, seja para proibir, nos contratos internos, as cláusulas ouro, valor-ouro, divisas e até o pagamento em moeda nacional de acordo com o valor de moeda estrangeira, seja para definir quais as moedas de conta que poderiam ser utilizadas nos contratos.**(10)**

28. Desde o Decreto nº 23.501 de 27.11.1933 **tivemos**, no direito brasileiro, **numerosos diplomas legais trataram da moeda de conta e**

(10). ARNOLDO WALD, **A Cláusula de Escala Móvel**, pág. 64 e seguinte

da indexação, enquadrando-se normas entre as que constituem o direito monetário. ramo direito público, cuja existência e autonomia foram reconhecidas de modo pacífico, pela legislação, pela jurisprudência e pela doutrina.[(11)]

29. 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, sem prejuízo de, em relação a esta, poder admitir uma faixa mais ou menos ampla de liberdade das partes.

30. A Constituição de 1988 atribui competência à União Federal, para legislar e regular, a respeito das questões monetárias nos artigos 21, incisos VII e VIII, 22, incisos VI, VII e XIX e 48, incisos II, XIII e XIV, que têm respectivamente a seguinte redação:

> "Art.21 -Compete à União:
>
> VII. emitir moeda;
>
> VIII. administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de o crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros de previdência privada; /.../"
>
> II Art.22 -Compete privativamente à união legislar sobre:
>
> /...../
>
> VI. sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;
>
> VII. política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;
>
> XIX. sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular;..."
>
> " Art. 48 – Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência, da União, especialmente sobre:

(11). A autonomia do Direito Monetário no Brasil foi defendida, desde 1961, por HERCULANO BORGES DA FONSECA, conforme por ele assinalado na sua obra **As Instituições Financeiras do Brasil**. Rio: Crown Editores Internacionais, s/data, pág. 307 e seguintes. Em 1964, o Professor Geraldo Vidigal apresentou importante tese de Direito Monetário intitulada :'Disciplina dos Órgãos de direção Monetária"

/......./

II. plano plurianual, diretrizes, orçamentárias, orçamento anual, **operações de crédito**, dívida pública e **emissões de curso forçado**;

XIII.matéria financeira, cambial e **monetária, instituições financeiras e suas operações;**

XIV.moeda, seus limites de emissão e montante da dívida mobiliária federal."

31. Não há dúvida, assim, no tocante à competência constitucional da União Federal quanto ao regime monetário, abrangendo tanto a chamada moeda real, ou de pagamento, quanto amoeda de conta ou indexador. Ao atribuir ao Congresso Nacional competência para tratar da **"matéria monetária"** (art. 48, inciso XIII) e à União para legislar sobre **"sistema monetário"** (art. 22, inciso VI) e política de crédito (art. 22, inciso VII), a Constituição reconheceu que ao Poder Legislativo Federal cabe estabelecer as normas referentes ao direito monetário, abrangendo todos os aspectos inerentes ao mesmo ou dele decorrentes.

32. Basta lembrar que, decorridos sessenta anos, desde a legislação restritiva de 1933, e mais de trinta a~os, a partir das primeiras medidas legislativas que introduziram e, posteriormente, institucionalizaram a indexação em nosso país, **inexiste qualquer julgado dos tribunais superiores que tenha negado ao Congresso Nacional o poder de baixar normas referentes à moeda de conta de e à indexação, como instrumentos da política monetária nacional**. Ao contrário, a jurisprudência tem reconhecido a competência da União para legislar, sobre o direito monetário.

IV - DA APLICAÇÃO DO REGIME LEGAL MONETÁRIO VIGENTE NO MOMENTO DO PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES

A) INTRODUÇÃO

"É a lei do dia do pagamento que determinará o objeto do pagamento, isto é, os meios monetários que servirão à liberação do devedor."

33. Não há dúvida que, de acordo com o art 5, XXXVI da Constituição, os contratos se regem pelas normas vigentes no momento de sua celebração, normas estas que, sobre eles (contratos), continuam a incidir, mesmo após a sua revogação, afastando a aplicação da lei, quando contrária às estipulações contratuais. Do contrato surge, pois, um direito adquirido à manutenção das cláusulas contratuais de direito privado (as únicas que admitem ser regidas pela vontade das a partes) nele convencionadas, entendendo-se que passaram a integrar o patrimônio do contratante antes da entrada em vigor da lei nova, que a assim não pode alcançá-las**(12)**.

34. **O direito adquirido oriundo do contrato não abrange, todavia. evidentemente, matérias de direito público a respeito das quais os contratantes não podiam convencionar, por absoluta falta de competência para tanto**. Na realidade, as novas normas imperativas de direito público incidem sobre os efeitos posteriores de contratos, anteriormente firmados, atendendo-se ao princípio da aplicação imediata da lei, que todavia não se impõe nas matérias de direito privado, em virtude da salvaguarda do direito adquirido decorrente de contrato. Ocorre, todavia, que as cláusulas contratuais não podem ensejar direito adquirido dos particulares em relação às normas de direito público, como são as referentes à moeda, à cidadania ou à a tributação.

35. Assim, não podem as partes estabelecer, no contrato, uma moeda de pagamento ou de conta que não seja admitida e consagrada pela lei, bem como não podem cobrar um valor em moeda que já não seja a vigente no momento do pagamento.

36. A doutrina tem, algumas vezes, sustentado que as leis da administração e de ordem pública são retroativas**(13)**, quando, na realidade, o que se admite em relação a elas é tão-somente o efeito imediato, desde que não ferido o direito adquirido, que só se pode fundamentar na convenção das partes, naquilo que elas legitimamente poderiam determinar, ou seja, em relação aos seus deveres mútuos na área privada, mas jamais

(12). ARNOLDO WALD, Curso de Direito civil Brasileiro, 6ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, pág. 87 e seguintes.

(13). LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, Parecer, Revista Forense, vol. VI, pág. 129.

no tocante ao estatuto institucional de direito público, que não é da competência dos contratantes.

37. Defendendo com veemência o princípio constitucional da irretroatividade da lei, que todavia não se confunde necessariamente com a sobrevida ou ultra-atividade da legislação anterior, escreve a respeito **PONTES DE MIRANDA**, colocando a questão em seus devidos termos, que:

> "A cada passo se diz que **as normas de direito público** administrativo, processual e de organização judiciária - **são retroativas**, ou (que) contra elas não se podem invocar direitos adquiridos. Ora, o que em verdade acontece é que **tais regras jurídicas, nos casos examinados, não precisam retroagir, nem ofender direitos adquiridos, para que incidam desde logo. O efeito que se lhes reconhece, é normal, o efeito no presente, o efeito no presente, o efeito imediato, pronto, inconfundível com o efeito no passado o efeito retroativo, que é anormal**."**(14)**

38. **PONTES DE MIRANDA** reconhecia aliás que **"a grande prova da deficiência dos estudos de direito intertemporal tem-se no momento em que vão aplicar as leis de direito público"(15)**, pois os tribunais admitem, neste campo, uma retroatividade, que é inconstitucional, ou, ao contrário, pretendem manter a sobrevida, em virtude do contrato, das normas públicas antigas, quando incidem as leis novas, que necessariamente se aplicam de imediato. No campo do Direito Público, inexiste direito adquirido dos contratantes, **não se podendo confundir o efeito imediato com retroatividade em, relação ao que é estatutário** e não contratual, conclui o mestre de Direito Constitucional.

39. A conclusão importante é no sentido de ser fnadmissível a retroatividade (aplicação da lei nova a fatos ou situações anteriores), em todos os casos, em virtude do Estado de Direito, garantindo-se, por outro lado, a manutenção do contrato e a conseqüente **sobrevida da lei antiga tão-somente na área de direito privado**, que, com maior ou menor liberdade, pode ser objeto de convenção das partes, **incidindo, todavia, imediato, a lei nova imperativa de Direito Público, em geral, e de Direito Monetário, em particular.**

(14). PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição de1967**, tomo V, 2ª Edição, São Paulo, revista dos Tribunais, pág. 99

(15). PONTES DE MIRANDA, obra citada, pág. 98.

40. Neste sentido é que se tem manifestado a jurisprudência dominante dos nossos tribunais, como em seguida evidenciaremos.

B). DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

> "Não há direito adquirido a um determinado padrão determinado padrão monetário."
>
> *(RTJ, 115/379)*

41. A incidência da lei nova sobre os contratos anteriores, no tocante ao regime monetário e às moedas de pagamento e de conta, tem sido objeto de uma jurisprudência do Excelso Pretório que se tornou mansa e pacífica, reunindo atualmente mais de uma dezena de acórdãos das duas turmas e do pleno. Referem-se estes julgados, de modo mais específico, aos contratos previdenciários, que previam o pagamento das aposentadorias ou das pensões em salários mínimos, quando a legislação posterior (Lei nº 6.435/77) só admitiu que o valor das mesmas fosse vinculado à **ORTN**, depois transformada em **OTN**.

42. Embora houvesse decisões anteriores, sobre a matéria, faremos **o levantamento dos principais acórdãos do Supremo Tribunal Federal que**, na década de 1980/1990, e especialmente a partir de 1985, **decidiram no sentido da inexistência de direito adquirido .a um determinado padrão monetário, abrangendo tanto a moeda de pagamento** (mil réis, cruzeiros, cruzado antigo e novo) **como a moeda de conta** (salário-mínimo, ORTN, OTN, UPC etc...).

43. Efetivamente, a Egrégia Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgando, já em 31.05.1985, o Recurso Extraordinário nº 105.137 , sendo recorrente a **APLUB** e relator o Ministro **CORDEIRO GUERRA**, decidiu, conforme se verifica na respectiva ementa do acórdão, que:

> A moeda do pagamento das contribuições e dos benefícios da previdência privada tem o seu valor definido pela Lei nº 6.435/77, segundo os índices das ORTN, para todas as partes. **Não há direito adquirido a um determinado padrão monetário pretérito, seja ele o mil réis, o cruzeiro velho ou a indexação pelo salário mínimo. O pagamento de fará sempre pela moeda definida pela lei dos dia do pagamento**."[16]

(16) RTJ, 115/379.

44. No seu voto, após tecer considerações sobre a retroatividade das leis e o direito adquirido, o relator salientou que:

> **"<u>Não há</u>**, porém, **<u>direito adquirido à percepção de benefícios com base em unidade de valor extinta por força de leis de ordem publica"</u>**.[17]

45. Transcreveu ainda a lição do eminente Desembargador e Professor **GALENO LACERDA,** em voto pelo mesmo proferido no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no qual afirmou:

> "Tenho opinião firmada a respeito do assunto. Entendo que os contratos em exame possuem prazo indeterminado e que **<u>as Leis nºs 6.205 e 6423, são de Direito Público e de natureza monetária. Na verdade, elas atribuíram poder liberatório à indexação legal fixada nos padrões de variações das ORTN. Nessas condições, incidem sobre os contratos</u> em curso. /.../'**[18]

46. Em outro voto, também transcrito no mesmo acórdão do STF, examinando as Leis de nºs 6.205 e 6.423, que modificaram as unidades de moeda de conta e o regime de indexação, concluiu **GALENO LACERDA** que:

> "Dispôs o art. 1º da Lei nº 6.205:
>
> 'Os valores monetários fixados com base no salário mínimo não serão considerados para quaisquer fins de direito.' E o art. 1º da Lei nº 6.423 completou: 'A correção, em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária somente poderá ter por base a variação nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional **(ORTN)**'.
>
> **<u>É evidente que essas possuem natureza monetária</u>**. O fato econômico-político mais grave, que corrói há décadas a vida do País, é sem dúvida a inflação. Nada mais natural, portanto, que o Governo cumpra o dever elementar de ditar normas de indexação monetária, no desesperado afã de disciplinar o mal, já que não pode extirpá-lo de vez.
>
> <u>As leis monetárias, pela própria transcendência de Direito Público de que se revestem, são de aplicação aplicação imediata</u>, segundo

(17) RTJ, 115/385**.**
(18). RTJ, 115/387.

o consenso dos mestres de Direito transitório, sobre os contratos em curso, e, bem assim, sobre qualquer relação jurídica de outra natureza, pública ou privada, não ressalvada pelo novo texto."**(19)**

47. Citando PAUL ROUBIER, o maior especialista em direito intertemporal e cujo entendimento admite amplamente a sobrevida da lei anterior em virtude das normas contratuais, esclarece ainda o citado acórdão do Supremo Tribunal Federal que:

"E, precisamente, se produz efeito sobre os contratos em curso, é porque **não se trata de lei relativa a uma situação contratual, mas a um estatuto legal, o estatuto da moeda: essa lei, considerada de direito público, atinge a todos os súditos do Estado, tanto em seus contratos como fora deles; é um erro considerá-la como lei concernente a contratos**. (ROUBIER, Le Droit Transitoire, 2a. ed., 1960, pág. 426).

Ora, no contrato previdenciário em exame, se estatuiu que os benefícios seriam pagos na escala do maior salário mínimo vigente. **Estabeleceu-se, portanto, uma regra de pagamento, de extinção de obrigações em curso, segundo determinado critério de indexação monetária.**

Ocorre, porém, que **lei nova, imperativa, de Direito Público, substituiu esse critério**. Não há como negar-lhe a incidência sobre as situações jurídicas em curso. **Trata-se de lei que mudou o padrão monetário móvel**, dentro da fluidez da inflação; que descaracterizou o salário mínimo como fator de correção monetária' segundo reza a ementa da Lei nº 6.205. Não há como negar-lhe aplicação imediata. **Não afeta ela direito adquirido, pela simples razão**, como acentua ROUBIER, **de que inexiste direito adquirido padrão monetário, estatuto legal da moeda, matéria da competência exclusiva do Estado.** Se, acaso, **esse poder não se exerceu durante determinado período, no qual houve liberdade convencionar determinada indexação, isso não significa que, manifestado o poder regulamentar nessa área possam manter-se as convenções anteriores, contra legem simplesmente toleradas em face de lacuna legislativa, mas abolidas quando o Estado preencheu o vazio legal**."**(20)**

48. Finalmente, o acórdão do RE nº 105.137 invoca a lição de **GEORGES RIPERT:**

(19). RTJ, 115/387.
(20). RTJ,115/387.

"Como disse RIPERT, com absoluta propriedade, a nova lei, que estabelece uma regra de ordem pública, pode tolerar que algumas convenções antigas continuem a aplicar-se, ainda que contrárias à regra, mas pode julgar, pelo contrário, que toda à derrogação à ordem estabelecida é suscetível comprometê-la, e torna-se então necessário anular cláusulas cuja regularidade era incontestável na época em que foram aceitas pelas partes.' 'Quando a anulação é motivada pelo estabelecimento legal de um novo regime econômico, trata-se de uma nova aplicação da idéia de ordem pública.' (**O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno**, trad. bras. 1937, pág. 312)."**(21)**

49. Resumindo as afirmações mais importantes e verdadeiramente pioneiras feitas no mencionado acórdão, podemos dizer que, nele, o Supremo Tribunal Federal afirmou:

a). a existência das leis monetárias;

b). que abrangem a moeda de pagamento e a moeda de conta ou indexador;

c). que se aplicam de imediato;

d). por integrarem o Direito Público;

e). e não serem suscetíveis de regulamentação contratual que se possa opor à imediata incidência da lei nova;

f). por inexistir direito adquirido ao padrão monetário de pagamento ou de conta (indexador), pois reflete vontade e poder do Estado, que define a moeda e o seu regime em todos os seus efeitos.

50. A mesma Segunda Turma voltou a apreciar a matéria, alguns meses depois, em 8.11.1985, no caso do Recurso Extraordinário nº 106.132-RS, com o mesmo relator, Ministro **CORDEIRO GUERRA**, que se reportou ao acórdão anterior, cuja ementa repetiu, referindo-se todavia, em explicação que deu aos demais julgadores, a voto proferido, em outra hipótese, pelo Ministro **DJACI FALCÃO** (que tratara do direito adquirido em matéria locativa, ao que parece), para evidenciar que o mesmo não tinha aplicação ao caso, pois:

(21). RTJ 115/389.

"Trata-se de alteração do padrão monetário.

Desde os cruzados reais, os mil réis, nunca se discutiu que o governo pudesse alterar e fixar o valor da moeda. Em 1932 ficou proibido o pacto em moeda estrangeira e ninguém respeitou o direito adquirido das tarifas e dos contratos particulares, mesmo porque o contrato é de trato sucessivo.

Não posso alterar as condições, mas a moeda do pagamento que se há de fazer é a moeda do País e, nesse caso, não viola a lei a Constituição da República."(22)

51. No voto que proferiu no mesmo recurso, o Ministro **FRANCISCO REZEK** reconheceu que:

"... .em absoluto não me sensibilizava o argumento de que tais contratos fossem invulneráveis ao labor legislativo, no que concerne ao padrão monetário." (23)

52. Posição idêntica também foi adotada pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, pouco tempo depois, como se verifica pelo acórdão referente ao Recurso Extraordinário nº 107.763, julgado em 30.06.1987, que tem a seguinte ementa:

"Previdência privada (Plano de Pensão Reajustável).

É válida a substituição do valor do salário mínimo como fator contratual de reajustamento do benefício, pelo índice de variação das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (Leis nºs 6.205-75, nº 6.423-76).

Recurso Extraordinário conhecido e provido para se julgar improcedente a ação.

Precedentes do STF."(24)

53. Na referida decisão, o eminente relator, Ministro **SYDNEY SANCHES**, resumiu a jurisprudência, que se tornara mansa e pacífica, em ambas as Turmas, nos seguintes termos:

(22). RTJ, 115/378.
(23). RTJ, 115/379.
(24). RTJ, 122/1.077.

"O RE, interposto pelas letras **a** e **d** merece ser conhecido e provido, ante a jurisprudência pacífica de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, com orientação oposta à do 105.322 **(RTJ 118/70)**; RREE 110.321, 107.512, 11.558, 110.930 (apenas para lembrar alguns julgados).

Destaco uma das ementas, por ser genérica e abrangente:

'Previdência privada (plano de pensão reajustável). É válida a substituição do valor do salário mínimo, como fator contratual de reajustamento do benefício, pelo índice de variação das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (Leis nºs 6.205/75, 6.423/77 e 6.435/77) (RE nº 107.512-1-RS - DJ de 29.5.87, Ementário nº 1.463-2)."

Diante disso e do que ficou exposto nesses acórdãos do STF, conheço do recurso e lhe dou provimento para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência."**(25)**

54. Posteriormente, a matéria foi apreciada no acórdão da Primeira Turma, no Recurso Extraordinário 110.930-1, julgado em 10.04.1987, que merece referência especial pelo amplo debate suscitado e pela riqueza dos votos dos eminentes Ministros, que, por maioria e com uma única divergência**, consagraram a incidência da nova lei monetária sobre os efeitos posteriores de contratos firmados anteriormente à entrada em vigor da mesma.**

55. O voto que veio a prevalecer foi o do eminente Ministro **SYDNEY SANCHES**, designado relator para o acórdão, que transcreveu a melhor doutrina nacional e estrangeira, para concluir pela vigência imediata das leis monetárias em relação aos contratos em curso. Invocou, inicialmente, a lição de **VICENTE RÁO**, para quem:

"... se uma lei posterior passa a atribuir a uma obrigação o caráter, que dantes não possuía, de matéria de interesse social predominante, como, por exemplo, sucedeu com os contratos de trabalho na generalidade das legislações, a nova norma jurídica passa a disciplinar os efeitos mesmos dos contratos anteriormente constituídos, sem atingir, entretanto, nem a

(25). RT J,122/1.077.

existência dos direitos, nem a sua extinção, nem os efeitos já praticados sob o império da lei anterior. (VIGENTE RÁO, O Direito e a Vida .dos. Direitos, vol. I, tomo III, ed. Max limonad, 1960, pág. 462, Nº 303)"

56. Prosseguiu o voto lembrando a opinião do eminente professor **RUBENS LIMONGI FRANÇA**, para quem:

"/...../
as normas de Direito Público ou de ordem pública têm, em princípio, .efeito imediato.

Tal efeito imediato, porém, não se restringe à feição semelhante à que assume quanto às normas comuns, de tal forma que as consequências dos fatos anteriores ou, noutras palavras, o Direito Adquirido fique respeitado. A nosso ver, quer à face da **natureza matéria, quer considerando-se a índole .do nosso direito**, embora não se possa admitir a retroatividade implícita, o mesmo não **se dá** com **o efeito imediato, cuja ação só encontra barreira nas partes anteriores dos efeitos do fato aquisitivo. (Direito Intertemporal Brasileiro**, 2a. edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, pág. 487)"

57. Faz ainda referência o voto erudito e fecundo do Ministro **SYDNEY SANCHES** às lições de **PONTES DE MIRANDA, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO** e **ORIANDO GOMES**, para concluir que as normas de política monetária, sendo de ordem pública, devem ter aplicação imediata, pelas seguintes razões:

" ...De resto, houve de parte do legislador, a partir da lei Nº 6.205, de 29.04.1975, passando pela lei nº 6.423, de 17.06.1977, **uma preocupação de política monetária (de ordem pública), que praticamente generalizou**, através das variações das **ORTN**s, **a correção monetária a observada, no cumprimento das leis vigentes e dos contratos.**

E com a lei nº 6.435 estendeu o tratamento aos contratos da previdência privada que, pelo crescimento da área, começou a envolver interesse público.

Inspiração de ordem pública. repita-se, de conteúdo político -

administrativo - econômico - financeiro - previdenciário, voltado para o interesse do país, que precisou impor sacrifícios a muitos a tantos e a quase todos, e não apenas às compreensíveis e respeitabilíssimas aspirações de contribuintes e beneficiários da previdência privada."

58. Finalmente, o voto lembra a jurisprudência anterior de ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal, referindo-se não tão-somente aos acórdãos, que já mencionamos, dos REs de nº 105.137 (RTJ, 115 / 379) e 106.132 (RTJ 117/376), mas ainda aos REs de nºs 105.322 e 107.720, cujas ementas foram as seguintes:

"APLUB - Benefício previdenciário - Reajuste - Salário mínimo - **ORTN. Não direito adquirido a que os benefícios** de previdência privada **sejam fixados segundo o valor do salário mínimo, se lei posterior fixa nova escala móvel**, alcançando obrigações de origem contratual ou não". **(26)**

"Benefício previdenciário. APLUB. Reajuste. Salário mínimo e ORTN. **Inexiste direito adquirido a que os benefícios previdência privada sejam fixados conforme o valor do salário mínimo, se lei nova escala móvel**. Precedentes. Recurso extraordinário conhecido e provido em parte". **(27) (28)**

59. Existem numerosas outras decisões de ambas as Turmas no mesmo sentido, entre as quais ainda podemos citar as do RE nº 111.779 da 2ª. Turma, julgado em 21.04.1987, sendo relator o Ministro CÉLIO BORJA, e com a seguinte ementa:

" Inexistência de direito adquirido em face da legislação

(26). RE nº 105.322-4- RS -Rei. Ministro FRANCISCO REZEK, J. 11.04.1986, DJU, 16.05.1986, Ementário nº 1.419-3.

(27). RE nº 107.720-4- RS, Relator Ministro DJACI FALCÃO, J. 03.06.1986, acórdão publicado no DJU 1.08.1989, pág. 12.892. Com alguma semelhança, ver também RE nº 101.257, RJ julgado pela 1ª turma, em 24.04.1984, RTJ 110/874, Relator Ministro SOARES Muñoz.

(28). Os acórdãos citados nas notas 26 e 27 se referem à expressão "escala móvel" que fomos ps primeiros a institucionalizar no direito brasileiro, em nossa tese de 1956 intitulada. A Cláusula de Escala Móvel, São Paulo: Max Limonad, 1956, embora a terminologia já tivesse sido usada, (na década de 1950, por BILAC PINTO em projeto sobre o reajustamento salarial).

posterior que fixa nova escala móvel, de acordo com a variação das ORTN, aplicável aos contratos anteriormente celebrados entre as partes.

Orientação da jurisprudência desta Corte firmada a partir do julgamento do RE 105.137 - 0, Rel. Ministro CORDEIRO GUERRA, 2ª. Turma, publicado no DJ de 27.09.85 (precedentes: REs 105.322, 106.132 e 110.321)". **(29)**

60. Resumindo as teses e conclusões dos acórdãos acima referidos que confirmam uma posição definitiva do Excelso Pretório, em relação ao problema da retroatividade da lei, da conceituação do direito adquirido e do efeito imediato das normas de direito monetário, podemos afirmar que se tornou manso e pacífico, no Supremo Tribunal Federal, que:

a). **as leis monetárias, abrangendo a definição, extinção criação tanto da moeda de pagamento como da moeda de conta – ou seja, do indexador – têm efeito imediato por serem normas de direito público e de ordem pública;**

b). **não ferem direito adquirido, inexiste direito das partes à manutenção do padrão monetário ou do indexador**, que não pode decorrer de normas contratuais nem prevalecer contra a decisão do legislador;

c). sendo a imperatividade decorrente do interesse público e da natureza institucional da matéria, que envolve não só as partes, como também terceiros, dentro de um sistema ou conjunto de relações interdependentes, constituindo um verdadeiro sistema.

61. É preciso ponderar que, na realidade, como chegou a ser salientado pelo Ministro **OSCAR DIAS CORREA**, no voto por ele proferido, no já mencionado RE nº 110.930, e como tivemos anteriormente o ensejo de expor, em artigo publicado na imprensa **(30)**, haveria como interpretar as Leis de nºs 6.205/75 e 6.423/77 como não devendo incidir nos contratos em curso, nos conflitos interindividuais, mas a tese não poderia prevalecer em setores de relações institucionalizadas, nas quais as entidades privadas devem manter o equilíbrio entre receitas e

(29). RTJ, 122/1. 146.
(30). ARNOLDO WALD, "Da Evolução da Legislação sobre Correção Monetária", in Digesto Econômico nº 278, março de 1981 - 1 pág. 17.

despesas e, no fundo, são simples intermediárias entre poupadores (segurados) e beneficiários dos seguros.

62. É verdade que, anteriormente, posição distinta assumiu o próprio Supremo Tribunal Federal no RE nº 96.037, julgado pela 2ª. Turma em 5.10.1982, em matéria de inquilinato, cuja ementa é a seguinte:

> "Locação comercial. Vinculação do aluguel ao salário-mínimo, consoante contrato celebrado anteriormente às Leis nºs 6.205/75 e 6.423/77.
>
> Respeito ao ato jurídico perfeito, e que se irradiam direitos e obrigações para os contratantes. Não há que se invocar o efeito imediato da lei nova, porquanto esta não se aplica aos efeitos futuros do contrato anteriormente celebrado e que se acha em curso.
>
> Não impressiona o argumento de que se cuida de lei de ordem pública, face ao princípio constitucional inserido no art. 153, Parágrafo 30.. Provimento do recurso extraordinário, para reconhecer o direito do locador ao aluguel reajustado anualmente, com base no salário mínimo".**(31)**

63. A distinção entre a posição adotada nos acórdãos referentes à previdência privada e na decisão referente ao inquilinato, tratando, na realidade, da incidência das mesmas leis monetárias, se explica, de um lado, por ser, datando de época em que a jurisprudência do Supremo Tribunal a decisão sobre locação anterior demais, Federal ainda não se tinha cristalizado no tocante ao Direito Monetário - o que só ocorreu, como vimos, a partir de 1985. Justifica-se, de outro lado, por ser a relação locativa limitada às partes, sem maiores repercussões, em relação a terceiros, não afetando um conjunto de interesses coletivos e interdependentes, que justificam atribuir-se, na interpretação da lei, nesses casos, maior densidade à ordem pública, pois afeta o próprio equilíbrio do sistema previdenciário, como realidade institucional, e, conseqüentemente, a própria sociedade como um todo, o que não ocorre com a relação locativa, que limita os seus efeitos aos contratantes.

64. Em outras decisões referentes à locação, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a sobrevivência da lei anterior, como aconteceu em relação ao direito de purgar a mora, nas locações comerciais, e à redução do percentual do reajustamento de aluguéis, mas em ambos os casos

(31). RTJ,106/314.

não ocorria a extinção de uma moeda e a criação de outra, não tendo incidido norma de direito monetário, nas regras de direito civil, cuja aplicação se cinge dos contratantes, sem efeito em relação aos terceiros.

65. Efetivamente, no Recurso Extraordinário nº 62.731, do qual foi relator o Ministro **ALIOMAR BALEEIRO**, e que tratou da inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 322, por não ocorrer nem urgência, nem interesse público relevante, o Supremo Tribunal Federal decidiu que:

"/...../

3. Repugna à Constituição que, nesse conceito de 'segurança nacional', seja incluído assunto miúdo de Direito Privado, que apenas joga com interesses também miúdos e privados de particulares, como a purgação da Mora nas locações contratadas com negociantes como locatários.

4. O DI. 322, de 7.4.67, afasta-se da Constituição quando sob color de 'segurança nacional' regula matéria estranha ao conceito desta.

5. As situações jurídicas definitivamente constituídas e acabadas não podem ser destruídas pela lei posterior, que, todavia, goza de eficácia imediata quanto aos efeitos futuros vierem produzir".[(32)]

66. Tratava-se, evidentemente, no caso, de uma norma de direito privado referente à purgação de mora, que não tinha qualquer conteúdo de direito público, nem se enquadrava no direito monetário, razão pela qual a decisão defendia tese que não entra em conflito com a jurisprudência posterior que analisamos detidamente.[(33)]

67. Finalmente existem vários acórdãos reconhecendo que deve prevalecer a correção monetária convencional sobre a prevista na Lei nº 6.899, por não ser a mesma de ordem pública, e especialmente pelo fato de não ter havido extinção de indexador, tolerando, na época, a legislação,

(32). RT J, 45/559.
(33). Em sentido análogo, a decisão do A.I. nº 99.655-9, in Revista Forense. 292/221.

vários tipos de moeda de conta. Assim esclareceu o Eminente Ministro **RAFAEL MAYER**, ao julgar o RE 101.230.:SP, que:

> "Como lei que é entre as partes, a jurisprudência sempre admitiu a legitimidade da correção monetária nele convencionada, ainda que sem a precedente autorização legal.
>
> De outro lado, a lei instituidora da correção monetária de todos os débitos ajuizados, a Lei nº 6.899, não infirmou o reconhecimento da mesma correção, emergente da construção jurisprudencial e cuja aplicação a ela antecede e persiste como nos casos de reparação do ilícito absoluto ou contratual.
>
> Do mesmo modo se há de considerar com relação à cláusula contratual estipulada precedentemente à norma legal. A sua validade e eficácia atendem ao dogma de que **pacta sunt servanda**, não podendo a lei sobrepor-se ao que foi estipulado pelas partes, sob pena de atentar contra o ato jurídico perfeito".**(34)**

68. Em situação análoga, a Egrégia Segunda Turma, apreciando o RE nº 1 05.830-SP, julgado em 27.05.1986 e do qual foi relator o ilustre Ministro **CARLOS MADEIRA**, admitiu a prevalência da correção monetária convencional sobre a legal posteriormente estabelecida, em hipótese na qual não havia modificação imperativa do direito monetário e na qual a moeda de conta escolhida pelas partes continuava a existir e a ser lícita.**(35)**

69. Conclui-se, assim, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu o efeito imediato da lei monetária em todos os casos nos quais tenha ocorrido a extinção de um indexador, em virtude de norma de Direito Público imperativa, equiparando à extinção propriamente dita a modificação da estrutura de cálculo do indexador, que o tornou inadequado para manter a sua função, como aconteceu em relação ao salário mínimo, com o advento da Lei nº 6.025.

70. Na maioria dos casos excepcionais em que foi admitida a sobrevida ou ultra-atividade da lei anterior, para que fosse respeitado um direito adquirido, as normas aplicadas não eram de direito público, em geral, nem de direito monetário de modo específico. Ou então, eventualmente, as mesmas eram permissivas e admitiam a prevalência:

(34) Revista dos Tribunais, nº 589, pág. 260.
(35). RTJ,122/059. (31)

da vontade dos particulares, referindo-se a relações jurídicas que não afetavam a totalidade de um sistema, mas tão-somente o locador e o locatário, enquanto nos casos da previdência privada, como do sistema bancário, do sistema financeiro de habitação e do mercado segurador há uma cadeia de relações que se entremeiam e repercutem uma nas outras, em virtude de uma interdependência econômica recíproca que não permite a aplicação de critérios distintos nas várias operações interligadas de direito ou de fato, exigindo, assim, a utilização de um único e mesmo indexador ou regime de indexação para todo o sistema nas suas operações ativas e passivas.

C) DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

71. Instalado com o advento da ordem constitucional de 1988 e encarregado da interpretação e do resguardo das normas legais infraconstitucionais, Egrégio Superior Tribunal de Justiça seguiu alinha jurisprudência consagrada pela Suprema Corte nesta matéria, no sentido do efeito imediato das normas de ordem pública.

72. Justamente na hipótese de alteração do indexador de benefícios de previdência privada, Moeda de a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou, por unanimidade, já em 1989, sendo Relator o Ministro na **GUEIROS LEITE**, no Recurso Especial nº 667-RS:

> "Recurso Especial. Previdência Privada. Moeda de pagamento das contribuições e dos benefícios da previdência privada tem o seu valor definido na Lei 6.435/77, **não havendo direito adquirido a um determinado padrão monetário pretérito. Precedentes do STF e do STJ**. Recurso conhecido e provido". **(36)**

73. É bastante esclarecedor o seguinte trecho do voto proferido pelo Relator e acompanhado pelos eminentes Ministros **NILSON NAVES, EDUARDO RIBEIRO, WALDEMAR ZVEITER e CLÁUDIO SANTOS:**

> "Firmei opinião em face das decisões desta E. 3ª Turma (cf. REsp 3, rel. Min. Eduardo Ribeiro, e REsp 29, rel. Min. Cláudio Santos) respeito de que o contrato em exame é de duração continuada, e que as Leis 6.025 e 6433 são de Direito Público e de natureza, monetária. Elas atribuem poder liberatório à indexação fixada nos

(36) RT 656/203.

padrões de variações das antigas ORTN. E, nesta condição, incidem sobre os contratos em curso, como ocorreu, notoriamente, no caso das locações e na generalidade desses contratos, sendo de estranhar se abrisse exceção apenas para contratos de Previdência Privada (cf. Galeno Lacerda, voto na Ap. cível 583032123, 3ª C. Cível do TJRS, fls. 328-332)".[37]

74. Como se vê, portanto, o Superior Tribunal de Justiça encampou a jurisprudência anterior do Supremo Tribunal Federal sem restrições, mantendo íntegro o princípio da incidência imediata e geral das normas de direito público monetário, não escapando de sua aplicação os contratos em curso, especialmente os de duração continuada.

75. Mas não foi apenas no caso da previdência privada que o Superior Tribunal de Justiça se manifestou acerca do tema. As chamadas "tablitas" de deflação dos diversos planos econômicos (Cruzado, Bresser, Verão, Collor) sempre foram julgadas como legais e não atentatórias ao direito adquirido ou ao ato jurídico perfeito. Aplicou-se, também aí, o princípio da impositividade das normas de direito público, a partir do momento de sua edição, mantidos os efeitos já consumados dos contratos em curso, mas alterados todos os seus efeitos futuros, em função da nova legislação.

76. Estes casos apresentam uma característica ainda mais marcante. A lei nova determinou que obrigações com um índice de correção / remuneração prefixado fossem não mais corrigidas por outro índice, mas deflacionadas. Se, no caso da previdência privada, se discutia uma simples mudança de um índice de correção para outro, no caso das "tablitas", a discussão passou a ser a mudança de uma moeda de conta positiva, que aumentava o valor nominal da obrigação, para outra relativamente negativa, que passou a diminuí-lo ou a reduzir a correção pré-convencionada ou presumidamente embutida nos valores devidos. A intervenção da norma nas relações subjetivas de credor e devedor foi, pois, ainda mais violenta e radical.

77. Entretanto, julgando a deflação das dívidas determinada pelo Plano Cruzado, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, embora não conhecendo do recurso, admitiu que, no mérito, a "tablita" não violou o

(37) RT 656/203.

direito adquirido, por se tratar de norma de direito econômico, de ordem pública e, portanto, de incidência imediata.[38]

78. Também no caso da "tablita" do Plano Bresser, que igualmente determinou a incidência de índice de deflação, assim julgou a mesma 4ª Turma:

> "Título de renda prefixada. Tabela de deflação. Norma de ordem pública.
>
> As normas de direito econômico, de ordem pública, aplicação imediata, alcançando os contratos em curso. Alegação de direito adquirido repelida, consoante jurisprudência do.STJ.
> Recurso especial conhecido e provido". [39]

79. Do acórdão, vale destacar o seguinte trecho do voto do Relator, Ministro **BARROS MONTEIRO**, que demonstra ser a matéria mansa e pacífica no tribunal:

> Não colhe, portanto, a alegação de ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido. As normas de direito econômico, de ordem pública, são aplicação imediata, alcançando os contratos em curso Confiram-se, nesse sentido, os REsp's nºs 3.931-SP; 4.300-SP e 4.270-RS, de que fui relator e os arestos provenientes da 3ª Turma (REsp nº 3.722-SP, relator Ministro Nilson Naves; REsp nºs 3.941-SP, relator Ministro Waldemar Zveiter; e REsp nº 955-RS, relator Ministro Cláudio Santos)".[40]

80. Mais recentemente, mantendo a coerência indispensável aos julgadores, igualmente a "tablita" de deflação do Plano Collor II teve a sua legalidade reconhecida.[41] Sendo assim, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que a incidência imediata é da essência das normas monetárias, de natureza imperativa, notadamente quando há um "choque" econômico e a mudança de padrão monetário.

(38) R.Esp. nº 5.571-SP, Rei. Min. FONTES DEALENCAR, RST J 29/352-356 (a votação foi unânime, tendo participado do julgamento, além do relator, os ministros BARROS MONTEIRO, BUENO DE SOUZA e ATHOS CARNEIRO).

(39) REsp nº 6.412-SP, rel. min. BARROS MONTEIRO, RSTJ 18/509 (a decisão foi unânime e a turma teve a mesma composição do julgamento citado na nota anterior.

(40) RST J 18/512

(41) REsp nº 39.229-9-SP, Rei. Min. DIAS TRINDADE, FJ-I, 29.11.93, p.25893, votação unânime da 4ª turma do STJ, participando do julgamento, além do relator, os Ministros SÁLVIO DE FIGUEIREDO, BARROS MONTEIRO e TORREÃO BRAZ.

81. Finalizando, vale lembrar, por esclarecedor, outro acórdão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no qual o Relator, Ministro **ATHO CARNEIRO**, resumiu a questão com peculiar precisão:

> II 'Plano Bresser'. Decreto-Lei 2.335/87 e decretos-leis subseqüentes. Tabela de deflação prevista no artigo 13 dos aludidos diplomas legais. Contratos em RDB.
>
> Constitucionalidade dos decretos-leis, que dispuseram sobre 'finanças públicas', ao editarem normas com a intenção de obter estabilização econômica no País. Normas de ordem pública, que implicam a derrogação de cláusulas de contratos em curso.
>
> Legitimidade da incidência da tablita, expurgando correção monetária prefixada e preservando a comutatividade contratual.
>
> Improcedência da pretensão de cobrança manifestada pelo investidor.
>
> Recurso especial conhecido e provido". **(42)**

82. Assim, não pode haver dúvida quanto à manutenção, pelo Superior Tribunal de Justiça, da jurisprudência prestigiada nos últimos anos pelo Supremo Tribunal Federal.Ambas as cortes superiores reconheceram nos casos dos fundos de pensão e da "tablita", a necessidade de adaptação dos contratos em curso às novas normas de ordem pública visto terem estas incidência imediata por sua própria natureza, embora em outras matérias, haja posições distintas do Superior Tribunal de Justiça, às quais, em seguida, aludiremos.

D) DA JURISPRUDÊNCIA DOS DEMAIS TRIBUNAIS

83. Os demais tribunais do país, depois de algumas oscilações, acabaram seguindo o mesmo caminho trilhado pelo Supremo Tribunal Federal pelo Superior Tribunal de Justiça, especialmente nos casos de reforma monetária, como ocorreu com o Plano Cruzado e o Plano Verão.

(42) REsp nº 3.683-SP, RT 661/199, votação unânime da qual participaram, além do Relator, Os Ministros FONTES DE ALENCAR, SÁLVIO DE FIGUEIREDO e BARROS MONTEIRO.

84. Assim, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pela sua 4ª Câmara Cível, reconheceu a constitucionalidade das disposições do Plano Bresser, ao julgar, em 14.09.1989, a Apelação Cível nº 114.304-1, sendo Apelantes **NIAJI CHEFI** e outros e Apelado o **BCN**, em acórdão do qual foi relator o eminente Desembargador **FREITAS CAMARGO**, que salientou no seu voto:

> "O referido Decreto-Lei não é inconstitucional como bem salientou a sentença e o próprio réu na sua resposta ao recurso das Apelantes. A união por força de disposição constitucional está autorizada a intervir no domínio econômico, com providências necessárias para a defesa dos interesses do povo. No regime constitucional anterior essas providências podiam ser tomadas por via de decretos-leis, como aconteceu. O Decreto-lei 2.342/87 não atingiu os atos jurídicos consumados em data anterior à sua vigência; apenas abrangeu os efeitos que se projetaram após a sua promulgação, mandando que estes fiquem sujeitos .ao deflator instituído.
>
> Os atos jurídicos que se projetam no futuro ficam sujeitos à incidência da nova lei no que tange aos efeitos que deveriam vir a produzir. O ato jurídico em si continua incólume, mas os seus efeitos ficam sujeitos à incidência da lei nova. E isso principalmente em matéria econômica em que o Estado tem amplo poder de intervenção em defesa dos interesses da coletividade.
>
> Os títulos adquiridos pelas autoras tinham a sua correção monetária pré-fixada, de modo que com a instituição do "Plano Bresser" de combate à inflação, legítima foi a aplicação do deflator instituído pelo Decreto-lei nº 2.342/87 aos negócios jurídicos cujos efeitos se produziram na sua vigência. Tanto mais que a inflação não foi a prevista, por força das medidas de natureza econômica baixadas pelo Governo Federal.
>
> A matéria escapa da economia dos contratos e das relações individuais, constituindo questão de ordem pública baixada em defesa da economia do país, dentro do império que a união detém. A esse comando estão sujeitos não só os particulares, como também, fundamentalmente, os bancos que,como instituição financeira, funcionam sob a fiscalização do poder Federal e cumprem as normas baixadas pelo Conselho Monetário

Nacional e Banco Central, através dos quais a União exerce o seu poder de polícia sobre o sistema financeiro do país".

85. Outras decisões consideraram válidas e constitucionais as normas de congelamento nominal das OTNs durante o Plano Cruzado, como deflui do acórdão da Egrégia Quinta Câmara Cível do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo referente à Apelação com revisão nº 228.375-9 julgada em 8.11.1988, que manteve decisão de primeira instância que considerara legítima a aplicação do Plano Cruzado e que:

> "... Uma vez congelado o valor nominal das OTNs durante (chamado Plano Cruzado, descartou a aplicação de índice oficioso (em descompasso com as normas que o tornaram, temporariamente imutável."**(43)**

86. Também o 12 Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo reconheceu a legalidade e a constitucionalidade da incidência imediato das normas monetárias de ordem pública, contra as quais não se pode alegar que haja direito adquirido aos efeitos posteriores à edição da lei nos contratos em curso. **(44)**

87. Não discrepou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgando casos de caderneta de poupança, por ocasião do Plano Bresser, em hipótese semelhante à da consulta. A 2ª Câmara Cível assim se pronunciou: "

> "Correção Monetária em Caderneta de Poupança em Julho de 1987.
>
> Se o Decreto-lei n2 2.335/87 repristinou, pelo seu art.16, a competência do Conselho Monetário Nacional para, consoante a lei n2 4.595/64, expedir as normas disciplinadoras dos mercados financeiros e de capitais, durante o Plano de Congelamento II instituído, a Resolução nº 1.338/87 do mesmo Conselho, que mandou atualizar saldo de poupança, no mês de julho de 1987, pelo mesmo índice de variação do valor nominal das OTNs, sendo estas, naquele mês, equiparadas às LBCs, tinha plena base legal. Contrato de conta poupança antes de ser contrato particular é

(43) **Julgados do Tribunal de alçada Cível de São Paulo**, vol.114/195.
(44) E. I. nº 426.457-7/1, 2º Grupo de Câmaras, Rel. Juiz JACOBINA RABELLO, RT 664/96-102 (o caso se refere à "tablita"de deflação do Plano Cruzado).
(45). Apelação Cível n2588032698 (unânime), julgada em 03.08.88, Relator Desembargador MANOEL CELESTE DOS SANTOS, tendo votado ainda os Des. SILVINO LOPES NETO e MÁRIO ROCHA LOPES.

contrato legal, regido por leis de ordem pública, ao nuto de instabilidades financeiras do pais". **(45)**

88. Idêntica posição adotou a 5ª Câmara Civil do mesmo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> "O Banco Central pode, no contexto da política econômico-financeira e monetária, variar os parâmetros de indexação da economia, de aplicação imediata sobre todos os ativos, inclusive as cadernetas de poupança. Não há falar-se, no caso em violação de direito adquirido ou do ato jurídico perfeito, porque aquele não se. confunde com o mero direito subjetivo, e este não .é. simplesmente .um. ato passado mas um ato consumado". **(46)**

89. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não ficou atrás, sendo inúmeros seus arestos consagrando entendimento idêntico. A "tablita" do Plano Collor II, constante da Lei nº 8.177/91, teve sua legalidade e constitucionalidade definitivamente reconhecidas, por não se vislumbrar ofensa a ato jurídico perfeito ou direito adquirido na incidência imediata das normas monetárias de direito público.(47)

90. Verificamos, em conclusão, que a jurisprudência, tanto do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, como dos demais tribunais do país, admite a aplicação imediata da nova lei monetária, que extingue, modifica ou cria unidade de moeda de pagamento ou moeda de conta (indexador), por inexistir direito adquirido dos contratantes à manutenção do padrão monetário, seja ele real ou ideal (indexador), existente no momento da celebração do contrato.

91. Não se ignora que, no caso da consulta, há, todavia, julgados em sentido contrário, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, admitindo a existência de direito adquirido ao indexador vigente no início do mês para aquele período, o que demonstraremos não se apresentar como a solução mais correta e justa, que, com a devida vênia, não pode ser oposta ao devedor/depositário, embora possa ensejar, como veremos, a responsabilidade do Estado.

(46). Apelação Cível nº588058453, julgada em 25.10.88, Relator Desembargador LIO CEZAR SCHIMITT

(47). v. p. Apelação Cível nº2.067/92, 5ª Câmara Cível, Res. Des. MARCUS FAVER, julgado em 16.06.92;Apelação Cível nº 4.102/92, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. PERLINGEIRO LOVISI, julgado em 17.12.92; Apelação Cível nº 3.829/92, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. MARDEN GOMES, julgado em 30.11.92; e Argüição de Incostitucionalidade nº 28/92, Órgão Especial, Rei. Des. DILSON NAVARRO, julgado em 05.04.93 (DORJ-lll, 02.12.93, p.231)

D) DA DOUTRINA NACIONAL E ESTRANGEIRA

92. A doutrina brasileira reconhece que toda lei nova de Direito Privado não deve alcançar os contratos em curso, especialmente em virtude de mandamento constitucional imperativo e da definição dada ao direito adquirido pela lei de INTRODUÇÃO (art. 6 Parágrafo 2º). Alguns autores sustentam, todavia, que alei de ordem pública, mesmo quando de Direito Privado, deveria ter efeito imediato enquanto outros defendem a tese contrária. Por outro lado, a doutrina majoritária afirma que as leis de Direito Público - entre as quais se incluem, como vimos, as de Direito Monetário - não podem retroagir, não devendo alcançar fatos pretéritos, mas se aplicam desde logo a todos os efeitos futuros, inclusive quando decorrentes de relações jurídicas anteriores à lei nova.

93. Efetivamente, verifica-se que os autores mais antigos de Direito Privado, que estudaram a retroatividade, não se detiveram com maior profundidade sobre o problema específico da atuação das normas de Direito Público, enquanto a doutrina mais moderna, que abordou o assunto, é uníssona em reconhecer a aplicação imediata das normas imperativas de Direito Público.

94. Numa época em que ainda não se fazia referência ao Direito Monetário, CARLOS MAXIMlLIANO já afirmava que "as leis financeiras, em geral, incluídas em seu número as fiscais, aplicam-se imediatamente" e invocava a lição da doutrina estrangeira, abrangendo autores como GIUSSEPE MAGGIORE, STOLFI e DE PAGE. **(48)**

95. Inspirando-se na lição de LÉON DUGUIT e adaptando-a ao direito brasileiro, VICENTE RÁO considera que o efeito imediato da lei, alcançando inclusive situações futuras decorrentes de atos anteriores, depende da intensidade da força obrigatória do diploma legal. Conseqüentemente, afirma o saudoso Ministro e Professor da Faculdade de Direito de São Paulo, as normas de Direito Público têm a intensidade máxima.**(49)**

(48). GARLOS MAXIMlLIANO, **Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis**. Rio, Freitas Bastos, 1946, nº 290, pág. 336.

(49). VIGENTE RÁO, **O Direito e a Vida dos Direitos**, já citado nos 292 a297, págs. 448 a 452.

96. Mais recentemente, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO escreveu que "em regra, todas as normas de Direito Público têm aplicação imediata".**(50)**

97. Idêntica é a posição de ORLANDO GOMES, para quem a aplicação imediata da lei ocorre quando o novo diploma se enquadra no Direito Público Econômico. Examinando a nova legislação sobre o contrato de seguro-saúde, que seguro-saúde, que considera "semi-público", em virtude do ato grau de intervenção do Estado na matéria, concluiu o Professor da Faculdade da Bahia que:

"... sendo o interesse geral que determina essa intromissão do Estado na economia de tais contratos, as disposições legais ou regulamentares ditadas com o propósito de atendê-lo. Têm aplicação imediata, substituindo automaticamente as cláusulas que afetam. A regra do art. 131 do Decreto-lei nº 73, explicitada na Resolução nº 11 e posta em execução pela Circular nº 59 publicada no Diário Oficial de 27 dez/1976, é de observância obrigatória, devendo-se adaptar ao que prescreve todo contrato de seguro-saúde, pretérito, presente e futuro, conforme tentei demonstrar demoradamente."**(51)**

98. Também reconhecendo a aplicação imediata das leis de interesse social, manifesta-se o eminente Professor **SILVIO RODRIGUES**, ao escrever que:

> "Aliás, em casos de interesse social, deve a lei nova ter aplicação imediata. Assim, por exemplo, a lei que traga um novo impedimento matrimonial, deve ser aplicada incontinenti, porque a razão que conduziu o legislador a criá-lo é de evidente interesse social. Do mesmo modo, a lei que veda o divórcio, ou que o permite, deve, fora de dúvida, ter aplicação imediata. Apenas, permitindo a retroatividade da lei, deve-se preservar aquelas situações consolidadas em que o interesse individual prevalece."**(52)**

99. Por sua vez, SAN TIAGO DANTAS, inspirando-se nas lições de SIMONCELLI, considera que um dos critérios mais fecundos, para determinar a imediata incidência da lei nova sobre as relações em

(50). WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, **Curso de Direito Civil**, Parte Geral, 13º edição, 1975, pág. 33.
(51). ORLANDO GOMES, **Novas Questões de Direito Civil**, 1979, pág. 241.
(52). SÍLVIO RODRIGUES, **Direito Civil.** Parte Geral, 5º Edição, São Paulo: Saraiva, 1974, nº 12, pág. 28 in fine e 29.

curso, é a distinção entre normas de Direito Privado, que não afetariam as relações jurídicas em curso, e normas de Direito Público que, em virtude da prevalência do interesse social, seriam aplicadas desde logo, inclusive aos efeitos futuros de contratos anteriores.**(53)**

100. No particular, não discrepa **CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA** ao escrever que:

> "/...../
> as leis políticas, abrangendo as de natureza constitucional, eleitoral e administrativas, têm aplicação imediata e abarcam todas as situações individuais **(54)**. Ora, não há dúvida que o Direito Monetário se integra no ramo denominado pela doutrina francesa 'Direito Público Econômico' **(55)** ou 'Direito Administrativo Econômico', de acordo com a terminologia espanhola e argentina".**(56)**

101. A doutrina estrangeira -baseada, é verdade, em legislações nas quais a irretroatividade não é necessariamente principio constitucional, como acontece no Brasil - sempre entendeu que deviam ter efeito imediato as leis de Direito Público e as de Direito Privado de caráter imperativo, que tivessem um conteúdo de ordem pública de grande densidade, não muito diferente da que caracteriza a ordem pública no Direito Internacional Privado, quando impede a aplicação do Direito estrangeiro ou a homologação de sentenças proferidas no exterior.**(57)**

102. Como já tivemos o ensejo de salientar, o próprio **GABBA**, que desenvolveu a teoria do direito adquirido, reconheceu que:

"A lei nova deve ter alguma influência sobre as conseqüências ulteriores do fato, ou da relação de direito, que se deu na vigência da lei anterior, isto por motivo do progresso social que se impõe gradualmente, e não por saltos, por evolução, e não por revolução". **(58)**

(53). SANTIAGO DANTAS, **Programa de Direito Civil**, Parte Geral, Rio: Editora, 1977, pag.116.
(54). CAIO MÁRIO DASILVA PEREIRA, **Instituições de Direito Civil**, 2. edição. Rio: Forense, vol.I, 1966, nº 32, pag. 108.
(55). ANDRÉ DE LAUBADERE, **Droit Public Économique**, Paris, Dalloz, 1974.
(56). JOSÉ ROBERTO DROMI, **Derecho Administrativo Economico**, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980, e J. A. MANZANEDO -J. HERNANDO e E. GOMEZ REINO, **Curso de Derecho Administrativo Economico**, Madrid: Instituto de estudios de Administración Local, 1970. No Brasil, o Direito monetário enquadra-se no Direito Econômico considerado um dos ramos do Direito Público, como se verifica nas obras de quase todos os autores que trataram da matéria.
(57) Art. 17 da Lei de Introdução ao Código Cívil.
(58) Ap.ARNOLD WALD, 6ª edição, 1989, nº, pág.81.

103. Mais recentemente, ALBERTO TRABUCCHI, na sua excelente obra didática, intitulada Instituições de Direito Civil, afirmou que têm efeitos imediatos as leis de ordem pública que tutelam os interesses fundamentais do Estado e, especialmente, as que modificam as estruturas de determinados institutos jurídicos, extinguindo-os, alterando-os ou modificando os respectivos requisitos legais. **(59)**

104. A doutrina francesa tem apontado tradicionalmente a dificuldade da solução dos conflitos de leis no tempo **(60)**, adotando como solução geral a aplicação imediata da lei nova quando imperativa e considerando que a sobrevida da lei anterior, mediante continuação da sua incidência sobre os contratos em curso, tinha caráter excepcional, ocorrendo em relação às leis permissivas ou facultativas e a certas normas imperativas de pouca densidade referentes a direitos e deveres decorrentes do acordo de vontades ou às chamadas situações subjetivas ou contratuais.

105. MARCEL PLANIOL esclarece, no seu clássico Tratado Elementar de. Direito Civil, que se aplica, no caso, uma noção peculiar de ordem pública que, inclusive, caracteriza as normas de direito econômico. Escreve o eminente jurista francês que:

> "Cette intervention de Ia notion d'ordre public jette un grand trouble dans les solutions de Ia jurisprudence. Comme en matière de conflits de lois dans l'espace, elle a pour résultat d'écarter l'application de Ia loi normalement compétente. ll y a ici une. notion particulière de l'ordre public.
>
> Parmi les regles nouvelles, une discrimination s'opère: il en est qui, destinées à assurer aux activités contractuelles une liberté ou une efficacité plus ou moins grande semblent devoir supporter les dérogations momentanées résultant des contrats antérieurs; il en est d'autres, au contraire, qui sont si étroitement liées à une nouvel ordre, e., économique ou social qu'elles paraissent requérir uniformément une. aplication immédiate. C'est alors

(59). **ALBERTO TABUCCH**, Instituzioni di Diritto Civile. 16ª edição, Pádua: Cedam editora, 1968, págs. 28\29.
(60). **MARCEL PLANIOL**, Traité Élémentaire de Droit Civil, revista por GEORGES RIPERT e JEAN BOULANGER, 5ª edição, Paris: Librarie générale de droit et jurisprudence, 1950, nº 269, pág. 125. Escreveram os eminentes juristas franceses que: "Esta questão dos conflitos de leis no tempo é a mais difícil".

que le juge les qualifie lois d'ordre public. Aux époques où le législateur entreprend de diriger l'économie, le nombre de ces lois augmente, car la diversité des situations est contraire à l'ordre nécessaire pour la direction par l'État des rapports économiques." **(61)**

106. Em seguida, acrescenta **PLANIOL** que, independentemente do caráter de ordem pública da nova norma, **ela incide de imediato em determinados casos, como quando o contrato pressupõe um ato jurídico posterior - o pagamento – que deve ser efetuado de acordo com a lei vigente no momento de sua realização**, mesmo quando a nova legislação altera o valor da obrigação, em virtude da depreciação monetária.**(62)**

107. Na melhor monografia moderna escrita sobre a matéria, o Professor **PAUL ROUBIER**, da Universidade de Lyon, faz a distinção entre as situações jurídicas primárias, decorrentes da lei, e as secundárias, baseadas na vontade das partes, explicando que aquelas repercutem e prevalecem sobre estas. Assim as leis contratuais, que tratam das matérias a respeito das quais as partes podem livremente convencionar, respeitam os contratos em curso, enquanto, ao contrário, as leis que regulamentam um estatuto legal devem ter efeito imediato, incidindo sobre os contratos em curso **(63)**. Conseqüentemente, sobre eles incide a nova lei monetária.**(64)**

108. Sintetizando as suas lições sobre a matéria, escreve ainda PAUL ROUBIER que as novas leis que modificam o regime devem ser aplicadas aos contratos em curso por serem leis de ordem pública monetária, que se aplicam a todos os devedores e credores, qualquer que seja o fundamento contratual ou legal de seus débitos e créditos. E conclui:

"Cependant on insiste em faisant observer qu'il se peut que, dans leurs contrats, lês parties aient cherché, par dês clauses particulières, à se proteger contre la chute de la valeur de la monnaie, pour obtnir la fixité de la valeur respective de leurs prestations. Ces clauses sont aujourd'hui biem connues (clause-

(61). MARCEL PLANIOL, obra citada. na nota anterior, nº 272, pág. 127.
(62). MARCEL PLANIOL, obra citada, nº 273, págs. 128\ 128.
(63). PAUL ROUBIER, Les Conflits de Lois Dans le Temps. Paris: Sirey, 1933, tomo II, nº 99, pág. 123e124.
(64). PAUL ROUBIER, obra citada, pág. 126.

or, clause valeur-or etc...), et les soubresauts de notre régime monétaire dans la derniere période leur ont donné une triste actualité. Or, la jurisprudence a fait obstacle à ce que toutes les stipulations conventionnelles ayant un caractère monétaire puissent obtenir leur effet à l'encontre d'une nouvelle loi monétaire, tout au moins dans les contrats intérieurs, et sous réserve naturellement des contrats internationaux".(65)

109. Os autores franceses mais recentes conservam a mesma posição, esclarecendo que os tribunais do seu país mantiveram a incidência das leis anteriores sobre os contratos vigentes, quando a imperatividade da lei nova de direito privado era relativa, como aconteceu em matéria de inquilinato e até no tocante às taxas de juros. Ao contrário, no tocante à legislação do trabalho e às normas de Direito Monetário, a lei nova passou a ser aplicada aos contratos vigentes por ser considerada **"um meio de defesa urgente da sociedade"**.(66). Haveria, assim, uma espécie de escala na densidade ou intensidade da ordem pública, adotando-se a teoria dos **"degraus na ordem pública"** aos quais aludem os irmãos **HENRI, LÉON e JEAN MAZEAUD**, de modo e afazer incidir, desde logo, as leis monetárias, por existir no caso um **"interesse social particularmente imperioso"** (67) e, ainda, por não a e ser o regime monetário matéria contratual e defluir a sua regulamentação de lei de Direito Público.(68)

110. Autores que costumam ser citados como defensores intransigentes dos direitos adquiridos, inclusive em matéria monetária, como COLIN e **CAPITANT**, reconhecem, por sua vez, que as cláusulas contratuais, que estabelecem os efeitos de determinadas situações jurídicas decorrentes da lei, podem ser afetadas pela nova norma legal, especialmente quando tiver caráter imperativo, entendendo que não há sobrevida da autonomia da vontade contra leis de ordem pública ou de direito público, como as que proibiram a cláusula ouro. (69)

F) CONCLUSÃO

111. Verificamos, pois, que tanto a jurisprudência nacional, como a melhor doutrina, no país e no exterior, reconhecem a vigência imediata das

(65). PAUL ROUBIER, obra citada, págs. 127 e 128.
(66). HENRI, LÉON e JEAN MAZEAUD, Leçons de Droit Civil. 5ª edição, tomo I, vol. 1, Paris: Editions Montchrestien, 1972, nº 148, pág.179.
(67). HENRI, LÉON e JEAN MAZEAUD, obra e local citados.
(68). ALEX WEIL e FRANÇOIS TERRÉ, Droit Civil, Introduction Générale. Paris: Dalloz, 1979, ni 173, pág. 180, nota 4.
(69). AMBROISE COLIN e HENRI CAPITANT, Précis de Droit Civil, 2º edição, revista por Julliot de La Morandière, Paris: Dalloz, 1950, tomo I, nº 65, pág. 106.

normas monetárias e a sua incidência sobre os contratos em curso, considerando que, não cabendo aos particulares definir, nas cláusulas contratuais, a moeda e o seu poder aquisitivo, e não sendo, conseqüentemente, o regime monetário matéria contratual, não há direito adquirido do credor à manutenção, no tempo, nem da mesma moeda de pagamento, nem da mesma moeda de conta, especialmente se for promulgada lei nova extinguindo e/ou modificando-as, Como ocorreu no caso do Plano Verão.

V - DO RESPEITO, PELO JUDICIÁRIO, AO PODER MONETÁRIO E DO DEVER DO JUIZ DE CUMPRIR A LEI

> "Operações entre Bancos e clientes Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro que, em Ação Civil Pública, movida pela Curadoria de Justiça dos Consumidores (Ministério Público estadual), (Lei nº 7.347, de 24.07.1985) fixa, a título de medida liminar, normas genéricas de conduta, a serem seguidas por bancos privados, perante seus clientes.
>
> Conflito de Atribuições conhecido em parte, declarada a competência do Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil (já exercitada), tudo por maioria de votos". (Acórdão do STF, no Conflito de Atribuições nº 35). **(70)**

112. As recentes reformas monetárias e o caos econômico-financeiro que se instituiu no país em virtude da excessiva interferência do Estado na economia, ensejando injustiças e frustrações de expectativas, levaram o Poder Judiciário a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo, no exercício da regulamentação do crédito. Embora com incontestáveis boas intenções, os magistrados estaduais, que trataram da matéria, nem sempre foram felizes na maneira pela qual avocaram funções i que não lhes foram outorgadas pelo ordenamento jurídico.

113. Assim sendo, verificamos que o poder monetário**(71)** passou, por via oblíqua e eventualmente, a ser exercido pelo Poder Judiciário, consagrando-se, assim, o governo econômico da sociedade pelos magistrados, o que não se coaduna com a complexidade e a sofisticação técnica da nossa estrutura econômica e constitucional. É, pois, oportuno reconhecer a competência do legislador e das

(69). AMBROISE COLIN e HENRI CAPITANT, Précis de Droit Civil, 2º edição, revista por Julliot de La Morandière, Paris: Dalloz, 1950, tomo I, nº 65, pág. 106.

(70). Diário da Justiça da União de 1.12.1989, pág. 17.759.

(71). A expressão "poder monetário" tem sido consagrada pela bibliografaia mais recente como se verifica pelas obras de PHILIPPE SIMONNOT (Clefs por le Pouvoir Monetaire, Paris: Editions Seghers, 1973) e RENE SANDRETTO (Le Pouvoir et la Monnaie, 2º edição, Paris: Economia, 1987).

autoridades monetárias - Conselho Monetário Nacional e Banco Central - para, com exclusividade, regular a política de crédito e inclusive a indexação, definindo as moedas de pagamento e de conta. Cabe, contudo, aos magistrados, apreciar as eventuais lesões de direito, que, todavia, devem, sempre, pressupor a existência de violação da lei e não podem ser caracterizadas mediante interpretações subjetivas ou de caráter político e subjetivo dos juízes, em relação ao que deveria ser, no entendimento dos mesmos, a política monetária e creditícia.

114. Cabe a este respeito salientar que a inflação passou a ser condicionada não tão-somente pela emissão do papel-moeda, pelo Governo, mas ainda pela velocidade da sua circulação, pelos critérios de indexação e pela taxa de juros, que passaram a desempenhar função básica para a vida econômica e a própria segurança nacional. Assim sendo, o poder monetário deve ser exercido de acordo com a Constituição e as leis, que o atribuem ao Congresso Nacional, ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central do Brasil, cabendo ao Poder Judiciário apreciar as lesões de direito, mas não podendo substituir-se ao legislador, nem aos órgãos específicos que fixam a política monetária.

115. As recentes decisões dos magistrados, que pretenderam estabelecer normas específicas para os negócios bancários, olvidaram a realidade econômica, de acordo com a qual o banco deve captar os recursos do público e somente pode cobrar a sua remuneração, com base no seu custo financeiro, devendo haver o adequado casamento entre os indexadores usados nas suas operações ativas e passivas, pois como já se afirmou oportunamente "O banco é apenas um lugar de passagem do dinheiro".

116. Essa recente interferência judiciária chegou a ter feição normativa, que é incompatível com a função do Juiz, no Estado de Direito, pois não lhe é lícito substituir-se nem ao legislador, nem tampouco à autoridade administrativa que exerce o poder de polícia.

117. Efetivamente, sempre tem sido entendido que, enquanto toda lesão de direito pode e deve ser apreciada pelo Poder Judiciário (art. 5, inciso XXXV da Constituição de 1988), ao mesmo não é lícito

substituir-se ao legislador em matérias de exercício de poder discricionário, que devem levar em consideração os interesses econômicos do país.

118. Neste sentido, é mansa e pacífica a posição da doutrina e da jurisprudência. Assim, esclarece HELY LOPES MEIRELLES que: "É sabido, e tem sido proclamado pela jurisprudência e pela doutrina, que o Poder Judiciário não pode substituir a Administração na prática dos atos da competência desta". **(72)**

119. E o mesmo mestre, apreciando a atividade do Poder Judiciário, em relação ao Banco Central, afirma:

> "A aceitar-se o decidido na respeitável sentença, estaríamos admitindo que o controle administrativo deferido com exclusividade ao Banco Central do Brasil (e.a CVM) poderia ser substituído pelo Poder Judiciário, quando é certo que os destinatários desta competência são somente aquelas entidades, nos precisos termos da lei." **(73)**

120. Idêntica é a lição do Professor CAIO TÁCITO quando afirma:

> "É lícito ao juiz, no desempenho da atividade jurisdicional de controle dos atos administrativos, proceder ao exame do ato, podendo anulá-lo se houver vício de legalidade extrínseca ou intrínseca. Fica-lhe vedado, porém, decidir quanto ao mérito do ato administrativo, ou seja, aos seus aspectos discricionários.
>
> Não poderá, em suma, o juiz substituir-se ao administrador, determinando a observância de outro critério /.../". **(74)**

121. A competência do Poder Legislativo Federal em matéria monetária e bancária tem, aliás, sido reiteradamente reconhecida tanto no país, como no exterior, desde a famosa decisão da Suprema Corte norte-americana no caso MCCULLOCH V. MARVLAND, no qual o Justice JOHN MARSHALL teve o ensejo de afirmar a prevalência das decisões federais no tocante à regulamentação dos bancos, ao tratar da criação das agências bancárias nos Estados. **(75)**

(72). HELY LOPES MEIRELLES, Estudos e Pareceres de Direito Público, vol. VIII, pág. 317
(73). HELY LOPES MEIRELLES, ob. citada, pág. 314.
(74). CAIO TÁCITO, Parecer publicado na Revista de Direito Administrativo, vol.153, pág. 258.
(75). WILLIAM F. SWINDLER, The Constitution and Chief Justice Marshall. N. York: Dodd, Mead & Cy editor, 1978, pág. 305 e seguintes.

122. Verifica-se, assim, que as decisões normativas da justiça no tocante à política monetária e creditícia importam em dupla usurpação de atribuições, do Estado em relação à União Federal, e do Poder Judiciário em relação ao Poder legislativo e eventualmente ao Executivo, pois a regulamentação normativa das operações bancárias passou a ser feita por Juízes, na esfera local, e não mais pelo Congresso Nacional e, no que coubesse, pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central, que estabelecem normas uniformes vigentes em todo o território nacional, para todas as instituições financeiras.

123. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em relação ao Juiz, que:

> "Não lhe é facultado substituir pelas suas as concepções do legislador (Holmes). O Juiz poderá desprezar o mandamento da lei, quando for inconstitucional/.../". **(76)**

124. Em questões monetárias e bancárias, tem havido, em alguns casos, posições de juízes que afastam a aplicação da lei e preferem adotar critérios que Ihes parecem mais eqüitativos, olvidando que, somente na falta de normas legais, é que os litígios poderão ser decididos de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito (art. 4º da lei de Introdução ao Código Civil e art. 126 do Código de Processo Civil).

125. Por outro lado, é na aplicação da lei que o Juiz deve atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, que não podem ser alegados para negar vigência a um texto legal cuja inconstitucionalidade não tenha sido declarada. Assim sendo, o art. 5º da lei de Introdução não pode ser invocado para impedir a aplicação da lei e ensejar a substituição da mesma por critérios subjetivos do magistrado, que somente são admissíveis no silêncio do legislador (art. 126 do Código de Processo Civil).

126. Finalmente, cabe lembrar que a própria equidade somente pode ser utilizada pelo magistrado quando houver expressa autorização legal neste sentido (art. 127 do Código de Processo Civil).

127. Trata-se de conseqüências necessárias do princípio da separação dos poderes garantidos na Constituição Federal (artigos 2 e 60, Parágrafo

(76). Voto do Ministro LUIZ GALLOTTI no A.I. nº 19.747 in RTJ - 7/117.

4, III) e que ensejaram uma jurisprudência mansa e pacífica dos tribunais.

128. Assim, o Supremo Tribunal Federal, que já há longos anos adotara a lição de HOLMES vedando ao Juiz que substitua pelas suas as concepções do legislador **(77)**, tem reiterado mais recentemente o mesmo entendimento ao afirmar que:

> "Não pode o juiz, sob alegação, de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentimento de justiça ou eqüidade, substituir-se ao legislador para formular ele próprio a regra de direito aplicável. Mitigue o juiz o rigor da lei, aplique-a com eqüidade e equanimidade, mas não a substitua pelo seu critério,"**(78)**

129. De acordo com a mesma orientação foi decidido que:

> "A figura do 'judge made law' é incompatível com a tripartição do Poder, pois gera o arbítrio do Judiciário, a par de invadir a esfera legiferante, atribuição de outro Poder (...). Onde irá a certeza do direito se cada juiz se arvorar em legislador ?"**(79)**

130. Na área específica da regulamentação do Direito Monetário, o Supremo Tribunal Federal já teve o ensejo de negar poder normativo à Justiça estadual para resolver os eventuais conflitos entre os bancos e os seus clientes, ao julgar o caso dos "cheques especiais".**(80)**

131. Na ocasião, a douta Procuradoria Geral da Fazenda Nacional teve o ensejo de esclarecer, no brilhante parecer que proferiu:

> "É verdadeira a assertiva de que compete ao Poder Judiciário compor os conflitos de interesses. Inclusive esta é a sua atribuição própria específica inerente. Mas ao fazê-lo, não pode, nem deve, avocar a si atribuição inerente a um outro Poder.
>
> A venerável decisão, na realidade, dita norma jurídica ao estabelecer toda uma sistemática normativa para determinado tipo de relação.

(77). Acórdão no A.I. nº 19.747 sendo o relator o Ministro LUIZ GALLOTTI, in Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 7, pág. 117, referido na nota anterior.

(78). Acórdão do STF no RE 93.701-3, julgado pela 1º Turma, em 20.08.1982, sendo relatar Ministro Oscar Dias Corrêa, publicado na Revista Brasileira de Direito Processual, vol. 50, pág.159 e seguintes.

(79). Acórdão proferido pelo 42 Câmara Cível do Tribunal de Justiça de S. Paulo, em 03.10.85, noAC I 61.395-1, sendo relator o Des.Alves Braga, publicado na RT604, página 43.

(80). Conflito de Atribuições nº 35, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2.12.1987, cujo acórdão foi publicado no Diário de Justiça de 1.12.89.

jurídica, o que somente é admitido na teoria da 'Livre Escola do Direito', de KORKOUNOV, há muito repudiada em todos os compêndios de Introdução e de Filosofia do Direito e que é relembrada nos bancos acadêmicos como mera referência histórica.

O que prevalece em todo o Sistema Político e jurídico do mundo ocidental é o principio da separação dos poderes, cada um princípio da separação Poderes, cada um com atribuições que lhe são específicas e inerentes. Apenas, em alguns casos, um Poder exerce atividade inerente a um outro Poder, mas para que isso seja possível, é imprescindível previsão constitucional explícita.

De acordo com o sistema político brasileiro, consagrado na Constituição Federal, o Poder Judiciário exerce função legislativa na hipótese prevista no art.115, inc.lll, referentemente à elaboração do seu Regimento Interno, no qual estabelece a competência de suas câmaras ou turmas isoladas, grupos, seções ou outros órgãos, com funções jurisdicionais ou administrativas. Fora dessa permissão constitucional não lhe é concedido Poder legiferante.

No caso vertente, não é demais repetir, o MM. Juiz do Estado do Rio de Janeiro, sob o fundamento de que compete **ao Poder Judiciário**, em momentos de intranqüilidade social e econômica, **compor interesses conflitantes** em matéria econômica, **usurpou atribuição do Poder Executivo, que exerce por intermédio do Conselho Monetário Nacional**

A título de estabelecer tranqüilidade, estabelece a incerteza, a insegurança, a intranqüilidade, que decorrem do simples fato de ter invadido área de competência de outro Poder. Inclusive, nada assegura que, amanhã, sob o mesmo fundamento, não resolva:

a) traçar os padrões de renegociação da dívida externa brasileira;
b) determinar os rumos da política econômica e salarial;
c) estabelecer a política monetária e fiscal e, talvez, até

(80). Conflito de Atribuições nº 35, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2.12.1987, cujo acórdão foi publicado no Diário de Justiça de 1.12.89.

d) aproveitar o momento e decidir quanto a forma de Governo a ser adotada na Constituição futura." **(81)**

132. Acrescentou, no seu visto, o eminente Procurador Geral da Fazenda Dr. **CID HERÁCLITO DE QUEIROZ** que:

> "/.../ o Conflito de atribuição suscitado revela-se procedente, eis que a medida liminar concedida pelo MM. Juiz de Direito da 20º Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro invade, inequivocamente, atribuições constitucionais dos Poderes Legislativo, que normatizou a matéria em foco, conforme a Lei nº 4.595, de 31.12.64, e Executivo, ao qual foi atribuída competência expressa, pela citada Lei (arts. 3º e 4º), para coordenar a política creditícia do País, disciplinar as operações de crédito, em todas as modalidades, e limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros.
>
> Dessa forma, a decisão suscitada viola, a um só tempo, não só o clássico princípio constitucional da independência e harmonia entre (art. 6ºda Constituição), como também os preceitos expressos do art. 8º, que atribui competência à União para legislar". sobre normas gerais de Direito Financeiro (inciso XVII, alínea "c") e sobre **política de. crédito** (inciso XVII, alínea "1"), e para fiscalizar, as operações de crédito (inciso X).
>
> Assim, a decisão em tela, desrespeitando a Constituição, invadindo a competência dos outros Poderes da União, revogando a lei e substituindo-a por preceitos com força de lei emanados de uma só pessoa, ultrapassa as teorias hermenêuticas as mais arrojadas, como a da **livre indagação**, de FRANÇOIS GENY e EUGEN EHRICH, e a das decisões **contra-legem**, de KANTOROWICZ.
>
> Mas, 'substituir a lei (vontade geral) (critério individual), conforme pretende a corte chefiada pelo Professor KANTOROWICZ, seria retrogradar', como ensina o Mestre MAXIMlLIANO, o Príncipe de nossos hermeneutas, no dizer do insígne BALEEIRO.

(81). Parecer de 5.8.1987 do Subprocurador Geral da Fazenda Nacional Dr. LINDEMBERG DAMOTA SILVEIRA, no C.A. nº 35.

Em geral, missão do juiz, Quanto aos textos - acrescenta MAXIMILIANO -, dilatar, completar compreender; porém não alterar, corrigir, substituir. melhorar o dispositivo, graças interpretação; porém não negar a lei, decidir o contrário do que a mesma estabelece.

A jurisprudência interpreta a regra - prossegue o Mestre - com a preocupação de fazer prevalecer a justiça ideal; porém, tudo procura achar e resolver **com a lei**; jamais com a intenção descoberta de agir por conta própria, **praeter** ou **contra legem**. (82)

133. No mesmo Conflito de Atribuições nº 35, o então Procurador Geral da República e hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, **JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE**, teve o ensejo de apresentar parecer, em 5.10.1987, em cuja ementa já esclarecia que a proteção jurisdicional dos interesses difusos deve atender à

"limitação ao âmbito da função jurisdicional, **que** não permite, ao juiz, prestar tutela na ausência, .em contrário, ou além da autorizada pela norma de direito material".(83)

134. No corpo do parecer, o então chefe do Ministério Público salientou que a evolução do Direito Processual não pode afetar: "a repartição constitucional de competências, seja entre a União e os Estados e Municípios, seja entre os diferentes poderes de cada órbita estatal".(84)

135 referido conflito, o voto vencedor do eminente Ministro SYDNEY SANCHES, relator do feito, enfatizou que era incompetente o Poder Judiciário para fixar normas conflitantes com as fixadas em leis ou atos administrativos, pela autoridades constitucionalmente competentes. Examinando a sentença proferida por magistrado de primeira instância, esclareceu o eminente relator que:

"Na verdade, o que fez foi, mediante provocação do Ministério Público, Criar normas genéricas de conduta dos Bancos-réus

(82). Visto do Procurador Geral da Fazenda Nacional CID HERÁCLITO DE QUEIROZ, de 10.08.1987, no mencionado Conflito de Atribuições nº 35.

(83). Parecer do Procurador Geral da República, Dr. JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE apresentado no C.A. nº 235, em 5.10.1987.

(84). Parecer citado na nota anterior.

perante seus clientes, quaisquer que eles sejam, a serem observadas no curso do processo, até final sentença.

Normas genéricas que, além de não competirem ao Judiciário, no estrito exercício de sua função jurisdicional, colidem frontalmente com as já baixadas pelos órgãos administrativos competentes, no exercício de poder normativo legalmente conferido (Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil).

Não se, trata, pois, apenas de incorreta interpretação de lei, no exercício de estrita jurisdição. Mas de exercício indevido de.poder normativo delegado órgãos administrativos, que já o exerceram". **(85)**

136. Se a interpretação do direito pelo Juiz se reveste de importância crescente e se aproxima cada vez mais da **construction** do direito norte-americano, dando maior ênfase aos fatos e à realidade econômica, a fim de modernizar a legislação, as decisões do Juiz contra **legem** continuam, todavia, a ser inaceitáveis no Estado de Direito.

137. Cabe lembrar as lições de **CARLOS MAXIMILIANO**, já evocado em trechos anteriores, quando o mestre de interpretação afirma os perigos da aplicação das teses das escolas da livre indagação e do direito livre, que destoam "da concepção do Estado Moderno", sendo "sobretudo inconciliável com o regime de freios e contrapesos adotado pelo Brasil".**(86)**

138. Do mesmo modo não pode prevalecer a chamada "jurisprudência sentimental" do bom Juiz MAGNAUD, a respeito da qual já se disse que atravessou o firmamento jurídico como um meteoro, pois "de sua trajetória curta e brilhante não ficaram vestígios. Quando o magistrado se deixa guiar pelo sentimento, a lide degenera em loteria; ninguém sabe como cumprir a lei a coberto das condenações forenses". **(87)**

139. Nesse passo, não é demasiado relembrar também as preciosas palavras de **EDUARDO COUTURE:**

> "O juiz é um homem que se move dentro do direito como um prisioneiro dentro de seu cárcere. Tem liberdade para mover-se e

(85). Voto do Ministro SYDNEY SANCHES, proferido em 02.12.1987, no C.A. nº35.
(86). CARLOS MAXIMILIANO, **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Porto Alegre: Edição da Livraria do Globo, 1925, págs. 86/87.
(87). JEAN CRUET, **A Vida do Direito**, tradução portuguesa, págs. 82/83 e referido por CARLOS MAXIMILIANO, obra citada, págs. 94/95.

nisso atua vontade; o direito, entretanto, lhe.fixa limites muito estreitos que não podem ser ultrapassados". (88)

140. Na realidade, nas épocas de crise, ressurgem eventual e subconscientemente determinados julgados com inspiração sentimental, caracterizando um fenômeno que recentemente foi denominado como sendo "a sedução do direito pela política", com grandes repercussões na jurisprudência (89), mas que não pode prevalecer no Estado de Direito.

141. Na doutrina nacional, a posição do Juiz ficou bem definida por **MÁRIO GUIMARÃES**, nos seguintes termos:

"Preferimos, porém, limitar-nos afixar a atitude do Juiz em face da lei, cujo comando soberano terá que enfrentar.. Várias são as contingências em que se encontra o magistrado:

a) cumpri-la fielmente, se o imperativo é claro;
b) de dar-lhe interpretação consentânea com as necessidades sociais, se é dúbia;
c) de suprir-lhe a falta, se lhe descobre lacunas;
d) de negar-lhe autoridade, se contrária à constituição".(90)

142. Dentro da mesma orientação, ensina o Ministro **FRANCISCO CAMPOS**, que:

"Se o critério sociológico ou filosófico do Juiz destoa da concepção do legislador, o dever do Juiz, embora manifeste o seu desacordo teórico em relação aos conceitos legais, continuará a ser o de aplicar alei de acordo com o pensamento nela traduzido. Se em um sistema de direito positivo se admite que o Juiz se substitua ao legislador e proceda livremente à investigação da regra jurídica adequada ao

(88). EDUARDO COUTURE, Introdução ao Estudo do Processo Civil. 3@ ed., José Konfino, pág. 87.
(89). ROBERT H. BORK, The TemRting of America -The Political Seduction of the Law. N. York: The Free Press,1990.
(90). MÁRIO GUIMARÃES, o Juiz e a Função Jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 1958, pág. 330.

caso, quando se trata de uma autêntica lacuna, que não possa ser preenchida mediante o recurso aos métodos eficazes de interpretação (Cód. Civ. da Suíça),não existe entretanto, ao menos entre os conhecidos, nenhum sistema jurídico em que se reconheça ao juiz a autoridade de substituir à regra legal a regra que lhe é ditada pelas inspirações da sua consciência, pelo seu sentimento de justiça ou pela sua filosofia econômica, política, ou social."

143. E complementa citando **RADBRUCH**:

" /...../
Com efeito, para o Juiz, sempre sujeito à interpretação da lei ao serviço da ordem jurídica e que não tem que conhecer outra teoria de obrigatoriedade do direito, senão a jurídica, o sentido dessa obrigatoriedade e a prestação da lei a obrigar são no fundo o mesmo que a sua obrigatoriedade real. Para ele, portanto, é dever profissional dar execução e reconhecer obrigatoriedade à lei, sacrificando sempre, se for preciso, o próprio sentimento Jurídico ao imperativo autoritário da norma, e curando apenas do que diz a lei e nunca da justiça que ela pode conter" **(91)**

144. Conclui-se, assim, que a lei monetária, sendo imperativa e devendo ser aplicada imediatamente, não tendo apresentado qualquer lacuna e não ensejando dúvidas interpretativas, deve ser aplicada, não podendo o Juiz, por convicções pessoais de justiça ou equidade, afastar a sua incidência, especialmente porque os conflitos de interesses que surgem na matéria são coletivos e não somente individuais, não podendo ser resolvidos, sem ter em consideração todos os interesses coletivos e individuais que existem no sistema, como bem salientou a juris-prudência do Supremo Tribunal Federal, ao examinar as repercussões das modificações do Direito Monetário no sistema previdenciário.**(92)**

145. Assim, o Juiz, sob o prisma jurídico, não deve, nem pode negar vigência à lei e, no plano moral, técnico e econômico, não tem os elementos necessários e suficientes para, resolvendo o caso concreto, apreciar as reações em cadeia que a decisão ensejará no sistema bancário e em relação à própria economia nacional e ao desenvolvimento harmonioso do país.

(91). FRANCISCO CAMPOS, Parecer in Revista Forense, vol. 128, págs. 378/379.
(92). ARNOLDO WALD,"Poder Monetário (Aspectos constitucionais)", in Revista de Direito Público, vol. 95,19 a21.

VI - DOS PRINCíPIOS DA IGUALDADE, DA EQÜIDADE E DA COMUTATIVIDADE NA APLICAÇÃO DA LEI AOS CONTRATOS

146. Finalmente, não nos parece condizente com os princípios constitucionais da igualdade de todos perante a lei (art. 5º, I da CF) e com a interpretação eqüitativa dos contratos comutativos a tese de acordo, com a qual as instituições de crédito sofreriam os prejuízos decorrentes das novas leis monetárias que, todavia, não afetariam nem os seus depositantes, nem os seus mutuários.

147. Evidencia-se, ao contrário, de acordo com as normas constitucionais e legais, as boas tradições do direito, a jurisprudência dominante em nossos tribunais e nos de outros países e a melhor doutrina, tanto nacional quanto alienígena, que as normas de direito monetário sendo imperativas aplicam-se a todos, sem qualquer discriminação, que seria inadmissível, em virtude do seu caráter imoral e odioso, e conseqüentemente repugna ao próprio Estado de Direito. Por outro lado, ameaçaria a solvência dos bancos - que pagariam com correção e receberiam sem correção, ou pagariam com a correção de um maior indexador e receberiam com base num menor índice - e importaria em i confisco constitucionalmente vedado de parte do patrimônio da instituição financeira que, como prestadora de serviços, utiliza os recursos dos depositantes para fazer os empréstimos aos seus clientes (mutuários).

148. Levada a tese aos seus extremos, num determinado momento, haveria ameaça de inviabilidade, para os bancos, de pagar os depositantes, em virtude do descasamento do regime dos créditos e débitos da instituição financeira, que atua com recursos de terceiros. Efetivamente, a mesma não mais conseguiria compatibilizar o regime jurídico das suas operações com seus credores e devedores, para poder cumprir adequadamente a sua função. Ora, como já mencionamos, o banco é mero intermediário, local de passagem do dinheiro, que deve utilizar a mesma moeda e o mesmo indexador nas suas operações ativas e passivas.

149. Assim, há que se aplicar o princípio da bilateralidade, que tem sido consagrado, reiteradamente, pelo Superior Tribunal de Justiça, em inúmeros acórdãos, de modo que se trata atualmente de jurisprudência mansa e pacífica.

150. Assim, em sucessivos julgamentos, o Superior Tribunal de Justiça, pela sua Primeira Turma, entendeu que a Fazenda do Estado de São Paulo devia devolver os valores por ela recebidos, no caso de pagamento indevido de tributo, com a correção monetária calculada de acordo com os mesmos índices aplicados na cobrança de seus créditos. Nos acórdãos referentes ao REsp de nOS 20.203-0-SP, 21.101- 7-SP e 32-615-5-SP, entre outros, o ilustre relator, Ministro GARCIA VIEIRA, teve o ensejo de salientar em seu voto, que:

> "A Fazenda do Estado aplica referido índice na cobrança de seus créditos e não pode se insurgir contra a sua aplicação em seus débitos".

151. Cabe, pois, reconhecer que, do mesmo modo que se aplica o princípio do equilíbrio econômico-financeiro em cada contrato administrativo de 1 per si, deve ocorrer a sua incidência quando há um conjunto de relações jurídicas vinculadas umas às outras, em que as primeiras servem para pagar as segundas e, dos dois lados, a correção monetária deve ter os mesmos índices, sob pena de rompimento do equilíbrio do sistema, só podendo arcar com a diferença entre a correção real e a legal quem teve o enriquecimento sem causa.

152. Em sentido análogo, decidiu, em 30.08.93, a Egrégia Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao reconhecer que a eventual diferença de correção monetária decorrente da aplicação do Plano Collor não era devida pelos bancos, que não mais detinham os recursos por eles captados do público, por terem sido transferidos ex vi legis para o Banco Central. Este é que deveria arcar com a eventual responsabilidade decorrente do fato de ter ficado com a disponibilidade dos recursos, durante todo o período do bloqueio.

153. É o que decidiu, por maioria, a veneranda Terceira Turma, pelos votos dos eminentes Ministros WALDEMAR ZVEITER, CLÁUDIO SANTOS e EDUARDO RIBEIRO, no REsp 33.016, ao reconhecer que a ação movida contra o Banco comercial, que foi o depositário inicial dos recursos, devia ser extinta por falta de legitimidade passiva ad causam do mesmo.[(93)]

154. Em outro julgado recente, a veneranda Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu unanimemente, no mesmo sentido, ao proferir o acórdão no REsp nº 38.876-7-RS. [(94)]

(93). DJU de 11.X.93.
(94). Resp 38.876-7-RS, TerceiraTurma do SuperiorTribunal de Justiça, publ. in Diário de Justiça de 13.12.93, pág. 27458.

155. No mesmo sentido, decidiu no REsp nº 33.268-4-MG **(95),** a Egrégia 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, consolidando e unificando-se, assim, a jurisprudência na matéria do tribunal superior.

156. Na realidade, a obrigação de pagar correção monetária pressupõe a disponibilidade dos recursos corrigidos ou suscetíveis de correção e a viabilidade de impor aos devedores uma correção diferente da legal. Assim sendo, se o banco não pôde corrigir os seus créditos pelo índice antigo, mas teve que fazê-lo com base no novo legalmente imposto, os seus débitos devem ser corrigidos pelo mesmo índice, sob pena de se violar não só a lei, mas ainda os princípios que regem a estabilidade dos contratos, a segurança jurídica e a própria boa-fé, que é essencial no contrato bancário.

VII - DA INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO DOS POUPADORES AO ÍNDICE DE PREÇOS AO CONSUMIDOR (IPC) EM FACE DO PLANO VERÃO.

157. Cumpre esclarecer, aqui, que a disciplina legal que regulamentava a matéria objeto da consulta (índices de atualização de cadernetas de poupança), era a contida no artigo 12, do Decreto-lei nº 2.284/86, na redação que lhe foi dada pelo artigo 1º do Decreto-lei nº 2.311/86, **verbis**:

> "Artigo 12. Os saldos das cadernetas de poupança /.../ serão corrigidos pelos rendimentos das Letras do Banco Central (LBC) ou por outro índice que vier a ser fixado pelo Conselho Monetário Nacional mantidas as taxas de juros previstas na legislação correspondente."

158. Posteriormente, o Conselho Monetário Nacional expediu a Resolução nº 1.338/87 que, no seu item IV, determinou que a partir do mês de agosto de 1987, os saldos das contas de poupança passassem a ser atualizados pelos rendimentos das LBC's, deduzindo o percentual de 0,5%, ou pela variação nominal das OTNs, prevalecendo a correção maior.

(95). Resp. 33.268-4-MG, Quarta Turma do SuperiorTribunal de Justiça, publ. in Diário de Justiça de 30.11.93.

159. Finalmente, em 22.9.87, o item I da Resolução nº 1.396/87 deu nova redação ao item IV da Resolução nº 1.338/87, estabelecendo que:

> "IV. A partir do mês de novembro de 1987, os saldos referidos no item anterior (caderneta de poupança, FGTS e PIS/PASEP) serão atualizados pelo mesmo índice de variação do valor nominal da OTN".

160. Estas regras prevaleceram até o advento da Medida Provisória nº 32, de 15 de janeiro de 1989, convertida na Lei nº 7.730/89, determinando que os saldos das referidas contas fossem atualizados pelo rendimento acumulado das **LFTNs**, verificada em janeiro de 1989, deduzindo-se 0,5%, como esclarecido no início deste parecer.

161. Ora, **sendo o índice aplicável a OTN, nada justifica o pedido de aplicação do IPC, que não era o índice aplicável às cadernetas de poupança em janeiro 1989**. Neste sentido, os poupadores de caderneta de poupança, no mês de janeiro de 1989, não tinham direito adquirido ao IPC, nem sequer expectativa desse direito.

162. Efetivamente, essa questão foi decidida pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo, através de acórdão proferido pela sua 7ª Câmara Civil, no seguinte sentido:

> "Inexiste, portanto, direito adquirido a que o capital aplicado seja remunerado de acordo com a inflação real, por isso contraria frontalmente a sistemática das cadernetas de poupança cujos critérios de remuneração não estão sujeitos ao livre arbítrio dos contratantes.
>
> Feitas estas considerações, conclui-se ser inadmissível a aplicação do índice de 70,28% relativo a janeiro de 1989, pois não foi ele fixado pelo Governo. Pelo contrário, foi editada a Medida Provisória nº 32, de 15.01.89, que extinguiu o indexador ao qual as partes estavam atreladas, ou seja, a OTN, transformando-se aquela, depois, na Lei nº 7.730/89, cujo artigo 15 foi alterado pela Medida Provisória nº 40, determinando-se, então, que o IPC seria o indexador a ser utilizado no cálculo de atualização das obrigações financeiras posteriores a janeiro de 1989. Logo não poderia o novo indexador ser aplicado naquele mês."**(96)**

163. Além do mais, a Caderneta de. Poupança é um contrato de trato sucessivo, renovável de 30 em 30 dias, cujo direito ao recebimento da correção monetária existe apenas no 30º dia. Tanto é assim

(96) Ac nº 165.147-1/9, 7ª Câmara Cível do **TJESP**, relator Des. **SOUZA LIMA**

que se o poupador retirar o depósito antes do 30º dia, ele não fará jus à remuneração. A conclusão, portanto, é que **a lei aplicável no tocante à moeda de pagamento é aquela vigente no 30º dia**, razão pela qual não existe direito adquirido antes desse dia. Aplica-se ao pagamento da correção monetária o brocardo **tempus regit actum**.

164. Acresce, ainda, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e, em particular, da sua Egrégia Terceira Turma, examinando o Plano Verão, tem entendido, no tocante às dívidas de valor, que, mesmo se devida -o que só se admite **ad argumentandum** -à correção pelo **IPC**, não deveria ser aplicado o percentual de 70,28% em relação ao mês de janeiro de 1989, normalmente pleiteado pelos poupadores, devendo, na pior das hipóteses, prevalecer o disposto no art. 75 da Lei nº 7.799, de 10.07.1989.**(97)**

165. Efetivamente a prevalência na matéria, do disposto no art.75 da Lei nº7. 799/89, foi reconhecida em inúmeros acórdãos, salientando-se a síntese que, sobre a matéria, consta no brilhante voto do eminente Ministro **NILSON NAVES**, proferido no REsp nº 30.851-7, julgado em 4.5.1993 e no qual foi acompanhado por unanimidade pela Egrégia Terceira Turma, então composta pelo douto Ministro relator e ainda pelos eminentes Ministros **WALDEMAR ZVEITER** e **DIAS TRINDADE**.

166 No seu voto, o Ministro **NILSON NAVES** teve o ensejo de salientar que:

> "Quanto à aplicação da Lei nº 7. 799, temos, igualmente, orientação já assentada, por exemplo, entre tantos, por sua ementa:
>
> 'Correção monetária. Janeiro de 1989. Aplicação do critério estabelecido pelo art.75 da Lei nº 7. 799, de 10/07/89. Precedentes da 3ª Turma do STJ. REsp 8.703, 9.305, 13.346, 23.220 etc. Recurso Especial conhecido e provido em parte.' (REsp 23.488-1, Sr. Ministro Nilson Naves, DJ de 30/11/92).
>
> Inviável se revela o Recurso Especial. O acórdão não ofendeu os textos de lei declinados pela recorrente. Decidiu, isto sim, nos moldes, da orientação estabelecida por esta Turma. Assim, do recurso não conheço. (REsp 31.726, sessão do dia 27.04.93).

(97) V. acórdão no REsp nº 24.168-0/RJ, DJ-I, 06.12.93, p. 26.662, no qual a 3ª Turma do STJ decidiu por maioria que a correção monetária correta de janeiro de 1989 foi de 28,79%.

Relativamente ao índice estabelecido pelo art.75 da lei nº 7.799, confiram-se esses outros precedentes da 3ª Turma:

'Correção monetária. Adoção do critério previsto no art. 75 da Lei 7.799/89 (REsp 23.200-3/RS, Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 10.08.92).

Correção de obrigação contratual. Hipótese de incidência do art. 75, letra "a", da Lei nº 7.799, de 10.7.89. Recurso Especial conhecido e provido.' (REsp 8.703/RJ, Sr. Ministro Nilson Naves, DJ de 16.3.92). V

Correção monetária. índice de atualização. Janeiro de 1989. O índice adotado difere do aplicado, segundo a jurisprudência da 3ª Turma do STJ. Dissídio comprovado com acórdão isolado. Recurso Provido.' (REsp 20.491-8/SP, Sr. Ministro Cláudio Santos, DJ, de 19.4.93)."

167. A jurisprudência dominante tem, pois, acatado os ensinamentos do Ministro **EDUARDO RIBEIRO** que entende que o índice do **IPC**, calculado em 70,28%

"/.../ está distorcido, por refletir inflação de 51 dias. Parece-me que outro critério deva ser buscado. E este há de ser o indicado pelo eminente Relator, já que propiciado por lei. Trata-se do artigo 75 da lei 7.799/89 que determinou se multiplicasse o valor de NCz$, relativo à OTN, por 1,2879. Embora o dispositivo, a rigor, se refira apenas a determinadas hipóteses, entendo possa ser estendido a outras, em que a mesma razão se apresente, ensejando atualização monetária mais de acordo com a realidade."**(98)**

168. No caso específico do Plano Verão, o Superior Tribunal de Justiça, no que se refere ao direito adquirido à correção monetária por poupadores de Caderneta de Poupança, tem entendido, ainda, que:

"No mérito, porém, assiste razão ao recorrente, porquanto as cadernetas com trintídio nos dias 16, 23, 24 e 27 de janeiro de 1989, aplica-se, de imediato, a MP. 32, com vigência a partir do dia 16 daquele mês.

Pacífico é o entendimento deste Tribunal de que o art. 17 da Lei 7730/89 somente é inaplicável às contas com período mensal

(98). Voto proferido no REsp nº 26.074-0 julgado em 6.10.92, no qual o eminente relator foi acompanhado, por unanimidade, pela Turma composta pelos Ministros **DIAS TRINDADE, WALDEMAR ZVEITER e CLÁUDIO SANTOS.**

iniciado até 15 de janeiro, ainda quando completado até 15 de fevereiro,"[99]

169 efetivamente, este acórdão reflete o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que e pacifico nas duas turmas competentes para apreciar a matéria, conforme se verifica pelos acórdãos proferidos nos R Esp. nº 16.651-0, 26.864, 26.959, 17,009, 11.534 e 26.390-0 e no Ag. Rg. nº 21.525, todos invocados no acórdão do REsp. 24.557-0. [100]

VII - OS BANCOS NÃO PODEM SER RESPONSABILIZADOS POR TEREM CUMPRIDO A LEI

170. Não obstante tudo o que já foi colocado acima e admitindo-se, para, simples fim de discussão, que possa existir o direito dos poupadores à diferença de correção monetária e que haja viabilidade de reconhecer i a inconstitucionalidade das normas do Plano Verão sobre a matéria -o que jamais ocorreu pela via própria -ainda assim os bancos não podem ser responsabilizados pelo pagamento, que, na realidade, seria devido pela União Federal.

171. Os bancos agiram estritamente dentro dos termos da legislação que foi regularmente aprovada pelo Congresso Nacional, seguidos todos os trâmites constitucionais, e não foi objeto de qualquer declaração de inconstitucionalidade pela corte competente, ou seja, pelo Supremo Tribunal Federal. No caso, aplica-se, em termos de responsabilidade civil, o princípio de exclusão da ilicitude consagrado no Direito Penal. Não se responsabiliza aquele que age no estrito cumprimento do dever legal, em obediência aos termos da lei e no exercício regular de direitos reconhecidos legalmente.[101]

172. Ora, no caso em estudo os bancos creditaram aos poupadores exatamente os rendimentos determinados, não só pela legislação aplicável, como pelos seus órgãos fiscalizadores (Banco Central e

(99). Recurso Especial nº29771-4-RS, 4ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, relator Ministro **FONTES DEALENCAR**.

(100). REsp 24.557-0-RS, Recte: Banco Bamerindus do Brasil S.A., Recdo.: Nilson Febrati costa, 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça, relator Ministro **FONTES DE ALENCAR**, julgado em 02.03.93.

(101) Código Penal, artigo 23, III e artigo 160, I, do Código Civil.

Conselho Monetário Nacional). Não se poderia exigir das instituições financeiras conduta diversa, e portanto não há que se falar em sua responsabilização civil.

173. O eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, **CELSO DE MELLO**, teve o ensejo de se manifestar acerca do "bloqueio de cruzados novos" determinado pelo Plano Collor nos seguintes termos:

> "A elaboração teórica em torno da responsabilidade civil do Estado por atos inconstitucionais tem reconhecido o direito de o indivíduo, prejudicado por ação normativa danosa do Poder Público, Pleitear, processo próprio, a devida indenização patrimonial".
>
> A orientação da doutrina, desse modo, tem-se fixado, na análise desse particular aspecto do tema, no sentido de proclamar a plena submissão do poder Público ao dever jurídico de. reconstituir o Patrimônio dos indivíduos cuja situação pessoal tenha sofrido agravos motivados pelo desempenho inconstitucional da função legislar. Nesse sentido impõe-se registrar, no plano da doutrina nacional, o magistério, dentre outros, de **Guimarães Menegale** (Direito Administrativo e Ciência da Administração, vol.2/350, 2a. ed., 1950, Borsoi), **Pedro Lessa** (Do Poder Judiciário, pág. 164, 1915, Livraria Francisco Alves), **José de Aguiar Dias** (Q..g Responsabilidade Civil, vol.2/318, 6a. ed., 1979, Forense), **Yussef Sahid Cahali** (Responsabilidade Civil do Estado, pág.226, 1982, RT) e, ainda, de Amaro Cavalcanti (Responsabilidade Civil do Estado, pág.623, item No.88a, 1957, Borsoi), cuja autorizada lição enfatiza que:
>
> '... declarada uma lei inválida ou inconstitucional por decisão judiciária, um dos efeitos da decisão deve ser logicamente o de obrigar a União, Estado ou Município, a reparar o dano causado ao indivíduo, çujo direito fora lesado - quer restituindo-se-lhe aquilo que indevidamente foi exigido do mesmo, como sucede nos casos de impostos, taxas, ou multas inconstitucionais - quer satisfazendo-se os prejuízos, provadamente sofridos pelo indivíduo com a execução da lei suposta.'
>
> Em trabalho jurídico mais recente, **José Cretella Júnior**, ao tratar da responsabilidade civil do Estado por ato legislativo –

especialmente em face da lei inconstitucional danosa -, destaca (RDA 153/15, 26), **verbis:**

'Se da lei inconstitucional resulta algum dano aos particulares, caberá a responsabilidade do Estado, desde que a inconstitucionalidade tenha sido declarada pelo Poder Judiciário. Sendo a lei, em regra, comando genérico e abstrato, o dano aos particulares emergirá de atos praticados em decorrência de lei inconstitucional, exceto no caso excepcional de leis que determinam situações jurídicas individuais, de sorte que o dano será diretamente imputável à lei inconstitucional. Isso, entretanto, não altera, em absoluto, os termos da questão. O que é imprescindível é que se verifique o nexo causal entre a inconstitucional e o dano ocorrido.'

De outro lado, é de referir que a jurisprudência dos Tribunais (RDA 8/133) - desta Suprema Corte, inclusive - não se tem revelado insensível à orientação fixada pela doutrina, notadamente porque a responsabilidade .civil do Estado por ato do Poder Público declarado incompatível com a carta Política Traduz em nosso sistema jurídico, um princípio de extração constitucional.

O Supremo Tribunal Federal consagrou esse entendimento e prestigiou essa orientação em pronunciamentos nos quais deixou consignado que

"O Estado responde civilmente pelo dano causado .em virtude de. ato praticado .com fundamento .em lei declarada inconstitucional".

(ROA 20/42, Rei. Min. **Castro Nunes**)

'Uma vez praticado pelo poder público um ato prejudicial que se baseou em lei que não é lei, responde ele por suas conseqüências.'

(RTJ 2/121, Rei. Min. **Cândido Mota Filho**)

Todas essas considerações - que traduzem mera reflexão sobre os efeitos decorrentes de comportamentos legislativos inconstitucionais do Poder Público - decorrem de minha pessoal convicção sobre a inconstitucionalidade do bloqueio dos cruzados novos, já registrada, quanto aos seus fundamentos jurídicos, por ocasião do julgamento da ADln 534-OF -Questão de Ordem, de que fui Relator (Sessão Plenária de 26.8.92)." **(102)**

(102). Despacho no R.E. nº 153.581-SP, RTJ 142/984-6 (grifos nosos)

174. Ora, diante de tão erudita e oportuna lição, não resta dúvida que, no caso da consulta, se direito têm os poupadores, é este em face da União Federal, e não dos bancos. Se o pressuposto do direito dos poupadores é a inconstitucionalidade das normas do Plano Verão, deve o seu eventual crédito ser cobrado do responsável pela edição da norma, como demonstrado pelo Ministro **CELSO DE MELLO**, ou seja, da União Federal.

175 Esta conclusão, inarredável, já foi também prestigiada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em julgamento acerca da constitucional idade da "tablita" do Plano Bresser. O Ministro **CLÁUDIO SANTOS** assim se manifestou sobre o tema:

> "/.../ se prejuízo houve ao autor, em relação da medida governamental, que deliberava a respeito da inflação zero, contra o Governo é que o autor deve orientar os seus reclamos, posto que a instituição financeira, como outros, apenas cumpriu a lei inerente à espécie" **(103)**

176 Assim, tanto a boa doutrina quanto a melhor jurisprudência revelam que, no caso de eventuais prejuízos causados por atos praticados de acordo com lei declarada inconstitucional, a recomposição dos danos constitui responsabilidade do Estado, ou seja, no caso, da União Federal. Se inconstitucionalidade existe, é contra a União que os poupadores devem dirigir seus pleitos, não podendo os bancos ser obrigados a indenizá-los quando se limitaram a cumprir a lei, e nenhum, enriquecimento tiveram, pois aplicaram os mesmos índices nas suas operações ativas e passivas.

IX - CONCLUSÕES

177. Em conclusão, e depois do exame detalhado das teses jurídicas suscitadas nos julgados e pareceres que trataram da matéria, afirmamos que:

a) é constitucional a legislação ordinária que implantou o Plano Verão e acompanhou a sua execução;

b) as mencionadas normas, que se caracterizam como sendo de Direito Monetário, entram em vigor imediatamente e incidem

(103). Trecho do acórdão no REsp nº 955, DJU 5.11.89, citado no acórdão do REsp nº 3.683-SP, Rel.min.ATHOS CARNEIRO, RT 661/202 (grifos nossos).

desde logo sobre os pagamentos decorrentes dos contratos em curso, por não existir direito adquirido dos contratantes às moedas de pagamento e de conta a serem utilizadas na data do efetivo pagamento;

c) a legislação monetária se integra no Direito Público Econômico e se aplica de modo uniforme a todos;

d) o Poder Monetário, abrangendo não só o direito de emitir o papel-moeda, mas ainda o de regular o regime dos pagamentos, definindo amoeda de pagamento e de conta e as cláusulas de indexação, é matéria da competência do Poder Legislativo Federal, com a colaboração, no plano regulamentar, do Poder Executivo, por intermédio do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central;

e) conseqüentemente, o Poder Monetário, no seu aspecto normativo, não pode ser exercido pelo Poder Judiciário estadual, sob pena de dupla usurpação de função, em relação à União Federal e ao Congresso Nacional;

f) na apreciação das lesões de direito, o Poder Judiciário deve aplicar e interpretar a lei vigente, não podendo afastá-la ou substituí-la pela equidade, em virtude de convicções pessoais do magistrado ou de uma interpretação **contra legem**;

g) a interpretação e a construção do sentido das normas jurídicas não pode levar o Juiz a deixar de aplicá-las, a não ser nos casos de inconstitucionalidade;

h) os depositantes em caderneta de poupança não tinham seus rendimentos vinculados ao IPC, não havendo motivo lógico para se entender que tinham direito adquirido à incidência de tal índice, que, aliás, em janeiro de 1989, foi calculado sobre uma base de 51 dias;

(103). Trecho do acórdão no REsp nº 955, DJU 5.11.89, citado no acórdão do REsp nº 3.683-SP, Rel.min.ATHOS CARNEIRO, RT 661/202 (grifos nossos).

i) quanto às normas do Plano Verão, no tocante ao regime de remuneração dos depósitos em caderneta de poupança, é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que se aplicam imediatamente para os contratos que se iniciaram ou foram renovados a partir da edição da norma;

j) os bancos não podem ser obrigados a remunerar os seus credores em níveis superiores àqueles que ficaram obrigados a cobrar de seus devedores;

k) se inconstitucionalidade de lei ou desvio de poder existiu, não podem ser os bancos responsabilizados, cabendo ao Estado responder pela edição de norma em desacordo com a Carta Magna;

l) assim sendo, não pode prosperar qualquer ação na qual os titulares dos mencionados créditos pretendam obter uma complementação de pagamento, contrariando as disposições acima referidas, ou uma revisão do valor devido e já pago pelos bancos, que atendeu à legislação vigente na época, cuja constitucional idade não foi contestada no foro competente, que é o Supremo Tribunal Federal.

É o meu Parecer.

São Paulo, 15 de dezembro de 1993.

ARNOLDO WALD
Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade
de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Parecer acerca da Medida Provisória nº 168/90, convertida na Lei nº 8.024, que determinou a transferência para o Banco Central dos recursos depositados nas cadernetas de poupança e em outros instrumentos financeiros em bancos privados.

Parecer apresentado por
Caio Tácito

São Paulo
Abril/1994

I - CONSULTA

Considerando que a Medida Provisória nº 63/90, convertida na Lei nº. 8.024, determinou a transferência para o Banco Central dos recursos depositados, nas cadernetas de poupança e em outros instrumentos financeiros em bancos privados, pergunta-se:

1º. - Os atos do Poder Público importaram, no caso, em ruptura do contrato de depósito que existia, inicialmente, entre os depositantes e os bancos depositários?

2º. - Desapareceu, pois, qualquer responsabilidade dos bancos privados decorrente dos mencionados contratos que foram assumidos pelo Banco Central?

3º. - O fato de ser mantido, nos bancos particulares, o registro dos lançamentos referentes às mencionadas contas, funcionando a entidade financeira como órgão de escrituração ou contador do Banco Central altera, de qualquer modo, a resposta aos quesitos anteriores?

4º.- Pode-se atribuir ao banco depositário inicial o dever de retificar a correção monetária atribuída pelo Banco Central aos depositantes, que fizeram inicialmente o depósito em cadernetas de poupança nas suas agências?

5º.- Pode-se atribuir ao banco privado o dever de se insurgir contra o ato do Poder Público e as determinações do Banco Central, sob pena de considerá-lo responsável ou co-responsável pelos eventuais prejuízos sofridos pelos depositantes?

6º.- Os eventuais prejuizos decorrentes de diferenças entre a correção monetária estabelecida pelo Poder Público e a calculada de acordo com os vários índices que medem a inflação são da responsabilidade do Banco privado ou do Banco Central?

7º. - As ações que tratam dessa matéria devem ser intentadas contra os Bancos particulares ou o Banco Central? Assim sendo, deve ou não prevalecer a jurisprudência firmada pela 3º Turma do SuperiorTribunal de Justiça e em vários votos de Ministérios da 4ºTurma, que consideram o Banco particular parte ilegítima nas ações acima referidas, determinando, conseqüentemente, a extinção do feito?

II- CARACTERÍSTICAS DO PLANO COLLOR

O Governo Collor inaugurou-se com a reforma do sistema financeiro, objetivando a contenção do crônico processo inflacionário e visando ao saneamento da economia nacional.

A moeda nacional, antes expressa em cruzeiro novo, passa a ser representada pelo cruzeiro, mantida a paridade do valor unitário.

Inovando, porém, em relação aos planos anteriores, à conversão monetária associou-se um esquema de bloqueio temporário na disponibilidade de saldos de depósitos bancários, de cadernetas de poupança e obrigações de crédito (arts. 5, 6 e 7 da Lei n. 8.024/90).

A Medida Provisória n. 168, de 15 de março de 1990 (alterada, em parte, pelas Medidas Provisórias n. 172 e 174, de 17 e 23 do mesmo mês) foi convertida na Lei n. 8.024, de 12 de abril de 1990. De imediato a partir de 19 de março, após feriado bancário, se fez sentir a eficácia do novo modelo com a conversão, em cruzeiros, tão somente modesta de parcela dos depósitos existentes, limitada a cinqüenta mil cruzeiros novos.

As quantias acima deste limite ficavam indisponíveis até 16 de setembro de 1991. Somente a partir desta data seria permitida a conversão e doze parcelas mensais, iguais e sucessivas.

A totalidade dos recursos por esta forma congelados foram compulsoriamente transferidos ao Banco Central do Brasil que deles poderia dispor para a concessão de empréstimos como financiamento de operações ativas das instituições financeiras (arts 9º e 17).

Nasceu, em suma, por força da lei especial, um regime peculiar nas relações entre as instituições financeiras e os depositantes privado

Até então, os depósitos e operações bancárias configuravam-se típicas relações contratuais entre as instituições financeiras e clientes, segundo o regime jurídico da lei comercial.

Aos depositantes cabia a disponibilidade dos saldos positivos para os saques de sua conveniência.
E às instituições financeiras estava facultada a disponibilidade dos

valores depositados para o ciclo de suas operações ativas, auferindo a correspondente remuneração, inerente à dinâmica de sua atividade.

A este fluxo regular de valores, compatível com a praxe do mercado financeiro, opôs-se, na eficácia do Plano Collor, a cisão entre, de um lado, o resíduo de recursos de liquidez sobrevivente e, de outro, o alto volume de valores bloqueados durante dezoito meses, salvo casos limitados de liberação permitida.

Sobre a dupla disponibilidade ordinária dos depósitos, acessíveis aos depositantes e às instituições financeiras, a lei fez incidir a sucção de parcela substancial dos respectivos valores, subtraídos à circulação regular e retidos, pelo prazo do bloqueio, à exclusiva disposição do Banco Central do Brasil.

No tocante aos recursos por esta forma sonegados à sua legítima utilização, os titulares dos depósitos, como as instituições depositárias, perderam temporariamente não somente a livre disponibilidade como a administração das contas que passaram a ser regidas pelo Banco Central do Brasil, ao qual a mesma lei, em reforço de sua competência geral, outorga poderes para a regulamentação do sistema instituído (art. 20).

A lei operou, em verdade, uma intervenção sobre contratos privados, validamente pactuados, inclusive quanto ao regime de atualização financeira dos valores depositados.

A título de política econômica, gerou-se uma forma inédita de absorção compulsória de recursos, retidos em poder do Banco Central do Brasil, investido da qualidade de depositário legal.

Quanto a esses capitais sob estrito controle público, apenas sobrevivia, no tocante às instituições financeiras, o registro contábil dos valores individuais, segundo critérios determinados pelo Banco Central do Brasil, como agente financeiro do Governo e órgão disciplinador do sistema financeiro nacional.

III - A NATUREZA JURÍDICA DO BLOQUEIO

A Medida Provisória n^{9} 168, de 15 de março de 1990, teve a forçado lei temporária, que é própria desta modalidade de ato normativo, consolidada pela conversão advinda com a Lei nº 8.024, de 12 de abril do mesmo ano.

O efeito imediato do ato materialmente legislativo intercedeu, a partir da Medida Provisória (a seguir convalidado pela lei de conversão), sobre os contratos de depósito privado, fazendo com que, nos valores a ele transferidos, o Banco Central do Brasil sucedesse às instituições financeiras durante o prazo suspensivo da livre disponibilidade valores depositados.

A transferência dos saldos superiores ao limite estabelecido obedeceu aos valores contábeis no dia da sucessão, ou seja, na data de inlcic de vigência do ato interventivo na economia privada.

A obrigação futura de correção monetária de tais valores passou responsabilidade do Banco Central do Brasil, com a incui após o prazo do bloqueio, agregar ao principal a correção acumi a no interregno.

A doutrina tem questionado a natureza jurídica do ato suspensivo da livre disponibilidade de depósito bancários decorrente do impedimento de imediata conversão de maior parte de seus valores à moeda nova.

A qualidade sui generis do ato de contenção e, sobretudo.transferência forçada ao Banco Central singularizam a medida imposta aos particulares.

Trata-se, sem dúvida, quanto a seus efeitos, de uma apropriação coativa de recursos privados, a título de saneamento da economia nacional

ARNOLDO WALD, em excelente estudo sobre o tema, cuidou de enumerar as espécies possíveis de classificação.

“A caracterização jurídica da operação pode levar-nos a considerá-la como sendo:

a) uma desapropriação indireta do direito de uso;

b) o confisco do direito de uso (neste sentido parte da doutrina e da jurisprudência);

b) um emprétimo compulsório inconstitucional (doutrina e jurisprudência dominantes);

c) uma requisição em virtude da existência de perigo iminente"

("Os depósitos bancários e o Plano Collor', in I Ciclo de Estudos de Direito Econômico - edição IBCB -1993- p 27).

A nosso ver, a hipótese não se enquadra como modalidade de desapropriação, direta ou indireta, que pressupõe a transferência definitiva do domínio do bem mediante indenização. Nem oferece a tipicidade de um empréstimo compulsório que assume igual caráter de transferência de domínio, embora resolúvel.

Menos ainda o caráter de um confisco que, a par do elemento de violência à ordem jurídica, importa na extinção do direito atingido.

Como o ato, por sua singular *estrutura, foge aos parâmetros da* ortodoxia, parece-nos que, obedecido o critério de interpretação analógica, o ato mais se assemelha a uma requisição dos valores submetidos ao bloqueio temporário.

A finalidade da norma excepcional tem como endereço a restauração do equilíbrio da moeda, gravemente abalado pela crescente inflação que deteriora o poder aquisitivo e, mais ainda, abala a estabilidade das instituições sociais.

A requisição é, conceitualmente, medida de caráter temporário que, em beneficio de interesse relevante, permite ao Poder Público avocar o direito de uso de bem privado.

Mediante a transferência coativa dos excedentes ao Banco Central, salvo a episódica liberação em casos especiais no curso do período da requisição, a subtração dos recursos ao fluxo do mercado financeiro serviu de instrumento à política de combate aos males da inflação em busca da estabilidade da moeda.

Operação jurídica sobre a economia enferma, nem visou a extinguir o domínio sobre os valores retidos, nem pretendeu eliminar a correção monetária, que ficou mantida, na medida em que se restauraria a integridade do valor econômico dos depósitos, quando liberados.

Os índices crescentes e assustadores da inflação - que, na época atingiam a 80% ao mês - perturbavam gravemente a economia, abalavam o desenvolvimento econômico e social e até mesmo colocavam em risco a estabilidade das instituições políticas e a ordem coletiva.

A requisição saneadora teve natureza emergencial, de propósitos cautelares, limitando o direito de propriedade com apoio em sua função social como veículo de relevante interesse geral.

O Plano Collor operou, como assinalado, efeitos diretos, a saber:

a) interrompeu a liquidez dos depósitos bancários acima do limib estabelecido;

b) transferiu, na mesma data, ao Banco Central a totalidade dos recursos imobilizados, retirando-os da operação das instituições financeiras;

c) assegurou aos depositantes sobre os valores bloqueados e transferidos ao Banco Central a atualização monetária e a remuneração legal, a serem acrescidas aos valores básicos, para futura liberação.

A obrigação dos bancos perante seus depositantes, até então regidas pelas normas dos contratos de depósitos em curso, ficou temporariamente suspensa, por inexeqüível em face da compulsória captação pelo ato estatal.

Até a data de início de vigência da legislação de emergência, cumpria lhes o crédito regular dos valores que se aditavam ao principal, pela força dos contratos.

A partir, porém, da suspensão temporária do vínculo do depósito a correção monetária, como os juros legais, passam a se acrescer aos valores transferidos, cuja disposição o Banco Central adquiriu, inclui como lastro de empréstimos a que ficou autorizado.

Privados do acesso aos valores antes inseridos no giro ordinário de suas operações, não mais se fundamenta para os bancos depositários a continuidade dos ônus inerentes aos depósitos quando a lei lhe subtrai o **commodus da** disponibilidade, transferida ao Banco Central.

Substituição **de lege** de um depositário por outro ainda que a título transitório importa na conseqüente subrogação de deveres relativos aos depositantes, a serem acobertados de dano quanto àessencialidade de seus créditos.

As instituições financeiras deixaram, em suma, de participar da relação jurídica dos depósitos com respeito às quantias retidas, subsistindo apenas, durante o período, o dever de lançamento contábil, segundo diretrizes e instruções do Banco Central, com vistas à futura desmobilização dos recursos bloqueados e a conseqüente restauração da eficácia integral dos contratos congelados pela intervenção estatal.

IV - LEGITIMIDADE PASSIVA EM AÇÕES DE DEPOSITANTES

A consuita tem como objeto **essencial** a definição da legitimidade processual passiva quanto às pretensões de depositantes que se entendem prejudicados na aplicação de índices de correção monetária em cadernetas de poupança por motivo de aplicação da Lei nº 8.024/90.

A jurisprudência dos tribunais tem variado no julgamento de ações reivindicatórias de juros e correção monetária sobre cruzados novos bloqueados.

ARNOLDO WALD, no estudo acima mencionado, arrolou, extensivamente, o conflito jurisprudencial, inclinando-se por concluir pelo predomínio do entendimento favorável aos bancos privados.

A título de confronto, destacamos, a propósito do contraste de opiniões, decisões emitidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em Recurso Especial nº 23 099, decidido em 22 de setembro de 1992 pela 4ª Turma, tendo como Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo, optou-se pela tese de responsabilidade do BANERJ-Crédito Imobiliário S.A., pelos seguintes fundamentos de sua ementa:

> **I -** Eventuais alterações na política econômica, decorrentes de planos governamentais, não afastam, por si, a legitimidade **ad causam** das partes envolvidas em contratos de direito privado, inclusive as instituições financeiras que atuam como agentes captadores em torno de cadernetas de poupança.

II - Existindo vínculo jurídico de índole contratual entre as partes,a legitimidade não se arreda pela simples circunstância de terem sido emitidas normas por órgãos oficiais que possam afetar a relação entre os contratantes.

Contudo, a 3ªTurma do mesmoTribunal, em mais de um caso, decidiu em sentido oposto, manifestando-se pela carência de ação contra instituição financeira privada por ato de império da titularidade do contrato. Assim se exprimem as ementas nos Recursos Especiais n 33.016 e 38.876, decididos em 30 de agosto de 1993 e 16 de novembro de 1993, tendo, em ambas, como relator o Ministro Waldemar Zveiter

"I - É iniludível que as instituições financeiras que mantinham contratos de cadernetas de poupança não mais puderam usufruir dos saldos superiores a Cr$ 50.000,00, como nos planos antecedentes e posteriores que, repita-se, foram recolhidos ao Banco Central do Brasil.

Em princípio, em todo e qualquer contrato de mútuo, ou de depósito em dinheiro, quem responde pelos juros e pela atualização do valor monetário é a parte que recebe a propriedade do bem fungível, que dele usufrui em proveito próprio, ou seja, o devedor ou depositário, o qual, depois, deverá devolvê-lo, com aqueles acréscimos, ao credor ou depositante. No caso, ambas as partes titulares do contrato - depositante e banco depositário - foram privadas, por ato de império da disponibilidade do dinheiro, permanecendo em poder do Bano Central e assumindo este a titularidade do contrato, como verdadeira novacão **ex vi legis** da aludida avença (mútuo bancário)

Conseqüentemente, na ação de cobrança se revela titular legítimo para figurar como parte passiva'.

É significativo que, em decisão mais recente, a 4ªTurma, em acódão de 23 de novembro de 1993, tendo igualmente como relator o Ministro Sálvio de Figueiredo, reformulou a colocação anterior, conforme seguinte ementa do Recurso Especial nº 33.268:

Debatendo-se na causa diferenças relativas à remuneração dos cruzados novos excedentes de NCz 50.000,00, que não puderam ser convertidos em cruzeiros e foram repassados ao Banco Central do Brasil, consoante determinou a Lei 8.024/90, em face da intervenção coativa nos contratos, reveladora do factum principis e caracterizadora da força maior, ocorreu a ruptura **ex vi legle** da

avença original, substituindo-se aquela entidade ao depositário contratual e determinando sua legitimidade passiva para essas ações."

Tais decisões contraditórias, a par de outras que de igual modo não permitem que se evidencie uma jurisprudência tranqüila na matéria, marcam a singularidade do Plano Collor que veio a inserir sobre típicas relações contratuais a intervenção reguladora da União mediante o exercício de competência legislativa privativa.

A constitucionalidade da Lei nº. 8.024/90 não foi contestada, ao menos em termos formais e segundo o adequado procedimento. A disciplina legal das operações de poupança e a competência disciplinar do Poder Público sobre o mercado financeiro identificam-se na competência legalmente atribuída ao Conselho Monetário Nacional ou ao Ministério da Fazenda, tendo o Banco Central como agente executivo e controlador do sistema financeiro nacional.

O conflito com que se defronta o intérprete está fundamentalmente colocado a propósito da norma de direito aplicável na hipótese.

Prevalecerá a força dos contratos que adotaram determinado índice de correção monetária como obrigação bilateral entre partes certas, ou será válido possa o Estado, em favor do saneamento geral da economia, sobrepor à relação contratual a atração temporária de um dos pólos do vínculo obrigacional, substituindo a instituição bancária privada pelo agente oficial de regulação da economia nacional?

Certamente não seria razoável desconhecer que nas operações financeiras não é livre a vontade de contratar das instituições privadas autorizadas a funcionar, podendo o legislador inovar a regulamentação do setor, na medida em que não ofenda ao direito adquirido ou ao ato jurídico perfeito. A fixação de índices de correção monetária, ou o processo de sua aplicação, não é matéria de direito privado aberta a livre negociação das partes.Tanto depositantes como depositários em cadernetas de poupança constituíram relações jurídicas predeterminadas em lei, segundo normas e critérios estipulados em atos normativos emitidos pela União e secundariamente regulamentados pelo Banco Central, como autarquia de controle do sistema financeiro.

A atividade bancária depende de autorização e deve ser exercida nos termos fixados pelos órgãos públicos competentes, nos termos da legislação específica.

A partir do ordenamento legal contido na Medida Provisória, ratificada pelo ato congressual, não mais cabia aos bancos, durante a vigência do bloqueio da parte dos depósitos excedentes ao teto de livre movimentação, outra ação a não ser o registro escritural determinado pelo Banco Central, titular sucessivo na disponibilidade dos recursos subtraídos, em prazo certo, à regência das partes contratantes.

A eventualidade de lesão a direito dos depositantes não teria, em suma, como motivo determinante, um ato de vontade da instituição financeira, que teve suspensa, a partir da lei superveniente e imperativa, a administração dos recursos arrecadados pela autoridade pública.

Pelo mecanismo de correção monetária aplicável às cadernetas do poupança a aplicação dos índices de atualização somente ocorre na data de vencimento do período aquisitivo, de tal forma que saques intermediários importam perda dos valores da correção em curso.

A lei nova limitou a conversão em cruzeiros unicamente ao limite mi estipulado. Os saldos remanescerites em cruzeiros novos imediatamente à disposição do Banco Central, ao qual transferidos, não mais cabendo à instituição financeira a modificão dos valores por esta forma congelados para futura liberação.

Até mesmo no advento de ordem judicial em contrário, o Banco Central avocou o controle do cumprimento de decisão judiciária, como faz certo o procedimento a ser adotado pela instituição financeira, nos termos da Circular nº 1868 de 19 de dezembro de 1990.

O retorno de cruzados novos corrigidos, de modo a permitir o acesso ao depositante, somente se iria verificar após operação de controle a ser feita “em tempo hábil” pelo Banco Central (item 11 da Circula nº 1868, a cujo entendimento se editou o Comunicado nº 2275, de 09 de janeiro de 1991).

Conforme o item da referida Circular, somente após confirmado o registro pelo Banco Central “a instituição efetuará a conversão ao beneficiário”.

Manifestamente, o Banco Central assumiu, por esta forma, plena e exclusiva responsabilidade sobre os valores transferidos.

Mais clara se evidencia a avocação de competência na matéria, por parte do Banco Central, em ordem por ele transmitida à rede bancária nos termos seguintes:

> "Com referência aos pedidos de conversão de cruzados novos para cruzeiros por determinação judicial (Circ. 1968), informamos que os ativos financeiros foram, por força da Lei 8.024/90, transferidos das instituições financeiras para o Banco Central do Brasil conforme determinação do art. 9 do mesmo diploma legal. Em face de tal disposição, a competência exclusiva e absoluta para apreciar qualquer pedido envolvendo tais recursos é da Justiça Federal, **ex vi** do disposto no art 109,1, da Constituição Federal.
>
> Isso posto, impõe-se a este grupo informar-lhes sobre a impossibilidade jurídica de dar cumprimento a pedidos de conversão que não contenham determinação da Justiça Federal" (comunicado eletrônico SISBACEN, RMSG 1021, Transação PMSG 840).

Em termos processuais, a invocação de competência da Justiça Federal representa a confissão de autoria do ato incriminado de ilícito na pretensão posta em juízo.

Emana do conjunto das normas legais a partir da Medida Provisória n. 168, como das instruções do Banco Central sobre a execução a ser obedecida pelas instituições financeiras, o efeito paralisador que a reforma do sistema monetário produziu a respeito da ação dos bancos depositários no tocante aos períodos aquisitivos em curso. A contabilização posterior de seus resultados passaram à alçada do Banco Central.

O congelamento dos lançamentos bancários e a transferência simultânea dos saldos em cruzeiros novos ao Banco Central importaram, por via de decorrência, em subrogação na competência escntural e real quanto aos valores pendentes.

Não mais cabia à instituição financeira de origem, mas ao Banco Central, sucessor na obrigação, determinar o critério de incidência dos índices aplicáveis às correções monetárias advindas.

CONCLUSÕES

Diante do exposto, passamos a responder aos quesitos da consulta.

1 - Os atos do Poder Público importaram, no caso, em ruptura do contrato de depósito que existia, inicialmente, entre os depositantes e os Bancos depositários?

Resposta: A nosso ver, os atos legislativos do Poder Público, consubstanciados na edição do Plano Collor como em atos administrativos de sua execução, geraram, a rigor, duplo efeito sobre os depósitos existentes.

Até o limite fixado para a conversão imediata de parte dos saldos em cruzeiros, subsistiram as relações jurídicas com base nos contratos de depósito. A dupla disponibilidade, em favor do depositante e do banco depositário, não se alterou.

Contudo, o novo modelo legal, ordenando o congelamento, em cruzados novos, dos valores superiores ao limite e, especialmente, a transferência dos recursos à disposição do Banco Central, geram a superposição de nova relação jurídica, constituída **de lege,** à margem dos contratos, tendo como titular o Banco Central. A esta relação jurídica adicional ficou estranha a instituição financeira, desprovida de administração dos recursos transferidos.

Com pertinência ao período de retenção administrativa da parte bloqueada dos depósitos bancários, instaurou-se um vínculo extra• contratual oriundo da força impositiva do fato do príncipe, permanecendo inibida e latente a relação contratual, a readquirir eficácia após a liberação futura dos valores requisitados.

Desapareceu, pois, qualquer responsabilidade dos Bancos privados decorrente dos mencionados contratos que foram assumidos pelo Banco Central?

Resposta: Em coerência com a resposta anterior, entendemos que, durante o período de retenção da parcela não eonvertida, suspendeu-se a responsabilidade contratual do banco depositário de origem.
O Banco Central, a cuja disposição permaneceram, durante o período, os valores retidos, ficou subrogado na responsabilidade por eventual lesão ao direito individual dos depositantes.

3º - O fato de ser mantido, nos bancos particulares, o registro dos lançamentos referentes às mencionadas contas, funcionando a entidade financeira como órgão de escrituração ou contador do Banco Central altera, de qualquer modo, a resposta aos quesitos anteriores?

Resposta: Pela substância das respostas aos quesitos precedentes, impõe-se a conclusão negativa à proposição.
Os bancos particulares apenas mantiveram, no período, o registro escritural dos valores depositados no Banco Central, observando, a esse respeito, as instruções do órgão público controlador.

4º - Pode-se atribuir ao banco depositário inicial o dever de retificar a correção monetária atribuída pelo Banco Central aos depositantes, que fizeram inicialmente o depósito em cadernetas de poupança nas suas agências?

Resposta: Igual fundamento conduz à resposta negativa.
Com a transferência compulsória dos valores bloqueados perderam os bancos depositários o poder-dever de correção monetária de valores em trânsito sob titularidade e controle do Banco Central e, portanto, subtraídos à gestão original **si et in quantum** vigente o ato coativo.

5º - *Pode-se* atribuir ao banco privado o dever de se insurgir contra o ato do Poder Público e as determinações do Banco Central, sob pena de considerá-lo responsável ou co-responsável pelos eventuais prejuízos sofridos pelos depositantes?

Resposta: Também negativa a resposta. A existir eventual prejuízo dos depositantes não cabe ao banco depositário legitimidade para argüir a ilegalidade da medida afeta ao Banco Central, seja como titular da nova situação jurídica constituída **de lege**, seja como órgão de fiscalização e controle do sistema financeiro, dotado de competência disciplinar genérica e específica. O direito de ação caberá ao titular do direito individual que se pretenda estar ofendido.

6º Os eventuais prejuízos decorrentes de diferenças entre a correção monetária estabelecida pelo Poder Público e a calculada de acordo com os vários índices que medem a inflação são da responsabilidade do Banco Privado ou do Banco Central?

Resposta: A nosso ver, a responsabilidade, na hipótese, é do Banco Central, pelos fundamentos explicitados no parecer.

7º - As ações que tratam dessa matéria devem ser intentadas contra os Bancos particulares ou o Banco Central? Assim sendo, deve ou não prevalecer a jurisprudência firmada pela 3ªTurma do SuperiorTribunal de Justiça e em vários votos de Ministros da 4ªTurma, que consideram o banco particular parte ilegítima nas ações acima referidas, determinando, conseqüentemente, a extinção do feito.

Resposta: A nosso juízo, em ações intentadas contra os bancos particulares ou oficiais, depositários originais dos recursos bloqueados, caracteriza-se a ilegitimidade processual passiva, a importar em carência de ação pelos autores.
As impugnações judiciais deverão ser dirigidas contra o Banco Central e estarão sujeitas à jurisdição da Justiça Federal.

Neste sentido a orientação determinada aos bancos em instruções expressas do Banco Central, como acima indicado.

Este é nosso parecer.

Rio de Janeiro, 19 de abril de 1994

CAIO TÁCITO

Ação Civil pública e contrato de depósito em cadernetas de poupança. Impossibilidade do uso daquela via nessa matéria. O contrato de depósito é estranho às relações de consumo. Limites à legitimação do Ministério Público na ação civil pública. Os interesses difusos ou coletivos não abrangem os interesses ou direitos individuais homogêneos.

Parecer apresentado por
Galena Lacerda

São Paulo
Maio/1994

PARECER

Ação civil pública e contrato de depósito em caderneta de poupança. Impossibilidade do uso daquela via nessa matéria. O contrato de depósito é estranho às relações de consumo.

Limites à legitimação do Ministério Público na ação civil pública. Os interesses difusos ou coletivos não abrangem os interesses ou direitos individuais homogéneos.

CONSULTA

1. O eminente Professor ARNOLDO WALD, atendendo a interesses de clientes seus, solicita-nos parecer a propósito dos seguintes quesitos:

"1. - Não cabe ação civil pública por parte de depositantes em caderneta de poupança, ou bancos, por não ser o contrato de depósito uma relação de consumo?

"2 - Também não cabe a propositura da mencionada ação, seja pelo Ministério Público, seja por associações de consumidores por se tratar de interesses disponíveis, enquanto a Constituição só admite que os mesmos (Ministério Público e associações) utilizem a ação civil pública para defesa de interesses indisponíveis?

"3 - A não ser nos casos de relação de consumo e outros previstos especificamente no art. 1º da Lei 7.347 (com a redação da Lei 8.078), a ação civil pública só pode ser intentada para defesa de interesses difusos ou coletivos, não podendo abranger interesses homogêneos individuais?

"4 - Os interesses difusos ou coletivos não abrangem os interesses ou direitos individuais homogêneos, mesmo quando estes últimos têm importantes reflexos sociais?

"5 - Qualquer outra conclusão de sua parte será bem vinda".

RESPOSTA

2. O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.9.90) define, no art. 2º consumidor como "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final", e, no art. 3º, par.2º, considera serviço "qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista".

CRETELLA JÚNIOR, ao comentar esse dispositivo, afirma que "toda atividade de natureza bancária, fornecida no mercado de consumo, éclassificada como serviço, suscetível, assim, de ser objeto de relação de consumo, desde que remunerada. Fornecedor é o estabelecimento bancário; consumidor é o que se beneficia com esse fornecimento, como destinatário final. Os clientes do banco pagam direta ou indiretamente pelos serviços prestados, já que deles se utilizam. O banco é o fornecedor, o cliente é o destinatário final do serviço prestado" ("Comentários ao Código do Consumidor", 1992, p.16).

Correta a afirmação, resta saber se toda atividade bancária inclui-se na relação de consumo com o cliente; em especial, se o contrato de depósito insere-se nessa relação. Para responder com acerto, se faz necessária a noção prévia de consumo e de depósito bancário.

CARLOS GALVES, em seu excelente "Manual de Economia Política Atual", adota a seguinte "noção de consumo": "Consumo é a utilização de coisas e serviços na satisfação direta de necessidades humanas" (2º vol.,nº 458, p. 337). Se a finalidade do consumo consiste no uso de coisas ou serviços para satisfação de necessidades do homem, éevidente que essa satisfação é onerosa, importa custo a cargo do consumidor. E isso é reconhecido pelo art. 3º, *§* 2º, do Código, acima transcrito: trata-se, o serviço, de "atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração". Em outras palavras, na relação jurídica de consumo, o consumidor figura como devedor e o fornecedor de bens ou de serviços como credor.

3. Analisemos, agora, o que ocorre no chamado contrato de depósito bancário. Trata-se, sem dúvida, de um contrato sui generis, segundo definição da melhor doutrina (V. SERGIO CARLOS COVELLO, Contratos Bancários, 1981, ps.70-71). Sua natureza é real, "porque se aperfeiçoa mediante a tradição da soma pecuniária ao Banco. A traditio, no caso, é perfeita, pois a entrega do dinheiro tem duplo

efeito de aperfeiçoar o contrato e de transferir o domínio da importância depositada para o Banco. ***(...)*** E unilateral, porque somente uma das partes **-** o Banco **-** se obriga para com a outra.Ao contrário dos contratos bilaterais, que engendram obrigações contrapostas e recíprocas, o depósito bancário impõe obrigações apenas para o Banco, que já no momento da contratação assume a posição de devedor". (Op.cit., ps. 71 e 72).

"Conteúdo do contrato. **-** O contrato de depósito bancário tem como elementos caracterizadores a entrega do dinheiro, a aquisição, pelo Banco, do dinheiro depositado e a obrigação de restituir. A entrega do dinheiro ao Banco é essencial para a constituição do contrato. ***(...)*** A realidade é da essência do contrato. ***(...)*** A aquisição da propriedade da soma pelo Banco também é essencial. Em conseqüência, o Banco pode usar o dinheiro como bem lhe aprouver, sem que tenha que dar satisfação ao cliente, obrigando-se apenas a devolver a quantidade igual a recebida e não idem corpus. O elemento de custódia, no sentido de conservação da coisa, quase desaparece, porque o Banco não se obriga a restituir o mesmo dinheiro mas o equivalente. O depositante torna-se credor do depositário, adquirindo assim um direito de crédito que qualifica o contrato como operação creditícia passiva. O Banco fica obrigado a restituir a soma depositada no prazo e nas condições convencionadas. Trata-se, conforme enfatizamos, de restituição por equivalência **-** o **tantundem -** e não in idem **corpus.** Para com o cliente o Banco responde como se fora devedor de certa importância pecuniária". (op.cit., ps. 76-77).

Se, no contrato de depósito bancário, o Banco-depositário é devedor e o cliente-depositante é credor, claro está que nele não se pode entrever uma relação de consumo, na qual, como é notório, o cliente-consumidor figura como devedor e o fornecedor do bem de consumo como credor. Aliás, aberraria do bom senso a solução oposta, já que consumo e depósito são, por definição, antônimos. Repelem-se por natureza e essência. Consumir o depósito tipifica, até, crime de depositário infiel. E consumir "serviço" de depósito violenta, sem dúvida, o senso comum.

Nestas condições, quais seriam os serviços bancários passíveis de incidência do Código de Defesa do Consumidor, por ele referidos e por ele abrangidos ? Só poderão ser, evidentemente, os serviços pagos ao banco, dos quais a instituição bancária seja fornecedora-credora e o cliente interessado-devedor, como, por exemplo, cobranças de títulos, remessas de dinheiro, ordens de pagamento, consulta em terminais,

administração de fundos ou de patrimônio etc.Apesar de inadequação do termo, pode haver “consumo” desses serviços, no sentido de uso pelo cliente. Em conseqüência, e possível cogitar, também, de “abuso”, p.ex., na cobrança de “taxas” pelo Banco, fato que justificaria, portanto, a menção dos “serviços bancários” no Código de Defesa do Consumidor.

Já os depósitos, como vimos, não se incluem nessa categoria, sejam depósitos em conta-corrente, sejam efetuados em Cadernetas de Poupança. Esses contratos regem-se por normas editadas pelo Banco Central, especialmente os últimos, que recebem dupla remuneração: correção monetária e juros reais, pagos pelo banco-depositário, que é o devedor, repetimos, na relação jurídica de depósito. Neles, não se vislumbra relação de consumo, nem de bens, nem de serviços, e sim, simplesmente, cumprimento pelo Banco-devedor das obrigações impostas por lei e pelo Banco Central em prol do depositante-credor.

Essa relação jurídica individual e privada, entre depositário e depositante, enseja, apenas, ações individuais de natureza civil para solução de eventuais litígios entre as partes. Nenhuma delas, seja depositante, séja o Banco, possui legitimação para propor a ação civil pública prevista no Código de Defesa do Consumidor, não só porque no contrato de depósito bancário não existe relação de consumo, senão, ainda, porque nele figuram apenas interesses individuais disponíveis, estranhos ao objeto daquele tipo de ação.

4. Respondido o primeiro quesito pela negativa, o segundo cuida da eventual possibilidade de emprego da ação civil pública em relação aos depósitos em Caderneta de Poupança, a ser proposta pelo Ministério Público ou porAssociações de Consumidores. A Constituição e a lei é que disciplinam a legitimação ativa dessas entidades.

Quanto ao Ministério Público, a Carta Magna, no arLl29, III, troca claramente os limites de sua atuação na matéria: “Art. 129. - São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Os depósitos bancários não resultam de interesses difusos e coletivos. Ao contrário, movem-nos os interesses individuais, disponíveis e divisíveis dos depositantes, como é notório. Logo, a toda evidência,o Ministério Público não possui legitimação para tratar dessa matéria.

Sua nobre atuação deve mirar a horizontes mais altos: aos interesses sociais indisponíveis, ditos “difusos” ou “coletivos”, assim definidos pelo art. 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor:

“A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

“I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

“II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos para efeito deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Já se vê que os direitos e interesses resultantes dos depósitos bancários não se afeiçoam e essas categorias, pois são direitos individuais divisíveis, e não transindividuais indivisíveis.

5. O problema da legitimação das Associações de Consumidores exige análise mais acurada do texto legal. O C.D.C., no art. 82,1V, incluiu, entre os legitimados para as ações coletivas, “as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear”.

Preliminarmente, cumpriria desde logo afirmar, com base na análise anterior, que os depósitos bancários não se enquadram no objeto do Código de Defesa do Consumidor, visto serem estranhos ao conceito de consumo. Abstraindo, porém, dessa consideração de inteira pertinência, não custa examinar, por mero exercício dialético, se ditas Associações, apesar de tudo, possuiriam legitimação para demandas coletivas no interesse de depositantes bancários. A resposta, de qualquer modo, seria negativa.

Ocorre que a Lei nº 7.347, de 24.7.85, que disciplinou “a ação civil pública por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico etc.”, matriz da matéria em exame, foi alterada pelo Código de Defesa do Consumidor, nos arts. 1º e 5º, II, no sentido de tornar expresso que a lei cuida das ações de

responsabilidade por danos causados “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (art. 1º, IV), e que as ações podem ser propostas, entre outras entidades, por associação que “inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor estético, histórico, turístico e paisagístico, ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

Em outras palavras, o próprio C.D.C., ao modificar a Lei da Ação Civil Pública, afora as três primeiras hipóteses do art. 1º, limitou a legitimação das Associações citadas, apenas, a propor demandas de tutela de interesses difusos ou coletivos, o que exclui, como se viu, os interesses ou direitos resultantes dos contratos de depósito bancário, de qualquer natureza.

Nem se diga que o novo art. 21 da lei da Ação Civil Pública, acrescentado pelo art. 117 do C.D.C., ao declarar que “aplicam-se àdefesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Códigode Defesa do Consumidor”, tenha ampliado a legitimação das refendas Associações à tutela dos interesses individuais homogêneos. A interpretação seria errônea porque colidiria com a ressalva “no que for cabível”. E não é cabível nenhuma ação coletiva para tutela de depósitos bancários.

6. A rigor, os quesitos terceiro e quarto já se encontram respondidos pelas considerações anteriores. Com efeito, “a não ser nos casos de relação de consumo e outros previstos especificamente no art. 1ºda Lei 7.347 (com a redação da Lei 8.078), a ação civil pública só pode ser intentada para defesa de interesses difusos ou coletivos, não podendo abranger interesses homogêneos individuais”. E “os interesses dif usos ou coletivos não abrangem os interesses ou direitos individuais homogêneos, mesmo quando estes últimos têm importantes reflexos sociais”.

O C.D.C., no art. 81, parágrafo único, classificou os direitos ou interesses, para fins de defesa coletiva, em três categorias: 1) difusos, 2) coletivos e 3) individuais homogêneos. Os dois primeiros caracterizam-se pela natureza indivisível: os difusos, de titularidade indeterminada; e os coletivos, pertencentes a grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com parte contrária por uma relação jurídica base. Nos individuais homogêneos, essas circunstâncias não existem; a lei apenas assinala sua origem comum, mas a titularidade permanece individual.

Já se vê que essas características distintas impedem a confusão entre os três tipos de direitos e interesses tutelados pela L.D.C.. Para diferenciá-los, nada melhor do que os exemplos formulados por JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER, professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da UFRGS e Juiz do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, em acórdão por ele relatado naquela Corte:

"Interesses difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (C.D.C, art.81, parágrafo único, 1), com os moradores de uma região, dos consumidores de um produto, dos turistas que freqüentam um lugar de veraneio e dos usuários de uma linha de ônibus.

Interesses coletivos são os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si, ou com parte contrária por uma relação base (C.D.C, art.81, parágrafo único, II), como os condôminos de um edifício, dos acionistas de uma empresa, dos atletas de uma equipe esportiva, dos empregados de um mesmo patrão dos integrantes de um grupo consorcial. São diretos individuais homogêneos os decorrentes de origem comum (CDC, art.81, parágrafo único, III), como os direitos de indenízação por danos pessoais, dos passageiros vítimas de um mesmo acidente de trânsito, terrestre, marítimo ou aeronáutico.

A divisibilidade é sempre o marco a separar os interesses ou direitos difusos ou coletivos dos individuais. Um exemplo que serve para caracterizar bem a distinção: os interesses dos consumidores de um produto, como o de receber informações adequadas, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (C.D.C., art.69, III) são interesses difusos. No caso, porém, de danos causados por defeitos decorrentes de projeto, fabricaçãQ, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento do produto, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos (C.D.C., art. 12), a indenização devida pelo fornecedor corresponde a direito individual de cada vítima, porque não ocorre e indivisibilidade que se apresenta nos interesses difusos ou coletivos. (Ac. da 1ªCâmara Cível do Tribunal de Alçada do RGS, de 10.12.91, Rev. Julgados, 81/218).

Nesse ponto, cabe importante observação de natureza hermenêutica. É que, conforme afirmamos em trabalho publicado na RevistaAJURIS,

vol. 59, ps.59 e ss., sob o título ‘Eficácia da Prestação Jurisdicional no Atendimento as Demandas Sociais’, ‘uma das marcas mais características do Direito brasileiro, na atualidade, consiste em sua abertura para o social, acentuada, principalmente, a partir da Constituição de 1988’. Esboçamos, então, as modificações havidas, em breves estudos com esses subtítulos: ‘a) Dissídios coletivos e sentenças normativas. Ação de cumprimento; b) Ação popular e ação civil pública; c)Ações pertinentes ao Código de Defesa do Consumidor. Classificação dos direitos e da eficácia da respectiva sentença; d)Ações previstas no Código da Criança e do Adolescente; e) Legitimação dos entes coletivos; f) Natureza normativa das sentenças coletivas. Extensão do julgado e sua execução. Situação dos discordantes ou dissidentes. Necessidade de ações individuais para situações particulares’.

Encarecemos a importância dessas modificações, mas, ao mesmo tempo, enfatizamos a necessidade do resguardo dos direitos e situações individuais. Isso porque tanto o Ministério Público quanto as associações gozam do privilégio, salvo má-fé destas, de não responder pela sucumbência (art. 18 da Lei 7.347). Além disso, o art.16, ao excluir do efeito da coisa julgada erga omnes as sentenças de improcedência por deficiência de provas, permitindo a renovação da demanda com outro fundamento e nova prova, a exemplo do que ocorre com a ação popular (art.18 da Lei n^2 4.717), adota, juntamente com esta, uma espécie, até então desconhecida em nosso Direito, de coisa julgada secundum eventum litis, visto como a mesma circunstância não enseja, em outras ações civis, a reiteração da demanda.”

Certo que, no trabalho citado, sustentamos que essa novidade não seria inconstitucional. E o fizemos com estas palavras:

“JOSÉ AFONSO DA SILVA considera inconstitucional essa ressalva à eficácia do julgado, por infringência do princípio da isonomia processual (‘Ação Popular Constitucional’, 1968, p.274). Não concordamos com essa opinião. As ações popular e civil pública, pelo seu objeto, possuem grande ressonância política e social, e podem afetar interesses de grande vulto. Nestas condições, a possibilidade de renovar-se a demanda, quando improcedente por deficiência probatória, atende aos valores sociais e políticos que justificam a existência dessas ações. De outro lado, seriam elas vulneráveis se, acaso, ocorresse conluio entre autor e réu, ou réus, no sentido de

favorecer estes últimos. O afastamento da **res judicata** nesta hipótese, mediante a permissão legal de reiteração da demanda, visa, exatamente, a resguardar o princípio da boa-fé processual, em assunto tão delicado, o qual, por essa peculiaridade, exclui qualquer isonomia com situações processuais de outra natureza" (ob.cit., loc.cit., p.54).

Exatamente a relevância política e social dessas ações, aliadas àcontraponto, uma interpretação rigorosamente estrita dos dispositivos legais autorizadores dessas demandas, a fim de impedir eventuais abusos que possam ser, como têm sido praticados, com grave dano a interesses econômicos e sociais legítimos.

CONCLUSÃO

7. Em face do exposto, considerando que, em essência, o objeto deste parecer consiste no exame da pertinência, ou não, da ação civil pública com os depósitos em Caderneta de Poupança, respondemos, desde logo, pela negativa: os depósitos bancários não podem constituir objeto de ações civis públicas, primeiro, porque não ensejam relações de consumo, únicas que integram a matéria do Código de Defesa do Consumidor, fonte de tais demandas; segundo, porque expressam interesses individuais disponíveis, o que afasta, desde logo, a legitimação do Ministério Público, **ex vi do disposto no** art.129, III, da Carta Magna.

Quanto às Associações de Consumidores, passíveis, em tese, de assumir a defesa de interesses individuais homogêneos, espécie de demanda tipificada no Código de Defesa do Consumidor, não poderiam promovê-la em função de depósitos bancários, porque, repetimos, neles não existe relação de consumo.

A relevância social e política das demandas coletivas e respectivos interesses controversos exige interpretação rigorosamente estrita das leis pertinentes. Assim sendo, não é possível confundir interesses difusos ou coletivos com interesses individuais homogêneos, e vice-versa, quaisquer que sejam os reflexos sociais e políticos dos litígios.

Em suma, nada temos a aditar ou a reparar aos magistrais trabalhos do ilustre Consulente, Professor ARNOLDO WALD, na matéria, expressos nos capítulos com que enriqueceu as últimas edições da obra clássica de HELY LOPES MEIRELLES, sobre "Mandado de

Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e **"Habeas Data"**. Ali se encontra resposta cabal e completa aos quesitos com que me honrou a inexcedível modéstia do eminente Colega.

É o nosso parecer.

Porto Alegre, 9 de maio de 1994.

GALENO LACERDA

DIRETORIA DA ABECIP
Mandato 1992/1 995

PRESIDENTE
João Batista Gatti

VICE-PRESIDENTES
Anésio Abdalla
Antônio Luiz Sampaio Candal Fonseca
Décio Tenerello
Edgard D'avila Melo Silveira
Ênio Ribeiro de Almeida
Jairo de Almeida Machado Júnior
Júlio Singer
Luís Filipe Soares Baptista
Luiz Eduardo Pinto Lima
Marco Antônio Andrade de Araújo
Nelson Luiz Osório Zagonel
Onivaldo Scalco
Rudi Araújo Kother

DIRETORES
Arnaldo da Costa Prieto
Rodolpho da Costa Vasconcellos

ASSOCIADOS DA ABECIP

APEAL Crédito Imobiliário S.A.
APEMAT Crédito Imobiliário S.A.
APEPE - Associação de Poupança e Empréstimo de Pernambuco
APERN S.A. Crédito Imobiliário
APESP - Associação de Poupança e Empréstimo do Estado de São Paulo
Associação de Poupança e Empréstimo - POUPEX
Banco Bamerindus do Brasil S.A.
Banco Bandeirantes S.A.
Banco Banorte S.A.
Banco Boavista S.A.
Banco Bradesco S.A.
Banco BRJ S.A.
Banco Citibank S.A.
Banco Crefisul S.A.
Banco de Crédito Nacional S.A.
Banco de Crédito Real de Minas Gerais S.A. - CREDIREAL
Banco do Estado de Alagoas S.A - PRODUBAN
Banco do Estado de Goiás S.A. - BEG
Banco do Estado de Minas Gerais S.A. - BEMGE
Banco do Estado de Pernambuco S.A. - BANDEPE
Banco do Estado de São Paulo - ANESPA
Banco do Estado de Sergipe S.A - BANESE
Banco do Estado do Ceará S.A - BEC
Banco do Estado do Maranhão - BEM
Banco do Estado do Paraná - BANESTADO
Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A - BANRISUL
Banco do Progresso S.A.
Banco Econômico S.A.
Banco Francês e Brasileiro S.A.
Banco Itáu S.A.
Banco Mercantil de São Paulo S.A.
Banco Mercantil do Brasil S.A.
Banco Mercantil S.A.
Banco Meridional do Brasil S.A.
Banco Nacional S.A.
Banco Noroeste S.A.
Banco Porto Real S.A.
Banco Rural S.A.
Banco Safra S.A.
Banco Sudameris Brasil S.A.
BANEB - Banco do Estado da Bahia S.A.
BANERJ - Banco do Estado do Rio de Janeiro
BANESTES – Banco do Estado do Espirito Santo.
BEA - Crédito Imobiliário S.A.
BESC S.A. – Crédito Imobiliário
BRB - Banco de Brasília S.A.
Caixa de Financiamento da Arenáutica - CFIAe

Caixa Econômica do Estado do Rio Grande do Sul
Caixa Econômica Federal
Cia. Real de Crédito Imobiliário.
Conta 1 – Crédito Imobiliário S.A.
Continental Crédito Imobiliário S.A.
Delphos Serviços Técnicos S.A.
Domus Cia. de Crédito Imobiliário S.A.
Família Paulista Crédito Imobiliário S.A.
FIN-HAB Crédito Imobiliário S.A.
Fundação Vale do Rio Doce de Habitação e Desenvolvimento Social
Habitasul Crédito Imobiliário S.A.
Larcky Sociedade de Crédito Imobiliário S.A
Letra S.A. Crédito Imobiliário
Mogiano Participações S.A.
Morada S.A Crédito Imobiliário
Mutual Apetrim Crédito Imobiliário S.A.
Nossa Caixa Nosso Banco S.A.
Paraiban Crédito Imobiliário S.A
Rondônia Crédito Imobiliário S.A - RONDONPOUP
Sul Brasileiro SP Crédito Imobiliário S.A.
Triplik S.A. Crédito Imobiliário
UNIBANCO - União de Bancos Brasileiros S.A
VIVENDA - Associação de Poupança e Empréstimo

Revisão de textos: Gilberto Figueiredo Martins