

IDP - BIBLIOTECA

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO

DIREITO ADQUIRIDO E PLANOS ECONÔMICOS

ALUNO: JOSÉ LUCIANO JOST DE MORAES

BM

BRASÍLIA/DF - AGOSTO/2006

I. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca, sem a pretensão de esgotar o tema, abordar a legitimidade da invocação da cláusula constitucional do direito adquirido, em face de instituição de um novo plano de estabilização econômica, questionando, por decorrência, o papel do direito, não só no que tange a obrigatoriedade de suas normas, mas também a justiça e efeitos das decisões judiciais referente à matéria.

José Afonso da Silva¹ ensina que Radbruch reduz os valores jurídicos à justiça e segurança. O direito adquirido emerge como forma de implementar segurança jurídica, que, por sua vez, reclama como substrato básico de existência a positividade, ou seja, rígida fixação de direitos consubstanciados na lei, desenhando-se um quadro normativo que possibilite o cidadão a se orientar. Por outro lado, o direito tem como fim a realização da justiça, contudo a positividade se impõe de forma incondicional, independente da sua justiça. O paradoxo revela-se de forma acentuada quando o tema encontra leis de ordem público-monetárias que concretizam interesses pertinentes a coletividade, suprimindo, muitas vezes, direitos de terceiros.

Assim, o estudo sobre a relação entre o direito adquirido e planos econômicos demanda a compreensão dos conflitos entre os institutos, questionando-se as soluções apresentadas pelas decisões judiciais, que devem considerar tanto os aspectos jurídicos que revolvem o tema, quanto outros argumentos extrajurídicos imprescindíveis a resolução desses casos.

Saliente-se, neste compasso, que o presente estudo não pretende abordar cada um dos planos monetários com que conviveu nossa economia, traçando considerações jurídicas sobre direito adquirido, para cada um deles. Apenas se pretende apresentar uma análise jurídica dos conflitos que tem tomado espaço nos pretórios ante o confronto entre o direito adquirido e os planos monetários, traçando, quando necessário, peculiaridades específicas sobre um outro plano.

O trabalho analisa, ainda, o impacto e repercussão dos julgados na realidade política, econômica e social, demonstrando que tais aspectos merecem ser observados quando do exercício da jurisdição. Tais considerações despertam, também, o questionamento quanto a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário no Poder Executivo, cujas decisões mostram-

¹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes – Coordenadora. *Constituição e Segurança Jurídica – Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2005, 2ª Edição, p. 16

se hábeis a autorizar o descumprimento de um plano econômico, sob a ótica do artigo 2º da Constituição Federal.

Com o objetivo de alcançar este desiderato, abordar-se-á, inicialmente, a natureza jurídica dos direitos e garantias fundamentais, firmados na Constituição Federal, com foco especial no inciso XXXVI do artigo 5º, bem como, o artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, dispositivos que versam regras sobre o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido. A partir do texto da lei, enveredar-se-á, com base numa doutrina civilista, administrativa, constitucional e econômica, no campo jurisprudencial e acadêmico do tema.

A análise civilista e constitucional mostra-se relevante para a compreensão do assunto, na medida em que a cláusula jurídica do direito adquirido encontra-se estampada tanto no texto civil quanto na Constituição Federal. Por outro lado, revela-se necessária a abordagem administrativa e econômica sobre a matéria, porquanto a instituição de planos econômicos encontra-se na seara do direito administrativo, haja vista instituir um regime jurídico de direito público, e, de direito econômico, por implicar em intervenção do Estado no domínio econômico.

O tema desperta curiosidade, pois a instituição de um novo plano econômico gera, obviamente, repercussões econômicas na sociedade, mas também reflexos jurídicos, desvelando a idéia de interação entre os sistemas jurídicos e econômicos, porquanto muitas vezes o direito age no sentido de direcionar a economia, não se negando, contudo, em tantas outras, o fenômeno contrário.

Sobre o tema, merecem destaque as considerações do Ministro Gilmar Mendes²:

“De fato, interessa saber como são solucionados os possíveis pontos de fricção entre estes sistemas. Daí surge um duplo enfoque sobre o problema. O primeiro deles enfatizaria o papel do Direito na Economia, ou seja, os limites e possibilidades das normas jurídicas e especialmente as constitucionais na esfera econômica. O segundo privilegiaria a noção de limites da economia como parâmetro para as decisões judiciais, destacando-se entre elas as proferidas por órgãos que cuidam do controle de constitucionalidade.”

Pertinente, também, são os ensinamentos do Ministro Eros Grau³:

“A compreensão de que o direito já está no econômico – mas também não está – permite-nos compreender que, nem a economia determina diretamente

² MENDES, Gilmar Ferreira. *8º Encontro de Juristas Bancários de Expressão Oficial Portuguesa*.

³ GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. p. 44

o direito, nem o direito pode determinar arbitrariamente a economia; permite-nos, ainda, verificar que o direito pode funcionar como instrumento de mudança social”

Percebe-se, assim, que o direito viabiliza a atuação da política econômica, se revelando como revestimento da ordem econômica. Neste sentido, Francisco Amaral alerta que as funções do Direito na sociedade contemporânea ultrapassam a de resolução de conflitos, pois além desta, concretizam as funções de organizar a produção, e institucionalizar os poderes do Estado, o que convencionou chamar de tríplice papel do direito. É que fatos como a revolução industrial e avanço tecnológico têm exigido do Estado uma intervenção crescente em favor do bem estar e da justiça social, consubstanciando o direito em instrumento de planejamento econômico, através da produção de normas de programas sociais, regulação da atividade econômica, distribuição de bens e serviços.

Ensina o Autor⁴:

“O ordenamento jurídico não pode ser visto, porém, como uma coisa em si, uma estrutura desvinculada da realidade social, em que se situa e à qual se destina na sua criação e funcionamento. Dentro de um vasto sistema criado pelas relações sociais, integram-se em um processo de interdependência crescente e interativa, vários subsistemas, o jurídico, o político e o econômico, de tal modo que o direito, conjunto de normas disciplinadoras do comportamento social, passa a ter também, como efeito inexorável das exigências sociais, a função de organizar a economia e a de institucionalizar os modos de criação e exercício dos poderes públicos. Pode considerar-se, portanto, tríplice o papel do direito: resolver conflitos de interesses, reprimindo e penalizando os comportamentos organizar a produção, e, institucionalizar os poderes do Estado e da administração pública, tendo sempre em vista, como causa final e superior, a realização da justiça.”

A tensão, contudo, entre norma e aspectos da realidade econômica não podem acarretar o suprimento do direito, fazendo-se necessário, senão implementar mudança na interpretação, que não viole o sentido da proposição jurídica, como última medida, reforma no próprio texto legal ou constitucional, dentro dos limites permitidos pela própria Constituição Federal.

A orientação encontra amparo nos textos de Konrad Hesse⁵.

“Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição ‘deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas

⁴ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. 5ª Edição, 2003. Editora Renovar, p. 12

⁵ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre 1991. p.22

vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado Democrático'. Aquele, que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, 'malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não se terá mais recuperado."

(...)

"Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificados em virtude de uma mudança de situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito."

Contudo, a implementação de uma interpretação que harmonize o sentido da norma com os fatos reais, sobretudo quando o caso em exame revolve disciplinas localizadas em ciências distintas, embora necessária, por implementar realismo, justiça social, e respeito à Constituição Federal, não é tarefa fácil, face ao foco que as ciências envolvidas buscam abordar em seus estudos, bem como a cultura que se desenvolve no âmbito dos seus profissionais. No caso da presente dissertação, o conflito se mostra entre as ciências do direito e da economia, pois o direito centra-se, basicamente, no estudo da justiça e a forma de alcançá-la, e, encontra a economia na eficiência o objeto principal do seu estudo. A solução, portanto, parece passar pela conciliação entre os dois ramos doutrinários, buscando-se uma economia mais justa e a obtenção de um direito mais eficiente.

Todavia, na prática a solução não é tão simples, como se percebe quando do advento de planos de estabilização econômica, pois se multiplicam as críticas de ambos os lados, revelando um verdadeiro conflito entre as categorias. Se por um lado, entendem os juristas que os planos, na maioria das vezes, atentam contra os direitos individuais, contra argumentam os economistas serem os advogados desprovidos de espírito cívico, pois ao invocar proteção aos seus direitos individuais, não consideram as conseqüências econômicas para toda a sociedade da derrocada do plano do governo.

Percebe-se, portanto, que o casamento entre as duas disciplinas é imprescindível, em face da importância que desempenham para a sociedade. Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi⁶ explicam com clareza a questão:

“De acordo com Wald, precisamos de uma economia de mercados inspirada com direito, e um direito que considere as regras do mercado, na exata medida em que ‘se houver um mercado sem direito, teremos uma selva selvagem. Se, ao contrário, tivermos um direito sem o funcionamento do mercado, haverá paralisação do país, e não haverá desenvolvimento.’ Além disso, segundo esse autor, o velho brocardo *fiat justitia, pereat mundus* (faça justiça ainda que o mundo pereça) não pode se sobrepor à custa da existência do mercado e da economia: ‘(...) de nada adianta, pois queremos que a justiça prevaleça para que o mundo sobreviva, se desenvolva e progrida.’”

O tema perpassa, por decorrência, pela questão da solução judicial de determinadas matérias. Na hipótese deste estudo, os litígios advindos da intervenção do Estado por meio de planos econômicos, que parecem exigir, inclusive por razões jurídicas, como forma de legitimar e justificar a decisão judicial, que esta se pautem não apenas em argumentos jurídicos (tais como o princípio da proporcionalidade, direitos e garantias fundamentais, respeito à Constituição Federal), mas que considere a repercussão política, econômica e social da mesma. Ou seja, que a sua fundamentação seja convincente e se baseie em outras razões, que não decorram diretamente das normas ou dos princípios do ordenamento jurídico.

A lição de Inocêncio Mártires Carvalho⁷ caminha neste sentido:

“E a tal ponto chegaram essas exigências de motivação, de resto plenamente compreensíveis no contexto de aprimoramento do Estado de Direito, que já não basta apresentar razões *normativas* – reputadas necessárias, mas *não suficientes* – para justificar as decisões jurídicas ou quaisquer outras de repercussão social. Torna-se necessário justificar a própria justificação, oferecer uma justificação última e *profunda*, que se baseie em outras razões – tais como *justiça, razoabilidade, oportunidade e correção* –, razões que não derivam diretamente das normas ou dos princípios do ordenamento jurídico, mas que nem por isso deixam de ser objetivas e compreensíveis por quantos possam ser afetados, direta ou indiretamente, pelas decisões dos aplicadores do direito.⁸

Noutros termos, para que os respectivos atos decisórios se repute válidos, dotados de consistência e legitimidade, dir-se-ia que é da natureza desse procedimento que aquilo que de início é apenas subjetivo possa tornar-se objetivo – o *inter-subjetivo transcendental* husserliano – via do qual , a

⁶ PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. 2005. Elsevier Editora Ltda.p.5

⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. Curso Avançado de Direito Constitucional (1ª Parte). Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Março/2005. Brasília/DF. p. 160.

⁸ Manuel Segura Ortega. *La Racionalidad Jurídica*. Madrid:Tecnos, 1998, págs. 117/118.

partir do mesmo ponto de vista, o que no começo se apresenta como verdade só para mim venha a se mostrar verdadeiro para todos.

“Em suma – como anota José Vilanova – o objeto e suas características, que eu enuncio, devem valer não somente para mim, aqui e agora, mas também para qualquer sujeito que se ponha nas minhas condições. O sujeito que realiza um ato de conhecimento transcende o seu mero existir contingente, fático e presente, e se coloca no ponto de vista denominado *transcendental*. Daí que a objetividade se defina como a *intersubjetividade transcendental*, já que ela tem validade não só para mim enquanto sujeito cognoscente, mas também para todos os demais sujeitos que se coloquem ou possam colocar-se na posição do sujeito transcendental. Esta intersubjetividade transcendental caracteriza ou constitui a objetividade”.⁹

II. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Tendo em vista que a presente monografia versa sobre a relação entre o direito adquirido e planos econômicos, e que aquele se enquadra entre os direitos e garantias fundamentais, faz-se necessário realizar um breve ingresso no estudo dos direitos fundamentais, trazendo considerações que se mostrarão úteis para a melhor compreensão e fundamentação do presente tema.

a. Breve histórico

Jose Afonso da Silva ensina que a história dos direitos individuais encontra-se umbilicalmente ligada ao surgimento da propriedade privada. Ensina o Autor, que antes deste momento, os bens pertenciam a todos, o que gerava uma “*comunhão democrática de interesses*”¹⁰. Com o desenvolvimento do sistema de apropriação privada, o Estado desenvolveu um aparato necessário para a sustentação desse sistema. No entanto, prossegue este Autor, foi na idade média, que surgiram os antecedentes mais diretos dos direitos humanos, ressaltando a contribuição do direito natural, porquanto esta teoria condicionou o aparecimento do “*princípio das leis fundamentais do Reino limitadores do poder do monarca, assim como o conjunto de princípios que se chamou humanismo.*”¹¹

⁹ Filosofia del Derecho y fenomenología existencial. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973, pág. 99. A propósito, Arthur Kaufmann nos fala de uma teoria convergente da verdade, segundo a qual o critério apropriado para a veracidade ou a correção de um enunciado não é a existência de um consenso, mas a circunstância de que *muitos sujeitos independentes entre si alcancem com relação ao mesmo assunto (!) conhecimentos convergentes objetivos*. Filosofia del Derecho, cit., págs. 495/496.

¹⁰ SILVA. José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 21ª Edição. 08.2002. Ed Malheiros. p. 150

¹¹ Idem p. 151

O próximo passo foi o surgimento de pactos “*outorgantes de proteção de direitos reflexamente individuais, embora diretamente grupais, estamentais*”¹², dentre os quais o mais famoso é a Magna Carta Inglesa (1215-1225). Saliente-se, contudo, que este documento não possuía natureza constitucional, pois era, sobretudo, uma carta feudal, que buscava garantir o privilégio dos barões e demais homens livres. Tal fato, entretanto, não reduz a importância do documento, haja vista ter sido fonte da construção da ordem jurídica inglesa.

Em 1688 surge, então, o *Bill of rights*, decorrente da revolução de 1688, que instituiu na Inglaterra, a monarquia constitucional submetida à soberania popular, que teve em Locke seu principal teórico¹³. Sucederam-se várias cartas constitucionais, tais como a Declaração de Virgínia, ainda antes da Declaração de Independência dos EUA, ambas inspirada nas teorias de Locke, Rousseau e Montesquieu. Surge, então, em 1789, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, que proclamava os princípios da liberdade, igualdade, propriedade, e legalidade. Por fim, já em 10.12.1948, na Terceira Sessão Ordinária da Assembléia Geral da ONU, em Paris, é aprovada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que ao longo dos seu trinta artigos, prescreve regras de direitos fundamentais do homem, voltadas para as garantias individuais, direitos sociais e deveres das pessoas com a sociedade.

Dentre os documentos que encerravam preocupações de proteção a direitos e garantias fundamentais, merece, ainda, destaque a Declaração Americana de Direitos e Deveres do homem, em 2.05.1948, por ser a primeira de caráter multinacional, bem como o chamado Pacto de San José da Costa Rica, ou Convenção Americana de Direitos Humanos, em 22.11.69.

Entre nós, todas as constituições pátrias positivaram declaração de direitos do homem, merecendo destaque, contudo, a Carta de 1934, pois trouxe como novidade, o Título “*Da Ordem Econômica e Social*”, reconhecendo, ainda que de modo pouco eficaz, direitos econômicos e sociais do homem, e, a Constituição de 1937, que embora consagrasse os direitos, suspendeu diversas garantias, pois seu artigo 186 declarava “*em todo país o estado de emergência*”. Interessante ressaltar que esta mesma constituição permitia ao Congresso

¹² Ibidem, p. 151

¹³ Ibidem, p. 152

Nacional, mediante solicitação do presidente, tornar sem efeito os atos praticados pelo Poder Judiciário, bem como vedava este Poder conhecer de questões exclusivamente políticas¹⁴.

A cláusula do Direito Adquirido, por sua vez, fez-se presente em quase todas as Constituições Pátrias, desde a do Império, em 1824, excluindo-se, tão somente, a Carta do Estado Novo, de 1937, estando concretizada na vigente Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXXVI.

Concluí-se, assim, que a história mostrou-se imprescindível para a criação e delimitação da proteção dos direitos e garantias fundamentais. De fato, cada momento histórico possuiu uma razão jurídica que desencadeou a criação de valores, que em dado momento se revelavam de extrema importância, e que resultaram em diversas formas de proteção à pessoa. Esses valores, carreados pela história, positivaram diferentes formas de proteção ao homem que não se excluíam, mas ao contrário, conviviam harmonicamente com os direitos das gerações seguintes. Percebe-se, pois, que ora a sociedade exigia um não fazer por parte do estado, ora pleiteava a sua atuação. Essas fases consistiram-se naquilo que a doutrina designou chamar de tricotomia dos direitos e garantias fundamentais, representados pelos direitos de primeira, segunda e terceira gerações.

Paulo Gustavo Gonet Branco dá uma exata noção do tema¹⁵:

“A visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dá-se a compreensão.”

Os direitos de primeira geração emergiram como resultado de grandes revoluções burguesas, da revolução americana e da revolução francesa, com o objetivo de jurisdicizar um regime liberalista, ou seja, proteger o cidadão contra a intervenção do Estado. Estes direitos encontram-se ligados ao movimento do constitucionalismo do século XIX, que surgiu sob o pressuposto de defesa das liberdades individuais em confronto com o absolutismo. Este processo de jurisdicização do liberalismo era o que necessitava a economia capitalista para garantir a sua expansão, para que se proporcionasse a atuação econômica no mercado protegido contra a intervenção do Estado.

¹⁴ JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira Baracho. Artigo publicado na Revista: *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. p. 334.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1ª Edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 113.

Daí estarem eles relacionados a uma prestação negativa do Estado, efetivando valores assecuratórios da liberdade, da segurança e da propriedade, tais como direito à liberdade de consciência, inviolabilidade de domicílio, liberdade de culto e de reunião, dentre outros. Repare-se que o constitucionalismo neste período caracterizou-se por normas constitucionais de conteúdo negativo, porquanto tinha o objetivo de impedir que o Estado as afrontasse.

O desenvolvimento da economia capitalista a partir de meados do século XIX, contudo, fez surgir uma nova classe social, a dos trabalhadores, que passou, também, a exigir a efetivação de novos direitos. Teve, então, o Estado que assumir uma postura ativa na realização da justiça social. Tais direitos são os que asseguram assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, etc. Paulo Gustavo Gonet Branco, entretanto, ensina que os direitos de segunda geração não se referem apenas a direitos a prestação, mas também abrangem liberdades sociais, tais como a liberdade de sindicalização, direito de greve, direito a repouso semanal remunerado, etc.

Já os direitos de terceira geração nascem inspirados no valor da solidariedade, sob o entendimento de que não se pode implementar uma sociedade igualitária, sem que se promova a efetivação da fraternidade, terceiro pilar do ideal revolucionário francês, ou seja, protege-se os chamados direitos de solidariedade e fraternidade.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁶, “*a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade.*” O ilustre Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Teori Albino Zavascki¹⁷, ilustra com perfeição a questão :

“O século XXI há de ser marcado, necessariamente, pelo signo da fraternidade.

O Estado do futuro não deverá ser apenas um Estado liberal, nem apenas um Estado do social: precisará ser um Estado da solidariedade entre os homens.”

Concretizam, assim, os direitos de terceira geração, direitos do homem não de forma individual ou isolada, mas, ao revés, como nítida manifestação do seu caráter solidário, direitos de titularidade coletiva ou difusa, tais como a autodeterminação dos povos,

¹⁶ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Direito Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 57.

¹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos Fundamentais de Terceira Geração. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, n. 15, p. 227 – 232, 1998.

conservação do patrimônio histórico e cultural, saudável qualidade de vida, e, como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal, o direito ao meio ambiente equilibrado¹⁸.

b. Natureza jurídica dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Segundo informa Flávia Piovesan e Daniela Ikawa¹⁹, embasadas em Ronald Dworkin, o ordenamento jurídico compreende, ao lado das normas legais, princípios que incorporam valores de ética e de justiça, responsáveis por conceber suporte axiológico e estrutura harmônica ao sistema jurídico. Prosseguem as doutrinadoras firmando o entendimento de que o valor dos direitos e garantias fundamentais aliados aos valores da dignidade da pessoa humana consubstanciam um arcabouço axiológico a todo o sistema jurídico.

De fato, a lei, isoladamente, tem se mostrado insuficiente a realizar tais valores, conforme se percebe quando se recorda que os acusados pelos crimes da Segunda Guerra Mundial, invocaram o estrito cumprimento do dever legal, como forma de se escusar de suas responsabilidades. Tal aspecto histórico evidenciou a extrema importância de se conciliar valores éticos e extrajurídicos, ademais do texto legal, revelando a extrema importância de uma correta interpretação dos direitos fundamentais.

Os direitos e garantias fundamentais foram, assim, concebidos pelo constituinte originário como cláusulas pétreas, ou seja, imodificáveis e irreformáveis, verdadeiros alicerces da Constituição, só podendo ceder ante uma nova ordem jurídica constitucional, mediante manifestação do poder constituinte originário, não podendo, por consequência, serem suprimidos, por meio de emendas constitucionais. O artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias²⁰, dispositivo originário da Constituição Federal, é um exemplo de decisão constitucional de recusa explícita de aplicação de direito adquirido, pois expressamente vedou a invocação de direito adquirido para os casos de percepção de remuneração em desacordo com a Constituição.

¹⁸ RE 134.297-8/SP, MS 22.164-0/SP

¹⁹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes - Ob. Citada p. 63.

²⁰ Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.

A Emenda constitucional não poderia legitimamente instituir tal vedação, porquanto apresenta um traço qualitativamente distinto da Constituição²¹. De fato, não encerrando manifestação originária do constituinte, não é, por decorrência, inicial, autônoma e incondicionada, sofrendo, assim, as limitações que advém da própria Carta Magna, pois encontra nesta seu fundamento de validade.

Não se trata de mera preocupação acadêmica quanto ao limite do poder de reforma. A Constituição, ao permitir ser modificada, autorizou a criação de emenda, estipulado, como pressuposto de validade, limites materiais e formais à sua edição. Objetivou, dessa forma, evitar que a emenda resultasse na desconfiguração, ruptura ou erosão dos fundamentos da Carta Magna, trazendo consigo, uma constituição nova, diversa daquela que fora concebida pelo Poder Constituinte Originário, buscando-se preservar o “‘centro comum de imputação’, *que assegura a permanência das decisões políticas fundamentais reveladas pelo poder constituinte originário*”²².

Raul Machado Horta leciona sobre a matéria²³:

“O poder de reforma ou de emenda é poder limitado na sua atividade de constituinte de segundo grau. A emenda é incompatível com a ruptura da Constituição. É processo de alteração material sem a erosão dos fundamentos da Constituição, que se exteriorizam nas decisões políticas fundamentais, configuradoras do centro comum de imputação, para nos valermos da formulação conceitual de Francisco Campos.”

O artigo 60, § 4º, da Constituição Federal positiva o entendimento acima, elencando dentre os limites expressos a vedação de proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Assim, são as cláusulas pétreas elementos consubstanciadores de identidade e continuidade da Constituição, não admitindo o ordenamento jurídico supressão das mesmas ou modificação no seu conteúdo, advindas por meio do Constituinte Derivado, que viesse a diminuir a intensidade de proteção dos seus destinatários.

²¹ Acerca do Poder Constituinte (originário), Raul Machado Horta ensina: “Não se submete à uma Constituição anterior, pois está acima da Constituição, como o criador em face da criatura. É superior a tudo que ele vai estabelecer na Constituição: órgãos, poderes, competências, escapando ao ordenamento constitucional por ele criado. Nessa perspectiva de rigorosa análise factual do poder constituinte, *Burdeau* o concebe como poder inicial, autônomo e incondicionado, mas disso não se deve inferir, afirma o consagrado mestre da Faculdade de Direito de Paris, que o poder constituinte não seja um poder de direito. É erro supor que o poder de direito seja unicamente aquele cuja existência e exercício se acham condicionados por estatuto jurídico anterior. Seria paradoxal recusar qualificação jurídica ao poder portador de idéia de direito que se imporá ao ordenamento jurídico no seu conjunto. A verdade, conclui *Burdeau*, é que esse singular poder não é comandado pelo direito positivo estatal. Admitindo que o direito preceda ao Estado, o poder constituinte converte-se na mais evidente prova dessa anterioridade.” *in* Direito Constitucional. 4ª Edição 2003. Editora Del Rey. p. 30.

²² HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4ª Edição 2003. Editora Del Rey. p. 113.

²³ *Idem*. p. 113.

Não obstante a mencionada característica dos direitos fundamentais, não se olvide a dificuldade de se clarear ou justificar o porquê da existência dos mesmos. Paulo Gustavo Gonet Branco²⁴, após explicar a dificuldade, inclusive filosófica, de discorrer sobre as causas dos direitos e garantias fundamentais, declinando as várias correntes que se criaram resultantes de tal esforço – jusnaturalistas, positivistas, idealistas, realistas – ressaltando o ponto de vista de Bobbio, para quem a fixação de um fundamento absoluto seria contraproducente ao desenvolvimento desses direitos, salientando, ainda, que por serem os direitos fundamentais frutos de momentos históricos diversos, seria indispensável que o fundamento de positividade concretizasse justamente o “*concurso de condições sociais e históricas*”. Assim, invocando as lições de Viera de Andrade, Gonet Branco demonstra que o ponto característico para definir um direito e garantia fundamental se encontra no princípio da dignidade da pessoa humana²⁵.

O professor Paulo Gustavo Gonet Branco ensina²⁶:

“De toda forma, embora haja direitos formalmente consagrados como fundamentais que não apresentam ligação direta com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência de respeito à vida, à integridade física e íntima de cada ser humano e à segurança. É o princípio da dignidade humana que justifica o postulado da isonomia e que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça.

Na medida, há que se convir em que ‘os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.’”

Na esteira deste entendimento, qual seja a preservação da dignidade da pessoa humana, revela a história ter no Poder Público o destinatário precípuo dos direitos fundamentais, pois estes foram inicialmente concebidos justamente para estabelecer um espaço de proteção do indivíduo em face dos poderes públicos. Daí advir a lição de José Luiz Quadro de Magalhães²⁷ para quem “*diante dos direitos individuais, deve o Estado ter uma*

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1ª Edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 116.

²⁵ Ingo Wolfgang Sarlet define o princípio da dignidade humana como “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa, tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. in ROCHA, Carmem Lúcia Antunes – Obra citada, p. 94

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1ª Edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 116.

²⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*, 2ª Edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

atitude de respeito; o Estado não pode violar, desrespeitar esses direitos.” Nessa concepção, os direitos fundamentais exercem o papel de proteção, são direitos de defesa hábeis a impedir a prática de determinado ato pelo Estado, obrigando este a respeitar os direitos do homem estampados no artigo 5º.

Contudo, apesar de consignar os direitos e garantias fundamentais uma competência negativa do Poder Público, não se negue tantas outras funções presentes no instituto. Gilmar Ferreira Mendes ensina que os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva.

“Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.²⁸”

A multiplicidade das funções dos direitos e garantias fundamentais gerou por decorrência, um elevado número de classificações buscando enquadrar os vários direitos, conforme seu conteúdo e sua eficácia. Dentre tais classificações, merece comentar, ainda que sucintamente, a teoria dos quatro *status* de Jellinek. Flávio Galdino²⁹, ao dissertar sobre o tema, ensina que tal teoria consubstancia “*uma primeira reação positivista ao predomínio do pensamento jusnaturalista, com o reconhecimento dos assim chamados direitos naturais, anteriores e superiores ao Estado.*”

Jellinek, através da sua teoria, chamou de *status* as diversas situações/posições jurídicas em que o indivíduo pode se encontrar em face do Estado, do que decorrem deveres ou direitos dos envolvidos na relação. Citamos abaixo, pela objetividade da síntese, texto de Flávio Galdino, que bem resume a teoria:

“Os vários direitos subjetivos (públicos) – em uma dada sociedade, em um dado momento histórico – são sistematizados, assim, a partir da categoria fulcral dos *status*, quais sejam, (i) passivo, no qual o indivíduo deve prestações ao Estado, (ii) negativo, no qual o indivíduo é livre em relação ao Estado, (iii) positivo, no qual o indivíduo possui pretensões positivas diante do Estado, e, (iv) ativo, no qual o indivíduo exercita direitos de participação política no Estado. Percebe-se claramente uma linha ascendente

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2004. p. 2.

²⁹ Flávio Galdino acrescenta, ainda, que “sua construção (a da Teoria de Jellinek) é, em muitos momentos, paradoxal, pois funda os direitos da liberdade no Poder do Estado.” (GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não Nascem em Árvores*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005, p 78)

(dependendo do juízo de valor em questão), da submissão total, à participação no Estado.”³⁰

A lição de Jellinek encontra ressonância na orientação de Konrad Hess, para quem os princípios fundamentais não se devem fundar em uma estrutura unilateral, mas, ao revés, incorporar, parte da estrutura contrária, para, assim, evitar-se crise normativa constitucional. Konrad Hess ensina³¹:

“Finalmente, a Constituição não deve assentar-se numa estrutura unilateral, se quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social. Se pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária. Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo. Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente pura, ter-se-ia de constatar, inevitavelmente – no mais tardar em momento de acentuada crise – que ela ultrapassou os limites de sua força normativa.”

Tal característica dos direitos grafados no artigo 5º, leva a conclusão de não consagrarem os mesmos valores absolutos, pois embasados na interpretação hermenêutica, concluí-se que eles podem eventualmente entrar em conflito, situação em que, frente ao caso concreto, será necessário que um dos direitos conflitantes ceda espaço para aplicação do outro, que materialize valor merecedor de aplicação, por efetivar, de forma plena, um direito ou uma garantia fundamental.

c. A Constituição Federal de 1998

A Constituição Federal de 1988 trouxe o mais extenso conjunto de direitos fundamentais de todas as constituições brasileiras, e, os elencou em rol não taxativo, fazendo incluir no seu artigo 5º, § 2º, uma cláusula elástica, consoante a qual os direitos e garantias individuais não se esgotam naquela enumeração constante do texto constitucional, haja vista a possibilidade de inclusão de outros “*decorrentes dos regimes e princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte.*” (art. 5º, par. 2º). Segundo ensina Raul Machado Horta, a chamada cláusula elástica é uma característica do

³⁰ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não Nascem em Árvores*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005, p 78

³¹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre 1991. p.21

modelo brasileiro, pois se fez presente nas constituições de 1891, 1934, 1946, 1967, Emenda Constitucional de 1969, 1988.

O referido Autor explica³²:

“Norma constitucional elástica autoriza a ampliação eventual do conteúdo constitucional, para admitir outras garantias e direitos não enumerados, localizados em outras fontes normativas do ordenamento jurídico, desde que resultantes da forma do governo estabelecida na Constituição e dos princípios que ele consigna.”

Essa norma subsidiou uma construção doutrinária alusiva a classificação dos direitos fundamentais em expressos, implícitos e decorrentes do regime e dos tratados internacionais, suportando a teoria de ter o ordenamento jurídico nacional adotado um sistema aberto de direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar sobre a matéria³³, oportunidade em que firmou o entendimento de ser o princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, *b*, da CF) uma cláusula pétrea, não obstante encontrar-se fora do catálogo dos direitos e garantias fundamentais previsto no artigo 5º.

A Emenda Constitucional 45, de 8 de Dezembro de 2006, acrescentou ao mencionado artigo dois parágrafos consignando a regra de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos serão equivalentes as emendas constitucionais, desde que aprovadas com quorum de três quintos dos votos, em cada casa do Congresso, e, em dois turnos.

III. DIREITO ADQUIRIDO E ATO JURÍDICO PERFEITO

O tema, direito adquirido e ato jurídico perfeito, é extremamente amplo e vastamente abordado pela jurisprudência e pela doutrina, sendo que, de tão extenso, seria digno, inclusive, de uma monografia ou até mesmo de um tratado. Contudo, este não é o objeto deste trabalho, que se prenderá apenas aos aspectos sobre o tema pertinentes ao estudo que se resolveu enfrentar.

A superveniência de uma nova ordem constitucional, bem como a sucessão de leis no tempo, acarretam, não raras vezes, discussões que terminam por desaguar em questionamentos acerca da segurança jurídica. De fato, a segurança jurídica e a irretroatividade das leis têm sido apontadas como fundamento do direito adquirido. O

³² Ob. citada p. 222

³³ ADIN 939, DJ 18.3.94

conhecimento dos efeitos de um ato praticado, ante a ciência prévia do teor da lei, imbuem os sujeitos de segurança acerca do seu futuro, ante a previsível estabilidade das suas relações jurídicas.

Viabiliza-se, assim, dar ao cidadão a possibilidade de conhecer a lei e conformar seus desejos de acordo com ela, para obter os efeitos que dela decorrem. Leis retroativas, por outro lado, rompem as expectativas das pessoas e geram insegurança jurídica.

Contudo, a imutabilidade não é uma característica do direito, que demanda sintonia com a realidade, até mesmo, como forma de atestar legitimidade, coerência e razoabilidade da norma, requerendo, por decorrência, adaptação da mesma ao novo quadro fático existente, superando a sua ineficácia decorrente não só do largo lapso temporal transcorrido desde a sua edição, mas também do advento de uma nova realidade contextual. O direito busca, então, conciliar a necessidade de mudança com o desejo de segurança jurídica.

Celso Antônio Bandeira de Mello³⁴ ratifica o entendimento:

“4. O que se vem de dizer não contende com o fato óbvio de que o Direito (como tudo o mais, de resto), está em constante mutação, justamente para ajustar-se a novas realidades, para adequar-se às alterações da vida social, para absorver as concepções emergentes que terminam por se impor. Em suma: o Direito muda e necessita mudar constantemente para satisfazer interesses públicos.

Assim, o que o Direito faz e não tem como deixar de fazer é armar um temperamento entre a exigência de segurança e a exigência de mutabilidade, estabelecendo uma forma de convívio entre estes dois valores, como se traduz em alguns dos supra mencionados institutos.”

O artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, determinou que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. É o seguinte a redação do mencionado inciso:

“XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”

Logo, nem a Constituição Federal nem a legislação ordinária vedam mudanças no ordenamento jurídico que venham a operar de forma retroativa. De fato, o nosso ordenamento jurídico prevê a hipótese de retroatividade da lei em diversas situações, como

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira, Reforma da Previdência – Emenda Constitucional n 41/2003 – Texto da Emenda, Pareceres e ADIns. CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. 2004. p. 67

por exemplo, nos artigos 104, III³⁵ e 106³⁶, do Código Tributário Nacional, ou o artigo 2º³⁷ do Código Penal, que dispõe sobre a retroatividade da lei penal mais benéfica. Confirma-se, a propósito, o seguinte julgado oriundo do Supremo Tribunal Federal³⁸:

“O princípio insculpido no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição (garantia do direito adquirido) não impede a edição, pelo Estado, de norma retroativa (lei ou decreto) em benefício do particular.”

Observe-se, inclusive, que tal constatação tem gerado até mesmo discussões acadêmicas quanto a regra geral que o referido dispositivo teria adotado, qual seja a da retroatividade, salvo nas hipóteses que ofendesse direitos adquiridos, ou, ao revés, a irretroatividade como regra geral, admitindo-se, por exceção a retroação da norma, desde que preservado os direitos adquiridos.

O próprio Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que a não-retroatividade é princípio que somente condiciona a atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente previstas na Constituição. Segundo a Corte Suprema, tais hipóteses, expressamente consagradas na Carta Magna, ocorreriam como forma de inibir a ação do Poder Público configuradora de restrição gravosa: “a) ao status libertatis da pessoa (CF art. 5º, XL); b) ao status subjectionis do contribuinte em matéria tributária (CF, art. 150, III, a); e c) à segurança jurídica no domínio das relações sociais (CF, art. 5º, XXXVI)”³⁹.

³⁵ Art. 104. Entram em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra a sua publicação os dispositivos de lei, referentes a impostos sobre o patrimônio ou a renda:
(...)

III - que extinguem ou reduzem isenções, salvo se a lei dispuser de maneira mais favorável ao contribuinte, e observado o disposto no artigo 178.

³⁶ Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

³⁷ Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

³⁸ RE 184.099, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 18/04/97

³⁹ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MEDIDA PROVISORIA DE CARÁTER INTERPRETATIVO - LEIS INTERPRETATIVAS - A QUESTÃO DA INTERPRETAÇÃO DE LEIS DE CONVERSAO POR MEDIDA PROVISORIA - PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE - CARÁTER RELATIVO - LEIS INTERPRETATIVAS E APLICAÇÃO RETROATIVA - REITERAÇÃO DE MEDIDA PROVISORIA SOBRE MATÉRIA APRECIADA E REJEITADA PELO CONGRESSO NACIONAL - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA - AUSÊNCIA DO "PERICULUM IN MORA" - INDEFERIMENTO DA CAUTELAR. - É plausível, em face do ordenamento constitucional brasileiro, o reconhecimento da

O que se veda, portanto, ensina Luís Roberto Barroso⁴⁰, é a retroatividade da lei que prejudique a proteção da segurança jurídica veiculada no artigo 5º, XXXVI, a aplicação retroativa da lei penal, contida no art. 5º, XL e, a proteção do contribuinte contra a ação retroativa do Fisco, conforme o art. 150, III.

Assim, o ponto que tem sido objeto de acirrados debates, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, refere-se, principalmente, a lei, cujos efeitos venham a malferir os supracitados institutos, que se encontram resguardados contra a ação retroativa da mesma. Contudo, o próprio conceito de direito adquirido se mostra nebuloso no meio jurídico. Parte dele, e, inclusive o Supremo Tribunal Federal⁴¹, tem entendido que o termo direito adquirido é tomado como gênero, do qual são espécies o direito adquirido em sentido estrito, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada⁴², tendo em vista que o ato jurídico perfeito e a coisa julgada dão origem a direitos adquiridos⁴³.

admissibilidade das leis interpretativas, que configuram instrumento juridicamente idôneo de veiculação da denominada interpretação autêntica. - As leis interpretativas - desde que reconhecida a sua existência em nosso sistema de direito positivo - não traduzem usurpação das atribuições institucionais do judiciário e, em consequência, não ofendem o postulado fundamental da divisão funcional do poder. - Mesmo as leis interpretativas expõem-se ao exame e a interpretação dos juizes e tribunais. Não se revelam, assim, espécies normativas imunes ao controle jurisdicional. - A questão da interpretação de leis de conversão por medida provisória editada pelo presidente da republica. - O princípio da irretroatividade "somente" condiciona a atividade jurídica do estado nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição, em ordem a inibir a ação do Poder Público eventualmente configuradora de restrição gravosa (a) ao "status libertatis" da pessoa (CF, art. 5º XL), (b) ao "status subjectionais" do contribuinte em matéria tributaria (CF, art. 150, III, "a") e (c) a "segurança" jurídica no domínio das relações sociais (CF, art. 5º, XXXVI). - na medida em que a retroprojeção normativa da lei "não" gere e "nem" produza os gravames referidos, nada impede que o estado edite e prescreva atos normativos com efeito retroativo. - As leis, em face do caráter prospectivo de que se revestem, devem, "ordinariamente", dispor para o futuro. O sistema jurídico- constitucional brasileiro, contudo, "não" assentou, como postulado absoluto, incondicional e inderrogável, o princípio da irretroatividade. - A questão da retroatividade das leis interpretativas. ADI-MC 605/DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 23/10/1991 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO Publicação: DJ 05-03-1993

⁴⁰ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes - Coordenadora. *Constituição e Segurança Jurídica - Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2005, 2ª Edição, p. 143

⁴¹ No RE 102.216-SP, DJU de 28/09/84, o rel. Min. Moreira Alves, ao analisar o impacto de uma nova lei sobre contrato afirmou que o parágrafo 3º do artigo 153 "não faz qualquer distinção em matéria de ato jurídico perfeito e de direito adquirido". O mesmo entendimento constou do RE 140.894-SP, em que o STF entendeu que a referência constante do artigo 17 do ADCT compreende a coisa julgada e o ato jurídico perfeito.

⁴² Cite-se, por exemplo, José Carlos Moreira Alves in ROCHA, Carmem Lúcia Antunes - Coordenadora. *Constituição e Segurança Jurídica - Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2005, 2ª Edição, p. 156, José Adércio Leite Sampaio in *Direito Adquirido e Expectativa de Direito*. Ed. Del Rey. Belo Horizonte. 2005, p. 173 e Rubens Limongi França in *A irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*, 1982, p.212. Maria Helena Diniz afirma ser também este o entendimento de Matos Peixoto: "Por isso Matos Peixoto chega a afirmar que o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são modalidades do direito adquirido; logo não haveria necessidade destaca-los para que sejam protegidos." in DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*. São Paulo. Ed. Saraiva. 1994.p. 192.

⁴³ Para Clóvis Beviláqua: "Em rigor, tudo se reduz ao respeito assegurado aos direitos adquiridos; mas, como no ato jurídico perfeito e na coisa julgada se apresentam momentos distintos, aspectos particulares do direito adquirido, foi de vantagem, para esclarecimentos da doutrina, que se destacassem esses casos particulares e deles se desse a justa noção." in *Teoria Geral do Direito Civil*, 1976, p. 26-27

Luis Roberto Barroso⁴⁴ contesta a opção doutrinária, justamente por entender que os conceitos de ato jurídico perfeito e de coisa julgada são mais simples e precisos que o de direito adquirido.

“Parecem ter melhor razão, no entanto, aqueles que vislumbram na tradicional opção do constituinte brasileiro pela referência tríplex a um objetivo didático e simplificador: os conceitos de ato jurídico perfeito e de coisa julgada são mais simples e precisos que o de direito adquirido, de modo que a referência a eles, ainda que o objetivo indireta seja a proteção do direito adquirido por eles gerado, simplifica a discussão.”

O que parece claro, contudo, é que a função do direito adquirido prende-se não a impedir a retroatividade da lei, mas sim preservar, perante o novo regramento, direitos nascidos sob a égide da lei antiga, e que ingressarão no tempo da nova lei, pois o direito adquirido assegura a imunidade de um direito em face de um novo regramento, atribuindo ao seu titular o direito subjetivo de fazê-lo valer, mesmo que restando revogada a norma sob a qual o direito surgiu.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁵ elucida com clareza a questão:

“O que a teoria do direito adquirido veio cumprir – como instrumento de proteção contra a incidência da lei nova – foi precisamente a garantia de incolumidade, perante ulteriores regramentos, a direitos que, nascidos em dada época e cuja fruição se protaíra, ingressarão eventualmente no tempo de novas leis. O que se quer é que permaneçam indenés, vale dizer, acobertados pelas disposições da lei velha. Em suma: o direito adquirido é uma blindagem. É o encasulamento de um direito que segue e seguirá sempre envolucrado pela lei do tempo de sua constituição, de tal sorte que estará, a qualquer época, protegido por aquela mesma lei e por isso infenso a novas disposições legais que poderiam afetá-los.”

O conceito de direito adquirido, de acordo com a doutrina, diz respeito a um direito que se integrou ao patrimônio jurídico de alguém, por ter se realizado as condições impostas na norma para tanto. José Adércio Leite Sampaio⁴⁶ ressalta, contudo, a possibilidade de direito adquirido de valor econômico, qual seja, aquele integrante do ativo de seu titular, e, direito adquirido sem valor econômico, pois pertencente a esfera jurídica do indivíduo. Sérgio

⁴⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes – Coordenadora. *Constituição e Segurança Jurídica – Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2005, 2ª Edição, p. 155

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira, Reforma da Previdência – Emenda Constitucional n 41/2003 – Texto da Emenda, Pareceres e ADIns. CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. 2004. p. 67

⁴⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito Adquirido e Expectativa de Direito*. Ed. Del Rey. Belo Horizonte. 2005, p. 84

Pinto Martins⁴⁷, por sua vez, enfatiza tratar-se o direito adquirido de conceito jurídico e não econômico. Confira-se a conceituação de direito adquirido apresentada por este Doutrinador:

“Direito adquirido é o que faz parte do patrimônio jurídico da pessoa, que implementou todas as condições para esse fim, podendo utilizá-lo a qualquer momento.

O direito adquirido integra o patrimônio jurídico e não o econômico da pessoa. Esta não conta com algo concreto, como um valor a mais em sua conta bancária. O direito já é da pessoa, em razão de que cumpriu todos os requisitos para adquiri-lo, por isso faz parte do seu patrimônio econômico, como na hipótese de a aposentadoria não ter sido requerida, apesar de a pessoa já ter implementado todas as condições para esse fim.”

A análise da sucessão de leis foi objeto de diversas doutrinas, destacando-se, dentre elas, a teoria subjetivista, que teve em Gabba seu principal expoente, que encara o problema sob o ângulo dos direitos individuais e a doutrina objetivista – também conhecida como teoria do fato passado ou fato realizado), que é a teoria de Roubier, que se volta para as situações jurídicas criadas pela lei.

De acordo com a doutrina do italiano Gabba, os efeitos futuros deveriam continuar a ser regidos pela lei que normatizou a sua causa, sob pena de, em se modificando seus efeitos, terminasse por se modificar a própria causa. Para o francês Paul Roubier, por outro lado, a lei nova deve se aplicar aos efeitos futuros de atos nascidos sob a égide de uma lei velha, e que apenas se concretizem quando a lei nova já se encontrava em vigor⁴⁸. Não discordam, contudo, os autores, que se a lei tentar modificar eventos que já ocorreram e se consumaram ou desconstituir os efeitos já produzidos de atos praticados no passado, ela será retroativa e, conseqüentemente, inválida nesse particular⁴⁹.

As Constituições Pátrias adotaram, desde a Carta de 1934, com exceção da de 1937, a fórmula de Gabba de proteção ao direito adquirido, ou seja, a teoria subjetiva. É o seguinte conceito de direito adquirido apresentado pelo referido autor italiano⁵⁰:

“É adquirido um direito que é conseqüência de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei vigente ao tempo em que se efetuou, embora a ocasião de

⁴⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*, Editora Atlas S/A, São Paulo, 2001, 16ª Edição, p. 69.

⁴⁸ Neste sentido, Luís Roberto Barroso na obra *Constituição e Segurança Jurídica – Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Coordenadora - Carmem Lúcia Antunes Rocha. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2005, 2ª Edição, p. 145.

⁴⁹ É a lição de Luís Roberto Barroso in ROCHA, Carmem Lúcia Antunes – Coordenadora. *Constituição e Segurança Jurídica – Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2005, 2ª Edição, p. 145

⁵⁰ Conceito extraído da obra *Instituições de Direito Civil*. Vol I, 19ª Edição. Editora Forense, 1999 p. 97 de Caio Mário da Silva Pereira

faze-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação da lei nova, e que, sob o império da lei então vigente, integrou-se imediatamente no patrimônio do seu titular”

A Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, Decreto-lei 4.657, ao revogar a Lei de Introdução anterior, reverteu à opção doutrinária acatada por aquela, adotando a corrente doutrinária objetivista, ao prescrever que a lei em vigor tem efeito imediato e geral e não atingirá as situações jurídicas definitivamente constituídas da relação jurídica.

Contudo, a jurisprudência não conseguiu se desvencilhar dos princípios assentados, permanecendo fiel aos velhos conceitos, o que levou a publicação da Lei 3.238/57, a alterar o texto do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, que passou a ostentar a seguinte redação até hoje vigente⁵¹:

“Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1º.8.1957)

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Parágrafo incluído pela Lei nº 3.238, de 1º.8.1957)

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo comêço do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (Parágrafo incluído pela Lei nº 3.238, de 1º.8.1957)

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (Parágrafo incluído pela Lei nº 3.238, de 1º.8.1957)”

O mencionado dispositivo prescreve a aplicação imediata da lei nova, desde que respeitado o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, frisando, ainda, que o direito submetido a termo previamente fixado, bem como o submetido a condição insusceptível de alteração por terceiro, também se encontra protegido contra o efeito imediato da nova lei, porquanto se enquadram na fórmula do direito adquirido.

Caio Mário da Silva Pereira formula o *retro*-citado conceito de direito adquirido⁵²:

“São os direitos definitivamente incorporados ao patrimônio do seu titular, sejam os já realizados, sejam os que simplesmente dependem de um prazo para o seu exercício, sejam ainda os subordinados a uma condição inalterável ao arbítrio de outrem.”

⁵¹ É o que ensina Caio Mário da Silva Pereira in *Instituições de Direito Civil*. Vol. I, 19ª Edição. Editora Forense, 1999 p. 104.

⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I, 19ª Edição. Editora Forense, 1999 p. 105.

Diante do quadro traçado, resta saber quais direitos se mostram aptos a receber proteção diante do novo regramento legal. É necessário que tais direitos nascidos no passado contemplem determinadas características para que possam ser adjetivados de direitos adquiridos⁵³. Deve, assim, o direito se constituir de forma idônea, ou seja, ser conseqüência de um fato legítimo, e ter preenchido os requisitos de fato e legais exigidos, tendo-se completado por inteiro, integrando-se, definitivamente ao patrimônio do titular.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁴, ao abordar o tema, colaciona o seguinte entendimento de Gabba, para quem é adquirido todo direito que:

- “a) é conseqüência de fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo em que foi cumprido, ainda que a ocasião de fazê-lo valer não se apresente antes da atuação de uma lei nova referente ao mesmo;
- b) ao termo da lei sob cujo império ocorreu o fato do qual se originou, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu”

A definição e o alcance do direito adquirido deu margem a construção de uma doutrina alusiva ao grau de retroatividade da norma, com efeitos na proteção resultante de direitos adquiridos. A doutrina, que restou sobremaneira conhecida no Brasil, deve-se ao Ministro Moreira Alves, por influência da lição de Mattos Peixoto, por fazê-la constar em diversos julgados, por exemplo, na ADIN 493, DJ de 04/09/1992, em que se firmou a lição sobre três graus de retroatividade - máxima, média e mínima.

A retroatividade máxima⁵⁵ ocorre quando a nova lei desrespeita a coisa julgada e os fatos consumados. Cite-se, por exemplo, norma que manda os credores restituírem os juros recebidos, ou, ainda, que se determine a nulidade de sentenças de partilhas transitadas em julgados, assegurando-se aos filhos naturais direitos a herança.

A retroatividade é média quando a lei nova atinge os efeitos ocorridos antes da sua vigência. O exemplo colacionado pela doutrina é a hipótese de uma nova lei que limitasse a taxa de juros e se aplicasse aos vencidos e não pagos.

⁵³ Confira-se, ainda, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “É óbvio que não são abrigados pelo quadro da lei velha todos e quaisquer direitos nascidos no passado, ainda transeuntes quando do advento da lei nova. Este abrigo imunizador só alcança certas situações específicas, ou seja, certos direitos que apresentam, em sua constituição, algo que os peculiariza, autorizando concluir que se trata do chamado ‘direito adquirido.’” *in* Reforma da Previdência – Emenda Constitucional n 41/2003 – Texto da Emenda, Pareceres e ADIns. CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. 2004. p. 69

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira, Reforma da Previdência – *Emenda Constitucional n 41/2003 – Texto da Emenda, Pareceres e ADIns*. CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. 2004. p. 70

⁵⁵ Exemplos citados por Gilmar Mendes no livro *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2004. p. 139 e José Adércio Leite Sampaio na obra *Direito Adquirido e Expectativa de Direito*. Ed. Del Rey. Belo Horizonte. 2005, p.173.

A retroatividade mínima concretiza-se quando a lei nova atinge apenas os efeitos produzidos após a sua vigência. Ou seja, quando atinge os efeitos futuros de fatos passados. O Decreto-Lei nº 22.626/1933 é um exemplo, pois reduziu a taxa de juros, aplicando-se aos contratos existentes, inclusive aos ajuizados.

A noção de sucessão de leis no tempo, tal como prevista no ordenamento jurídico pátrio, inspirou uma construção doutrinária de que a natureza pública ou privada da lei teria o condão de interferir no momento de aplicação da lei. De acordo com tal doutrina, as leis de ordem pública, por encerrarem razões de estado, poderiam ser de aplicação retroativa.

Luís Roberto Barroso⁵⁶ ensina existirem três correntes sobre o tema:

“A propósito da posição que as leis de ordem pública assumem no conflito intertemporal de leis, Rubens Limongi França registra a presença de três correntes doutrinárias razoavelmente bem definidas no direito brasileiro. Na primeira, a dos partidários do efeito retroativo, incluir-se-iam Clóvis Beviláqua, os Espínoles e Carvalho Santos. Na outra mão, autores como Eduardo Theiler, Oscar Tenório e Caio Mário propugnam o respeito ao direito adquirido. E, por fim, há o grupo dos consecutórios do efeito imediato, integrado, entre outros, por Pontes de Miranda de Vicente Ráo. Peculiar é o entendimento do próprio Rubens Limongi França, para quem as normas de importância pública ou social expressiva, que tem efeito imediato como regra, poderiam retroagir desde que: i) o legislador assim determinasse explicitamente e ii) tal retroatividade, ao sobrepujar direitos adquiridos, não alcançasse proporções de desequilíbrio social e jurídico. Ver FRANÇA, Rubens Limongi. *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*, 1982, p 253 et seq.”

O mesmo doutrinador consigna o entendimento de que o artigo 5º, XXXVI, não fez qualquer distinção para as leis de ordem pública. Caio Mário da Silva Pereira, por sua vez, leciona que não faz sentido, no nosso ordenamento jurídico, trilhar tal distinção, pois a previsão de proteção ao direito adquirido é constitucional, salientando que somente nos países cuja proteção ao direito adquirido decorre de normas infraconstitucionais, é que se revela pertinente a adoção da mencionada orientação.

Confira-se:

“Costuma-se dizer que as leis de ordem pública são retroativas. Há uma distorção de princípio nesta afirmativa. Quando a regra da não-retroatividade é de mera política legislativa, sem fundamento constitucional, o legislador, que tem o poder de votar leis retroativas, não encontra limites ultralegais à sua ação, e, portanto, tem a liberdade de estatuir o efeito retrooperante para a norma de ordem pública, sob o fundamento que esta se sobrepõe ao interesse

⁵⁶ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes – Coordenadora. *Constituição e Segurança Jurídica – Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2005, 2ª Edição, p. 147.

individual. Mas, quando o princípio da não-retroatividade é dirigido ao próprio legislador, marcando os confins da atividade legislativa, é atentatória da Constituição a lei que venha ferir direitos adquiridos, ainda que sob inspiração da ordem pública. A tese contrária encontra-se defendida por escritores franceses ou italianos, precisamente porque, naqueles sistemas jurídicos, o princípio da irretroatividade é dirigido ao juiz e não ao legislador.⁵⁷”

Colacione-se, neste compasso, o seguinte julgado que reflete o entendimento do Supremo Tribunal Federal⁵⁸, quanto a relação direito adquirido e normas de ordem pública, bem como, a compreensão desta Casa acerca dos graus de retroatividade:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. - Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. - O disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do STF. - Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna. (...)”

Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a questão da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, reendossou o entendimento transcrito, determinando a não incidência de tal diploma aos contratos celebrados anteriormente à sua vigência:

“EMENTA: - Compromisso de compra e venda. Rescisão. Alegação de ofensa ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição. - Sendo constitucional o princípio de que a lei não pode prejudicar o ato jurídico perfeito, ele se aplica também às leis de ordem pública. De outra parte, se a cláusula relativa a rescisão com a perda de todas as quantias já pagas constava do contrato celebrado anteriormente ao Código de Defesa do Consumidor, ainda quando a rescisão tenha ocorrido após a entrada em vigor deste, a aplicação dele para se declarar nula a rescisão feita de acordo com aquela cláusula fere, sem dúvida alguma, o ato jurídico perfeito, porquanto a modificação dos efeitos futuros de ato jurídico perfeito caracteriza a hipótese de retroatividade

⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I, 19ª Edição. Editora Forense, 1999 p. 107.

⁵⁸ ADI 493/DF Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 25/06/1992 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 04/09/1992

mínima que também é alcançada pelo disposto no artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna. Recurso extraordinário conhecido e provido”⁵⁹.

Contudo, é pertinente que se sublinhe que as citações transcritas, embora expressem o posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência, referem-se aos reflexos da nova lei sobre relações contratuais, e não sobre direitos incorporados ao patrimônio em razão de estatuto legal. Ademais, tais orientações sofrem certa mitigação, independente da sua repercussão sobre direitos oriundos de contratos ou da lei, quando o novo diploma, qualquer que seja a sua natureza, pública ou privada, verse sobre institutos ou instituições jurídicas ou regulamente política monetária.

Cite-se, neste sentido, a doutrina de Carlos Maximiliano⁶⁰:

“Não há direito adquirido no tocante a instituições, ou institutos jurídicos. Aplica-se logo, não só a lei abolitiva, mas também a que, sem os eliminar, lhes modifica essencialmente a natureza. Em nenhuma hipótese granjeia acolhida qualquer alegação de retroatividade, posto que, às vezes, tais institutos envolvam certas vantagens patrimoniais que, por equidade, o diploma ressalve ou mande indenizar”⁶¹.

Mencione-se, por ora, apenas o seguinte: O artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil determina que a nova lei é de aplicação imediata. Todavia, o momento de incidência da nova lei irá variar caso incida sobre relações decorrentes do estatuto legal, ou, do estatuto institucional. Em regra, o entendimento que prevalece é de que a nova lei não pode ser imediatamente aplicável as relações jurídicas decorrentes dos contratos, porquanto a *“intervenção do legislador que venha modificar este regime querido pelas partes afecta as previsões desta, transforma o equilíbrio por elas arquitetado e afecta, portando, a segurança jurídica.”*⁶², ao revés, terá a nova lei aplicação imediata sobre as relações decorrentes da lei.

É este o ensinamento de Gilmar Ferreira Mendes⁶³:

“Tal como destaca Baptista Machado, o desenvolvimento da doutrina sobre aplicação da lei no tempo acaba por revelar especificidades do ‘estatuto contratual’ em face do ‘estatuto legal’. Enquanto este tem pretensão de

⁵⁹ RE 205999/SP Relator(a): Min. Moreira Alves Julgamento: 16/11/1999 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação: DJ 03/03/2000

⁶⁰ Extraído do artigo A Reforma Monetária de 1990: Problemática Jurídica da Chamada “Retenção dos Ativos Financeiros” (Lei nº 8.024, de 12/04/1990) in: Revista Arquivos do Ministério da Justiça nº 178 (1991), p.249.

⁶¹ MAXIMILIANO, Carlos, Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis, 2a. edição, Rio de Janeiro, 1955, p. 62.

⁶² Baptista Machado, citado por Gilmar Ferreira Mendes na obra Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional. 3ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2004. p. 141.

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2004. p. 141.

aplicação imediata, aquele outro estaria, em princípio, submetido à lei vigente no momento de sua conclusão, a qual seria competente para regê-lo até a extinção da relação contratual.”

Percebe-se, assim, que uma determinada relação jurídica contratual celebrada sob um regime legal, continuará sendo por ele regida até a extinção da relação contratual. Contudo, caso o novo regramento verse sobre institutos ou instituições jurídicas a mencionada orientação não terá inteira aplicação. Isto porque, as leis que extinguem uma instituição ou suprimem um determinado instituto, ou modificam completamente a sua natureza são de aplicação imediata, pois o direito adquirido protege as relações dele decorrente, mas não protege a existência ou modificação do próprio instituto. Entendimento semelhante cabe também para as leis que instituem um novo plano de estabilização econômica. Neste sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal⁶⁴, na autorizada voz do Ministro Moreira Alves:

“(…) em matéria de direito adquirido vigora o princípio -- que este Tribunal tem assentado inúmeras vezes -- de que não há direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito. Quer isso dizer que, se a lei nova modificar o regime jurídico de determinado instituto de direito (como é o direito de propriedade, seja ela de coisa móvel ou imóvel, ou de marca), essa modificação se aplica de imediato”.

Este aspecto, todavia, será mais bem abordado quando do Capítulo V.

Processualmente, o tema também merece algumas considerações dignas de nota. Embora a conceituação do direito adquirido e do ato jurídico perfeito se encontrem consignadas na legislação ordinária, a matéria possui *status* constitucional⁶⁵, aspecto debatido, haja vista a repercussão direta nas demandas judiciais, extensivamente no direito processual. De fato, firmou-se o entendimento nas Cortes Superiores, que a alegação de ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito é matéria constitucional que desafia a interposição do recurso extraordinário, com fulcro no artigo 102, III, *a*⁶⁶, por violação ao artigo 5º, XXXVI,

⁶⁴ RE nº 94.020, Relator: Ministro Moreira Alves, DJ de 18.12.1981 RTJ 104, p. 269 (272).

⁶⁵ Neste sentido: RE 226855-7/RS e REsp 39669/SP

⁶⁶ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

da Constituição Federal, não sendo hipótese de apresentação do recurso especial, com suporte no artigo 105, III, *a*⁶⁷, do Diploma Pátrio, sob alegação de ofensa ao artigo 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

A justificativa para tal orientação consiste no entendimento de que a mencionada garantia constitucional se volta principalmente contra a atuação do próprio legislador impedindo-o de legislar de forma retrooperante. Assim, conforme enfatizou o Ministro Sepúlveda Pertence, evita-se o risco de “*acordar amanhã e verificar que a Lei de Introdução fora revogada por uma medida provisória e, então, não teríamos mais como invocar o direito adquirido, nem a coisa julgada, nem o ato jurídico perfeito*”⁶⁸. Ademais, é lição de hermenêutica constitucional que a lei deve ser interpretada de acordo com a Constituição, e não a Constituição com base na lei. Portanto, o artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil apenas explicitou os conceitos constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes apreciou matéria, inclusive sumulando vários entendimentos atinentes à direitos adquiridos, sempre afirmando a tese de ser o artigo 5º, XXXVI, matéria constitucional de sua competência. Aliás, o próprio Superior Tribunal de Justiça acolhe este entendimento, conforme se verifica da decisão abaixo⁶⁹ (grifo nosso):

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. MATÉRIA DE CUNHO CONSTITUCIONAL EXAMINADA NO TRIBUNAL "A QUO".

1. Fundamentos, nos quais se suporta a decisão impugnada, apresentam-se claros e nítidos. Não dão lugar a omissões, obscuridades, dúvidas ou contradições. O não acatamento das argumentações contidas no recurso não implica em cerceamento de defesa, posto que ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide.

2. Não está obrigado o Magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131, do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto.

⁶⁷ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

⁶⁸ RE 226.855-7/RS, colacionado por MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2004. p. 137.

⁶⁹ REsp 397631/RJ, Relator: Ministro José Delgado, Primeira Turma, Data do Julgamento: 19/03/2002, Data da Publicação/Fonte: DJ 17.06.2002

3. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, do CPC, quando a matéria enfocada é devidamente abordada no âmbito do voto-condutor do aresto hostilizado.

4. **Decisão a quo que centrou sua fundamentação, exclusivamente, em matéria de nível constitucional, qual seja: a de que a recorrente não tem direito adquirido a ser protegido, haja vista a Lei nº 8.880, de 1994, ser de natureza econômica, pelo que a sua expedição subordina-se ao art. 48, XIII e XIV, da CF/1988, impondo-se-lhe aplicação imediata aos contratos em curso. O debate sobre a garantia do direito adquirido que de há muito vem sendo enfrentado pelo colendo Supremo Tribunal Federal como de natureza constitucional.**

5. Não se conhece de recurso especial quando a decisão atacada via recurso especial basilar-se, como fundamento central, em matéria de cunho eminentemente constitucional, cuja competência é da Augusta Corte Suprema.

6. Recurso não conhecido.”

IV. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E PLANOS ECONÔMICOS

Segundo a concepção liberal de Adam Smith, o mercado é auto-regulável, pois é composto de pequenas unidades produtoras de bens e serviços, consubstanciando, assim, um mercado atomizado, pois nenhum dos seus agentes possui poder para influir, isoladamente, no mercado. Segundo este Autor, a economia está sujeita a leis naturais hábeis a dividir e distribuir o capital na proporção mais vantajosa e interessante para toda sociedade. Neste contexto, cabe ao Estado somente uma intervenção residual, mínima, como forma de resguardar a proteção da propriedade, o cumprimento dos contratos, realizando o monopólio da emissão da moeda, exercendo o poder de polícia e etc.

João Bosco Leopoldino da Fonseca⁷⁰ explica que o constitucionalismo do século XIX refletiu intensamente esta tendência liberalista, alcançando as Constituições brasileiras de 1824 e de 1891, que normatizaram uma ordem econômica liberal, garantindo o direito de propriedade em toda a sua plenitude, e atribuindo ao Estado a função de garantidor da liberdade do mercado.

Este foi o regime liberalista que prevaleceu durante o período que mediou, sobretudo, os séculos XVIII e XIX, e que restou conhecido como Estado Liberal. A partir daí, em função de vários fatores econômicos, tais como, formação de conglomerados empresariais, fusões, aquisições e outras formas concentração econômica, a concepção de ordem econômica assumiu novos aspectos, exigindo um intervencionismo do Estado na

⁷⁰ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 4ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2002. p.220.

atividade econômica, pois o novo poder econômico privado mostrou-se prejudicial à economia.

Carlos Jacques Vieira Gomes⁷¹ elucida, com perfeição, o tema:

“As disfunções econômicas geradas pela concentração do capital (como é o caso das crises de escassez artificialmente produzidas por agentes econômicos detentores de substancial parcela de poder econômico) e pelas guerras mundiais da primeira metade do século XX, por um lado, e a disseminação do sufrágio universal, por outro, transformaram o Estado *Gerdame*, mero garantidor do direito de propriedade e da autonomia da vontade exercida por intermédio dos contratos, em um Estado Intervencionista, detentor de instrumentos capazes de influenciar as esferas privadas de decisão econômica, com vistas ao atendimento dos interesses gerais da coletividade.

Neste contexto, a auto-regulação dos mercados, ou princípio do mercado, atinente às concepções liberais de proteção à propriedade privada, à livre concorrência e à liberdade contratual (autonomia contratual), é substituída pela hetero-regulação, representada pela intervenção do Estado no domínio econômico, ou princípio do plano, por meio do qual se impõem limites objetivos ao livre funcionamento do mercado (supremacia do poder político sobre o poder privado econômico), em tutela de direitos com este (o mercado) conflitantes (dos trabalhadores, consumidores, etc.), a fim de se almejar a democracia econômica e social.”

Este panorama de crise, resultante principalmente das concentrações empresariais, foi a causa decisiva para o surgimento do Direito Econômico. O Direito Econômico surge não com o objetivo de impedir tal movimento, mas regulamentá-lo, para garantir efetiva liberdade no mercado⁷². Washington Peluso Albino⁷³ ensina que “o objetivo da intervenção é sempre o de coordenar e regular a economia, de modo a salvaguardar o ‘interesse geral’, segundo pensa Farjat, que a respeito destaca a natureza reguladora da ‘intervenção’”. João Bosco Leopoldino da Fonseca⁷⁴, por sua vez, explica que o Estado utiliza-se de normas jurídicas para intermediar o confronto entre o poder econômico privado e o poder econômico público, com o objetivo de organizar a economia e reger a política econômica.

Ou seja, é o Estado utilizando-se de normas jurídicas para, intervindo no mercado, regular o processo econômico de forma a proporcionar justiça social. Justiça social esta manifestada através da criação de um ambiente concorrencial tolerável, ante a noção de

⁷¹ GOMES, Carlos Jacques Vieira. *A Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre 2004. p.28.

⁷² FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Idem, p.222.

⁷³ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 3ª Edição. Editora LTr. São Paulo. 1994. p. 260.

⁷⁴ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Idem, p.18/19.

que o agente econômico privado foca-se na maximização dos seus lucros, o que, na maioria das vezes, dificulta o ingresso de novos agentes no mercado e força a eliminação de concorrentes, prejudicando, inclusive, e, por decorrência, os próprios consumidores, isto é, a coletividade. Justiça social que também se manifesta através da produção de normas voltadas para construção de condições laborais básicas, com vistas a uma remuneração condigna frente a uma carga horária admissível.

Não se pretende afirmar que a busca de lucros seja conduta ilegítima, pois é da natureza dos agentes privados buscar o lucro e superar a concorrência. Contudo, o direito à liberdade do lucro, bem como da liberdade de competição, pondera-se com o princípio da repressão ao abuso do poder dominante. O poder privado pode se tornar prejudicial a coletividade em razão da formação de estruturas de mercado não competitivas (abuso de poder econômico, monopólios), fazendo-se necessário a adoção de normas hábeis a conduzir e disciplinar o processo econômico, com intuito de alcançar o Estado do Bem-Estar, ou, *Welfare State*, assegurando-se aos cidadãos atendimento as suas necessidades básicas, com conseqüente efetivação da democracia econômica social.

Cite-se, novamente, Carlos Jacques Vieira Gomes⁷⁵:

“Nos limites do *Welfare State*, o interesse egoístico da cada agente econômico em maximizar suas margens de lucro é substituído enquanto fundamento do sistema econômico capitalista, pela função social da propriedade privada e pela intervenção estatal guiada em prol do atendimento das necessidades econômicas básicas da coletividade, tais como trabalho, alimentação, saúde, saneamento básico, meio ambiente, moradia e trabalho.”

Diante desta idéia de utilização do direito como forma de regular e conduzir a economia, a doutrina tem apresentado diversos conceitos para o Direito Econômico. João Bosco Leopoldino da Fonseca⁷⁶ ensina que não obstante o aumento do poder econômico privado ter colocado nas mãos da iniciativa privada o poder para direcionar a economia, a expressão política econômica deve ser tomada com foco na atuação do Estado na condução da economia.

Embasado nesta orientação, João Bosco Leopoldino da Fonseca formula o seguinte conceito de Direito Econômico⁷⁷:

⁷⁵ GOMES, Carlos Jacques Vieira. Idem p.32.

⁷⁶ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Idem 2002. p.23.

⁷⁷ Ibidem, p. 24.

“O Direito Econômico vem a ser justamente esse conjunto normativo que rege as medidas de política econômica encetadas pelo Estado, como também a ciência que estuda aquele sistema de normas voltadas para a regulação da política econômica.”

Mencione-se, por oportuno, o conceito de Washington Peluso Albino de Souza sobre Direito Econômico⁷⁸:

“O Direito Econômico é o ramo do Direito que tem por objeto a regulamentação da política econômica e por sujeito o agente que dela participe. Como tal, é um conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica. Para tanto, utiliza-se do ‘princípio da economicidade.’”

Eros Roberto Grau⁷⁹ afirma que “*o que o peculiariza [o Direito Econômico] como ramo do Direito é, portanto, a sua destinação à instrumentalização, mediante ordenação jurídica, da política econômica do Estado.*”, por isso, invoca este Autor as lições de Fábio Comparato, para quem este ramo do direito se destina a “*traduzir normativamente os instrumentos da política econômica do Estado*”. Em nota de atualização, Eros Roberto Grau traça a seguinte consideração sobre o *discrímen* marcante da conceituação de Direito Econômico⁸⁰:

“Sistema normativo voltado à ordenação do processo econômico, mediante a regulação, sob o ponto de vista macro-jurídico, da atividade econômica, de sorte a definir uma disciplina destinada à efetivação da política econômica estatal.”

Superada as causas que deram origem a necessidade de intervenção do Estado no domínio econômico⁸¹, bem como a compreensão da doutrina acerca do objeto do Direito Econômico, importa mencionar a técnica legislativa adotada pelo Constituinte acerca do Direito Econômico Constitucional, bem como as formas como a intervenção do Estado pode se dar.

⁷⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 3ª Edição. Editora LTr. São Paulo. 1994. p. 23.

⁷⁹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 10ª Edição. Editora Malheiros. São Paulo. 06.2005. p.154

⁸⁰ Idem p.155.

⁸¹ “*Conceituaremos a ‘intervenção’, portanto, como um ‘fato político’, enquanto traduz a ‘decisão’ do Poder ‘Econômico’ pelo capo a que se aplica; e ‘Jurídico’, institucionalizado, regulamentado, bem como apreçado pelo Poder Judiciário. Será fundamentalmente um ‘fato de política econômica’ a ser juridicamente considerado, quando tratado pelo Direito Econômico.*” In SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 3ª Edição. Editora LTr. São Paulo. 1994. p. 254.

É cediço o entendimento que o Estado pode atuar na economia de várias formas, procedimento autorizado pela própria Constituição Federal. Neste aspecto, a Constituição Econômica optou por adotar normas eminentemente programáticas, com baixo grau de densidade normativa, que apontam fins e metas a serem buscados pelo governo⁸². Desta forma, “o direito passa a ser operacionalizado tendo em vista a implementação de políticas públicas, políticas referidas a fins múltiplos e específicos.”⁸³. Delega-se, assim, à legislação ordinária a regulamentação da atividade econômica, transpondo-se as dificuldades de mutação constitucional, dando a realidade econômica o dinamismo que ela exige.

A Carta Magna, no artigo 170, revela a decisão política orientadora da forma como a ordem econômica deve se desenvolver. Prescreve este artigo que os valores sociais do trabalho humano e da livre iniciativa são os fundamentos da ordem econômica, submetendo o seu desenvolvimento à obediência dos princípios que elenca. Adicionalmente, os artigos 173 e 174 permitem e determinam a intervenção do Estado no domínio econômico.

A intervenção do Estado pode se dar *na* economia ou *sobre* a economia. Na primeira hipótese ela ocorrerá através da atuação do estado por absorção (Estado exercendo monopólios, por exemplo), e atuação por participação (Estado atuando em concorrência com os agentes privados). A intervenção *sobre* a economia, por sua vez, o Estado age como ente regulador, por meio da atuação por direção ou por indução. A atuação por direção se utiliza de normas de controle repressivas e preventivas. Já a atuação por indução, atua por meio de normas diretas.

Por outro lado, tem-se entendido que a atuação do Estado pode se dar por meio de: i) intervenção em sentido amplo, hipótese em que o Estado atua, por controle ou por indução, sobre os agentes privados ou sobre os agentes públicos, situação também conhecida por atuação estatal direta, e, por ii) intervenção em sentido estrito, oportunidade em que o Estado atuará apenas sobre os agentes privados, por meio de a) planificação, b) intervencionismo, e, c) dirigismo. João Bosco Leopoldino da Fonseca⁸⁴ ensina que o artigo

⁸² Raul Machado Horta ensina: “Os princípios constitucionais que regem a Política Social e Econômica exprimem enunciados de natureza programática, dirigidos aos Poderes Públicos, em regras sem a eficácia cogente da imediatidade executória.” Este mesmo Autor, mais adiante, ao dissertar sobre o Direito Constitucional Econômico, adverte sobre os riscos acerca da constitucionalização exagerada do modelo econômico, desconsiderando o legislador ordinário. “Não só razões de ordem técnica desaconselham esse procedimento. A mudança do modelo provoca mudança da Constituição. Há inconveniente de outra natureza. A constitucionalização integral do modelo econômico pressupõe a imposição dos interesses de uma classe, de um grupo ou de um Partido sobre os outros grupos e Partidos.” Ob. cit. pág.258/259.

⁸³ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 3ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo. 01.2005. p. 41.

⁸⁴ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 4ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2002. p. 244.

173⁸⁵ prescreve a intervenção direta, situação em que o Ente Político assume a forma de empresas pública, termo genericamente considerado. A intervenção indireta, por sua vez, localiza-se no artigo 174⁸⁶, ocasião em que o Estado fiscaliza, planeja, regulamenta e incentiva.

A intervenção que interessa a este trabalho é justamente a intervenção indireta em que o Estado efetiva ações de planejamento. Washington Albino⁸⁷ informa que foram travadas importantes discussões doutrinárias acerca do tratamento a ser dado ao planejamento, salientando, que alguns autores o inserem como ramo do Direito Administrativo, outros o vêem como capítulo do Direito Econômico Público, mas já há os que o consideram como uma disciplina autônoma designada o Direito do Planejamento.

O planejamento econômico surge no século XX, como uma resposta racional a condução do mercado através das suas leis naturais. O planejamento é, assim, uma forma de

⁸⁵ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

⁸⁶ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

⁸⁷ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 3ª Edição. Editora LTr. São Paulo. 1994. p. 291.

racionalizar as decisões políticas de ordem econômica, com o objetivo de se evitar desequilíbrios na economia. Washington Albino ensina que o planejamento é uma técnica de intervenção, definindo-o como um “*ato político’ para efetivar a intervenção do Estado no domínio econômico e, portanto, como opção que leva à adoção da técnica de Planificação até a ‘lei do plano’*”⁸⁸.

Para José Afonso da Silva, o planejamento é⁸⁹:

“(…) um processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos. O planejamento econômico consiste, assim, num processo de intervenção estatal no domínio econômico com o fim de organizar atividades econômicas para obter resultados previamente colimados.”

Saliente-se, contudo, a posição de Eros Roberto Grau, para quem o planejamento não configura modalidade de intervenção, mas “*apenas qualifica a intervenção do Estado sobre e no domínio econômico, na medida em que esta, quando conseqüente ao prévio exercício dele, resulta mais racional.*” Para este Autor, o planejamento é “*forma de ação racional caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos*”.⁹⁰

O processo de planejamento se exterioriza por meio de planos. O plano, por sua vez, é uma lei, conforme exigência constitucional do artigo 48, IV, que determina ser competência da União, através do Congresso Nacional - tendo participação do Presidente da República na iniciativa do projeto de lei, 84, XI, e na sanção -, dispor sobre planos e programas nacionais de desenvolvimento. Positivamente, o conceito de planos mostra-se presente no artigo 2º da Lei Complementar 3, de 7 de dezembro de 1967⁹¹. Carlos Jacques Vieira Gomes⁹² conceitua plano econômico “*como o ato jurídico que identifica e hierarquiza objetivos de política econômica a prosseguir em certo prazo, bem como estabelece as medidas adequadas à sua execução.*”

⁸⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 3ª Edição. Editora LTr. São Paulo. 1994. p. 296/297.

⁸⁹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18ª Edição. 2000. Ed Malheiros. p. 786/787.

⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 10ª Edição. Editora Malheiros. São Paulo. 06.2005. p.151

⁹¹ “Art. 2º - Entende-se por Plano Nacional o conjunto de decisões harmônicas destinadas a alcançar, no período fixado, determinado estágio de desenvolvimento econômico e social.”

⁹² GOMES, Carlos Jacques Vieira. *A Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre 2004. p.44.

Para que se compreenda melhor a terminologia planos, cite-se o magistério de Washington Albino de Souza:

“‘o plano’ é o documento, a ‘peça técnica’, decorrente da ação de planejar, da ‘planificação’, quando se adota a orientação político-econômica de intervir pelo ‘Planejamento’”⁹³.

(...)

“Esta ‘peça’ deverá transformar-se em ‘lei’, para que assuma, na ‘ordem jurídica’ do Estado de Direito, a legitimidade exigida. Aprovado sob a forma de ‘lei’, temos, então a ‘Lei do Plano’, que é a que realmente interessa ao Direito Econômico”⁹⁴.

O plano que vem a interessar este trabalho, é o chamado plano econômico-monetário, que, no contexto nacional, tem buscado combater, precipuamente, o fenômeno jurídico-econômico da inflação. Mencione-se, neste compasso, o entendimento de Eros Roberto Grau, para quem os planos de desenvolvimento econômico não se confundem com os planos monetários. Para este Doutrinador, ademais de planejamento não configurar modalidade de intervenção, os planos monetários não poderiam ser exemplos de planejamento, pois o artigo 174 da Constituição Federal não é obrigatório, mas apenas indicativo, para o setor privado⁹⁵. Confira-se a lição deste Doutrinador:

“Incompreensível, também, o equívoco, no qual tantos incorrem, de tomar os ‘planos’ de estabilização monetária praticados entre nós – ‘Plano Cruzado’, ‘Plano Bresser’, ‘Plano Verão’ – como experiência ou exemplos de planejamento. Pois eles são, precisamente, expressões do não planejamento, ou seja, de atuação estatal improvisada, *ad hoc*, sem prévia definição de objetivos. A incoerência dos que cometem esse equívoco é, ademais, absoluta: pois, se tais ‘planos’ são expressões do planejamento, não poderiam, mercê do que dispões o art. 174, obrigar (ser determinantes) para o setor privado. Observo que Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ao cogitar do ‘Plano Verão’ (‘A economia e o controle do Estado’, cit.), não comete tal erro.”

João Bosco Leopoldino da Fonseca e Washington Albino⁹⁶ parecem não trilhar tal distinção, pois a ela não aludem quando discorrem sobre os planos de estabilização monetária. A discussão, contudo, não surte maiores efeitos, pois o próprio Eros Grau

⁹³ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 3ª Edição. Editora LTr. São Paulo. 1994. p. 290.

⁹⁴ Idem, p. 291.

⁹⁵ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 10ª Edição. Editora Malheiros. São Paulo. 06.2005. p.310.

⁹⁶ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 4ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2002. p. 359 e SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 3ª Edição. Editora LTr. São Paulo. 1994. p 298, 307.

esclarece que os debates acerca do artigo 174 têm gerado muito barulho por nada⁹⁷, haja vista que se o plano vier precedido de planejamento, “*eventualmente vincularão o setor privado não porque implementadoras do planejamento, mas sim porque expressivas de intervenção por direção, existindo ao par de outras que expressem intervenção por indução.*”

O professor Washington Peluso Albino de Souza⁹⁸ discorre entendimento, que endossa a tese quanto ao caráter muitas vezes vinculativo para a iniciativa privada dos planos econômicos:

“De qualquer forma, aprovado o Plano de Governo, as empresas, voluntária ou involutariamente, incluem-se nos seus ‘objetivos’. Podem fazê-lo pela adesão direta, quer assumindo a realização de ‘objetivos’ ali traçados, quer se beneficiando de ‘estímulos’ de diversas espécies nele oferecidos. Mas, também ao se ajustar, inevitavelmente, à Política Econômica, ao ‘modelo’ implantado pelo Plano, toda a iniciativa privada com ele estará comprometida. Bastam as medidas relacionadas à ‘inflação’, por exemplo, para que toda a área econômica entregue à atividade privada esteja submetida à orientação dada pelo Plano, passando a figurar como agente dessa política, não raramente sendo um dos acionadores da ‘ciranda’ de preços e salários que a caracteriza.”

Tem-se, assim, que o plano monetário, que é objeto deste trabalho, consiste na intervenção estatal sobre a economia, através de uma atuação por direção, por meio de normas de controle preventivas, em que busca o Estado corrigir as distorções resultantes do efeito corrosivo da inflação sob o valor da moeda, e assim, implementar justiça distributiva.

V. DIREITO ADQUIRIDO E PLANOS ECONÔMICOS

a. Introdução

Disse-se acima, que o direito tem como principal objetivo a efetivação dos valores de segurança e justiça. O princípio do artigo 5º, XXXVI, busca efetivar a realização da segurança jurídica, através da proteção de direitos adquiridos, seja os decorrentes do ato jurídico perfeito ou do próprio direito integralizado ao patrimônio por decorrência da lei, contra a mutabilidade do ordenamento jurídico.

Por outro lado, o direito não pode se esquivar de compreender determinados fenômenos econômicos que resultam efeitos jurídicos e terminam por afetar as relações

⁹⁷ Na expressão do Autor “*much ado about nothing*”.

⁹⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 3ª Edição. Editora LTr. São Paulo. 1994. p 298.

sociais. A inflação vem a ser um desses efeitos que subvertem as relações sociais, geram insegurança e tem o poder de criar injustiças, mesmo diante de uma causa aparentemente lícita. O combate a inflação tem sido a tônica das políticas nacionais de desenvolvimento, levando-se a pensar, que “*depois de debelada a inflação teria cessada qualquer razão de ser para as ações governamentais*”⁹⁹.

O presidente do Banco Central do Brasil, Henrique Meirelles, em discurso de abertura do Seminário sobre Riscos, Estabilidade Financeira e Economia Bancária¹⁰⁰, elucidou bem as conseqüências da inflação e a importância do seu combate.

“A manutenção de uma inflação baixa e estável é fundamental para a recuperação da renda real do trabalho e para a melhora de uma ampla gama de indicadores sociais, com redução da pobreza e da desigualdade de renda. Além disso, níveis baixos e estáveis de inflação representam uma condição necessária para o alongamento de horizontes de planejamento de indivíduos e empresas, e para a celebração de contratos denominados na moeda nacional. Controlar a inflação, portanto, é uma condição primordial para que os poupadores aceitem prazos mais longos e taxas de retorno mais reduzidas em suas aplicações – ou seja, para que as taxas de juros de equilíbrio na economia possam baixar.”

O efeito corrosivo da inflação sobre função de reserva de valor da moeda¹⁰¹, com a conseqüente perda do poder de compra do dinheiro, tem gerado, justamente, insegurança e injustiça à sociedade, valores protegidos pelo Direito e encontrados no artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna. A inflação desenvolve uma prática de mercado de majoração de preços, perante o risco de prejuízo financeiro, em face da diminuição do valor monetário. Esta ciranda faz com que a sociedade perca os parâmetros de valor da moeda, ante verdadeiras distorções e incongruências nos preços das mercadorias. Neste compasso, os consumidores passam a desconhecer o poder de compra do dinheiro o que gera insegurança por se ignorar o valor dos bens que se pretende adquirir.

⁹⁹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 4ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2002. p. 359

¹⁰⁰ Extraído da internet: http://www4.bcb.gov.br/pec/appron/pron/port/discurso_hm_sem_dipec.pdf em 06/07/2006

¹⁰¹ A moeda possui as seguintes funções: Intermediária de trocas, unidade de conta ou valor, reserva de valor e padrão de pagamentos diferidos. As duas primeiras correspondem as funções da moeda no espaço, e as últimas as funções da moeda no tempo. A primeira é a função inerente da moeda, ou seja é ela instrumento de troca, é a função da moeda como meio de pagamento. A segunda exprime o valor dos bens e serviços em uma unidade comum. É o padrão único de avaliação dos bens e serviços que são postos no mercado. Como reserva de valor, a moeda permite que aquele que a recebe, a utilize no futuro. Ou seja, a moeda recebida hoje pode ser guardada para ser utilizada no futuro, sem que haja prejuízo de compra, pelo transcurso de tempo. A última função permite a utilização da moeda para realização de pagamentos futuros, relaciona-se com a concessão e obtenção de crédito, pois permite a apresentação de pagamentos parcelados.

A injustiça, por sua vez, situa-se, principalmente, nas relações contratuais, haja vista o dever de obediência a determinadas cláusulas - *pacta sunt servanda* -, especialmente as que estipulavam pagamento em dinheiro e à prazo. A exigência do pagamento, nestes casos, embora lícita, ante a obrigação contratual avençada, se mostra injusta por encerrar enriquecimento sem causa, por decorrência da oscilação do valor monetário. A inflação é, assim, flagrantemente violadora do dispositivo constitucional supra, pois malfere a segurança jurídica e gera insegurança social. Contudo, não há como se esquivar dos efeitos desta lei de mercado, como se faz com uma lei injurídica, pela declaração da sua inconstitucionalidade.

Várias alternativas foram, então, desenhadas como forma de solucionar os malefícios da inflação, tais como a "*cláusula rebus sic stantibus*", a cláusula de escala móvel, e ainda, a teoria da imprevisão, todas buscando enfraquecer a rigidez dos contratos. A correção monetária, a indexação e a revisão dos contratos foram soluções inseridas nas relações contratuais, ou decorrentes de princípios gerais do direito, para que se evitasse o enriquecimento sem causa de uma das partes. Neste contexto, a intervenção do Estado no domínio econômico, instituindo planos de estabilização monetária, emerge com o objetivo de restaurar as funções da moeda, impondo justiça distributiva.

O Plano Collor, Plano Bresser, Plano Real, dentre outros, foram exemplos de medidas econômicas desenvolvidas pelo Governo, que buscaram combater os efeitos negativos da inflação. Essas políticas monetárias foram severamente criticadas nas academias e, abarrotaram o judiciário de demandas, em que, quase sempre, se alegava ofensa a direitos adquiridos, em razão da expectativa de um dos contratantes à manutenção da situação econômica avençada anteriormente ao advento do plano econômico.

Saliente-se, que o presente estudo não pretende abordar cada um dos planos monetários com que conviveu nossa economia, traçando considerações sobre a relação plano *versus* direito adquirido. Apenas se pretende apresentar uma análise jurídica dos conflitos que tem tomado espaço nos pretórios, ante o confronto entre o direito adquirido e os planos monetários, traçando, quando necessário, considerações jurídicas específicas sobre um ou outro modelo monetário.

b. Exposição do Problema

A instituição de planos de estabilização monetária tem gerado o inevitável efeito de sobrecarregar o judiciário com demandas em que se questiona a violação ao ato jurídico perfeito e, por decorrência o direito adquirido em sentido amplo. O motivo dessas

demandas reside no fato de que, com o objetivo de combater as causas da inflação, o governo, ao intervir no mercado, termina por alterar os índices de correção monetária ou até mesmo a própria moeda. Essas alterações resultam repercussões nos pactos contratuais, seja formalmente, quando a nova lei monetária apenas modifica a nomenclatura do padrão monetário, seja materialmente, por repercutir na função de reserva de valor da moeda.

Empiricamente, vislumbra-se a situação em que o credor de uma relação contratual busca a aplicação de determinada cláusula, que prevê correção do montante, mediante a aplicação de um indexador instituído pela lei, vigente ao tempo da celebração do contrato. O novo plano, por sua vez, determina não mais a incidência do índice previsto na lei antiga, mais sim a aplicação do novo índice, por decorrência de imposição da nova lei monetária. Esse novo índice, nos casos em que o plano vindouro busca combater a inflação, consubstancia valores inferiores ao índice antigo, o que rompe as expectativas do credor.

A hipótese, pelo menos, à primeira vista, parece subsumir a regra do ato jurídico perfeito, haja vista que o avençado entre contratantes, sob a égide de uma determinada lei, não poderia sofrer as ingerências de uma lei posterior. O Supremo Tribunal Federal assegura a preservação do ato jurídico perfeito em tais situações, consoante já se expôs neste trabalho.

Contudo, se o novo regramento versar sobre plano de estabilização econômica será ele de incidência imediata alcançando as relações contratuais. Esta orientação pode ser justificada por várias razões que decorrem de causas econômicas, mas que encontram eco no ordenamento jurídico. Não se trata de sobrepor o interesse público da estabilização da moeda em prejuízo da cláusula fundamental do ato jurídico perfeito. Ao revés, a orientação que se defende respeita os valores constitucionais e encontra respaldo na doutrina e na jurisprudência. Não se negue, por outro lado, que a aplicação imediata de uma nova disciplina legal sobre os contratos em curso pode frustrar interesses e expectativas de indivíduos, todavia, não se pode daí concluir ser ilegal ou antijurídico o novo regramento.

c. Ato Ilícito e Direito Adquirido

A jurisprudência e a doutrina moderna tem discorrido várias teorias acerca dos planos monetários. Se por um lado, grande parte dela geralmente encontra vício de inconstitucionalidade, a outra corrente, com suporte do Supremo Tribunal Federal, defende a constitucionalidade dos mesmos, com teses jurídicas consistentes e seguras. A doutrina que defende a inconstitucionalidade dos planos econômicos o faz, essencialmente, por entender

que a nova lei monetária não deve incidir sobre os efeitos do acordo firmado, e que este continue sendo regido pela lei vigente à data da celebração. Invocam, para sustentar sua tese, o direito adquirido à manutenção do índice pactuado, bem como a teoria do ato jurídico perfeito, alicerçando-se em argumentos jurídicos, que sustentam a inaplicabilidade do novo regramento.

Contudo, tal teoria não se sustenta, pois um plano do governo, que dispõe sobre o estatuto da moeda, prescrevendo novos parâmetros monetários é de aplicação imediata, porquanto há impossibilidade jurídica e econômica de manutenção do sistema anterior. O Ministro Sepúlveda Pertence, ao apreciar a natureza da TR, na já mencionada ADIN 493, conclui bem a questão:

“(...) as regras legais de fixação de critérios de correção monetária são de direito monetário, e, pela impossibilidade da sobrevivência de um sistema monetário à sua extinção, aplicar-se-iam aos contratos pendentes.”

Em regra, um novo plano de estabilização monetária muda a realidade econômica em que se desenvolvia o mercado, instituindo uma outra, nova, com diferentes características. Desta afirmação se conclui a impossibilidade de comparação do novo regime com o regime anterior. A intervenção do Estado por meio de planos monetários busca instituir um novo cenário econômico, em que os índices, tanto de correção monetária quanto inflacionários, resultam bruscamente alterados. Tal aspecto repercute na forma de correção da moeda, pois os índices que sobre ela eram aplicados, não encontram mais espaço nesta nova realidade, haja vista que a inflação que a justificava já não mais existe. Maria Clara R.M. do Prado¹⁰², comunicóloga formada em Comunicação Social pela PUC do Rio de Janeiro e pós-graduada em Desenvolvimento Econômico pela Universidade de Oxford, na Inglaterra, ao dissertar sobre as repercussões do Plano Real, consigna entendimento inteiramente aplicável a matéria.

“O argumento básico da equipe econômica era de que o cruzeiro real desapareceria em 1º de Julho. O país sairia do mundo da hiperinflação. Seria impossível comparar preços de dois mundos diferentes, e daí a importância da URV, que funcionou como ponte na passagem de uma realidade para outra. A tese do governo tomou corpo em toneladas de textos escritos por Gustavo e por Pêrsio com base nos pareceres de Luiz Carlos Sturzenegger, então chefe do Departamento Jurídico do Banco Central. Quanto mais a inflação em cruzeiros reais subia nos últimos dias de junho, pelo receio de congelamento, mais sentido fazia a posição do governo para os que

¹⁰² PRADO, Maria Clara R.M. do. *A Real História do Real*. Editora Record. Rio de Janeiro/São Paulo. 2005. p. 266

consideravam insensata a contaminação daqueles aumentos, preventivos e especulativos. Para outros, a alta dos preços naquele final da vigência da URV reforçava a tese contrária ao artigo 38. As opiniões eram inconciliáveis. No fundo, havia aspectos defensáveis em ambas as posições. A mídia em geral destacava a opinião dos que achavam que o artigo 38 'comeria' parte da inflação em cruzeiros reais, embora a grande maioria admitisse a dificuldade de se comparar uma nova moeda, símbolo de um mundo pautado pela estabilidade, com uma moeda velha corroída pela hiperinflação."

Assim como se mostra impossível a comparação do novo regime, com o sistema anterior, também se revela inviável a previsão da superveniência de uma nova política monetária, completamente distinta do regime revogado. Ou seja, as partes quando celebram um contrato o fazem, não só sob a égide de uma lei monetária, mas também sob um cenário econômico caracterizado por altos índices de inflação, cujo valor da moeda se desvaloriza diariamente. Neste contexto, os contratos que estipulam cláusulas de pagamento em parcelas sucessivas incorporam as expectativas inflacionárias. Quando do advento do novo plano, tais expectativas mostram-se inexistentes, o que não subtrai ao credor, por decorrência do *pacta sunt servanda*, o direito a cobrança do seu crédito cumulado com as expectativas inflacionárias incorrentes.

Arnoldo Wald aborda o tema na sua obra intitulado O Novo Direito Monetário Os Planos Econômicos, os Contratos, o FGTS e a Justiça¹⁰³:

"Houve, pois, uma situação na qual, pela experiência inflacionária, que infelizmente já esta estava sedimentada na época, os credores inseriram ou embutiram, nos seus créditos futuros, a sua expectativa de inflação baseada presumidamente no ritmo alcançado pela inflação nos meses anteriores, na ordem de 20%, e passaram a conviver com uma deflação ou inflação negativa, no caso do Plano Cruzado, ou com uma redução substancial da inflação (de 25% a 9,3%) no Plano Bresser."

O plano econômico impõe, assim, um novo cenário extraordinário e imprevisível, que termina por tornar excessivamente oneroso o contrato para uma das partes, haja vista que a forma contratual de correção dos valores devidos tomava por base uma inflação que subitamente deixa de existir, ou que se mostra significativamente reduzida, por decorrência do plano do governo. Em tais casos, faz-se necessário, como forma de impor a neutralidade distributiva¹⁰⁴ e realizar justiça, a aplicação da teoria da imprevisão para que,

¹⁰³ WALD, Arnaldo. *O Novo Direito Monetário Os Planos Econômicos, os Contratos, o FGTS e a Justiça*. 2ª Edição. 2002. Malheiros Editores Ltda. São Paulo. p.62

¹⁰⁴ "Uma idéia importante é a de que a desinflação deve ser uma política a mais 'neutra' possível em termos distributivos, para não desencadear resistências que acabem por frustá-la." in WALD, Arnaldo. *O Novo*

permitindo-se a alteração no contrato, mantenha-se a relação jurídica nos termos econômicos em que foi inicialmente estabelecida. Evita-se, assim, a indesejável resolução do acordo firmado. Confira-se, por oportuno, o conceito positivo da teoria da imprevisão presente no Código Civil:

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

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

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

Essa questão restou exaustivamente analisada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento pelo Pleno do Recurso Extraordinário 141.190-2/SP, em 14 de setembro de 2005, DJ de 26.05.2006. Trata-se do julgamento da constitucionalidade das chamadas “*tablitas*”, que foram instituídas pelo governo, quando do implemento do Plano Bresser. O Plano Bresser, sucintamente analisando, determinou o congelamento de preços, e, por alcançar contratos com cláusulas de reajuste, instituiu um fator de deflação, denominado “*tablita*”, com o objetivo de impedir distorções nos pactos, por decorrência da desinflação resultante do novo plano.

A “*tablita*” tinha por objetivo “*impedir que a queda inesperada da taxa de inflação provocasse transferências reais de riqueza dos devedores para os credores. Sem tablitas, os planos cruzados e Bresser não atenderiam ao princípio de neutralidade distributiva*”¹⁰⁵. Ou seja, a “*tablita*” exercia a mesma função da correção monetária, contudo, enquanto esta se prestava a corrigir o valor da moeda para acompanhar a inflação, aquela buscava corrigir o valor da moeda para acompanhar a desinflação. A “*tablita*” nada mais foi que a correção monetária com o sinal trocado.

Neste compasso, é válido citar o ilustre Ministro Maurício Corrêa, que por ocasião do mencionado julgamento, consignou entendimento perfeitamente aplicável à hipótese:

Direito Monetário Os Planos Econômicos, os Contratos, o FGTS e a Justiça. 2ª Edição. 2002. Malheiros Editores Ltda. São Paulo. p.63

¹⁰⁵ Idem p.61

“Este *factum principis* [O CONGELAMENTO] provocou momentânea paralisação da inflação e conseqüente supressão da correção monetária, atingindo, por via reflexa, os contratos em vigor que continham, expressa ou implicitamente, cláusula de correção monetária pré-fixada; disto resultaria que os devedores de tais contratos continuariam a dever uma correção monetária que não mais existia, onerando excessivamente uma das partes contratantes.

Daí porque simultaneamente com a ocorrência do *factum principis*, o próprio [O LEGISLADOR] aplicou, antecipadamente, a teoria da imprevisão: daí a tabela de deflatores, conhecida por ‘tablita’”.

Assim, a decisão proferida pela Suprema Corte reconheceu a constitucionalidade das “*tablitas*”, justamente porque esta restabelecia o equilíbrio econômico do contrato. Ou seja, o Estado, consciente de que o novo plano instituiria um fato do príncipe, e, antecedendo-se a eventuais prejuízos, utilizou-se da teoria da imprevisão e alterou os contratos através das “*tablitas*”, como meio de corrigir distorções e preservar o equilíbrio econômico destes. Logo, a própria lei engendrou uma forma de corrigir as mudanças – fato do príncipe - que o plano por ela instituído acarretaria aos acordos. Transcreva-se, por oportuno, a ementa deste julgado¹⁰⁶:

RELATOR P/ O ACÓRDÃO: MIN. NELSON JOBIM

TABLITA. PLANO CRUZADO. REGRA DE DEFLAÇÃO DO DECRETO-LEI 2.284/86. PRINCÍPIOS DO DIREITO ADQUIRIDO, DO ATO JURÍDICO PERFEITO E DA COISA JULGADA. ALTERAÇÃO DE PADRÃO MONETÁRIO.

1. No julgamento do RE 141.190, o plenário do STF entendeu que o fator de deflação veio a preservar o equilíbrio econômico-financeiro inicial dos contratos, diante da súbita interrupção do processo inflacionário.

A manutenção dos contratos então vigentes - que traziam embutida a tendência inflacionária - importaria em ganhos irreais, desiguais e incompatíveis com o pacto firmado entre as partes antes da alteração radical do ambiente monetário e econômico.

2. Também por isso se confirmou a tese de que normas de ordem pública que instituem novo padrão monetário têm aplicação imediata em relação aos contratos em curso como forma de reequilibrar a relação jurídica antes estabelecida.

3. O Plano Funaro (Cruzado) também representou mudança de padrão monetário e alteração profunda dos rumos econômicos do país e, por isso, a esse plano econômico também se aplica a jurisprudência assentada no julgamento do RE 141.190. Negado provimento ao recurso.

Sublinhe-se que a teoria da imprevisão não ofende o artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, ainda que resulte na flexibilização do contrato, pois este dispositivo veda a retroação da lei nova apenas quando tal fenômeno prover prejuízo ao ato jurídico

¹⁰⁶ Noticiado no Informativo nº 429, Brasília, 29 de maio a 2 de junho de 2006

perfeito. A teoria da imprevisão, no caso da “*tablita*”, não causou qualquer prejuízo ao ato jurídico perfeito, ao revés manteve justamente o que restou contratado, pois ratificou a equação econômica existente antes do seu advento. Aliás, não é por outro motivo que o Ministro Moreira Alves, também no julgado apontado, consignou ser constitucional a teoria da excessiva onerosidade:

“Nunca se sustentou que a excessiva onerosidade nas relações de Direito Privado fosse inconstitucional por violação ao ato jurídico perfeito. Isso ocorre justamente porque ela nada mais é do que o restabelecimento do equilíbrio contratual, e, conseqüentemente, da manutenção daquilo que foi celebrado.”

A ilustre Ministra Ellen Gracie, no caso em comento, frisou, embora entendendo ser da aléa do mercado as oscilações financeiras, que o Plano Bresser alterou completamente a sua dinâmica regular, valendo-se o governo das “*tablitas*”, como forma de manter as expectativas econômicas originais das partes, e não a literalidade de sua expressão numérica em quantidade de moedas.

“Todo rendimento de aplicação financeira é sujeito às variações que são próprias do mercado. É esta a álea a que se submetem as partes contratantes de operações financeiras. Mas, uma intervenção radical na economia, como foi a edição do Plano Bresser, com congelamento de preços e brusca desaceleração da espiral inflacionária, está completamente fora da dinâmica regular do mercado. Por isso, o estabelecimento de fato de deflação – *tablita* – consiste no reconhecimento desta realidade e decorre da necessidade de manter a equidade nas relações econômico-financeiras. Vale dizer, nem se permite o enriquecimento de uns, nem o empobrecimento de outros, com base em ato estatal de intervenção da economia, ato este, volto a frisar, exógeno as oscilações normais de mercado.”

Esta concepção revela que os planos de combate a inflação, que instituem novos índices de correção monetária, como, por exemplo as “*tablitas*”, implementam justiça distributiva aos contratos de trato sucessivo, e impedem o enriquecimento sem causa do credor as custas do devedor, haja vista que tal distorção ocorre não só quando não há causa para o enriquecimento, mas também quando esta deixa de existir. Neste sentido, o novo Código Civil vedou o enriquecimento com estas características penalizando-o com o dever de restituição dos valores indevidamente auferidos. É o que se extrai dos artigos 884 a 886 deste Diploma.

“Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.”

Constata-se, portanto, que a aplicação de índices que não mais realizem o papel de recomposição do valor da moeda, por corporificarem percentuais superiores aos índices da inflação, concretizam enriquecimento sem causa, desequilíbrio contratual, além de colaborar para a ineficácia do próprio plano econômico, por potencializar a reinstalação da inflação¹⁰⁷. Gustavo Tepedino¹⁰⁸, em parecer elaborado sobre o artigo 38 da Lei 8.880/94¹⁰⁹, expõe entendimento, que se aplica inteiramente à questão:

“Após a implantação do Plano Real, subtraiu-se do contrato firmado entre as partes a causa jurídica do pagamento do índice de inflação antes pactuado, em face da queda vertiginosa da desvalorização monetária. Assim sendo, a não aplicação do art. 38 da Lei 8.880/94 importa em atribuição patrimonial desprovida de justificativa causal, configurando, em conseqüência, o enriquecimento sem causa do credor, vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Fundamento: Como se sabe, o art. 38 da Lei 8.880/94 pretendeu fixar índices de atualização monetária nos meses de julho e agosto baseados na nova realidade da economia, decorrente da implantação do novo plano econômico e da criação do real. Visou, portanto, a impedir a inflação inercial calculada com base em período de alta inflacionária. Não fosse a regra do art. 38, o plano econômico não poderia prosperar, já que a realidade anterior a 1.07.1994 se projetaria para o período de estabilidade monetária que se pretendia implantar.”

O artigo 5º, XXXVI, assegura a permanência de um direito diante um novo regramento. Contudo, a manutenção literal de expectativas econômicas prévias ao plano

¹⁰⁷ O devedor submetido a correção dos seus contratos por um índice de correção superior ao da inflação ou quebrará, levando a inadimplência aos seus credores, ou repassará seu prejuízo nas suas relações mercantis, através, por exemplo, do aumento dos seus preços.

¹⁰⁸ TEPEDINO, Gustavo. Parecer: A incidência Imediata dos Planos Econômicos e a noção de Direito Adquirido. Reflexões sobre o Artigo 38 da Lei 8.880/94 in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, Vol 27, p. 165. Jan-Mar 2005. Ed. Revista dos Tribunais.

¹⁰⁹ Art. 38. O cálculo dos índices de correção monetária, no mês em que se verificar a emissão do Real de que trata o art. 3º desta lei, bem como no mês subsequente, tomará por base preços em Real, o equivalente em URV dos preços em cruzeiros reais, e os preços nominados ou convertidos em URV dos meses imediatamente anteriores, segundo critérios estabelecidos em lei.

Parágrafo Único. Observado o disposto no parágrafo único do art. 7º, é nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito a aplicação de índice, para fins de correção monetária, calculado de forma diferente da estabelecida no caput deste artigo.

monetário não estaria assegurando um direito a alguém, mas sim um ato ilícito, qual seja, um enriquecimento sem causa, prejudicial não só ao outro contratante, mas a toda a sociedade. Estar-se-ia, assim, protegendo não um direito adquirido, mas sim institucionalizando um ato ilícito perante terceiros, adjetivado de cláusula pétrea.

d. Direito Adquirido e Planos de Estabilização Monetária

Acima se defendeu a impossibilidade de manutenção de expectativas financeiras avançadas sob a égide de um determinado sistema econômico, diante de um novo regramento jurídico, com base na teoria da imprevisão e no enriquecimento sem causa. Através de tal exposição, comprovou-se que a manutenção dos índices, ao contrário de violar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido das partes, corrobora com a efetividade destes. Cumpre agora discorrer sobre a viabilidade de se invocar direito adquirido a manutenção de índices de correção monetária.

O Supremo Tribunal Federal já firmou, por diversas vezes, o entendimento de inviabilidade de tal pretensão, conforme se depreende do voto do Ministro Cordeiro Guerra no RE 105.137¹¹⁰, para quem *“Não há direito adquirido a determinado padrão monetário pretérito, seja ele o mil réis, o cruzeiro velho ou a indexação pelo salário mínimo. O pagamento se fará sempre pela moeda definida pela lei do dia do pagamento”*(RTJ 115/379).

O ilustre Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no julgado referente a constitucionalidade das *“tablitas”*¹¹¹, lembrou a jurisprudência referente a inexistência de direito adquirido a padrão monetário, esclarecendo que a Suprema Corte tem admitido a retroatividade mínima quando em pauta leis monetárias.

“A jurisprudência da Corte deu sinais inequívocos, especificamente nesta matéria, no sentido de reconhecer os efeitos futuros da lei monetária sobre os contratos celebrados anteriormente à sua vigência (retroatividade mínima), afastando a proteção do direito adquirido. Conferir: RE 105137/RS, Rel. Cordeiro Guerra, DJ 27.09.1985, RE 106132/RS, Rel. Min. Cordeiro Guerra, DJ 13.02.1985; RE 116063/RS, Rel. Min. Célio Borja, DJ 10.06.1988; RE 110321/RS, Rel. Célio Borja, DJ 28.11.1986.”

De fato, mostra-se difícil a compreensão de incorporação ao patrimônio de índices de correção monetária. Isto porque, o direito adquirido não assegura a continuidade de uma determinada situação que não se mostre em harmonia com o regime superveniente. É

¹¹⁰ DJ de 03.10.86

¹¹¹ Recurso Extraordinário 141.190-2/SP, em 14 de setembro de 2005, DJ de 26.05.2006

preciso que o direito, que se busca a intangibilidade, se mostre compatível com o espírito do novo texto.¹¹² Neste sentido ensina Gilmar Mendes¹¹³, que as “*duas principais Teorias sobre aplicação da lei no tempo -- a Teoria do Direito Adquirido e a Teoria do Fato Realizado*”¹¹⁴ -- *rechaçam, de forma enfática, a possibilidade de subsistência de situação jurídica individual em face de uma alteração substancial do regime ou de um estatuto jurídico*”¹¹⁵.

As leis monetárias dispõem sobre o estatuto legal da moeda e regulamentam o regime monetário, modificando totalmente sistema anterior, inviabilizando a manutenção do direito incompatível com ele. Assim, não há como se pretender a permanência de índices de correção existentes em uma realidade econômica que não se coadunam com a realidade vindoura. O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, perfaz entendimento que endossa a tese¹¹⁶:

“Tem-se, pois, que a mudança do *estatuto legal da moeda* afeta, inevitavelmente, as relações contratuais em curso. Não se trata, porém, de norma de simples conteúdo contratual, mas, como enunciado, de lei que disciplina o regime jurídico de determinada situação”¹¹⁷.
Pela natureza da modificação, o novo sistema aplica-se, de forma imediata e geral, a todas as relações jurídicas, tenham elas índole contratual ou não”

Nesse sentido, observe-se esclarecedor fragmento do acórdão oriundo da Segunda Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça¹¹⁸:

“III – A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem sido enfática e uníssona no sentido de que a incidência imediata de normas de Direito Econômico nos negócios avençados antes da sua vigência, e com previsão de salvaguarda inflacionária que se projeta no futuro, não importa em retroação, por não afetar situações jurídicas consolidadas.”

¹¹² Neste sentido ensina Celso Antônio Bandeira de Mello: “*Com efeito, dado que os direitos nascem da Constituição, de uma lei (ou ato na forma dela praticado) tudo se resume em verificar, a partir da dicção da norma – de seu espírito – se o conteúdo do dispositivo gerador do direito cumpre ou não a função lógica de consolidar uma situação que é, de per si, como soem ser as relações de direito público, basicamente mutável.*” in *Reforma da Previdência – Emenda Constitucional n 41/2003 – Texto da Emenda, Pareceres e ADIns. CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público*. 2004. p. 71

¹¹³ A Reforma Monetária de 1990: Problemática Jurídica da Chamada “Retenção dos Ativos Financeiros” (Lei nº 8.024, de 12/04/1990) in: *Revista Arquivos do Ministério da Justiça* nº 178 (1991), p.246.

¹¹⁴ Cf., sobre o assunto, Maximiliano, Carlos, *Direito Intertemporal*, 2a. edição, Rio de Janeiro, 1955, p. 9-13; Mello, O.A. Bandeira de, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1969, Vol. I, p. 270 s.

¹¹⁵ Maximiliano, Carlos, *Direito Intertemporal*, 2a. edição, Rio de Janeiro, 1955, p. 9-13.

¹¹⁶ A Reforma Monetária de 1990: Problemática Jurídica da Chamada “Retenção dos Ativos Financeiros” (Lei nº 8.024, de 12/04/1990) in: *Revista Arquivos do Ministério da Justiça* nº 178 (1991), p.253.

¹¹⁷ Cf., a propósito, Roubier, Paul, *Le Droit Transitoire*, 2a. ed., Paris, 1960, p. 210-213 e 424-426; Maximiliano, Carlos, *Direito Intertemporal*, 1955, p. 62-63; Espínola, Eduardo e Espínola Filho, Eduardo, *Tratado de Direito Civil Brasileiro*, 1932, vol. II, p. 187-188.

¹¹⁸ EREsp 35.208/SP, Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 8 de abril de 1996,

Não se olvide que o direito adquirido assegura a manutenção dos efeitos de um instituto, mas não do instituto em si. Aliás, essa “*orientação foi retomada e desenvolvida por Gabba, segundo o qual somente existia direito adquirido em razão dos institutos jurídicos com referência às relações deles decorrentes, jamais, entretanto, relativamente aos próprios institutos*”¹¹⁹ Se este resta subtraído do mundo jurídico, através de um novo estatuto legal, suprime-se o suporte aonde se apoiava o próprio direito, não havendo como se manter indene os seus efeitos. Neste sentido se manifestou o ilustre Ministro Ilmar Galvão, citando o tratadista francês, Paul Roubier, quando do julgamento do RE 141.190/SP¹²⁰.

“Assim, quando a lei modifica as instituições jurídicas, quando ela estabelece um novo estatuto legal, os contratos que estavam apoiados num estatuto diferente ficam sem apoio; eles deverão ser modificados ou corrigidos, ou ainda, se não há outra solução, deverão desaparecer.”

O Ministro Moreira Alves, quando do julgamento do RE 94.020¹²¹, partilhou do mesmo entendimento:

"(...) em matéria de direito adquirido vigora o princípio -- que este Tribunal tem assentado inúmeras vezes -- de que não há direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito. Quer isso dizer que, se a lei nova modificar o regime jurídico de determinado instituto de direito (como é o direito de propriedade, seja ela de coisa móvel ou imóvel, ou de marca), essa modificação se aplica de imediato"¹²².

O Supremo Tribunal Federal não reconhece direito adquirido a regime legal¹²³, bem como inadmite a possibilidade de opor-se a um novo estatuto legal da moeda limitações de direito adquirido ou do ato jurídico perfeito. As leis monetárias que instituem um novo estatuto legal da moeda, são assim de aplicação imediata. São válidas as considerações do Ministro Ilmar Galvão extraídas no já mencionado RE 141.190/SP:

“As leis monetárias, conforme deixou evidenciado o renomado Mestre de Lion, são estatutárias, e, portanto, de aplicação imediata. (...) Não encontram elas barreiras no direito adquirido, seja resultante do contrato, seja decorrente diretamente da lei, justamente porque inexistente direito adquirido a padrão monetário, a estatuto legal da moeda, matéria de competência exclusiva do Estado. (...) De qualquer modo, o que importa, no caso, é haver-se demonstrado que se está diante de lei de aplicação imediata, porque modificativa de uma

¹¹⁹ Gilmar Mendes em: A Reforma Monetária de 1990: Problemática Jurídica da Chamada “Retenção dos Ativos Financeiros” (Lei nº 8.024, de 12/04/1990) in: Revista Arquivos do Ministério da Justiça nº 178 (1991), p.247.

¹²⁰ DJ de 26.05.2006

¹²¹ DJ de 18.12.1981

¹²² RE nº 94.020, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 104, p. 269 (272).

¹²³ Neste sentido o RE 179985, 173.181 136.886

instituição jurídica, posto que teve por efeito alterar o estatuto legal da moeda, seja, a base que servia de apoio aos contratos celebrados sob o regime monetário anterior, os quais, por isso, hão de adaptar-se à nova ordem, sem espaço para falar-se em violação das cláusulas contratuais, o que é coisa diversa (...)"

Seria leviano, neste contexto, não citar o entendimento do Ministro Moreira Alves, que, por ser sinônimo de consistência doutrinária, vem sendo reproduzido na maioria dos julgados e estudos que abordam este tema.

"Já se firmou a jurisprudência desta Corte, como acentua o parecer da Procuradoria-Geral da República, no sentido de que as normas que alteram o padrão monetário e estabelecem os critérios para a conversão dos valores em face dessa alteração se aplicam de imediato, alcançando os contratos em curso de execução, uma vez que elas tratam de regime legal de moeda, não se lhes aplicando, por incabíveis, as limitações do direito adquirido e do ato jurídico perfeito a que se refere o § 3º do artigo 153 da Emenda Constitucional nº 1/69. Recurso extraordinário não conhecido."¹²⁴

Ademais, os contratos que estipulam cláusulas de correção monetária, consubstanciam, na verdade, cláusulas regradas por lei, que são susceptíveis aos nuances da norma, incorporando no seu conteúdo as suas respectivas variações. O Código Civil Italiano possui, inclusive, dispositivo que determina expressamente a inclusão nos contratos das imposições advindas da lei.¹²⁵ O Ministro Moreira Alves, por sua vez, é enfático ao afirmar inexistir direito adquirido que se encontra condicionado ao arbítrio de terceiro, terceiro este que se revela na figura do legislador. É o que se infere do voto constante do julgamento no RE 226.855/RS¹²⁶, *verbis*:

"Por isso, mesmo em se tratando de direito público com referência a regime jurídico estatutário, não há direito adquirido a esse regime jurídico, como sempre sustentou esta Corte, e isso porque pode ele ser alterado ao arbítrio do legislador."

e. Apuração da Correção Monetária e Direito Adquirido

Por fim, é importante que se mencione que a pretensão de obtenção de direito adquirido demanda outros requisitos, que não se encontram presentes no caso de leis que

¹²⁴ RE 114982/RS DJ de 01.03.1991

¹²⁵ "Art. 1.339. As cláusulas, os preços de bens ou de serviços, impostos pela lei, são insertos de pleno direito no contrato, ainda que em substituição das cláusulas diversas estipuladas pelas partes." In MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 15ª Edição. Editora: Jurídico Atlas. 2004. p. 107

¹²⁶ DJ de 01.12.2000

instituem novo padrão monetário. Isto porque, o credor, num contrato de trato sucessivo, apenas tem a expectativa de inclusão no crédito a receber, dos índices de correção monetária. O direito a inclusão apenas se aperfeiçoa e se torna adquirido, quando além de preenchido os requisitos necessários à peculiaridade do caso, se vislumbra, também, o transcurso do período contratado para a cobrança do crédito. Se antes de tal data, há mudança no padrão monetário, esta se aplica de imediato, sem que se possa falar em violação ao ato jurídico perfeito ou direito adquirido. Gustavo Tepedino¹²⁷ acolhe o entendimento:

“O contrato em exame configura relação jurídica de trato sucessivo. Com efeito, o tempo integra a essência do contrato de mútuo, delineando-o uma relação continuada em que o binômio empréstimo e pagamento de juros se contrapõe como obrigação recíprocas dos contratantes. Sua causa se revigora a cada espaço de tempo e, desta maneira, o tempo não se constitui em condição, e muito menos em termo, cuidando-se de ‘concausa’ da atribuição patrimonial. (...). O tempo, neste tipo contratual, atua como fator determinante para o desabrochar dos juros.”

De fato, a apuração da correção monetária demanda certo lapso de tempo e só se perfaz com a publicação dos respectivos índices. Antes disso, não há que se falar em ato jurídico perfeito ou direito adquirido, mas em mera expectativa de direito, tal como restou assentado no Voto da Desembargadora Federal Julieta Lídia Lunz, Relatora da Apelação Cível 9400457405, oriundo do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em excerto vazado nos seguintes termos:

“Os contratos de aplicação financeira constituem-se em fases distintas e complexas, daí que somente se aperfeiçoam e consumam no termo determinado, mormente em que se têm os contratos como consumados ou constitutivos de direitos, dependentes da condição temporal. Isto porque, sendo atos jurídicos complexos, não se pode irrogar a garantia constitucional quanto ao direito adquirido, posto que consistem os direitos pactuados em autênticas expectativas que contidas no tempo podem ser alteradas por lei de ordem pública e econômica – seja para lhes beneficiar ou mesmo alterar substancialmente as condições de fato em que se acentuou o inicial pacto, cuja consumação e aperfeiçoamento depende de lapso temporal.”

Colaciona-se, neste sentido, o voto do Ministro Octávio Galotti, relator do MS 21.216/DF, em julgado oriundo do Plenário do Supremo Tribunal Federal¹²⁸:

¹²⁷ TEPEDINO, Gustavo. Parecer: A incidência Imediata dos Planos Econômicos e a noção de Direito Adquirido. Reflexões sobre o Artigo 38 da Lei 8.880/94 in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, Vol 27, p. 170. Jan-Mar 2005. Ed. Revista dos Tribunais.

¹²⁸ RTJ 134/1.119

“Para a aquisição do direito, ou seja, para o ingresso deste no patrimônio do pretense titular, seria mister que, antes da revogação, se houvessem reunido e consumado todos os elementos, isto é, os fatos idôneos à sua constituição ou produção”.

f. Conclusão

O artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal concretiza os valores de justiça e segurança jurídica. Um novo plano de estabilização econômica, que objetiva combater os malefícios da inflação, consubstancia justamente os valores buscados pela Carta Magna, haja vista os efeitos nefastos que tal fenômeno econômico gera na sociedade. Neste contexto, uma nova política de estabilização da moeda representa alteração profunda nos rumos da economia e mudança do padrão monetário do país. Economicamente, o plano do governo reduz bruscamente a inflação, o que acarreta consequências jurídico-econômicas nos acordos de trato sucessivo, com cláusula de pagamento à prazo, ante a incidência imediata da nova lei. Por decorrência, faz-se necessário a flexibilização do contrato, seja por meio do próprio Judiciário, seja por meio do Poder Legislativo. Tal solução desperta o questionamento sobre a sua constitucionalidade, sob o argumento de violação ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido - artigo 5º, XXXVI da Constituição da República -, rejeitando-se tanto a incidência imediata da nova lei, quanto a flexibilização da avença.

Contudo, o estudo evidenciou que a flexibilização dos contratos reestabelece o seu equilíbrio, afasta a ilicitude do enriquecimento sem causa, e, concebe plenitude ao supracitado artigo constitucional, sendo legítima a sua inserção nos pactos, seja mediante decisão judicial ou legislativa. Também por isso se confirmou a tese de que normas de ordem pública que instituem novo padrão monetário têm aplicação imediata em relação aos contratos em curso como forma de reequilibrar a relação jurídica antes estabelecida. Ademais, a incidência imediata da lei se faz necessária, pois se revela inviável a manutenção de um direito que se mostra incompatível com regime jurídico vindouro. Daí advir a jurisprudência da Corte Suprema que rechaça a tese do direito adquirido a regime jurídico, bem como prescreve a proteção aos efeitos de um instituto mas não a de um instituto em si, haja vista que se este resta subtraído do mundo jurídico, falta suporte normativo para os contratos que versam sobre ele. Ademais, os contratos que abordam matéria legal, como são os que tratam de correção monetária, se submetem as sutilidades da lei, se encontrando ao arbítrio da vontade do legislador, em evidente incoerência com o conceito do direito adquirido da Lei de Introdução do Código Civil. Por derradeiro, o direito adquirido exige, para seu aperfeiçoamento, que se complete todos os requisitos do direito. Assim, o direito a aquisição

dos índices de correção monetária apenas se aperfeiçoa após a publicação dos respectivos índices, e com o transcurso do período contratado, salvo peculiaridades do caso concreto.

Finalize-se, assim, com a lição de Gabba que bem ilustra o estudo¹²⁹:

“Como dissemos inicialmente, nós temos direitos patrimoniais privados em relação aos quais o legislador tem liberdade de editar novas disposições de aplicação imediata, independentemente de qualquer obstáculo decorrente do princípio do direito adquirido. Esses são: 1º) direitos assegurados aos entes privados, graças exclusivamente à lei, como seriam a propriedade literária e a propriedade industrial; 2º) direitos, que não são criados pelo legislador, e aqueles direitos que, desenvolvidos por efeito da liberdade natural do trabalho e do comércio, têm uma vinculação especial e direta com o interesse geral e estão sujeitos a limites, condições e formas estabelecidas pelo legislador, como, v.g., o direito de caça, de pesca, o direito de propriedade sobre florestas e minas e o direito de exigir o pagamento em uma outra espécie de moeda. Não há dúvida de que, como já tivemos oportunidade de advertir (p. 48-50), a lei nova sobre propriedade literária e industrial aplica-se não só aos produtos literários e às invenções anteriormente descobertas, como àquelas outras desenvolvidas após a promulgação da lei; e assim aplica-se imediatamente toda lei nova sobre caça, pesca, propriedade florestal ou sobre o sistema monetário.”

¹²⁹ Retirado do artigo: A Reforma Monetária de 1990: Problemática Jurídica da Chamada “Retenção dos Ativos Financeiros” (Lei nº 8.024, de 12/04/1990) in: Revista Arquivos do Ministério da Justiça nº 178 (1991), p.247.

VI. CONCLUSÃO

Através do presente trabalho buscou-se abordar a legítima possibilidade de se invocar a cláusula constitucional do direito adquirido, em face de instituição de um novo plano de estabilização econômica, como forma de se esquivar do alcance da nova lei monetária.

Com este objetivo, expô-se, inicialmente, a relevância do tema, demonstrando que o mesmo repercute simultaneamente na esfera econômica e na esfera judiciária, ante a constatação da repercussão econômica das decisões judiciais. Salientou-se a problemática do distanciamento entre as ciências econômicas e jurídicas, propondo-se que para os casos de julgados, que repercutem economicamente, o Poder Judiciário se utilize de valores jurídicos e extrajurídicos, para decidir.

Após, fez-se um ligeiro ingresso no estudo dos direitos e garantias fundamentais, discorrendo sobre o contexto histórico e a natureza jurídica dos direitos do homem, para finalmente descer à Constituição Federal de 1988. Abordou-se, assim, a construção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, tanto no direito pátrio quanto no estrangeiro. Pretendeu-se, com tal inserção, expor a compreensão sobre os direitos e garantias fundamentais, como forma de se atestar a conclusão do estudo a que se objetivava chegar.

No segundo capítulo, refinou-se o estudo sobre os direitos e garantias fundamentais, centrando-se, exclusivamente, na pesquisa sobre direito adquirido e ato jurídico perfeito. A análise da questão se revelou imprescindível, na medida em que a monografia buscou justamente demonstrar a relação direito adquirido e planos monetários, fazendo-se necessário, traçar o quadro doutrinário e jurisprudencial sobre o artigo 5º, XXXVI. Buscou-se, inicialmente, demonstrar a relevância da cláusula constitucional que dota de imunidade determinados atos da vida cível. Salientou-se tratar de verdadeira cláusula pétrea incondicionada a ingerência do Poder Constituinte Derivado, somente podendo ser suprimida, diante da manifestação do Poder Constituinte Originário, como efetivamente ocorreu, por meio do artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Adicionalmente, abordou-se o conceito doutrinário e positivo do instituto, utilizando-se, para tanto, da doutrina italiana de Gabba e da francesa de Paul Roubier referente a direito adquirido. Como forma de melhor descrever os contornos do dispositivo, colacionou-se julgados que abordam o tema, bem como doutrinas que ultrapassam conceitos semânticos e transmitem uma clara noção do instituto.

Não se olvidou de mencionar a ADIN 493, de relatoria do Ministro Moreira Alves, que consagrou o entendimento de Mattos Peixoto, referente aos graus de retroatividade da lei. Segunda tal orientação poder-se-ia falar em retroatividade mínima, média e máxima, sublinhando, que, em regra, o Supremo Tribunal Federal não admite a chamada retroatividade mínima, ou seja, que a lei alcance e modifique os efeitos futuros dos fatos passados. Superou-se, também, a argumentação de tratamento diferenciado para as leis de ordem pública, que por encerrarem questão de estado, estariam autorizadas a agirem retroativamente. Contudo, demarcou-se que tal entendimento não consubstancia uma regra absoluta, cedendo espaço, ante a particularidade de determinadas hipóteses. Frisou-se, ainda, a inexistência de direito adquirido a regime ou instituto jurídico, situação em que, a nova lei incide imediatamente, mesmo que em prejuízo do ato jurídico perfeito ou do direito adquirido. Por fim, tratou-se da questão quanto ao aspecto processual, apontando o posicionamento da jurisprudência, consoante o qual a matéria é de cunho constitucional, de competência da Suprema Corte, sendo que a Lei de Introdução ao Código Civil cuidou apenas de conceituar o instituto constitucional.

Em seguida, adentrou-se no capítulo IV, ocasião em que se analisou a intervenção do Estado na economia e os planos econômicos. Como forma de melhor expor o tema, apresentou-se, inicialmente, a concepção liberal de Adam Smith acerca do mercado. Nesta esteira, desenvolveu-se um breve histórico do Direito Econômico, delineando os diferentes regimes de mercado, o período em que vigoram, características e respectivas justificativas para a derrocada e o surgimento da sucessiva política econômica. Deu-se especial ênfase ao liberalismo, apontando como motivo deste regime o advento de poder econômico privado, ante a formação de conglomerados empresariais, demonstrando que tais estruturas produziam crise de escassez. Destacou-se, em seguida, que esse panorama evidenciou a necessidade de intervenção do Estado no domínio econômico, não com o objetivo de impedir o movimento vindouro, mas regulamentá-lo, frisando que, diante desta idéia de regular e conduzir a economia, surgiu o Direito Econômico.

Após, dissertou-se sobre a política legislativa adotada pelo Direito Econômico, bem como apontou-se as várias formas de intervenção do Estado na economia. Chegou-se, então, ao tema planejamento, discorrendo sobre os seus diversos conceitos, e posições no Direito Positivo, salientando que ele se exterioriza através do plano, que, por sua vez, é uma lei, a Lei do Plano. Concluiu-se este capítulo, com o conceito de Plano de Estabilização Monetária, que é o que interessa este trabalho.

Finalmente alcançou-se o último capítulo que versou sobre direito adquirido e planos econômicos. Este capítulo foi subdividido em seis subitens; no primeiro fez-se introdução ao tema, no segundo aprofundou-se na problemática dos planos governamentais e da inflação. No terceiro discorreu-se sobre ato ilícito e direito adquirido, com atenção voltada para o enriquecimento sem causa e para a Teoria da Imprevisão. O quarto subitem versou sobre direito adquirido e planos de estabilização monetária e abordou a impossibilidade de invocação de direito adquirido a institutos e regime jurídico. No quinto tópico tratou-se da relação apuração da correção monetária e direito adquirido, alertando sobre a importância do transcurso do período de apuração da correção monetária, para a concretização do ato jurídico perfeito. Após concluiu-se o capítulo.

O capítulo V demonstrou a impossibilidade de se invocar o ato jurídico perfeito ou o direito adquirido, nos casos em que a nova lei consubstancia regras de direito monetário, implicando em uma nova política de estabilização, que acarreta alteração profunda nos rumos da economia e mudança do padrão monetário do país.

O presente trabalho buscou, assim, demonstrar que os planos de estabilização monetária, que buscam debelar a inflação, por meio de política legislativa, em regra, não perpetraram ofensa ao direito adquirido e nem ao ato jurídico perfeito. Salientou-se que se um novo plano, a primeira vista, se mostra inconstitucional, por gerar repercussão econômica nos contratos, uma análise mais detida revela, que eles não encerram qualquer ofensa ao direito adquirido ou ao ato jurídico perfeito.

BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. 5ª Edição, 2003. Editora Renovar
- COELHO, Inocêncio Mártires. Curso Avançado de Direito Constitucional (1ª Parte). Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Março/2005. Brasília/DF.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Direito Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 4ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2002
- GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não Nascem em Árvores*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005
- GOMES, Carlos Jacques Vieira. *A Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre 2004
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 10ª Edição. Editora Malheiros. São Paulo. 06.2005
- GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 3ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo. 01.2005
- GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª Edição. Editora Malheiros. São Paulo. 04.2005
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre 1991.
- HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4ª Edição 2003. Editora Del Rey
- Informativo nº 429, Brasília, 29 de maio a 2 de junho de 2006
- Internet: http://www4.bcb.gov.br/pec/apron/pron/port/discurso_hm_sem_dipec.pdf em 06/07/2006
- JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira Baracho. Artigo publicado na Revista: *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. p. 334
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*, 2ª Edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*, Editora Atlas S/A, São Paulo, 2001, 16ª Edição
- MAXIMILIANO, Carlos, *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*, 2a. edição, Rio de Janeiro, 1955
- MELLO, Celso Antônio Bandeira, Reforma da Previdência – Emenda Constitucional n 41/2003 – Texto da Emenda, Pareceres e ADIns. CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. 2004
- MENDES. Gilmar Ferreira. *8º Encontro de Juristas Bancários de Expressão Oficial Portuguesa*.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A Reforma Monetária de 1990: Problemática Jurídica da Chamada “Retenção dos Ativos Financeiros” (Lei nº 8.024, de 12/04/1990) in: Revista Arquivos do Ministério da Justiça nº 178 (1991)
- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1ª Edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2002
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2004

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I, 19ª Edição. Editora Forense, 1999
- PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. 2005. Elsevier Editora Ltda
- PRADO, Maria Clara R.M. do. *A Real História do Real*. Editora Record. Rio de Janeiro/São Paulo. 2005
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes – Coordenadora. *Constituição e Segurança Jurídica – Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2005, 2ª Edição
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito Adquirido e Expectativa de Direito*. Ed. Del Rey. Belo Horizonte. 2005
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª Edição. 08.2002. Ed Malheiros.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 3ª Edição. Editora LTr. São Paulo. 1994
- TEPEDINO, Gustavo. *Parecer: A incidência Imediata dos Planos Econômicos e a noção de Direito Adquirido. Reflexões sobre o Artigo 38 da Lei 8.880/94 in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, Vol 27, Jan-Mar 2005*. Ed. Revista dos Tribunais
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Direitos Fundamentais de Terceira Geração. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, n. 15
- WALD, Arnoldo. *O Novo Direito Monetário Os Planos Econômicos, os Contratos, o FGTS e a Justiça*. 2ª Edição. 2002. Malheiros Editores Ltda. São Paulo