

O CONTROLE JUDICIAL DA MOEDA

Letácio Jansen

Procurador (aposentado) do Estado do Rio de Janeiro
Ex- Procurador-Geral, Advogado no Rio de Janeiro

SUMÁRIO: 1 - Introdução; 2 - Decifrando a indexação; 3 - A ilusão dos índices; 4 - Cláusulas valor moeda estrangeira; 5 - As normas de conversão; 6 - Analisando a doutrina ; 7 - A hidra de Lerna; 8 - A transição para os juros; 9 - A disciplina dos juros; 10 - Tempo & dinheiro; 11 - Arremates finais ; 12 - À guisa de conclusão

1 - INTRODUÇÃO - A moeda é uma norma que se manifesta através de um ato jurídico característico designado *emissão*. Ela é emitida sob a forma de peças monetárias destinadas à circulação concreta , numa quantidade determinada e limitada, e é por meio dessa emissão que a norma monetária adquire vigência.

Diferentemente do que ocorre com a lei, que se compõe – digamos assim – de proposições verbais, e tem validade depois de publicada, a moeda compõe-se de determinadas quantidades e tem validade ao ser emitida. A quantidade de moeda emitida é um elemento decisivo na sua conceituação. Diversamente do que acontece com a lei, a “qualidade da moeda” está intimamente relacionada com a quantidade da emissão.

É verdade que também se usa, como força de expressão, o termo “inflação legislativa”, e se diz que, quanto maior a quantidade de leis pior a qualidade da ordem jurídica. No caso da moeda, porém, essa constatação não é apenas uma figura de retórica, pois a alteração da quantidade das peças monetárias em circulação desfigura mensurável e efetivamente a ordem monetária, através da inflação e da conseqüente perda de eficácia das normas monetárias o que, a partir de um certo limite, afeta a validade da ordem monetária.

A “lei” dialética da transformação da quantidade em qualidade tem uma aplicação efetiva no caso da moeda. A quantidade, no caso da emissão da moeda, não é uma determinação *indiferente*, que possa aumentar ou diminuir sem alteração da validade, pois há um momento em que, pelo excesso de quantidade, a

qualidade é envolvida, arrastada, superada, e uma nova qualidade aparece: nesse momento em que a qualidade desaparece, em que é criada uma outra qualidade, a quantidade mostra que ela não era inessencial à validade.

Os limites monetários, a partir de 1964, foram, no Brasil, sistematicamente desrespeitados, por força da aplicação da doutrina da correção monetária, que pretendeu fazer do poder aquisitivo (mera condição da validade) o “fundamento de fato” da validade da moeda nacional. Ao empregarmos a indexação desenfreadamente, amparados em mais de duas centenas de leis e decretos da União, em outros tantos estaduais e municipais, em dezenas de milhares de resoluções e portarias, em centenas de milhares de julgados dos tribunais, e em milhões de cláusulas monetárias inseridas nos negócios jurídicos em geral, desarrumamos a ordem constitucional da moeda, e desmantelamos o já anacrônico livro das obrigações do Código Civil de 1917, que começara a desfilar-se na era VARGAS.

A transição do regime da indexação para o nominalismo deu-se, por outro lado, através de um artifício - o emprego das unidades reais de valor - e por meio da utilização de juros nominados, muito parecidos com os antigos indexadores. E, como, não obstante a desindexação da economia, ainda sobrevivem inúmeras exceções ao nominalismo, os referidos limites quantitativos continuam a ser desrespeitados entre nós. As taxas de juros atualmente praticadas, por exemplo, são exageradas, o que leva os juros a perder, em muitos casos, o seu perfil de acessórios do principal.

A quem cabe controlar essa situação?

Fala-se muito, a esse respeito, na supremacia do “mercado”. Mas o que é o mercado senão uma ordem monetária, que tem o seu fundamento na própria moeda? A supremacia não é, portanto, do mercado, mas da moeda, com o que recaímos no mesmo problema, o de saber a quem deve caber o seu controle.

A disciplina da moeda (sem falar na notável experiência do Euro) continua a ser, primordialmente, uma questão nacional, e o seu controle é atribuição dos poderes do Estado. No que diz respeito ao Poder Judiciário brasileiro a maioria das decisões judiciais, nessa matéria, tem contribuído, porém, não para o controle, mas para o descontrole monetário. Ocorre, nesse particular, o contrário do que observava ADAM SMITH no seu *Riqueza das Nações*, para quem certas condutas propositadamente egoístas das pessoas podiam acabar resultando num benefício

econômico para a coletividade. No caso do judiciário brasileiro, muitas decisões, embora individualmente bem intencionadas, proferidas em nome de supostas razões de justiça, tem acarretado graves danos financeiros ao país.

Para que o Poder Judiciário possa fazer a sua parte no controle da moeda é necessário que ele, em primeiro lugar, passe a empregar uma linguagem correta no trato das questões monetárias, evitando metáforas vulgares, tão do agrado de colonistas econômicos e de burocratas, que consistem, por exemplo, no emprego, para definir situações jurídicas, de termos utilizados para descrever coisas reais - tais como “torneirinhas”, “gatilhos”, “teto”, “subteto”, “piso”, “engessamento”, “aniversário da poupança”, “expurgos” e tantos outros.

O fato de as obrigações monetárias manifestarem-se através de quantidades, não deve ser fator de intimidação dos juízes, pois os números são formas de expressão semelhantes às palavras, com as quais os juristas tem tradicional familiaridade. Não nos devem assustar, por outro lado, as planilhas dos cálculos dos contadores e financistas, cujos critérios devem obedecer a princípios que os juízes podem perfeitamente dominar. O essencial é entender que tanto a moeda, como a lei, são normas jurídicas, e, como tal, sujeitas a regras de interpretação muito semelhantes, atendidas algumas peculiaridades de que trataremos ao longo deste artigo.

2 - DECIFRANDO A INDEXAÇÃO - A expressão *inflação*, se bem que de raiz latina, é de origem inglesa, e recebeu seu significado atual nos Estados Unidos, depois da guerra civil, difundindo-se, desde então, por todo o mundo. Embora muitos julguem tratar-se de um fenômeno puramente econômico, como é o caso de NUSSBAUM, cremos ser perfeitamente possível conceituar juridicamente a inflação, definindo-a como um caso de diminuição generalizada de eficácia das normas monetárias, aferível por meio de técnicas estatísticas.

Quando, entre o momento da constituição do crédito, e o da liquidação, ocorre acentuada diminuição de seu poder aquisitivo, mensurável através da variação dos níveis de preços, configura-se uma redução da eficácia das normas monetárias vigentes. A perda do poder aquisitivo dos créditos em geral contamina, por sua vez, a eficácia do poder liberatório das peças monetárias, o que pressiona o governo a aumentar a quantidade das referidas peças monetárias em circulação, cujo acréscimo descontrolado compromete, radicalmente, a eficácia da moeda nacional.

A redução de eficácia das normas monetárias não repercute, automaticamente, sobre a sua validade : para que a vigência das normas monetárias seja afetada é necessário a edição, por sua vez, de outras normas, que funcionam como *indexadores*.

Os *indexadores* - um neologismo, que o Aurélio não registra, mas que, ainda assim, ganhou notoriedade, entre nós, a partir de 1964 - são peças-chaves para a compreensão do fenômeno da correção monetária, porque a eles cabe *adaptar*, ao longo do tempo, os créditos expressos em moeda nacional às variações do poder aquisitivo.

Os *indexadores* e os *índices* distinguem-se, entre si, pelo fato de que os *indexadores* são *normas monetárias*, expressas em moeda nacional, o que não ocorre com os *índices*, que são meros algarismos. Os *indexadores*, por outro lado, podem corporificar-se em *títulos de crédito* (tal como ocorreu com as obrigações reajustáveis do tesouro nacional e as obrigações do tesouro nacional). Outros *indexadores*, como as unidades de referência de preços e as unidades fiscais de referência, assim como os *índices* em geral, não se exteriorizam em títulos de crédito.

Não é difícil perceber a relevância dos *indexadores* e dos *índices* num regime de indexação, isto é, de emprego sistemático de *índices*. Sem os *índices* não poderia haver indexação ou, dito de outra forma, sem *índices* não é possível *corrigir monetariamente*, em favor de alguns credores, os efeitos da inflação. Reduzida à sua expressão mais simples a correção monetária não passa de um conjunto de medidas destinadas a *determinar* o emprego de *índices*. O *índice*, imperativamente aplicado, é, portanto, a noção fundamental em torno da qual está edificado todo o regime jurídico da correção monetária.

Podemos definir o *índice* como **um indício, ou uma prova, de uma questão de fato ou seja, de que, num determinado período, os níveis de preços permaneceram iguais, ou se modificaram, para mais, ou para menos.** Em outras palavras, os *índices* são os *indicadores* de que, num determinado momento, após o decurso de um espaço de tempo, os preços médios, que eram *x*, ou permaneceram imutáveis, ou passaram a ser mais, ou menos, elevados do que no termo inicial da apuração dos seus níveis.

Essa questão de fato, como acentuamos há pouco, não afeta, por si só, a validade da ordem jurídica, salvo quando uma norma jurídica a ela se refere, o

que pode ocorrer de duas maneiras distintas: a) - ou criam-se, regularmente, normas periódicas específicas, de vigência temporária, expressas em moeda nacional, vinculadas a sucessivos índices de preços, com a finalidade de promover o reajustamento de créditos (designando-se essas normas de *indexadores* os quais, por sua vez, consistem em nomes seguidos de datas, tais como *obrigações reajustáveis do tesouro nacional do ano, semestre, trimestre, ou dia tal ou qual, unidades padrão de capital idem, idem, etc*) ; b) - ou as leis, as sentenças, os atos administrativos e os negócios jurídicos em geral referem-se diretamente aos índices de preços, de determinadas datas, para obter idêntico reajustamento, sem a mediação dos *indexadores*.

Embora os *indexadores* sejam normas monetárias, e os *índices* não o sejam, a lei, a sentença, os atos administrativos e os negócios jurídicos (que são normas) podem, como acabamos de ver, incorporar os *índices* ao seu conteúdo, do que resulta, na prática, um *intercâmbio de funções* entre os *índices* e os *indexadores*, o que demonstra inexistir uma *hierarquia* entre eles.

Com efeito, se tanto faz empregar-se um *índice* ou um *indexador* para reajustar créditos, isto significa que ambos são do mesmo nível, e que um deles, portanto, não é o fundamento de validade do outro: constatando-se, nesse caso, uma substancial diferença entre a *ordem monetária* e um regime de indexação.

A ordem monetária é um sistema escalonado, hierarquizado e dinâmico, em que a norma superior, de caráter geral, é o fundamento de validade das normas de nível inferior (que são as normas individuais), cabendo às pessoas preencher o conteúdo dessas normas hierarquicamente inferiores, mediante a atribuição de *quantias* aos atos jurídicos.

No caso, porém, de um regime de indexação, o sistema é *estático*, no sentido de que todas as partes que o compõem derivam e reportam-se ao mesmo conteúdo - o poder aquisitivo - , ao qual devem subsumir-se igualmente todos os *índices* e *indexadores*.

3 - A ILUSÃO DOS ÍNDICES - O primeiro movimento da reforma monetária posterior a 1986, que foi o chamado plano cruzado, ao mesmo tempo em que criou o *desindexador* denominado OTN (abreviatura de obrigação reajustável do tesouro nacional) deu, contraditoriamente, assento legal a um *índice* de preços ao consumidor : o IPC. O legislador do plano cruzado estava ainda longe de compreender que, para desindexar a economia, era preciso retornar ao tradicio-

nal princípio nominalista, medida que só se concretizou, mais tarde, com a promulgação do plano real, e, pouco depois, das Medidas Provisórias da desindexação.

Após ter causado muitos estragos, os índices de preços ao consumidor deixaram de ser calculados e divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, a partir de 31 de janeiro de 1991, por força da Medida Provisória n.º 294, de 1991. Mais tarde eles foram temporariamente ressuscitados através dos índices de preços ao consumidor "restritos" (IPCr), que desempenharam um papel significativo na implantação do Plano Real, por terem servido de instrumento de desindexação, sendo, num primeiro momento, praticamente generalizados para serem, pouco depois, extintos.

Outro índice que teve assento legal, embora sem ter se tornado tão célebre como o IPC, foi o INPC - Índice Nacional de Preços ao Consumidor. Quando os governos militares decidiram adotar o critério de correção monetária automático dos salários, foi ao índices nacionais de preços ao consumidor que recorreram, na forma do disposto nas Leis n.ºs 6.708, de 1979 e 7.238, de 1984. Convém lembrar que o Plano Cruzado, ao instituir o IPC, tivera a cautela de assegurar, expressamente que, no seu cálculo, deveria ser "observada a mesma metodologia do índice nacional de preços ao consumidor."

A Lei n.º 8.177, de 1991, ao cogitar da modificação da forma de apuração do IPC, determinou, por seu turno, expressamente, no § 4º do artigo 5º que "até que, por ato do Poder Executivo, se proceda à atualização prevista no parágrafo anterior, os métodos de cálculo do IPC serão os mesmos do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - faixa de renda restrita - INPC, limitado aos itens essenciais do consumo básico do trabalhador, isto é, alimentação, transporte e moradia."

Por outro lado, a primeira versão das sucessivas Medidas Provisórias da desindexação ao extinguir o IPC-r, dispôs, no seu artigo 8º, § 3º, que, a partir da referência julho de 1995, os INPCs substituiriam os IPCrs para certos fins. No caso dos contratos, anteriormente vinculados aos IPCrs, em que não havia previsão de índice substituto, a referida Medida Provisória da desindexação referiu-se a uma média do INPC e do Índice Geral de Preços - Disponibilidade Interna - IGP-DI, - apurado pela Fundação Getúlio Vargas.

Ultimamente, com a desvalorização acentuada do Real, os juízes estão concedendo liminares a consumidores que celebraram contratos com *cláusula valor*

moeda estrangeira sob o fundamento de que teria havido imprevisão, e onerosidade excessiva, substituindo em consequência a variação do dólar pela variação dos INPCs.

4 - AS CLÁUSULAS VALOR MOEDA ESTRANGEIRA - Uma alternativa ao uso de índices de preços consiste no emprego das cláusulas valor moeda estrangeira, também chamadas cláusulas de variação cambial, ou, simplesmente, de *indexação cambial*.

A disciplina jurídica das cláusulas valor moeda estrangeira e das outras formas de indexação no Brasil tem origens diversas. O Código Civil, no seu artigo 947, §§ 1º e 2º, permitia o emprego das cláusulas ouro e moeda estrangeira, o que passou a ser vedado na época do Estado Novo, pelo Decreto n.º 23.501, de 1933, que estabeleceu o curso forçado do mil réis papel, situação alterada pela ditadura militar quando essa adotou, em 1964, como política de governo, a correção monetária.

Embora essas políticas - a do curso forçado de 1930 e a da correção monetária de 1964 - sejam rigorosamente contraditórias as elites dirigentes brasileiras, numa solução de compromisso, tão ao seu gosto, privilegiaram a interpretação de que a correção monetária, como se referia a índices "internos", não violaria a proibição das cláusulas ouro e moeda estrangeira (que se vinculariam a índices "externos"), admitindo-se, portanto, a convivência dos dois sistemas, e resultando daí um regime que vedava as cláusulas ouro e moeda estrangeira (exceto em algumas hipóteses), mas estimulava, amplamente, a correção monetária.

A edição da Lei n.º 6.423, de 1977, ao subordinar praticamente toda indexação à variação das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional criou um problema novo para a doutrina, relativo à validade da indexação cambial, dividindo-se as opiniões, com MAURO BRANDÃO LOPES,¹ de um lado, e ALBERTO XAVIER², do outro.

A partir de 1986, as sucessivas medidas visando a desindexação da economia procuraram restringir, ao máximo, as cláusulas de indexação cambial, a começar pelo Decreto-lei n.º 2.290, de 1986. O Decreto-lei n.º 2.322, de 1987, que

¹ Cf. *Cambial em moeda estrangeira* (São Paulo, RT, 1978)

² Cf. "Validade das cláusulas em moeda estrangeira nos contratos internos e internacionais", (in *Revista Forense*, n.º 265, jan./fev. de 1979, pp. 27 a 35), BULHÕES PEDREIRA, por sua vez, no parecer "Obrigação Pecuniária: Correção Monetária; Indexação Cambial", in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 193 p. 363 a 372 jul/set 1993, tentou superar as posições de Mauro Brandão Lopes e de Alberto Xavier, declarando-se favorável à submissão, *tout court*, de qualquer modalidade de cláusula monetária ao sistema da indexação.

reindexou a economia após o fracasso do plano cruzado, manteve a proibição dos reajustes vinculados a variações cambiais ressaltando, contudo, a correção decorrente da alteração dos preços de insumos importados, o que foi mantido pela Lei n.º 7.738, de 1989, e pela Lei n.º 7.801, de 1989.

As leis relativas às locações também tiveram a preocupação de referir-se, expressamente, à vedação da cláusula de indexação cambial, como é o caso das Leis n.ºs 8.157, de 1991, 8.178, de 1991 e 8.245 de 1991.

A Lei n.º 8.880, de 1994, e a Lei n.º 9.069, de 1995, ainda enfrentaram a questão da correção cambial, sob o prisma da indexação em geral. Com a edição, contudo, da Medida Provisória n.º 1.053, de 30 de junho de 1995, que restaurou o nominalismo, a discussão sobre a indexação cambial - que era típica e característica de um regime de indexação - ficou deslocada.

Retornamos, nesse particular, embora de forma mitigada, às concepções que vigoravam no tempo do Estado Novo, com a diferença de que hoje há um número muito maior de exceções, sendo as cláusulas valor moeda estrangeira consideradas válidas atualmente nos seguintes casos: a) - em contratos internacionais (ou, na dicção da lei, os “contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias”); b) - em contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens de produção nacional, vendidos a crédito para o exterior; c) - em contratos de compra e venda de câmbio em geral; d) - em empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior; f) - em contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das obrigações referidas na letra anterior (ou seja, os empréstimos e obrigações com credor ou devedor residente ou domiciliado no exterior); g) em contratos de arrendamento mercantil com base em captação de recursos provenientes do exterior; h) nos casos expressamente autorizados por Lei Federal; i) nos contratos a que se refere o § 5º do artigo 27 da Lei 9.069, de 1995, que continuam regidos “por legislação própria” (e que são os “mercados financeiros, de valores mobiliários, de seguros, de previdência privada, de capitalização e de futuros”).

As exceções, como se vê, são muito amplas. Vários contratos internos, com recursos provenientes de financiamentos externos, podem ter correção cambial, permissão que, juridicamente, não tem maior consistência, uma vez que, sendo o mútuo um contrato real, pouco importa a origem dos recursos, porque esses, chegando ao Bancos brasileiros, deixam de ser moeda estrangeira, e os negócios

internos são celebrados em moeda nacional. São tantas as exceções que a administração do problema da cláusula cambial, na prática, acaba dependendo de critérios casuísticos.

Registre-se, por outro lado, a hipocrisia do governo federal ao proibir a celebração interna de contratos valor moeda estrangeira, enquanto emite, ao mesmo tempo, uma quantidade enorme de títulos da dívida pública interna com indexação ao dólar.

O verdadeiro problema com o qual nos defrontamos, neste caso (como em tantos outros no país) é o tratamento não isonômico que se costuma dar aos cidadãos brasileiros, de modo que apenas alguns deles possam beneficiar-se, e sempre através de exceções. Sob um certo aspecto era melhor, portanto, a permissão genérica de emprego das cláusulas moeda estrangeira do Código Civil do que a proibição genérica da ditadura VARGAS, que deu lugar às inúmeras exceções atuais.

5 - AS NORMAS DE CONVERSÃO - A doutrina da correção monetária trata o fenômeno, anormal, de ter havido OTN's depois de ORTN's, e BTN's depois de OTN's como se tivesse ocorrido a *conversão*, de um “indexador” em outro “indexador”, o que é um equívoco.

Diz-se, tecnicamente, que há conversão quando as obrigações, expressas, anteriormente, numa determinada moeda, são *recepcionadas* por uma nova moeda, passando esta última a fundamentar a validade das obrigações expressas na moeda anterior. Toda e qualquer conversão dá-se sempre e necessariamente através da moeda, e por meio de uma norma de conversão, que se situa num plano superior ao das obrigações monetárias convertidas.

A conversão de obrigações monetárias expressas na moeda anterior em obrigações monetárias na nova moeda, dá-se, ao mesmo tempo, mediante alteração do nome e (quase sempre) das quantidades: as obrigações, por um lado, mudam de denominação (passando a designar-se segundo a nova moeda) e, por outro lado, são divididas (ou multiplicadas) pelo fator de conversão. Quando ocorreu, por exemplo, em 1986, a revogação do cruzeiro pelo cruzado, as obrigações em cruzeiros foram recepcionadas pelo cruzado - tornando-se obrigações denominadas em cruzados - segundo uma *norma de conversão*, por força da qual uma importância de 1.000 cruzeiros tornava-se liquidável por 1 cruzado.

Quanto aos indexadores denominados ORTNs aconteceu com eles, nessa mesma época, o seguinte: em 27 de fevereiro de 1986, eles tinham a cotação, em cruzeiros, de Cr\$ 93.039,40 (noventa e três mil trinta e nove cruzeiros e quarenta centavos); com a promulgação do Plano Cruzado o último deles foi recepcionado pela nova moeda, recebeu outra denominação, e, depois de sobre ele incidir a norma de conversão, foi cotado, a partir de 3 de março de 1986, em CZ\$ 106,40 (cento e seis cruzados e quarenta centavos)

Não houve, pois, conversão de créditos em ORTN para créditos em OTN, como não ocorreu a conversão de créditos em OTN para créditos em BTN. A conversão dá-se, repita-se, de obrigação numa determinada moeda para obrigação em outra moeda, nacional ou estrangeira. Toda e qualquer conversão ocorre sempre, e necessariamente, via moeda, que se situa num plano superior ao das obrigações. A conversão é, por assim dizer, um processo angular, e não linear. Um indexador não é convertido, pois, em outro indexador, nem uma obrigação expressa numa unidade de conta é convertida numa obrigação expressa numa unidade de conta posterior.

Convém lembrar, a esse propósito, que a norma que constitui o novo indexador em moeda nacional revoga a norma anterior que constituía o anterior indexador. Quando uma resolução ministerial, por exemplo, cotava o BTN fiscal do dia 11 de fevereiro de 1990 em NCz\$ 20,76 (vinte cruzados novos e setenta e seis centavos) ela revogava a resolução ministerial anterior que tinha cotado o BTN fiscal do dia 10 de fevereiro de 1990 também em NCz\$ 20,76 (vinte cruzados novos e setenta e seis centavos) que, por sua vez, revogara a resolução ministerial anterior, do dia 9 de fevereiro de 1989 que o cotara em NCz\$ 20,17 (vinte cruzados novos e dezessete centavos).

Quando o Plano Cruzado não deu certo, o legislador brasileiro deparou-se com uma situação nova, que consistia em ter que revigorar os indexadores anteriores, o que se promoveu por vários meios, a começar pelo Decreto-lei n.º 2.322, de 26 de fevereiro de 1987, que, através da nova redação dada ao artigo 2º e seus parágrafos do Decreto-lei n.º 2.290, de 21 de novembro de 1986, dispôs: "A legislação anterior a 28 de fevereiro de 1986 e que tenha a Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional como índice para correção monetária passa a vigorar com os índices da variação nominal da Obrigação do Tesouro Nacional - OTN".

Decidiu-se, pois, na ocasião, que as OTNs voltariam a valer como se fossem ORTNs, o que, do ponto de vista constitucional, era impossível, mas, diante

das pressões financeiras e políticas insuportáveis, ninguém teve disposição de declarar isso na época.

No caso do BTN a aplicação retroativa dos indexadores ficou mais clara ainda. O Plano Verão, como acabamos de ver, foi mais complexo do que o Plano Cruzado, porque, além dos problemas institucionais e conjunturais que lhe cabia enfrentar, teve o legislador que lidar, ainda por cima, com novas situações decorrentes do fracasso do cruzado (e também do Plano Bresser, baixado pelo Decreto-lei n.º 2.335, de 1987, afinal revogado pelo aludido Plano Verão).

Uma das drásticas providências da Medida Provisória n.º 32, de 15 de janeiro de 1989, foi extinguir, no seu artigo 15, as OTNs e as OTNs fiscais, as primeiras a partir de 16 de janeiro de 1989 (na cotação aproximada de Cz\$ 6.170,00 (seis mil e cento e setenta cruzados) e as demais a partir de 1º de fevereiro de 1989 (com a cotação projetada, já em cruzados novos, de NCz\$ 6,92 (seis cruzados novos e noventa e dois centavos).

Diferentemente do Plano Cruzado, o Plano Verão não previu, para o futuro, a criação de quaisquer outros indexadores (ou desindexadores), contentando-se em empregar, para fins de indexação, os IPCs, em cujo cálculo, aliás, a Medida Provisória n.º 32, de 1989, nos artigos 9º e seguintes, interveio, para que esses índices, quando fossem utilizado na função de indexadores, produzissem os resultados adrede pretendidos pelo legislador.

Não tendo, de novo, como seus antecessores, dado certo, o Plano Verão precisou ser sucessivamente revisto, inclusive, afinal, para serem recriados indexadores oficiais da economia, tendo sido escolhidos, para esse fim, os BTNs, instituídos pela Medida Provisória n.º 48, de 19 de abril de 1989, reeditada, após, através da Medida Provisória n.º 57, de 22 de maio de 1989.

Entre a extinção das OTNs e a criação dos BTNs houve um hiato de cerca de 3 (três) meses, o que é salientado por FÁBIO KONDER COMPARATO³, em artigo sobre o tema, no seguinte trecho, *in verbis*: "De qualquer modo, convém frisar que o novo título não veio substituir a OTN, ou dar-lhe nova denominação. A OTN foi extinta com a MP n.º 32, de 1989, criando-se, assim, um hiato de três meses entre a sua extinção e o surgimento do BTN."

³ Cf. FÁBIO KONDER COMPARATO, "Cláusulas Contratuais de Indexação de Preços", *In Revista de Direito Mercantil*, n. 85, março de 1992, p. 41

A Medida Provisória n.º 68, de 14 de junho de 1989, mais tarde convolada, com algumas modificações, na Lei n.º 7.799, de 10 de julho de 1989, criou os BTN's Fiscais, com reajustes diários, "projetando a evolução da taxa mensal de inflação". Essa Lei, no seu artigo 75, diz o seguinte: "As obrigações que se vencerem a partir da data da publicação desta Lei, decorrentes de contratos celebrados até 15 de janeiro de 1989, vinculados à variação da OTN aos quais não se aplique o disposto no artigo 1º da Lei n.º 7.774, de 8 de junho de 1989, serão atualizadas: a) até fevereiro de 1989, pela OTN de NCz\$ 6,17 (seis cruzados novos e dezessete centavos) multiplicada pelo fator 1,2879; b) a partir dessa data, pela variação do BTN. Parágrafo único. No caso de o contrato prever índice substitutivo à OTN, prevalecerá este."

Através da manipulação das quantias, promoveu-se, de novo, como se verifica, a aplicação retroativa de normas. O mesmo artifício, mais tarde, foi utilizado pela Medida Provisória n.º 83, de 31 de agosto de 1989, transformada na Lei n.º 7.483, de 18 de outubro de 1989. Com o propósito, ainda, de estabelecer "normas de ajustamento do Programa de Estabilização Econômica" - e visando, agora, através da edição de uma regra de cunho geral, promover a transformação retroativa dos BTN's em OTN's - a Lei n.º 7.801, de 11 de julho de 1989, no seu artigo 5º, dispôs: "Os valores previstos em Lei em quantidades de Obrigações do Tesouro Nacional - OTN -, que não tenham sido objeto de conversão na forma da legislação em vigor, serão convertidos em Bônus do Tesouro Nacional à razão de 1 OTN (Obrigação do Tesouro Nacional) para 6,17 BTN (Bônus do Tesouro Nacional)."

Tanto o "tratamento monetário" dado pela Lei aos indexadores, como a retroatividade praticada pelas diversas normas que, anormalmente, diante do fracasso de planos de desindexação e de estabilização monetárias, recriaram indexadores, foram, a nosso ver, inconstitucionais, pois as Constituições brasileiras sempre consagraram a vigência de uma única (se nos permitem a redundância) unidade monetária e vedaram a aplicação retroativa das normas. A jurisprudência, porém, tem se esquivado, até hoje, de decretar a inconstitucionalidade dessas leis e admite, em consequência, uma *continuidade fictícia* entre os diversos indexadores o que cria inúmeros problemas jurídicos e financeiros, que ainda está em tempo de solucionar.

6 - ANALISANDO A DOUTRINA - Os índices e indexadores posteriores a 1964 foram, a pouco e pouco, contagiando os institutos do direito público e privado brasileiro. Basta ler, mesmo pelo alto, as ementas das principais leis que

disciplinaram a correção monetária ao longo desses anos, os títulos dos artigos de doutrina relativos à matéria, e os índices das coleções de julgados sobre o assunto, para termos a visão imediata da extensão dos efeitos da indexação sobre a ordem jurídica brasileira.

Na verdade, os temas tratados nas leis, na doutrina e na jurisprudência da correção monetária são díspares, e pouco apresentam em comum, salvo o fato de terem a ver todos com a redução do poder aquisitivo de créditos num determinado período de tempo. No tocante à doutrina e à jurisprudência as questões gerais por elas versadas resumem-se, apenas, ao seguinte: a) - incidência, ou não, da correção monetária; b) - critério de cálculo; c) termo inicial da correção; d) - termo final da correção; e) - incompatibilidade entre a pretensão de correção e norma legal em sentido diverso e f) - diversidade de índices e de indexadores.

Não pretendemos cansar o leitor analisando, em pormenores, a casuística da correção monetária, mesmo porque, com a desindexação, a maior parte das discussões travadas sobre o assunto, que nunca haviam primado pelo brilho nem pela criatividade, perderam o interesse prático. Pareceu-nos útil, contudo, analisar a evolução das repercussões da indexação sobre alguns dos institutos jurídicos por ela afetados para evidenciar as distorções provocadas ao longo desses quase quarenta anos de inflação, e tomamos como exemplo três desses institutos, cuja relevância é manifesta: a concordata, a desapropriação e a revisão de alimentos.

O Decreto-lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945 atribuía ao despacho que mandava processar a concordata o importante efeito de fazer cessar o curso de juros. Depois de 1964 essa regra foi revogada pela Lei n.º 4.983, de 1966, passando-se a exigir juros de 12% até o pagamento ou o depósito em juízo da importância dos créditos legalmente habilitados. Ao mesmo tempo, alterou-se o termo inicial do prazo para cumprimento da concordata, que era a data da sentença que a concedia, e passou a ser a data do ingresso pedido em juízo, determinando-se que o devedor depositasse as quantias correspondentes às prestações que se vencessem antes da sentença que tivesse concedido a concordata, até o dia imediato ao dos respectivos vencimentos, se a concordata fosse a prazo e, se à vista, as porcentagens devidas aos credores quirografários, dentro dos 30 (trinta) dias seguintes à data do ingresso do pedido em juízo.

Mais tarde, com a Lei n.º 6.899, de 8 de abril de 1981, grande parte da doutrina e da jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal⁴, passou a entender que deveria incidir a correção monetária sobre os créditos habilitados na

⁴ Cf. JORGE LOBO, "Correção Monetária dos Créditos Quirografários na Concordata Preventiva", in *Revista dos Tribunais*, vol. 660, out. de 1990, pp. 329-336.

concordata, embora as opiniões ficassem divididas a respeito. Procurando superar essas divergências, a Lei n.º 7.274, de 10 de dezembro de 1984, disciplinou expressamente a correção monetária nas concordatas, acrescentando vários parágrafos ao artigo 175 da Lei de Falências.

Após a edição do Decreto-lei n.º 2.263, de 27 de fevereiro de 1986, surgiu o entendimento de que a Lei n.º 7.274, de 10 de dezembro de 1984, fora revogada pelo artigo 34 do aludido Decreto-lei voltando a vigor, nesse aspecto, a Lei n.º 6.899, de 1986, daí resultando a Súmula 8 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual aplicava-se “a correção monetária aos créditos habilitados em concordata preventiva, salvo durante o período compreendido entre as datas de vigência da Lei n.º 7.274, de 10 de dezembro de 1984 e do Decreto-lei n.º 2.283, de 27 de fevereiro de 1986.”

Nova alteração foi promovida pela Lei n.º 8.131, de 24 de dezembro de 1990 segundo a qual os créditos sujeitos a concordata deveriam ser corrigidos monetariamente de acordo com a variação dos Bônus do Tesouro Nacional - BTN - e os juros calculados a uma taxa de até doze por cento ao ano, a critério do juiz, tudo a partir da data do ajuizamento do pedido de concordata com relação às obrigações até então vencidas podendo o devedor, em relação às obrigações vincendas, optar pelos termos e condições que anteriormente houvessem sido acordados.

Com a Lei n.º 8.177, de 1º de março de 1991, que extinguiu o BTN, foi determinada a incidência, a partir de fevereiro de 1991, sobre os passivos das empresas concordatárias e em falência, de juros de mora equivalentes à variação da Taxa Referencial Diária - TRD -, situação que a Medida Provisória n.º 1.053, de 1995, não alterou, ao fazer permanecerem em vigor as disposições sobre correção monetária nas falências e concordatas (embora a TRD tenha sido extinta em 1993.)

O caso das Desapropriações é outro exemplo de perturbação causada pelo emprego dos índices. O Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, determinava que a avaliação do bem desapropriado fosse contemporânea do decreto expropriatório, estabelecendo limites para a indenização. A Lei n.º 2.786, de 21 de maio de 1956, modificou, substancialmente, essa regra, ao determinar que a importância da avaliação fosse contemporânea não mais da declaração de utilidade pública, mas da avaliação, dispondo, porém, restritivamente, a Súmula 416 do STF que, “pela demora no pagamento do preço da desapropriação não cabe indenização complementar além dos juros.”

Em 1965 foi editada a Lei n.º 4.686, de 21 de junho de 1965, que determinou que “decorrido prazo superior a um ano, a partir da avaliação, o Juiz ou o Tribunal, antes da decisão final, determinará a correção monetária do valor apurado.” A doutrina defendeu a tese, afinal acolhida pela jurisprudência, de que tal decisão final seria o momento do efetivo pagamento da indenização, e passou a considerar o montante da condenação do expropriado uma dívida de valor. Saliente-se, por outro lado, que, diante da demora no pagamento do preço, a doutrina e a jurisprudência, não obstante o disposto na Súmula 416 do STF, passaram a admitir a propositura de ações ordinárias de indenização para obter a correção monetária do referido preço.

Mais tarde a Súmula 475 do STF, de 1969, estatuiu que a Lei n.º 4.686, 1965, teria “aplicação imediata aos processos em curso, inclusive em grau de recurso extraordinário”. Em 1975 a Lei n.º 6.306, de 15 de dezembro de 1975, alterou o § 2º do Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, que passou a vigorar com a seguinte redação: “Decorrido prazo superior a um ano a partir da avaliação, o Juiz ou Tribunal, antes da decisão final, determinará a correção monetária do valor apurado, conforme índice que será fixado, trimestralmente, pela Secretaria de Planejamento da Presidência da República.”

Posteriormente, a Súmula 561 do STF, dispôs que “em desapropriação, é devida a correção monetária até a data do efetivo pagamento da indenização, devendo proceder-se à atualização do cálculo, ainda que por mais de uma vez.” Seguiu-se a Súmula 618 do STF, segundo a qual “na desapropriação direta ou indireta, a taxa de juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano.”

Cumprido salientar que a Lei não prevê juros compensatórios sobre a indenização expropriatória, tratando-se sua incidência de uma construção da doutrina⁵ e da jurisprudência. Se consideramos que os juros incidem sobre *quantias atribuídas* e não sobre *quantias apuradas*, constataremos que os chamados juros compensatórios na desapropriação não consistem, propriamente, em juros, mas, apenas, num elemento a mais no cálculo da indenização do expropriado, resultante do decurso do tempo, cuja utilização, de resto, deixou de fazer qualquer sentido quando se passou a aplicar a correção monetária às desapropriações.

Com a criação do Superior Tribunal de Justiça foi editada a Súmula 12, de 1990, admitindo a cumulação, em desapropriação, de juros compensatórios e moratórios, e, mais tarde, a Súmula 67 afirmando caber “a atualização monetária,

⁵ Escreveu, a esse propósito, MIGUEL SEABRA FAGUNDES, in *Da Desapropriação no Direito Brasileiro*, Rio, Freitas Bastos, 1949, 2ª. edição, p. 227, item 239 “Ao proprietário não se poderão negar os juros sobre o preço definitivamente fixado, a contar da imissão provisória, pois que desde então sofreu o efetivo desfalecimento do seu patrimônio em favor da Administração Pública.”

ainda que por mais de uma vez, independente do decurso de prazo superior a um ano entre o cálculo e o efetivo pagamento da indenização⁶, entendendo, em seguida, a Súmula 102 que a “incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios, nas ações expropriatórias, não constitui anatocismo vedado em lei.” Nessa mesma linha, a Súmula 141 fixou a posição daquele Superior Tribunal de Justiça no sentido de que os honorários de advogado, nas desapropriações, devem incidir sobre o principal, a correção monetária, e mais os juros compensatórios e moratórios, tudo corrigido.

A superposição desses acréscimos acabou tornando exponencial o cálculo das indenizações em desapropriação. Os exageros condenáveis do Decreto-lei n.º 3.365, de 1941, favoráveis à Fazenda Pública, foram substituídos por exageros em sentido contrário, agora desfavoráveis ao expropriante. Hoje em dia os cálculos em desapropriação alcançam montantes exorbitantes, apresentando distorções que ficam cada vez mais claras quanto menor é a inflação. Além disso, à falta de critérios legais de avaliação - que, bem ou mal, havia na primitiva redação de 1941 - os peritos são, freqüentemente, levados a proceder avaliações estapafúrdias, que servem, afinal, para aumentar o déficit público.

Essa sucessão de remendos precisa ser definitivamente consertada, através de reinterpretação da Constituição, e de alterações nas Leis e nas Súmulas, para adaptar todas essas regras ao princípio nominalista. O ponto de partida dessa nova interpretação deve ser o reconhecimento de que o “valor real” é o “valor legal”, que caberá ao Juiz determinar, superado o argumento de que a lei pode dar mau cumprimento à Constituição, pois é um argumento que pode aplicar-se a qualquer dispositivo constitucional. A Lei n.º 2.786, de 21 de maio de 1956, a nosso ver, deve ser preservada. O mesmo não se pode dizer, contudo, das Leis n.ºs 4.686, de 21 de junho de 1965, e 6.306, de 15 de dezembro de 1975 que devem ser revogadas. Impõe-se o cancelamento, outrossim, das Súmulas 561 do STF, e 12, 67, 102 e 141 do STJ.

No que se refere à revisão da pensão alimentícia, trata-se de matéria que, a nosso ver, estava bem resolvida no direito brasileiro pela regra do artigo 401 do Código Civil, diante da qual “se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na fortuna de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar do juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou agravação do encargo.

Discrepando dessa concepção bem engendrada, a Lei n.º 5.478, de 25 de julho de 1968, estatuiu que “a decisão judicial sobre alimentos não transita em

⁶ O que está em choque, atualmente, com o disposto nas Medidas Provisórias da Desindexação, que fixa o prazo de um ano para as correções monetárias em geral.

julgado e pode a qualquer tempo ser revista em face da modificação da situação financeira dos interessados.”

Alguns anos mais tarde, e rompendo, de vez, com as boas tradições do nosso ordenamento, a Lei do Divórcio estabeleceu que, “salvo decisão judicial, as prestações alimentícias de qualquer natureza serão corrigidas monetariamente na forma dos índices de atualização das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN.”

Como as Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional foram extintas em 1986, a jurisprudência brasileira vinculou a pensão a um certo número de salários mínimos, empregando, pois, os salários mínimos como indexadores, procedimento que as Leis n.ºs 6.205, de 29 de abril de 1975, e 7.789, de 3 de julho de 1988, taxativamente vedaram, proibição reiterada, pouco depois, por disposição constitucional de 1988.⁷

O argumento em que se baseia essa jurisprudência, para concluir pela possibilidade de vinculação dos alimentos ao reajuste do salário mínimo é o de que há uma “identidade de fins da pensão alimentícia e do salário mínimo, sendo aquilo que representa o mínimo necessário para a subsistência da pessoa⁸.” Essa alegação, que considera os “fins” de ambas as prestações impressiona, à primeira vista, já que tanto a pensão alimentar como o salário mínimo constituem “cestas básicas” necessárias à sobrevivência das pessoas.

Não obstante isso, tanto o salário mínimo, como a pensão alimentar, não passam, na verdade, de obrigações pecuniárias, situadas no plano das normas. O fato de ambos referirem-se a uma “cesta básica” real, não os torna reais.

Quando a Constituição Federal alude a salário mínimo, ela está referindo-se a um *único* salário, a uma quantia expressa em termos absolutos, e não a indexadores que possam servir de padrão para o cálculo do montante de outras obrigações pecuniárias; ou seja, ela institui “o” salário mínimo (e não “um” salário mínimo), como sendo a quantia abaixo da qual salário algum pode ser pago, mas veda, ao mesmo tempo, que isso sirva como multiplicador para o pagamento de importâncias superiores.

Quanto à suposta razão prática recomendando o uso, pelo juiz, dos salários mínimos como indexadores das pensões (para reduzir o número das ações de revisão, e diminuir a quantidade de processos em curso na Justiça) deve salientar-

⁷ Cf. artigo 5º, inciso VII, *in fine*, da Constituição Federal.

⁸ Cf. CAHALI, *op. cit.*, p. 709, e notas 20 e 21.

se que tal razão não pode ser invocada, já que o legislador descartou-a, expressamente, ao editar uma norma que leva à conclusão de sentido contrário (com base, ele também, em razões práticas, dentre elas a de evitar que o reajuste do salário mínimo, por motivos sociais, repercuta, negativamente, sobre situações inteiramente diversas, dificultando, ou mesmo impedindo, a elevação do referido salário mínimo).

Note-se, por outro lado, que a conveniência de vinculação das pensões ao salário mínimo não é, como a muitos parece, tão evidente. Passados muitos anos, a vinculação original da pensão ao salário mínimo vai perdendo as suas características iniciais, especialmente nos casos em que o alimentante e o alimentando não são assalariados dessas condições.

Numa economia estável, enfim - cuja preservação cabe aos órgãos de todos os poderes, inclusive do Judiciário - é mais "prático" que o juiz reveja, caso a caso, as pensões, apenas se e quando houver, concretamente, mudança "na fortuna de quem os supre, ou na de quem os recebe", e não automaticamente, com auxílio de indexadores.

7 - A HIDRA DE LERNA - Além de empestar a ordem jurídica com tantos índices e indexadores a doutrina da correção monetária obrigou os juristas brasileiros a perder seu tempo divagando sobre noções ambíguas como *dívidas de valor*, *cláusula rebus sic stantibus* e *equilíbrio econômico financeiro*, usadas com a mesma finalidade da indexação: preservar os interesses dos credores, permitindo-lhes "conviver" com a inflação.

O termo dívida de valor deve a sua inserção no direito brasileiro a TULLIO ASCARELLI, sendo o título de um trabalho seu publicado no Brasil em 1946⁹. A expressão traduz a palavra "*Wertschuld*" cunhada na Alemanha por NUSSBAUM em 1925¹⁰. Ao publicar, anos depois, em 1950, nos Estados Unidos, o livro *Money in the Law*¹¹ percebeu, contudo, NUSSBAUM que o termo "*value debt*" não teria sentido em inglês, daí ter passado a chamar a dívida de valor de "*adaptable debt*", por oposição a "*ordinary debt*".

⁹ Cf. ASCARELLI, Túlio, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, São Paulo, Saraiva, 1945, ensaio "As dívidas de valor".

¹⁰ Cf. NUSSBAUM, Arthur, "Teoría Jurídica del dinero", *El dinero en la teoría y en la práctica del derecho alemán y extranjero*, tradução espanhola e notas de Luís Sancho Serál Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1929. pp. 234 e seguintes.

¹¹ Traduzido para o espanhol por ALBERTO SCHOO, com o título *Derecho Monetário*, cit. (cf. nota de nº. 207, na p. 262).

Dívida de valor opõe-se, usualmente, a dívida de dinheiro, termo este consagrado na doutrina brasileira das obrigações, tendo sido mencionado pela primeira vez por LACERDA DE ALMEIDA, na 1ª edição de seu *Obrigações*, de 1897¹², sob influência de SAVIGNY¹³. Também CARVALHO DE MENDONÇA, na primeira edição de sua *Doutrina e Prática das Obrigações* de 1908¹⁴, usa o termo "dívida de dinheiro". O Código Civil prefere denominar a dívida de dinheiro de "obrigação de pagamento em dinheiro" (como no artigo 1.061). O Código de Processo Civil de 1973 refere-se a dívida de dinheiro no seu artigo 675.

ASCARELLI afirma que a categoria dívida de valor aflora na jurisprudência internacional na época de crises monetárias, e chama a atenção para a diferença que existe, a seu ver, entre a dívida de valor - que não estaria sujeita ao nominalismo - e as hipóteses de abrandamento do princípio do valor nominal pela cláusula *rebus sic stantibus* (e similares). Outros doutrinadores assemelham, todavia, as duas noções.

Para superar as ambigüidades dos doutrinadores, a respeito da matéria, parece-nos mais correto utilizar as noções de *quantia apurada* e de *quantia constituída*, que levam em consideração a circunstância de que os atos jurídico-monetários desenvolvem-se no tempo, e que entre o momento da constituição da obrigação e o de sua liquidação - ou entre o momento da propositura da ação judicial e o da sentença - decorre, habitualmente, uma sucessão de dias, de meses, ou de anos.

A apuração da quantia e a atribuição da quantia acontecem em dois momentos distintos, e ocorrem em dois diferentes planos: a apuração da quantia é do plano da realidade, e antecede a atribuição da quantia, que é do plano das normas. Ao apurar a quantia não se está constituindo, ainda, um valor, uma norma jurídico monetária; mas quando o montante é acolhido pela lei, pelo ato administrativo, pelo negócio jurídico, ou pela sentença - surgindo a atribuição de uma quantia - essa importância atribuída ao ato jurídico passa a integrá-lo, torna-se parte do seu conteúdo, e configura uma norma monetária, protegida pelos

¹² Cf. LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula, *Obrigações*, Porto Alegre, Tipografia de César Reinhardt, 1897.

¹³ SAVIGNY, in *Le Droit des Obligations* tradução francesa de T. Hippert, Paris, A. Durand & Pedone Lauriel, 1875, usa a expressão "dívida de dinheiro, citando ampla bibliografia a respeito, da qual a obra mais antiga é de J. G. DIETZE, "*Versuch einer münzwissenschaftlichen Beantwortung der Frage; wie ist eine Geldschuld abzutragen? u.s.w*" (ensaio de resposta monetariamente científica às questões: como quitar-se uma dívida de dinheiro? etc ...)

¹⁴ Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, M. I., *Doutrina e Prática das Obrigações*, 4ª edição, Forense, Rio, 1956, posta em dia por JOSÉ DE AGUIAR DIAS.

princípios da irretroatividade, e de respeito ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, que se conjugam com o princípio do nominalismo monetário.

A diferença entre quantia apurada e quantia constituída é facilmente perceptível se considerarmos uma questão prática, examinando o que ocorre, por exemplo, numa ação de desapropriação, onde o *quantum* da indenização será fixado na sentença pelo juiz, com base em quantias inicialmente oferecidas pelo expropriante, pedidas pelo expropriado e sugeridas pelo perito. Tanto as importâncias oferecidas pelo autor, como as pedidas pelo réu e as sugeridas no laudo do perito são quantias apuradas (vale dizer: apuradas pelas partes e pelo perito). A quantia constituída será a importância fixada, afinal, pela decisão judicial transitada em julgado, que configura uma norma monetária.

Tomando como ponto de partida essas noções, verificaremos que a doutrina das dívidas de valor versa sobre quantias apuradas, e não sobre quantias constituídas, tanto que essa doutrina respeita o princípio da imutabilidade do *quantum* depois de ele ter sido definitivamente fixado. Quanto à teoria da imprevisão ela refere-se a quantias constituídas.

A doutrina em geral admite que, salvo vedação legal, as quantias partes podem vincular-se a cláusulas de escala móvel, que façam referência a índices ou indexadores. Surgiu, diante disso, a discussão sobre se a teoria da imprevisão se aplicaria tanto às dívidas constituídas em moeda legal, como às dívidas constituídas com vinculação a índices ou indexadores.

Na época em que a teoria da correção monetária dominava, por inteiro, o cenário jurisprudencial e doutrinário brasileiro, preconizava-se a indexação tanto das quantias apuradas como das quantias atribuídas, como se se tratasse de procedimentos semelhantes, o que eles, porém, absolutamente não são. É muito diferente considerar-se, por um lado, a variação de fato dos níveis de preços para ajustar-se uma quantia apurada; e, por outro lado, majorar-se uma quantia já definitivamente constituída - diante, nesse último caso, do respeito devido às garantias do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e da irretroatividade das normas.

Outra expressão contraditória na doutrina e na jurisprudência é “equilíbrio econômico financeiro”, usada, freqüentemente, num sentido a nosso ver impróprio, em substituição à correção monetária. Ela passou a figurar, inclusive, recentemente, em normas legais, como é o caso das Leis n.ºs 8.178, de 1º de março de 1991, 8.880, de 27 de maio de 1994, e 9.069, de 29 de junho de 1995.

Trata-se de termo que se originou no Direito Administrativo francês; e quem a divulgou, entre nós, inicialmente, foi o Professor CAIO TÁCITO,¹⁵ para quem seu endereço originário, segundo LAUBADÈRE, “visou a compensar a admissão de outro princípio correlato, o da *mutabilidade do contrato administrativo* por oposição à imutabilidade dos contratos de direito privado”.

Essa constatação é importante, pois mostra que é a mutabilidade do contrato administrativo - que consiste em “reconhecer a supremacia da Administração, quanto à faculdade de inovar, unilateralmente, as normas do serviço, adaptando as estipulações contratuais às novas necessidades e conveniências públicas” - que justifica a contrapartida financeira a favor credor, e que isso não se aplica aos contratos privados.

Mais tarde, tentou-se alargar esse conceito específico dos contratos administrativos para estendê-lo aos contratos privados, chegando alguns a ver a noção consagrada no artigo 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, através, contudo, de uma interpretação forçada, e inaceitável da palavra “efetivas”, do mencionado texto constitucional.

A tentativa de tornar a doutrina do equilíbrio econômico financeiro uma regra geral esbarra, enfim, no princípio da força obrigatória dos contratos, no princípio de que o “preço” é um elemento essencial do contrato, e nas garantias constitucionais de respeito à irretroatividade das normas, ao ato jurídico perfeito, e à coisa julgada.

8 - A TRANSIÇÃO PARA OS JUROS - A nossa hiperinflação foi longa e dolorosa, e a sua eclosão veio sendo postergada por sucessivas alterações monetárias que ocorreram entre 1986 e 1995, as quais configuraram uma única reforma monetária, que culminou com a promulgação do Real. Essa reforma monetária durou cerca de nove anos, e foi muito prolixa, tendo envolvido: a) - a criação, sucessiva, de 5 (cinco) diferentes moedas, e das respectivas normas de conversão; b) - medidas visando extinguir a correção monetária automática e generalizada c) - procedimentos tópicos para reduzir, abruptamente, a inflação.

A primeira tentativa de reforma monetária foi o Plano Cruzado, de março de 1986. A 2ª foi o Plano Cruzado II, de novembro de 1986. Houve uma recaída, com o Decreto-lei n.º 2.332, de fevereiro de 1987, que promoveu a reindexação. A 3ª tentativa foi o Plano Bresser, do Decreto-lei n.º 2.335, de junho de 1987, que criou as URPs. A 4ª tentativa foi o Plano Verão, da Medida Provisória n.º 32, de janeiro de

¹⁵ Cf. “O equilíbrio financeiro na Concessão de Serviço Público”, Rio de Janeiro, 1960, mimeo, 126 páginas. Ver, também, “O equilíbrio Financeiro nos Contratos Administrativos”, in *Revista de Direito Administrativo*, janeiro/março de 1992, vol. 187; pp. 90-93.

1989¹⁶, que instituiu o Cruzado Novo, convolado na Lei n.º 7.730, de 31 de janeiro de 1989. Nova recaída, com a edição da Medida Provisória n.º 48, de abril de 1989 (de apenas 3 meses depois) instituindo os BTN's. A 5ª tentativa foi o Plano Collor, com a Medida Provisória n.º 168, de março de 1990, criando o Cruzeiro, convolada na Lei n.º 8.024, de 12 de abril de 1990. A 6ª tentativa foi o Plano Collor II, das Medidas Provisórias n.ºs 294 e 295, de janeiro de 1991, convoladas, respectivamente, nas Leis n.ºs 8.177 e 8.178, de 1º de março de 1991. O Plano Cruzeiro Real, da Medida Provisória n.º 336, de julho de 1993, convolada na Lei n.º 8.697, de 27 de agosto de 1993, voltou à tradição das reformas anteriores do cruzeiro e do cruzeiro novo, limitando-se a alterar a denominação da moeda nacional, e a valorizá-la mil vezes. A 7ª tentativa foi o Plano Real, dividido em três fases: a) a da criação das URVs, pela Medida Provisória n.º 434, de fevereiro de 1994, convolada na Lei n.º 8.880, de 27 de maio de 1994; b) a da criação do REAL, que passou a circular em 1º de julho de 1994, com a Medida Provisória n.º 542, de 30 de junho de 1994, mais tarde convolada na Lei n.º 9.069, de 29 de junho de 1995 e c) a da Desindexação da economia, com a Medida Provisória n.º 1.053, de 30 de junho de 1995, até hoje reeditada.

A principal tática de início adotada para reduzir abruptamente a inflação foi o *congelamento*, ato típico de intervenção do Governo no domínio econômico. O Plano Cruzado foi denominado “choque heterodoxo” precisamente por causa do congelamento, popularizando essa expressão, que não era familiar entre nós.

Depois de o Decreto-lei n.º 2.284, de 1986, ter consagrado, em seu texto, a expressão “congelamento” o Plano Bresser usou-a de novo, inserindo-a, inclusive, na sua ementa. A idéia do congelamento voltou, mais tarde, com toda força, no Plano Verão, que utilizou a expressão de novo na sua ementa. O congelamento foi perdendo vigor a partir da Medida Provisória n.º 51, de 1989, que autorizou o Ministro da Fazenda a “rever, em caráter especial, o congelamento de preços, bem assim liberar os preços de produtos ou serviços específicos, inclusive por setor, e os contratos de qualquer natureza”, desaparecendo completamente com o Real.

Vale a pena lembrar que, anteriormente a “congelamento”, usavam-se, tradicionalmente, em nosso Direito, as expressões “fixação de preços máximos” e “tabelamento de preços”: o Decreto-lei n.º 1.607, de 1939, refere-se a “fixar preços máximos de venda de mercadorias”; o Decreto-lei n.º 4.750, de 1942, fala em “fixar os preços máximos, mínimos e básicos, ou os limites de preço pelos quais as mercadorias ou materiais devem ser vendidos ou os serviços devem ser cobrados”; o Decreto-lei n.º 9.125, de 1946, além de referir-se à fixação de preços, usa

¹⁶ Cf. Medida Provisória n. 32, de 15 de janeiro de 1989 que “institui o cruzado novo, determina congelamento de preços, estabelece regras de desindexação da economia e dá outras providências”.

a expressão “tabelar”, ao relacionar dentre as competências da Comissão Central de Preços “tabelar os preços máximos”, obrigando os vendedores a manter afixado no estabelecimento, em lugar de fácil leitura, “a tabela de preços”; a Lei n.º 1.521, de 1951, refere-se a “tabelas oficiais de preços aprovadas pelos órgãos competentes”; a Lei n.º 1.522, de 1951, emprega a expressão “tabelar os preços máximos”; a Lei Delegada n.º 4, de 1966 menciona “fixação de preços”, alude a “tabelar os preços máximos”, e usa as expressões “tabelamento”, “preços tabelados”, “preços superiores aos tabelados” e “tabelas de preços” e, por último, a Lei Delegada n.º 5, de 1962, fala em “fixar preços.”

Diante da novidade da expressão congelamento, tanto o Plano Cruzado, como o Plano Bresser, como o Plano Verão equipararam, por via das dúvidas “congelamento” a “tabelamento de preços” (o que não impediu que EROS ROBERTO GRAU, no artigo “Tabelamento de Preços”¹⁷, e TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR no artigo “Congelamento de preços - Tabelamentos oficiais”¹⁸, insistissem na distinção entre tabelamento e congelamento, dizendo o primeiro que “o tabelamento importa na fixação de preços máximos pelo Estado, e as normas que o instituem estipulam que tais preços máximos são os fixados em tabela definida pelo Poder Executivo; (enquanto) o congelamento importa não na fixação de preços máximos pelo Estado, mas na manutenção dos preços que vinham, em determinado momento, sendo cobrados, pelo agente econômico, nos montantes neste momento praticados”; e afirmando o último “que equiparação a tabelamento diz respeito aos seus efeitos, mas não é a mesma coisa (pois) congelar preços é medida limitada no tempo que estabelece um freio momentâneo na escalada de preços.

O Plano Collor, já não fala em congelamento, embora use uma fórmula similar, ao proibir a majoração de preços salvo mediante prévia e expressa autorização do Governo. Na sua primeira versão (também conhecida como Collor I) o referido plano buscou respaldo na *retenção de ativos*, procedimento sofisticado, que consistiu, em resumo, no seguinte: ao ensejo da conversão das obrigações monetárias a lei alterou a configuração dos prazos, da forma de pagamento e dos acessórios de diversas obrigações monetárias (especialmente contratos bancários, cadernetas de poupança e títulos de crédito), substituiu as partes devedoras dessas mesmas obrigações pela União Federal, e subordinou essas obrigações a um termo. Essa complicada mecânica jurídico-financeira foi interpretada pela população

¹⁷ Cf. “Tabelamento de preços”, in *Revista de Direito Público*, vol. 21, n.º 85, pp. 100 a 108, jan/março de 1988.

¹⁸ Cf. “Congelamento de preços - Tabelamentos oficiais”, in *Revista de Direito Público*, vol. 22, n.º 91, pp. 76 a 86, jul/set. 1989.

como não passando de um *confisco*, e não demorou muito tempo para que o Governo fosse obrigado a voltar atrás, e a devolver, com todos os acréscimos possíveis, os ativos que tinha retido.

A partir do Plano Collor II teve início a *transição* do regime de indexação para um *regime novo de juros*, que é o atual, e caracteriza-se pelo seguinte: a) - os juros tornaram-se *nominados*, como é o caso, dentre outras, da Taxa Referencial - TR - e da Taxa Referencial Diária - TRD -, de 1991; da Taxa Básica Financeira - TBF - e a Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP -, de 1995, e da Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC ; b) - a designação dessas taxas figura, em regra, no texto da Lei; c) - os percentuais dessas taxas de juros tornaram-se diferentes uns dos outros; d) - as taxas de juros passaram a ser *flutuantes*.

Os juros nominados constituem um regime que convive com o sistema anterior, e com resíduos de indexação, desorganizando o nosso sistema financeiro.

9 - A DISCIPLINA DOS JUROS - A palavra juros - que provém do advérbio *iure*, “de direito”, ou do acusativo *iurem*, através da forma arcaica apocopada portuguesa *jur* - e que se traduz em espanhol por *interés*, em francês por *intérêt* e em inglês por *interest*, significa um acréscimo percentual ao crédito, posterior a ele e dele acessório e dependente. Eles são normas monetárias de nível inferior ao da norma monetária individual, e têm nesta o seu fundamento de validade imediato. Ao percentual de incidência dos juros dá-se o nome de *taxas*.

Tanto os juros, como as taxas de juros podem ser instituídos pela lei ou pelo negócio jurídico (obedecidos, nesse caso, os limites da Lei). No tocante à sentença, ela pode instituir juros, mas não a sua taxa. No que diz respeito aos juros moratórios é importante lembrar que a mora do credor pode excluir a do devedor.

A expressão “juros legais”, que o Código Civil emprega para intitular o Capítulo XV, do Título III, do Livro III refere-se ao seguinte: a) - à taxa de juros compensatórios quando não convencionalizada; b) - à taxa de juros moratórios quando não convencionalizada; c) - aos juros devidos “por força de Lei”; d) - à desnecessidade de alegação de prejuízo para, ainda assim, caber juros; e) - ao termo inicial da contagem dos juros; f) - à base de incidência dos juros. O Código de Processo Civil fala sobre juros legais na parte final do artigo 293, para dizer que eles presumem-se incluídos no pedido.

A moderna disciplina dos juros no Brasil começou com a Lei de 24 de outubro de 1832, que representou uma ruptura relativamente a medíocre, confusa e prolixa disciplina anterior das Ordenações Filipinas. As duas principais disposições dessa lei (composta de três breves artigos apenas) eram as seguintes: a) - O juro ou prêmio de dinheiro, de qualquer espécie, seria aquele que as partes *convencionassem*; b) - quando alguém fosse condenado em juízo a pagar os juros que não fossem taxados por convenção, contar-se-iam seis por cento ao ano.

O Código Comercial de 1850, no seu artigo 253, acrescentou a esse regime uma regra restritiva, proibindo contar juros de juros (exceto no caso de acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano, o que não ocorreria mais depois de proposta ação em juízo). O Código Civil, no artigo 1.262, retornou à tradição da Lei de 1832, ao permitir a fixação convencional de juros *abaixo ou acima da taxa legal* (art. 1.062), com ou sem *capitalização*.

O Decreto n.º 22.626, de 7 de abril de 1933, da época de VARGAS, veio alterar, porém, radicalmente, o regime de juros do Código Civil, estabelecendo não só um limite máximo (o dobro da *taxa legal* acima do que se configuraria a *usura*, punida, inclusive, criminalmente) como, em termos semelhantes aos do Código Comercial, voltando a proibir a contagem de juros sobre os juros, rigidez que serviu como um dos pretextos a favor da adoção, mais tarde, da correção monetária.

Na esteira do Decreto n.º 22.626, de 1933, as constituições brasileiras passaram a referir-se a usura: a de 1934, no seu art. 117, parágrafo único; a de 1937, no seu art. 142, e a de 1946, no art. 154, e a de 1988 no seu art. 192, § 3º. Já as constituições dos governos militares não tratam do tema. Antes, os bancos e entidades assemelhadas, depois de 1964, tiveram os seus juros excluídos das restrições do Decreto n.º 22.626, de 1933, passando a fixação da sua taxa à competência do Conselho Monetário Nacional, na forma da Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

O regime atual das taxas de juros entre nós é, portanto, *híbrido*, no sentido de que há casos em que incide e outros em que não incide a Lei de usura, ambigüidade agravada pelo disposto, atualmente, no artigo 192, § 3º da Constituição de 1988, que se refere a taxas de *juros reais*, limitando-as a 12% (doze por cento) ao ano, regra que o Supremo Tribunal Federal¹⁹ considerou, porém, de *eficácia limitada*, isto é, que exige “para efeito de sua plena incidência, a mediação legislativa concretizadora do comando nela positivado”.

¹⁹ Ver RTJ 152/1001; RTJ 151/599; RTJ 150/950.

Saliente-se, desde logo, que a expressão “juros reais”, da Constituição vigente - que significaria os juros acima da inflação - é juridicamente, equivocada. Os juros são sempre nominais, e nada têm de reais, nem a intenção das partes ao compô-los interessa ao direito. A melhor interpretação do artigo 192, § 3º, da Constituição vigente, considerando o que o Supremo Tribunal Federal já decidiu a respeito, é a de que os chamados juros reais serão aqueles como tal definidos pela Lei, equivalendo, pois, aos juros legais, ou à taxa legal.

As taxas, até recentemente, eram estipuladas em percentagens *fixas* (embora não necessariamente as mesmas) e os juros, depois de constituídos, tornavam-se *imutáveis*. A partir da década de 1970, contudo, as taxas foram se tornando *variáveis* (as chamadas taxas de mercado) e os juros passaram a ser *flutuantes*, ou seja, sujeitos a alterações, para mais ou para menos, mesmo depois de constituídos, em função de um elemento *externo*, consistente num *índice financeiro* (relacionado, ou não, à variação dos níveis de preços).

A flutuação dos juros afetou a sua disciplina tradicional e suscita alguns problemas, dentre os quais os seguintes: a) será válida essa flutuação? b) caso positivo, ela pode ser imposta compulsoriamente, ou vale apenas para os juros convencionados em negócios jurídicos? c) - os novos percentuais dependem de repactuação? d) - podem incidir juros flutuantes sobre juros flutuantes? e) - há limites de taxas?

A questão da validade dos juros flutuantes é semelhante à da validade ou invalidade das cláusulas monetárias. Como a aplicação dos juros flutuantes sobre o capital modifica o montante desse capital depois de ele estar constituído, a sua incidência consiste numa alteração de ato jurídico perfeito. Por outro lado, como a norma externa que serve de fundamento para o reajustamento dos juros é editada posteriormente à constituição do referido ato jurídico perfeito, pode vislumbra-se, na espécie, uma aplicação retroativa da norma.

Poderão as partes, contudo, num negócio jurídico, a despeito da garantia do respeito do ato jurídico perfeito e da irretroatividade das normas convencionarem a flutuação dos juros, num certo limite? Parece-nos que se a lei não vedar a estipulação de juros flutuantes, a sua contratação, em certos limites, será válida, e a incorporação de suas variações, aos negócios jurídicos, durante a vigência destes, independerá de repactuações posteriores. O mesmo não ocorrerá, todavia, se se tratar de juros decorrentes de imposição legal, os quais, a nosso ver, nesse caso, devem ser fixos e imutáveis (sem prejuízo da imposição de penalidades pecuniárias

no caso de mora ou de inadimplemento do devedor).

No tocante à *flutuação* convencional dos juros moratórios cremos que ela é válida, mas antes do ingresso da cobrança em Juízo. Quando uma cobrança é efetuada judicialmente, o crédito originário torna-se objeto do pedido, e fica sujeito às leis do processo. Por outro lado, como já vimos, a tradição do nosso direito - desde a Lei de 1832 - é de que os juros processuais devem ter um tratamento diverso dos juros de direito material. O máximo que poderá ocorrer, a esse respeito, é o juiz fixar uma indenização para fazer frente ao chamado “dano maior”, o que depende, porém, da revogação do artigo 1.061 do Código Civil.

10 - TEMPO & DINHEIRO - Embora os juros, como vimos, sejam uma norma monetária de nível inferior ao crédito, e os indexadores constituam normas monetárias intermediárias destinadas a “reajustar” o referido crédito vinculando-os à inflação, tanto os juros como a correção monetária consistem, na prática, em acréscimos ao montante inicial num determinado período de tempo. Sendo facilmente quantificáveis, tempo e dinheiro podem ser multiplicados um pelo outro, produzindo resultados práticos relevantes, seja no caso dos juros como da indexação.

A indexação não recebeu, porém, da doutrina e jurisprudência brasileiras, o mesmo tratamento dos juros, o que agravou a situação dos devedores, que, no caso da indexação, não se beneficiam da presunção da quitação e dos prazos de prescrição dos juros.

Além disso é curioso que, no Brasil, não se tenha transferido para a correção monetária o preconceito tradicional do Poder Judiciário contra os juros. A correção foi tratada como se fosse uma medida justa e neutra, a ponto de proclamar-se que ela não seria sequer um *plus*. A vinculação da correção monetária “legal” à variação da inflação - e o fato de ela ter sido uma deliberada política de Governo, da qual se fez intensa propaganda - deu a muitos de nós a impressão de que a correção monetária seria mais justa do que os juros, o que é uma ilusão.

Na proposição segundo a qual a correção monetária não seria um *plus* percebe-se, aliás, uma evidente contradição: se o credor tem direito a um *plus* de correção monetária, como é que a correção monetária não é um *plus*? Como se pode ter direito a um *plus* que não é um *plus*?

O que se queria dizer, em outra época, ao afirmar que a correção monetária não seria um *plus* não era, evidentemente, que dela não resultasse, arit-

meticamente, um *plus*. Admitir-se, diante de um crédito originariamente de 100, corrigido para 170, que esses 70 a mais não são um *plus* é, do ponto de vista aritmético, absolutamente falso, tanto quanto dizer-se que 2 e 2 são 5.

O que se queria significar, portanto, quando se afirmava que a correção monetária não era *plus*, era que, de fato, o Governo tratava a correção monetária como se ela fosse automática e generalizada e, portanto, não seria um *plus* para ninguém, pois todos receberiam igualmente a correção.

Essa impressão, mesmo antigamente, não era verdadeira, porque a correção não era inteiramente automática nem totalmente generalizada, e não ocorria na mesma frequência, nem seguia os mesmos índices. De qualquer modo, essa situação, qualquer que ela fosse na prática, alterou-se, hoje, completamente com a desindexação, não se podendo mais dizer, nem figurativamente, que a correção monetária não é um *plus*.

Por outro lado, promovida a desindexação, não podemos mais ignorar a relevância dos juros, cabendo-nos superar os nossos preconceitos contra eles. A incompreensão sobre a verdadeira natureza dos juros prejudica a unificação de suas taxas, e contribui para adiar a sua redução. É preciso que tenhamos bem clara a noção de que a implementação de uma ordem monetária confiável depende não só de uma moeda estável, como de uma correta disciplina dos juros.

Uma disciplina correta dos juros pressupõe que nos dispamos de vários cacoetes que nos ficaram dos tempos da indexação, um dos quais é fixar taxas cumuladas - do tipo "TR + juros de x%" - como se a TR fosse um índice de inflação. Outra providência que se impõe é estender a desindexação ao mercado financeiro, e, ao mesmo tempo, dar um tratamento unitário aos juros, limitando ao mínimo a diferença das taxas cobradas, tendo em vista o objeto da obrigação ou as pessoas envolvidas na relação, o que tudo depende de uma redução substancial nas taxas de juros, uma vez que acima de determinados montantes o instituto dos juros pode desfigurar-se.

11 - ARREMATES FINAIS - A primeira observação que gostaríamos de fazer, a esta altura, é que a disciplina dos juros e das obrigações monetárias entre nós - sem prejuízo da vigência de algumas regras dos Códigos Civil e Comercial e da prolixa legislação da Reforma Monetária posterior a 1986 - é ainda, na maior parte, produto dos regimes autoritários de 1930, e de 1964, situação essa que pre-

cisa ser superada, já que, afinal e felizmente, vivemos hoje numa democracia.

Numa democracia, a competência para disciplinar, de modo geral, a moeda e as obrigações monetárias, é dos Poderes Legislativo e Executivo, a deste através, especificamente, do Banco Central, não cabendo ao Poder Judiciário dispor sobre a emissão da moeda, nem disciplinar, de forma geral, as normas monetárias individuais. Toda e qualquer ação, jurisdicional ou administrativa, dos juízes e tribunais, no sentido de criar normas gerais sobre juros e indexação (fixando taxas ou critérios de aplicação, adotando tabelas, etc.) deve, portanto, ser a todo o custo evitada.

Mas há uma ampla e relevante competência do Judiciário na matéria, que pode se exercer através do controle da constitucionalidade e da legalidade das normas monetárias em geral, levando em conta, inclusive, o aspecto quantitativo da questão.

Cabe ao Judiciário, por exemplo, declarar que a indexação compulsória - filha diletta da doutrina da correção monetária - é rigorosamente inconstitucional. O monopólio da emissão tem, como contrapartida, o dever de a União Federal garantir a unidade monetária. Não pode a União, ao mesmo tempo em que age como titular do monopólio de emissão de moeda, impor o uso de indexadores (que pressupõem *outro fundamento* para a moeda nacional). O governo é o guardião da moeda nacional, e não pode desviar-se dessa função. Por outro lado, a indexação, dando efeitos jurídicos à inflação, implica um acréscimo de quantidade de moeda, e tem efeitos negativos sobre a qualidade da moeda, que nem o Legislativo da União Federal, nem o Banco Central, podem patrocinar, sob pena de descumprirem suas atribuições constitucionais.

Não se pode atribuir, por meio de sofismas, aos indexadores a qualidade, que eles evidentemente não têm, de unidade monetária (mesmo porque eles são, por definição, uma "pluralidade"). Para que se cogitasse da existência de indexadores com características de unidades monetárias seria necessário admitir-se a cisão da moeda (com a separação das suas funções de meio de pagamento e de medida de valor), e a existência de um "padrão primário" (o poder aquisitivo) de nível superior ao da moeda. Qualquer uma dessas suposições não tem, contudo, qualquer respaldo jurídico. A moeda não pode cindir-se, pois a sua vigência, como medida de valor, depende da sua emissão, como meio de pagamento: isto é, ela só vige se e enquanto for emitida para circular com poder liberatório. Quanto à suposta existência de um "padrão primário" superior ao "padrão secundário" trata-se de uma noção

retrógrada, superada desde o início da Idade Moderna, e que está em desacordo com o direito positivo, pois a Constituição Federal, no seu artigo 21, VII, institui a moeda nacional ao mesmo tempo como unidade e padrão.

No tocante à incidência das resoluções que funcionam como indexadores sobre os atos jurídicos que já tenham constituído definitivamente uma quantia (que é o procedimento típico da correção monetária), ela somente pode dar-se retroativamente; do que pode concluir-se que o funcionamento da indexação compulsória depende da aplicação retroativa de normas, o que é vedado pelo artigo 5º, XXXVI, da Constituição.

No caso da correção monetária em matéria tributária (promovida, atualmente, por indexadores do tipo UFIR) ela é, também, inconstitucional, não só pelas razões acima, como por ferir o princípio da legalidade, garantido pelo artigo 150, I, da Constituição Federal, e pelas normas complementares do Código Tributário Nacional.²⁰

Em se tratando de cláusulas monetárias negociais, porém, o seu emprego - que muito se assemelha à tradicional figura da *obrigação natural* - parece-nos, válido se não for vedada, completa, ou parcialmente, como acontece atualmente

²⁰ Vale a pena reler as lúcidas considerações desenvolvidas, a esse respeito, por RUBENS GOMES DE SOUZA no artigo "Inconstitucionalidade da Correção Monetária de Débitos Fiscais", in *Revista de Direito Público*, n.º 23, jan/março de 1973, pp. 254 a 267, in verbis: "Permito-me, somente, recordar, *pro memoria*, os dois trabalhos clássicos de GASTON JÈZE, onde vem demonstrado que a obrigação tributária surge com a ocorrência do fato gerador previsto em lei; e que o crédito tributário correspondente decorre do ato administrativo do lançamento, que assume assim feição simultaneamente declaratória da obrigação preexistente e constitutiva do crédito a ela relativo. De resto, no Brasil, a matéria é de lei. Antes de mais nada, a Constituição, que reserva à lei a instituição ou a majoração de tributos (arts. 19, I e 153, § 29). Em seguida, o CTN que em termos de lei complementa, depois de repetir aquelas normas de reserva da lei (art. 97, ns. I e II), filia-se à concepção doutrinária já referida, ao dispor: a) que a obrigação que tenha por objeto o pagamento de tributo surge com a ocorrência do fato gerador (art. 113); b) que o fato gerador é a situação definida em lei como necessária e suficiente para ocorrência da obrigação de pagar o tributo (art. 114); c) que o crédito tributário constitui-se pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo, vinculado à lei vigente à data da ocorrência do fato gerador, tendente, *inter alia*, a verificar essa ocorrência e a fixar o montante do tributo devido (art. 142, combinado com o artigo 144); d) que o lançamento e, por conseguinte, o crédito tributário por ele constituído é definitivo e inalterável, ainda que por lei superveniente, ressalvadas as exceções taxativamente enumeradas (art. 145 combinado com os arts. 144 e 149)... A primeira razão (de Inconstitucionalidade) é a infringência ao princípio de legalidade. Como já vimos, só a lei pode instituir tributo. Essa instituição faz-se através da definição do fato gerador da obrigação tributária. Nessa definição inclui-se a fixação do montante devido em cada caso, ou da maneira de o apurar. Ou seja, a definição da base de cálculo, elemento integrante da conceituação do fato gerador, tanto assim que, de longa data, o STF entende que o tributo não está legalmente instituído se a lei não lhe define a base de cálculo. Ora, a correção monetária, implicando em majorar débitos fiscais definitivamente constituídos nos termos da lei vigente à data do fato gerador, em função de outros fatos a ele supervenientes, infringe o princípio da legalidade, não apenas diretamente, mas também indiretamente, por ser retroativa." (Os grifos não são do original).

no Brasil, em que, embora com muitas exceções, há um limite temporal para o uso dessas cláusulas. Em nosso entender, todavia, e diante do estrago causado pela correção monetária compulsória, melhor seria que mesmo essas cláusulas negociais fossem expressamente proibidas, tal como passou a acontecer na Alemanha, depois da Segunda Grande Guerra, na época da reconstrução econômica daquele país, com base em legislação que permanece em vigor até hoje.

Mesmo toleradas, porém, as cláusulas monetárias contratuais, quando exigidas em Juízo estão sujeitas aos princípios processuais, considerados de direito público. A tradição do nosso direito, por sinal, desde a Lei de 1832, é de que os juros processuais devem ter um tratamento diverso dos juros de direito material. Quando uma cobrança é efetuada judicialmente, o crédito originário torna-se objeto do pedido, e fica sujeito às leis do processo.

Por outro lado, em juízo, não pode ter lugar a acumulação de capital e juros, devendo observar-se, a esse respeito, a regra do artigo 253, 2ª. parte, do Código Comercial, que ainda está em vigor.

Quanto aos juros flutuantes parece-nos que, se a lei não vedar a sua estipulação, a sua contratação, em certos limites, será válida, e a incorporação de suas variações, aos negócios jurídicos, durante a vigência destes, não dependerá de repactuações posteriores. O mesmo não ocorrerá, todavia, em se tratando de juros decorrentes de imposição legal (e muito menos administrativa) os quais, a nosso ver, nesse caso, devem ser fixos e imutáveis (sem prejuízo da imposição de penalidades pecuniárias no caso de mora ou de inadimplemento do devedor). No tocante à *flutuação* convencional dos juros moratórios cremos que ela é válida, mas antes do ingresso da cobrança em Juízo. Proposta a ação, o máximo que poderá ocorrer, a esse respeito - *de lege ferenda* - é o juiz fixar uma indenização para fazer frente ao chamado dano maior, com alteração, portanto, do artigo 1.061 do Código Civil.

Quanto ao anatocismo - que é um critério de cálculo dos juros - depende da Lei proibir, ou não, que ele seja negociado. Outra questão é saber se a Lei pode, sem ferir o princípio da isonomia, autorizar a algumas pessoas apenas contratá-los, e não a todos, como atualmente ocorre. De qualquer modo, uma capitalização, como a que se pratica atualmente no País, da qual podem resultar juros de 300% (trezentos por cento) a 400% (quatrocentos por cento) ao ano, constitui uma evidente distorção, que recomenda, a nosso ver, ao legislador, coibi-la.

Isso não significa prestigiar a solução da Constituição de fixar uma taxa máxima de juros que foi, em nosso entender, um dos muitos equívocos da Carta de 1988. Em primeiro lugar porque mesmo que se admitisse a fixação, por lei, de um limite máximo de juros, essa lei não deveria ser, jamais, a Constituição. Ademais, a noção de juros "reais" é pura metafísica: do ponto de vista jurídico os juros reais nada mais são do que os juros legais. A rigor, portanto, a taxa dos juros legais no Brasil, a prevalecer o disposto no artigo 192, § 3º, da Constituição Federal - embora não tenha sido essa a *mens legislatoris*, é, hoje de 12 (doze por cento) ao ano, o que chega a ser ridículo, diante dos níveis dos juros com os quais trabalha presentemente o Banco Central.

Outra coisa que resulta clara da análise a situação atual da moeda e das obrigações monetárias no Brasil é que a desindexação ficou a meio do caminho, sendo parcial no tempo e no espaço. Instituída pela Medida Provisória n.º 1.053, de 1995, a desindexação não se converteu, até agora, em Lei, depois de quase 50 (cinquenta) reedições, o que é um absurdo. Embora tenha abrangido, de modo amplo, os salários a regra da desindexação deixou de fora áreas e setores importantíssimos, como os bancos e as dívidas judiciais, o que não é admissível.

Em sua atuação na defesa da moeda não pode o Judiciário ignorar a relevância dos juros, devendo ser superados os preconceitos contra eles. A incompreensão sobre a verdadeira natureza dos juros prejudica a unificação de suas taxas, e contribui para adiar a sua redução. É preciso que tenhamos bem clara a noção de que a implementação de uma ordem monetária confiável depende não só de uma moeda estável, como de uma correta disciplina dos juros.

Quanto às alternativas que se oferecem à correção monetária (como a noção de equilíbrio econômico financeiro, por exemplo), não devem elas ser utilizadas com fins de indexação, e sim com as características restritas com que se apresentam na doutrina estrangeira.

O Judiciário, enfim, tem um relevante papel no controle da moeda e pode fazer muito pela estabilidade através de uma correta interpretação da constituição, e pela obediência ao princípio da legalidade, sem se preocupar demasiadamente com a ênfase, natural, dos interessados na defesa da suposta justiça das pretensões que deduzem em juízo.

19. À GUIA DE CONCLUSÃO - A correção monetária compulsória foi uma truculência contra a ordem jurídica brasileira, desmoralizando vários princípios fundamentais de nosso direito.

Tal como uma hidra, ela ainda ameaça renascer, entre nós, a cada momento. Cumpre ao Judiciário evitar que ela ressurja através do controle da constitucionalidade e da legalidade das normas jurídicas monetárias.

Há, na ordem jurídica brasileira tradicional, todos os remédios para os males que o credor sofre, em decorrência da demora dos processos, sem que precisemos recorrer à indexação ou às doutrinas que pretendem fazer-lhe as vezes. Os credores, por sinal, estão hoje mais prejudicados do que há trinta anos, porque há centenas de milhares de ações em curso que cuidam da correção monetária, e outras tantas de execução em que se discutem critérios de cálculo que se eternizam, do que decorre, por sinal, em grande parte, a atual crise do Poder Judiciário.

O nosso tumultuado passado monetário tem que ser resolvido. Devemos, por outro lado, ter a consciência de que a atual transição de um regime de indexação para um sistema, ainda anormal, de juros altos, tem se dado, em grande parte, de forma inconstitucional e ilegal, especialmente no que diz respeito aos juros "compulsórios", o que o cabe ao Judiciário controlar.