PARECER
CONSULTA

A consulente, por intermédio de seus eminentes advogados, Drs. Alberto Gomes da Rocha Azevedo, Alberto Gomes da Rocha Azevedo Jr., Francisco Gomes da Rocha Azevedo e Arnaldo Martinez Camarinha da Silva, pergunta-me o seguinte:

"A consulente, sob a denominação de banco "X", líder do conglomerado financeiro "X" teve, em 19 de novembro de 1985, decretada, pelo Banco Central do Brasil, sua liquidação extrajudicial.

Conforme previsão do art. 19 da Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, os acionistas controladores da liquidanda, visando à cessação do regime especial, formularam proposta para pagamento das dívidas de todas as instituições, convencionando-se que a Reserva Monetária Nacional, representada por seu gestor, o Banco Central do Brasil, receberia seus haveres com correção monetária e juros, em parcelas semestrais, com 2 anos de carência.

Aprovado pelo Conselho Monetário Nacional o oferecimento, celebrou-se em 31 de julho de 1987, contrato de "Assunção e Confissão de Dívida, Novação, Constituição de Garantias e Outra Avenças", cuja cláusula de número 7 (sete) foi assim redigida:

"O principal será corrigido monetariamente de acordo com o índice de variação das Letras do Banco Central (LBC) no período, ou de outro Índice Oficial que venha Substituir, mais juros...".

No vencimento da primeira parcela da dívida confessada, em 31 de julho de 1989, a autora efetuou o pagamento. Foi o próprio credor, réu da presente ação, quem procedeu os cálculos do valor a ser pago, aplicando o índice corretivo então vigente, a variação dos valor nominal dos Bonus do Tesouro Nacional (BTN), emitindo o recibo que instruiu a exordial. Reiterando esse procediemento, efetuou cobrança suplementar, para aplicação de norma indexadora própria dos BTNs.

Na parcela subseqüente, alterada para 31 de janeiro de 1990, foi a autora tomada de perplexidade, diante do insólito comportamento do credor: repugnando seus próprios atos anteriores, passou a exigir que a atualização da dívida fosse feita com base na variação do valor da Letras do Banco Central (LBCs).

Configurada a hipótese do art. 973, inc. V, do Código Civil Brasileiro, a consulente propôs ação de consignação em pagamento, oblatando, à disposição do digníssimo Juízo não só a parte vencida, mas a totalidade de seu compromisso, não tendo o réu comparecido para receber.

Contestou a demanda, com preliminar de carência, argüindo ser insuficiente a oferta, porque o crédito, se corrigido com base nas LBCs, alcançaria cifra superior à consignada. a aplicação deste indicador, justificou-a, decorreria de que em operações interbancárias vigorariam taxas de mercado, espelhadas na flutuação de suas próprias letras.

A questão a enfrentar, pois, para dirimir-se o litígio, está em se saber qual o índice oficial de correção monetária a se aplicado na autalização da dívida: se o correspondente à variação das OTNs, já aceito pelo Banco Central do Brasil, ou se o que traduz mutação das LBCs, como passou a autarquia a pretender."

RESPOSTA

Algumas questões preâmbulares devem ser colocadas para o exame da consulta formulada.

A primeira delas diz respeito ao art. 46 do ADCT da Constituição Federal, assim redigido:

São sujeitos à correção monetária desde o vencimento, até seu efetivo pagamento, sem interrupção ou suspensão, os créditos junto a entidades submetidas aos regimes de intervenção ou liquidação extrajudicial, mesmo quando esses regimes sejam convertidos em falência.

parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se também:

I. às operações realizadas posteriormente à decretação dos regimes referidos no *caput* desde artigo;

II. às operações de empréstimo, financiamento, refinanciamento, assistência financeira de liquidez, cessão ou subrogação de créditos ou cédulas hipotecárias, efetivação de garantia de depósitos do público ou de compra de obrigações passivas, inclusive as realizadas com recursos de fundos que tenham essas destinações;

III. aos créditos anteriores à promulgação da Constituição;

IV. aos créditos das entidades da administração pública anteriores à promulgação da Constituição, não liquidados até 1° de janeiro de 1988."

Pelo mencionado comando, ofertou, o constituinte, tratamento definitivo às questões referentes a créditos perante entidades que sofreram ou sofrerão intervenção ou liquidação extrajudicial [1].

Como se percebe pela leitura do respectivo dispositivo, houve, por parte do constituinte, regulação para frente e para trás da matéria, abrangendo todas as operações realizadas posteriormente e todos os créditos referentes a operações anteriores, com o que conformou o único parâmetro possível para adimplência de tais créditos, que é a correção monetária, isto é, a reposição do valor de substância da moeda.

Pelo princípio da recepção, tal dispositivo supremo eliminou qualquer espécie de formulação legal ou contratual diversa, assim como impediu que qualquer outra espécie de adimplência pactual fosse definida, em nível de legislação ordinária ou por atos administativos, como resoluções, deliberações, instruções de serviço etc., mantendo apenas pactos e normas não conflitantes [2].

Apenas com tal indexador, ou seja, a correção monetária, os créditos, passados e futuros, decorrentes da intervenções ou liquidações extrajudiciais poderiam ser tratados.

Como se discutia, à época da Assembléia Nacional Constituinte, a legalidade do Decreto-lei 2.278 de 19 de Novembro de 1985, o art. 46 do ADCT objetivou definir o aspecto temporal de sua incindência, assim como o tipo de indexador aplicável a todas as operações vinculadas às intervenções e liquidações.

Como, pela Constituição pretérita, os direitos e garantias individuais não eram "cláusulas pétreas", à evidência, a tese direito adquirido, como preceito superior, deixou de servir de alicerce para contestações judiciais, passando a ser sempre devida a correção monetária para assunção destes créditos ppor terceiros ou pelos próprios detentores dos grupos liquidantes [3].

Em outras palavras, o art. 46 do ADCT regulou de forma definitiva, em seus aspectos temporal e material, a forma de suspensão das liquidações ou intervenções com assunção dos créditos, ou seja, indexando-se por índices medidores da inflação.

A primeira conclusão, portanto, para este parecer, é que qualquer avença anterior ou posterior em liquidações extrajudiciais, também anteriores ou posteriores, passou a ter um indexador constitucional, não podendo ser tratada de forma diversa, risco de se produzir violação da norma maior e eventual responsabilização civil do Estado e de sua autarquia responsável pela moeda, assim como de seus agentes, por força do art. 37, §§ 5º e 6º da Constituição[4].

O segundo aspecto a ser preambularmente considerado é o que diz respeito à expressão "correção monetária"utilizada pelo constituinte. Correção monetária, já expliquei no passado, é a reposição do valor de substância da moeda. Já disse também ser de impossibilida-

de material a determinação do que seja "exata" correção monetária, visto variar a adoção de indicadores para medir a inflação. De qualquer forma, nada obstante a impossibilidade de definição da "exata" correção monetária, é possível encontrar índices capazes de conformar uma correção monetária bem próxima da exatidão [5].

Por esta linha de raciocínio, determinou, o STF, em ação direta de inconstitucionalidade com acórdão ainda não publicado de inferimento de medida liminar, que, enquanto não for editada lei complementar, não poderiam ser os juros limitados a 12%, à falta de um indicador preciso de correção monetária do qual seriam deduzidas as despesas mencionadas no § 3° do art. 192 da lei máxima [6].

De qualquer forma, o STF, em outro julgamento, também com acórdão ainda não publicado, distinguiu entre correção monetária e custo do dinheiro. Com efeito, ao examinar a indexação do Plano Collor II baseado na TR (taxa referencial), vislumbrou, naquele indexador, não uma forma de "correção" da moeda, nada obstante a expressão infeliz, mas apenas uma maneira de conformação do custo do dinheiro, que nada tem a ver com a correção. Em outras palavras, considerou a TR inconstitucional como índice, por medir o custo do dinheiro e não a evolução da inflação.

À evidência, ao assim decidir a questão dos mutuários do BNH, à época do Plano Collor II, distinguiu o STF, nitidamente, o que é "custo de dinheiro" e o que é "correção monetária" [7].

Ora, o art. 46 do ADCT não fala em "custo de dinheiro', nem em "remuneração de operações bancárias", mas apenas em "correção monetária", ou seja, a singela reposição do valor de substância da moeda.

Desta forma, qualquer outro indexador que não meça a inflação expurgada ou não, mas reflita o custo do dinheiro, à evidência, não pode servir de suporte para exigência do benefício superior àquele a que tem direito o Banco Central liquidante em relação a qualquer grupo que tenha liquidado.

A remuneração dos créditos, decorrente da liquidação é apenas e tão-somente vinculada à correção monetária e nunca a custo do dinheiro determinado por operações bancárias ou por índices medidores de tais custos [8].

O terceiro aspecto também a ser considerado, diz respeito ao princípio da isonomia. Está ele assegurado pelo art. 5º da Constituição Federal, sendo um dos cinco princípios fundamentais dos direitos e garantias individuais.

Ora, todas as liquidações extrajudiciais do entidades financeiras, pelo Banco Central, têm sido realizadas com a utilização, como indexadores, de índices que medem a inflação e não o custo do dinheiro, não se justificando que possa haver tratamento diverso em relação a um determinado grupo, sem outro motivo que não o ato de príncipe da autarquia. É de se lembrar que, pelo princípio da isonomia, o tratamento diferencial, entre os que se encontram em igualdade de condições, gera a responsabilização do Poder Público e de seus agentes, se por ventura de tal tratamento desigual resultar lesão ao administrado [9].

Nada obstante a violência das desigualdades iniciais, provocadas pela Revolução Francesa em seus anos de terror, Kant reconhecia que o movimento iria passar à História, pois os princípios terminariam por prevalecer sobre os ódios e paixões surgidos quando de sua implantação [10]. É, hoje, princípio universal, que as desigualdades apenas se justificam se diferentes as situações dos cidadãos, como, por exemplo, no princípio da progressividade do imposto de renda, a adoção de alíquotas distintas, por expressa determinação constitucional e por diferença da capacidade contributiva. Em casos em que não há diversidade de situações, pessoas e relações, é impossível admitir-se a desigualdade, por vedação maior da lei suprema.

O quarto aspecto a ser considerado diz respeito ao planejamento referido pela Constituição em relações macro e microeconômicas. Reza o art. 174 da Constituição Federal que:

"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."

Pelo referido dispositivo, o planejamento

econômico apenas é obrigatório para as empresas do Governo e para seus órgãos. Para o setor privado é ele sempre indicativo [11].

Tal princípio traz, como decorrência, a seguinte conclusão: sempre que, para reduzir a inflação, o Governo manipule índices de medição da inflação, todas as empresas estatais estão obrigadas, assim como suas autarquias, a submeter-se àquela forma de planejamento estatal, que, todavia, não pode ser aplicada às empresas e contribuintes do setor privado, na medida em que, para estes, os índices medidores da inflação não podem ser manipulados.

A exata correção monetária — ou a correção monetária que mais se proxime à da inflação real — é aquela a prevalecer, nas relações do setor privado com o público ou entre relações privadas, muito embora, nas manipulações, por ser obrigatório o planejamento para o setor público, não pode este se beneficiar do que impôs a seus órgãos.

A conseqüência última da conclusão anterior, em relação aos diversos choques econômicos em que houve artificialização de índices corretivos, é que, nestas circunstâncias, poderá o setor privado, deles discordar e discutí-los perante a Justiça. O mesmo não poderá fazer o setor público, na medida em que, para Governo, tais índices são obrigatórios [12].

A isto se chama planejamento econômico indicativo para o setor privado, que pode ou não acatá-lo, e planejamento determinante para o setor público, que é obrigado a aceitá-lo[13]

O quinto aspecto a ser considerado preambularmente diz respeito ao princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza. E não poderia, o Banco Central, alienar o patrimônio de empresas liquidadas, recebendo pagamento com mera correção monetária, e pretender que, sem este patrimônio, o grupo liquidado remunere os créditos remanescentes com índice medidor do custo do dinheiro e não da inflação, isto é, índice superior à inflação[14].

Em outras palavras, não só, mais uma vez, estaria o princípio da igualdade sendo atingido, como também se estaria aplicando o mais deletério princípio a se evitar no direito, que é o benefício obtido em decorrência da própria torpeza. Alienar o patrimônio, obtendo menos do que se deveria obter e exigir que a empresa, sem gestão do mesmo, pague mais do que determina a lei, por adoção de dois critérios diferentes, um de correção monetária e outro, mais elevado, do custo do dinheiro, é beneficiar-se do próprio iníquo procedimento. É de se lembrar que as empresas liquidadas não têm qualquer interferência na Administração de seu patrimônio. Tal forma corrosiva de gestão patrimonial ensejaria, também, tratamento ressarcitivo em relação ao Poder Público pelo prejuízo por ele causado, nos termos do art. 37, § 6º, da C.F.

À evidência, o tratamento desisonômico gera considerações sobre o sétimo aspecto, qual seja, o de que o princípio da moralidade pública é atingido, sendo este o mais relevante fundamento do direito administrativo, conforme enunciado na Constituição Federal do *caput* do art. 37 assim redigido:

"A Adiminstração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoabilidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte: ..." (grifos meus)[15].

O oitavo aspecto a ser considerado, é o já citado princípio da responsabilidade civil do Estado. Não só, pela nova Constituição, tal princípio foi consideravelmente estendido quando à Constituição anterior, como a própria administração indireta foi, por inteiro, abrangida, além das empresas privadas que prestam serviços públicos.

Há, ainda, a ressaltar um outro ponto, que é aquele da imprescritibilidade da responsabilidade dos agentes que deram prejuízo, visto que é obrigatória a ação de regresso contra os mesmos, sempre que o Estado tiver que ressarcir prejuízos, podendo ser iniciada 10, 20, 30 ou 40 anos após o ocorrido.[16]

Para evitar que o Poder Público se omita na ação de ressarcimento, caberá, a qualquer cidadão, lembrá-lo de tal obrigação, com o ingresso de ação popular, se a omissão ocorrer.

O nono aspecto a ser examinado, é o de direito civil. A novação cria *nova* obrigação, não prevalecendo o pacto anterior, razão pela qual, o cumprimento de qualquer obrigação novada fica desrelacionada de obrigações passadas.

É cediça em direito civil, não só por força da jurisprudência, como por força da doutrina e da lei, tal concepção jurídica da novação.[17]

O décimo aspecto diz respeito à alteração, por ato de príncipe, de obrigação contratada e cumprida, em parte nos termos pactuados. O ato de príncipe, em direito administrativo, está jungido a claras hipóteses legais, onde a discricionariedade, mesmo técnica, encontra seu limite natural nos quadrantes da lei.

É de se lembrar que a relação com o Banco Central, após o acordo e a novação, deixou de ser de direito público, passando a ser de direito econômico. Nos dois últimos casos, a relação seria ou de coordenação ou de dominação, mas nunca de imposição, própria dos atos administrativos vinculados ou do Poder Discricionário gerador de atos com tal perfil.

Não falo em atos discricionários em face de a doutrina, corretamente, entender que não há atos discricionários, mas um poder discricionário sujeito às hipóteses legais de imposição.[18]

Sempre que a ação da Administração implicar relação de coordenação e não de imposição, não poderá haver imposição "pro domo suo" e unilateral, por parte do poder público, para alterar relações formatadas em outro contexto e nível.

Por fim, o próprio poder intervencionista do Banco Central tem sido contestado, à luz da nova Constituição que passou a reger os acordos lavrados, na medida em que fere o art. 5º inciso 55 da C.F., assim redigido:

"aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".[19]

Como se percebe, não há exclusão dos processos administrativos do Banco Central, de tal forma que a garantia ao devido processo legal e ao contraditório é assegurada ao cidadão, sem limites.

Apenas por esta razão, lastreado em parecer meu, o Banco do Piauí suspendeu liquidação extrajudicial, ao tempo do Governo Collor, pois a liquidação fora determinada sem o devido processo legal e sem contraditório.[20]

Tais aspectos preambulares apresentados, passo agora a responder à questão formulada pelos ilustres colegas.

É correto seu entendimento de que a correção monetária oficial sempre esteve, desde seu início, vinculada às obrigações reajustáveis do Tesouro Nacional ou índices que a substituíram para definir o nível da inflação, ou seja, as obrigações do Tesouro Nacional e os Bônus do Tesouro Nacional.[21]

É correto, pois, o entendimento de que a regra do art. 2º do Decreto-lei nº 2.290/86, reproduzindo o texto do Decreto-lei 2.284/86, vinculava a correção monetária a tais índices. E á à correção monetária a tais índices. E é a correção monetária — não ao custo de dinheiro — que se refere o contrato de 31 de Julho. Tanto assim é que a Diretoria do Banco Central, em voto unânime (IFIS 90/006), fez menção à correção monetária e não ao custo do dinheiro no mercado financeiro. É esta a expressão usada, conforme se lê abaixo:

"Respaldaram tais condições, a mais otimista expectativa de retorno daqueles recursos, caso não se fizesse o acordo. Vale dizer, se a liquidação prosseguisse com os ativos realizados de melhor maneira, o máximo que se obteria seria o ressarcimento às reservas, em prazo não inferior a 6 anos, com correção monetária e juros de 6% a.a., *e estes se as massas fossem superavitárias, permitindo seu pagamento"* (grifos meus).

Em dois outros momentos, o Banco Central reconhece que, para conferir exeqüibilidade ao plano de exigibilidade de recuperação das empresas, mister se faria remuneração vinculada à correção monetária, ou seja, não só no respectivo voto, mas também na cota do DEJUR-187/89 de 14 de Março, a saber:

"(a) conferir exeqüibilidade ao plano;

(b) Remunerar os créditos das reservas monetárias às taxas atualmente pagas às cadernetas de poupança...";

"De qualquer forma, é correta a premissa, sustentada no parecer DIFIS 88/370 retro, de que a intenção das partes contratantes era, efetivamente, fixar um indexador monetário *para os créditos compostos no pacto, o que levaria à óbvia* inadequação da LBC *para essa finalidade, sendo, como é, instrumento de política monetária. Neste sentido, se imprescindível para viabilizar a justa atualização mo-*

netária do contrato, cujo equilíbrio possa estar comprometido com os níveis excessivamente altos de remuneração da LBC, relativamente à variação da OTN, *deverá a superior administração desta autarquia encaminhar a questão, propondo que, mediante aditivo contratual específico,* os índices de correção do contrato sejam calculados pela variação das OTNs, *ao invés das LBCs, sendo vedada, contudo, qualquer alteração no termo inicial de exigibilidade dos juros, por implicar transigência com recursos públicos"* (grifos meus).[22]

Ora, o DEJUR do Banco Central é exatamente o organismo que tem a responsabilidade de examinar os aspectos jurídicos das questões monetárias e seu Parecer é claro ao determinar seja a OTN e não a LBC, o índice de correção, visto que, já àquela altura, poderiam, nada obstante "o plano verão", as LBCs, não mais corrigir monetariamente a perda de substância da moeda, mas servir apenas de medição do custo do dinheiro no mercado financeiro.[23]

Se admitíssemos, por mero argumento, que não houvesse qualquer documento assinado pelo Banco Central, assim como nenhuma deliberação para definir tais índices, ou mesmo se houvesse clara manifestação, na assinatura do Contrato em 1987, de que o índice corretivo não poderia medir o nível da inflação mas o custo do dinheiro, todas estas deliberações de nada valeriam pois não poderiam ter contrariado o disposto na Constituição Federal, a partir de 1988, em face do disposto no art. 46 do ADCT.

Em outras palavras, se todos os documentos assinados pelas partes falassem de indexadores medidores do custo do dinheiro e não da inflação, à evidência, seriam deliberações contra a Constituição e, por serem impostas pelo Banco Central, de nenhuma valia. Nulas. Violentadoras da lei maior. Com responsabilização certa de seus impositores, em face da clareza do dispositivo constitucional, que exige apenas correção monetária e não a avaliação do custo do dinheiro, como indexador.[24]

Ocorre, todavia, que todos os documentos referem-se à "correção monetária" e não ao "custo do dinheiro no mercado financeiro", razão pela qual, nem este argumento seria de possível utilização pelo Banco Central, embora fosse de nenhuma valia.[25]

Todos os documentos mencionam o duplo vocábulo "correção monetária" e não "custo do dinheiro", razão pela qual acertadamente recebeu o Banco Central, a primeira prestação e, ilegalmente, recusou-se a receber as demais, maltratando a Constituição e a conciência jurídica dos que estudam questões monetárias e princípios constitucionais.

Poder-se-ia, todavia, alegar que, inicialmente, a LBC media a inflação e não o custo do dinheiro, nos planos heterodoxos de economia, que visaram congelar preços e intervir no mercado financeiro. Assim, no início, a LBC coincidiu com o IPC como fator corretivo da inflação e, durante o Plano Bresser, com a OTN, estando a Circular nº 1.156 de 15 de Abril de 1987, em seu inciso II, assim redigida:

"II. O valor da OTN, até o mês de junho de 1987, independentemente da data da sua emissão, será atualizado mensalmente tendo por base a variação do IPC ou os rendimentos produzidos pelas letras do Banco Central (LBC), adotando-se o índice que maior resultado obtiver..."[26].

No momento de assunção da dívida, por parte do Banco Central, isto é, em Julho de 1987 a LBC estava vinculada ao IPC, sendo pois, provisoriamente, "corretiva da moeda", índice que só poderia ser substituído por outro índice corretivo da moeda e nunca por índice medidor do custo do dinheiro.

A cláusula indexatória, por referir-se à correção monetária, só poderia vincular-se a índice substitutivo "corretor da moeda". E foi esta a razão da deliberação do DEJUR e do Conselho Monetário, assim como a razão pela qual a primeira parcela do pactuado foi recebida nos exatos termos acordados e em obediência à Constituição.

Em nenhum momento falou-se em "operação financeira", como pretende agora o Banco Central, nem mesmo em índice medidor do "custo do dinheiro", mas apenas em índices medidores de inflação, plena ou expurgada, assim como da única aplicação que acompanha a inflação, que é o das cadernetas de poupança, cujos juros remuneratórios são os mesmos do pacto firmado[27].

Ora, no momento em que a LBC passou a ser índice corretor do "custo do dinheiro" e não mais "medidor de inflação", passando o BTN a ser tal medidor, à evidência, a indexação do contrato, que a Constituição só permitia que se processasse por índices de "correção monetária", teria que ser substituída pelo que medisse a inflação e não mais pelo determinador do "custo do dinheiro no mercado financeiro" [28].

Desta forma, a pretensão do Banco Central é de todo inaceitável, por ferir a Constituição, a Lei e os próprios termos pactuados.

Em resumo:

1) o pacto firmado entre a consulente e o Banco Central previa apenas operação com "correção monetária", adotando-se índice que, a época, correspondia à "medição da inflação";

2) os doumentos firmados falam em "correção monetária" e não em "operações financeiras" e índices medidores do "custo do dinheiro";

3) a Constituição Federal, posteriormente ao acordo, reconhece que tais créditos apenas podem ser determinados por índices que corrigem monetariamente a moeda[29];

4) até a lei que criou índices medidores da inflação, a LBC acompanhava a correção monetária, tendo posteriormente, passado a conformar, exclusivamente, o "custo do dinheiro";

5) a partir do BTN, adotado como medidor da inflação, este índice substituiu as LBCs e não as LTFs que, em nenhum momento, serviram de medidores da inflação;

6) O procedimento da consulente em exigir o cumprimento da Constituição Federal e do pactuado, foi, portanto correto, sendo a única interpretação possível, à luz dos elementos atrás apresentados[30].

Em face do exposto, entendo que:

1) a interpretação o Banco Central fere a Constituição e o pactuado, gerando lesão para a consulente a ser ressarcida, em face dos ônus que está suportando para discutir judicialmente seu direito;

2) a responsabilidade civil da União está caracterizada na geração de tais lesões ao direito da consulente[31];

3) Os agentes do Banco Central são, também, pessoalmente responsáveis por tais lesões, na medida em que desatenderam o disposto na Constituição, ao:

a) adotar outro índice que não o medidor da inflação;

b) alienar o patrimônio da consulente liquidada por índices de mera correção monetária, desequilibrando, pois, a relação que, pelo princípio da isonomia, só poderia ter idêntico tratamento para recepção de seus créditos;

c) aplicar índices de mera correção monetária nas demais liquidações extra-judiciais, ferindo o princípio da isonomia entre situações idênticas;

4) a responsabilidade dos agentes é imprescritível, devendo responder com seu patrimônio pessoal, mesmo depois de terem deixado de agir como servidores público, até à morte, se insistir o Banco Central em sua desavisada exigência.

Em conclusão a tudo o que foi exposto, entendo ter sido absolutamente acertada a exegese da consulente ao adotar como índice corretivo do contrato, o que determina a Constituição e o próprio pacto entre as partes, ou seja, índice indicador da "correção monetária" e não índice medidor do "custo do dinheiro".

Ives Gandra da Silva Martins, professor emérito da Universidade Mackenzie.

NOTAS

[1] José Cretella Júnior assim comenta o dispositivo: *"202. Créditos sujeitos à correção monetária.* O art. 46 derroga dispositivo da Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, que garantia a inexigibilidade da correção monetária dos créditos, a que alude o *caput* do artigo.

O texto é claro. Desde o vencimento, até seu efetivo pagamento, sem interrupção ou suspensão, os créditos junto a entidades submetidas aos regimes de intervenção, ou liquidação, mesmo quando esses regimes sejam convertidos em falência, serão sujeitos à correção monetária.

203. *Operações posteriores à decretação.* Aplica-se a várias hipóteses o disposto no art. 46, *caput*, e, entre estas, às operações realizadas posteriormente à decretação desses referidos regimes.

204. *Aplicação a empréstimos, financiamentos, refinanciamentos.* O disposto no art. 46 aplica-se igualmente às operações de empréstimo, financiamento, refinanciamento, assistência financeira de liquidez, cessão ou sub-rogação de créditos ou cédulas hipotecárias, efetivação de garantia de depósitos do público ou de compra de obrigações passivas, inclusive as realizadas com recursos de fundos que tenham essas destinações.

205. *Créditos anteriores à Constituição.* O disposto na art. 46 aplica-se ainda a todos os créditos anteriores a 5 de outubro de 1988.

206. *Créditos das entidades da Administração.* Aos créditos das entidades da Administração, anteriores a 5 e outubro de 1988, data da promulgação da Constituição, aplicam-se as disposições do art. 46, desde que não liqidados até 1 de janeiro de 1988.

208. Liquidação de débitos e suas renegociações. Refere-se esta regra à retroatividade da regra jurídica constitucional, ordenando-a. O dispositivo incide não somente sobre os créditos constituídos depois da promulgação da Constituição vigente, como também aos constituídos anteriormente, sem dependência alguma das leis a que se submetiam" (grifos meus) (*Comentários à Constituição 1988*, vol. IX, ed. Forense Univir., 1993, p. 4.902/4.903).

[2] Celso Ribeiro Bastos ensina: "Do exposto se constata que há uma grande diferença entre a lei constitucional anterior e a lei ordinária também anterior. Com a entrada em vigor da Constituição, cessa a eficácia da norma constitucional, o mesmo não se dando com a legislação ordinária anterior, a qual não cessa de viger, embora o novo fundamento de validade venha informado pelos princípios materiais da nova Constituição. O único obstáculo a transpor é não ser contrária à nova Constituição. Dá-se portanto uma novação, o que significa que as normas ordinárias são recepcionadas pela nova ordem constitucional e submetidas a um novo fundamento de validade. Na mesma linha de Jorge Miranda entendemos que esta idéia de novação apresenta três corolários principais: Em primeiro lugar todos os princípios gerais de quaisquer ramos do direito passam a ser aqueles constantes da nova Constituição. Em segundo lugar todos os demais dados legais e regulamentares têm de ser reinterpretados à luz da nova Constituição, a fim de se porem conformes com as suas normas e princípios. Em terceiro lugar, as normas contrárias à Constituição não são recepcionadas, mesmo que sejam contrárias apenas a normas programáticas e não ofendam a nenhuma perceptiva" (Comentários à Constituição do Brasil, volume I, ed. Saraiva, 1988, p. 367).

[3] Apenas duas cláusulas pétreas estavam esculpidas no texto pretérito, conforme dicção do § 1° do art. 47: "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou República". Manoel Gonçalves Ferreira Filho assim o comenta: "Limites ao Poder de Emenda. Polemizam os constituintes sobre o valor que têm os limites impostos, na Constiuição, ao Poder Revisor. Muitos, como Vedel e Duverger seguindo um raciocínio que se associa ao de Duguit, sustentam que tais limites não passam de recomendações sem força obrigatória. O Revisor poderia desprezar as proibições sem praticar um ato injurídico. Tal sucederia por ser o Poder Revisor o próprio Poder Constituinte originário que subsistiria em sua própria obra. Desse modo, as regras que ele mesmo declarou podem ser por ele alteradas sem exceção (cf. nosso *Curso de Direito Constitucional* n.º 33; cf., sobre todo o assunto em debate, Nelson de Souza Sampaio, o Poder de Reforma Constitucional).

Outros, e não dos menores, como Carl Schmitt, Hauriou, Recaséns Siches etc., entendem o contrário. Sendo o Poder de revisão instituído pelo Poder Constituinte originário, sendo uma criatura deste, está ele adstrito ao exato cumprimento das normas constitucionais, inclusive no que diz respeito aos limites de seu poder. Esta última corrente tem razão" (*Comentários à Constituição Brasileira*, 6º ed., ed. Saraiva, 1986, p. 269).

[4] Hely Lopes Meirelles esclarece: "A Constituição atual usou acertadamente o vacábulo agente, no sentido genérico de servidor público, abrangendo, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório. O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. Para a vítima é indiferente o título pelo qual o causador direto do dano esteja vinculado à Administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª ed., ed. Rev. dos Tribunais, 1990, p. 551).

[5] Escrevi: "A expressão correção monetária não é feliz. A moeda não se corrige. O que se corrige é o seu valor, ou seja, a sua expressão nominal.

A insuficiência vernacular já fora detectada por Bernardo Ribeiro de Moraes e Rubens Gomes de Souza. Gilberto de Ulhôa Canto e nós mesmos tivemos dificuldades com o Prof. J. van Hoorn de encontrar a melhor versão da palavra para o inglês. A solução intermediária, que não nos agradou, *"Monetary Indexation"* pareceu-nos, entretanto, mais feliz que aquela adotada no Brasil. Isto porque a indexação passa a ter um referencial válido que é a moeda, distinto de outros referenciais.

A indexação no Brasil adota uma plenitude de referenciais (UPC, INPC, IGP e muitos outros), razão pela qual a terminologia clássica e universal seria mais adequada que aquela pelo Brasil hospedada.

Correção monetária é a reposição do valor da moeda, com seu aumento quantitativo correspondente à equivalência qualitativa para o período considerado. A maior quantidade de moeda nominal não provoca a maior qualidade de seu intrínseco, que é o efetivamente corrigido para uma nova expressão monetária.

Diz-se que a velocidade é a divisão da distância pelo tempo. Correção monetária é a divisão de sua expressão monetária atual pela expressão enterior. Desta divisão resulta o índice referencial do valor não corroído, ou na formulação manipulável das apurações econométricas, o índice é elaborado e sua multiplicação pela expressão nominal anterior resulta a expressão nominal atual" (*Revista FESPI* nº 4, Fund. Sta. Cruz, Ilhéus/BA, 1984, p. 77/78).

[6] No seu voto taquigrafado o Ministro Sydney Sanches, relator da referida ADIN, referiu-se, no mesmo sentido, aos trabalhos publicados no volume LXVII dos "Cahiers de Droit Fiscal International", a saber de: Peter Laube (Alemanha), Carlos A. Prada (Argentina), Ian Langford Brow/David F. Libling (Austrália), Kurt Neuner (Áustria), Paul Sibile (Bélgica), Brian A. Felesky/Marc Noel (Canadá), Carlos A. Ramírez Guerreiro (Colômbia), Jaime Basanta de la Peña (Espanha), Jay M. Gonzales/Gary Clyde Hufbauer/Jerone B. Libin (Estados Unidos), Edward Anderson (Finlândia), N. Mouillan-Hogberg (França), Panos Mantzouranis/Costas Mingas (Grécia), Patrick B. Paul (Hong Kong), Josef Pick/Ben-Ami Zuckermann (Israel), Massimo Alderighi (Itália), Susumu Hijikata (Japão), André Elvinger/Jean Kaufmann (Luxemburgo), Arnold Rorholt (Noruega), A. Valabh (Nova Zelândia), C.A.M. Rasenberg (Holanda), Eric J. Henbrey (Reino Unido), Hans-Georg Fornback/Lars Jaktling (Suécia) e Alfons R. Schmid (Suíça), do meu e Henry Tilbery e do relator geral do livro Prof. E. Hohn.

[7] Washington Peluso Albino de Souza lembra que: "Neste estágio da vida da moeda a distinção entre seu valor real e o seu valor nominal assume importância ainda maior, porque o primeiro já não se prende mais ao valor intrínseco da mercadoria, de que é feita, porém ao poder aquisitivo de que se faz portadora. Ao mesmo tempo, o seu valor nominal, determinado pela autoridade, decorre das manipulações feitas na política econômica, tanto com referência aos compromissos contratualmente assumidos pelo próprio Estado, como devedor ou como credor, quanto aos assumidos entre particulares e que têm subvertido os objetivos aos quais o contrato se havia referido. Todas as funções jurídicas do dinheiro passam a ser efetadas, tais como a de "instrumento de pagamento" como meio legal de a moeda resgatar obrigações de entrega de dinheiro ou de bens apreciáveis em dinheiro e a de "não poder ser recusada" em pagamento, ante o curso legal que a impõe. Nesta imposição, combinado com o poder liberatório de resgate, abre-se todo um horizonte de possíveis injustiças levadas a efeito pela satisfação "legal" do débito" (*A Correção Monetária no Direito Brasileiro*, ed. Saraiva, 1983, p. 249).

[8] Wolgran Junqueira Ferreira afasta qualquer dúvida hermenêutica ao comentar o art. 46 supracitado: "Os débitos indicados no "caput" e os quatro incisos do parágrafo único são sujeitos ao pagamento da correção monetária desde o *vencimento* e não protesto ao ajuizamento da ação. Não se trata mais de lei ordinária ou de jurisprudência dos Tribunais, ao menos no que tange aos débitos referidos neste artigo e nos quatro incisos no parágrafo único" (grifos meus) (*Comentários à Constituição de 1988*, volume 3, ed. Julex Livros, 1989, p. 1.291).

[9] Tem o art. 5º "caput" a seguinte dicção: "*Todos são iguais* perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ...", Pinto Ferreira explica-o: "O princípio da igualdade é norma constitucional básica, chamada também de princípio da isonomia, consistindo na igualdade jurídico-formal de todos diante da lei. O seu objetivo é extinguir privilégios (*RDA*, 55:144).

Tal princípio deve ser apreciado como uma dupla perspectiva: igualdade na lei e igualdade perante a lei, esta pressupondo a lei elaborada.

O direito grego possuía dois princípios: o da *isonomia* (igualdade perante a lei) e o da eunomia (o de respeito à lei), como conceitos compatíveis e que se opunham à tirania.

A síntese do texto constitucional abrange qualquer diferança de tratamento advinda do Legislativo, do Executivo e do Judiciário por motivo de raça, nascimento, classe social, riqueza, sexo etc.

O princípio da igualdade aplica-se às pessoas naturais, tutelando ainda as pessoas jurídicas, exceto disposição constitucional expressa" (grifos meus) (*Comentários à Constituição Brasileira*, 1º volume, ed. Saraiva, 1989, p. 62).

[10] Hannah Arendt em "As lições políticas de Kant", coletânia de 13 aulas, procura detectar o pensamento político de Kant espalhado pelas 3 críticas e pela Metafísica dos costumes, destacando esta percepção do pensador alemão, contemporâneo da Revolução e que , à época, conseguiu visualizar o futuro, em suas previsões.

[11] Miguel Reale, na mesma linha, interpreta o dispositivo: "Vem, a seguir, o art. 174 que tem sido o cavalo de batalha dos que persistem em proclamar a natureza intervencionista do Estatuto Político de 1988. Nada melhor do que a reprodução desse preceito: "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá na forma da lei (note-se) as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo *este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*" (Grifei).

Em face de um texto tão claro, custa-me crer que se possa pensar em dirigismo econômico, cuja característica principal é a natureza imperativa e não meramente indicativa do planejamento para os particulares, considerados individualmente ou consorciados em empresas.

Dir-se-á que o Estado é configurado como "Agente normativo e regulador" da economia, mas, a esta altura da evolução histórica, a afirmação contrária daria provas de preocupante irrealismo. O importante é que se declare, tal como consta do mencionado art. 174 que, naquela qualidade, o Estado deverá exercer suas funções de fiscalização e planejamento "na forma da lei". Mais uma vez o princípio da legalidade baliza a ação estatal e de modo puramente indicativo.

Praticam, pois, um grande erro aqueles que não contribuem com uma interpretação objetiva e serena do texto constitucional, assumindo atitude hostil ou depreciativa perante o Estatuto de 1988, o qual, apesar das múltiplas contradições que o comprometem, abre clareiras à defesa tão necessária da livre inciativa, o que quer dizer, da economia de mercado" (*Aplicações da Constituição de 1988*, ed. Forense, 1990, p. 15).

[12] Escrevi: "However, it could be asked whether it would be fair, at a time of adulteration of ORTN rates, to use lower calculations for tax debts and higher ones for recoupment of an undue debt?

We think so, because the Tax Authority has the power of self-limitation since, in a final analysis, it is the beneficiary of the imposition. The taxpayer, however, may not be jeopardized in his legitimate right to be compensated for what belongs to him by "precise monetary corretion". The problem deserves analysis by the courts since it has not yet been examined by them, owing to the lack os precedents.

We raised the subject when invited to give a lecture on the matter in a Seminar held by the Federal University of Belo Horizonte, coordinated by Prof. Washington Peluso Albino de Souza.

The audience included more than 500 students and had the participation of 15 lectures of that University's Law School. At the end, everyone agreed that most appropriate interpretation should be that explained above" (Monetary Indexation in Brazil, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 1983, p. 45/46).

[13] Celso Bastos ensina: "No nosso sistema constitucional ficam muito claros estes níveis legais e sublegais em que o planejamento se decompõem. O artigo sob comento refere-se aos atos sublegais. Consta do preceito que a função de planejamento se dará na forma da lei. O § 1° deste mesmo artigo deixa certo que a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejemento do desenvolvimento nacional.

De outra parte, o texto, ora comentado, elimina as dúvidas quanto à força jurídica do planejamento, deixando certo que será ele determinante para o setor público e indicativo para o privado. Isto significa que o âmbito público o planejamento obriga com força legal" (*Comentários à Constituição do Brasil*, 7º volume, ed. Saraiva, 1990, p. 111).

[14] Gilberto Caldas lembra que: "Nemo Turpitudinem Suan Audire Potest. Expressão equivalente: Nemo Auditur Propriam Turputidinem Allegans.

Ninguém será ouvido (em juízo) quando alega a sua própria torpeza.

"Se o que foi lesado por simulação nela interveio, não pode alegá-la, em juízo. Nemo auditur propriam turpitudinem allegans", Tratado de Direito Privado, tomo LVI, Pontes de Miranda, 3a. ed., p. 17. "O cônjuge adúltero, por exemplo, não pode invocar o próprio crime para o fim de nele fundar pedido de desquite. Nemo turpitudinem suam audire potest" Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV, Moacyr Amaral dos Santos, 1ª ed., p. 44" (*Novo Dicionário de Latim Forense*, Gilberto Caldas, Edição Universitária de Direito, 1984, p. 175/6).

[15] Manoel Gonçalves Fereira Filho desta forma interpreta o referido princípio: "*Moralidade.* Observava o jurisconsulto Paulo que "non omne quod licet honestum est". Isto, porém, não é válido para o direito moderno.

O direito administrativo considera, seguindo a lição de Maurice Hauriou (*Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, 1926, p. 197 e s., apud Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 61), que a moralidade administrativa constitui pressuposto de validade de qualquer ato administrativo. Assim, o elemento ético deve ser levado em conta na apreciação de um ato, tanto quanto sua legalidade ou ilegalidade, sua conveniência ou incoveniência, sua oportunidade ou inoportunidade.

Os especialistas apontam, unanimemente, que a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum, mas engloba as regras de boa administração (Hely Lopes Meirelles, Direito administrativo brasileiro, cit., p. 61-2)" (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, volume 1, ed. Saraiva, p. 245).

[16] Está o artigo 37 § 5º assim redigido: "A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento", tendo Celso Bastos declarado que: "Todos estão sujeitos aos prazos, tanto penais quanto administrativos, que a lei determinar pelos ilícitos que causarem prejuízo ao erário. Note-se que no caso de atentado ao direito penal a competência normativa será exclusivamente da União. Já se de infração administrativa se cuidar, a lei poderá ser tanto federal quanto estadual ou municipal, visto que cuida ela de matéria de natureza administrativa.

No que tange aos danos civis, o propósito do Texto é de tornar imprescritíveis as ações visando ao res-

sarcimento do dano causado" (grifos meus) (Comentário à Constituição do Brasil, 3º volume, tomo III, ed. Saraiva, 1992, p. 167).

[17] Clóvis Bevilácqua comenta o art. 999 do Código Civil assim redigido: "Dá-se a novação: I. quando o devedor contrai com o credor nova dívida, para extinguir e substituir a anterior; II. quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor; III. quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este", dizendo: "Novação é a conversão de uma dívida em outra para extinguir a primeira. Embora muito haja perdido de sua primitiva importância, e apareça, muito apagadamente, nos Códigos mais recentes, como o suíço das obrigações e o alemão, é, ainda, um meio liberatório, que tem caracteres próprios e efeitos jurídicos apreciáveis.

A novação pressupõe: 1) o acordo das partes; 2) uma obrigação válida anterior; 3) ânimo de novar, expresso ou claramente deduzido dos termos da nova obrigação, porque, na falta desta intenção, subsistem as duas obrigações, vindo a segunda reforçar a primeira (art. 1.000); 4) validade da segunda obrigação.

Diz-se objetiva, quando se opera pela mudança do objeto da prestação (art. 999, nº 1); e subjetiva, quando se opera pela mudança do credor ou do devedor (art. 999, nºs II e III). Há muito, abandonou a ciência a distinção entre novação voluntária e necessária. Toda novação é voluntária. Dizia-se que a litiscontestação e a sentença importavam em novação necessária. Mas é um ponto de vista falso, que a doutrina desprezou" (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil,* Livr. Francisco Alves, 1955, p. 126).

[18] Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández ensinam: "En segundo término, sobre esta nota se edifica la relevancia jurídica de los actos administrativos: en cuanto son expresión de una potestad, producen los efectos jurídicos que tal potestad tiene como propios (esencialmente, ivinovar o conservar situaciones jurídicas, como ya sabemos, siendo el primero el efecto más enérgico, en el que por por ello se han fijado, como ya hemos visto, muchas doutrinas para intentar concretarlo como el efecto jurídico-administrativo prototípico). Finalmente, y esto resulta capital, el carácter del acto administrativo como expresión necesaria de una potestad es lo que conecta el acto a la legalidad y lo funcionaliza de una manera peculiar en el seno de la misma. *Ya sabemos que no hay potestad sin norma previa y que todas las potestades son tasadas y específicas, que no existen potestades indeterminadas*" (grifos meus) (*Curso de Derecho Administrativo I,* ed. Civitas, Madrid, 1990, p. 533).

[19] Eugenio Haddock Lobo e Júlio Cesar do Prado Leite esclareceram: "No particular incidem os §§ 15 e 16 na figura do *bis in idem* em relação ao tema tratado no § 14, razão pela qual os comentários dirigidos ao mesmo (§ 14) com estes (§§ 15 e 16) *se casam, quer no concernente ao contraditório, quer no pertinente ao devido processo legal, que pressupõem o amplo direito de defesa dos litigantes e dos acusados.*

No concernente aos dois assuntos — direito de defesa e contraditório — conviria acrescentar-se valiosas considerações de Pontes de Miranda, ainda que se o faça sucintamente: "A regra do texto não é regra jurídica vazia, não é como diriam os juristas alemães, "leerlaufend", trata-se de direito subjetivo (constitucional) de defesa. Dela nasce direito constitucional a defender-se ou a ter tido defesa: em conseqüência disso, é nulo o processo em que se não assegura ao réu a defesa, ainda que tenha o juiz aplicado alguma "lei" (grifos meus) (*Comentários à Constituição Federal,* 1º volume, ed. Trabalhistas, 1989, p. 100).

[20] Escrevi: "E, neste particular, parece-me que a legislação sobre o sistema financeiro, decididamente em grande parte, não foi recepcionada pela nova ordem. O art. 192 da Constituição Federal, ao fazer menção à lei complementar, exige a conformação do sistema por veículo de dignidade maior que a singela legislação ordinária anterior. Embora não regulado, à evidência, os pressupostos do sistema não podem ser atingidos, como aquele do parágrafo único do artigo 170, visto que, mesmo nos casos em que a exigência de autorização esteja prevista em lei — para a hipótese, a complementar — essa exigência há de objetivar apenas a determinação de capacitação e não do livre exercício profissional.

Por outro lado, não cabe mais ao Banco do Central promover liquidações extrajudiciais, por força do art. 5º, incisos XXXV e LV, assim redigidos: "XXXV. a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". "LV. aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (grifos meus).

Pelo primeiro, alarga-se o espectro do acesso amplo e incondicionado à Justiça, retirando-se o exaurimento das fases administrativas, como pré condição, nos termos do direito pretérito. É, pois, incomensuravelmente mais amplo. Faz menção não só à lesão ao Direito, como à ameaça ao próprio Direito.

Pelo segundo, o contraditório é fundamental. Ninguém pode ser condenado, sentenciado ou processado, sem que tenha direito a ser ouvido, apresentando sua defesa, sem limitações de qualquer natureza.

Ora, a liquidação extrajudicial, a que faz menção o art. 14, § 3º, do Decreto-Lei 2.321/87 representa inequívoca violação dos dois dispositivos, posto que, a avaliação — que pode ser absolutamente distorcida — da autoridade monetária pulveriza patrimônio de terceiros, sem o devido processo legal.

Desde 5 de outubro de 1988 que o Banco Central não pode mais liquidar extrajudicialmente qualquer instituição financeira, por força dos dispositivos re-

trocitados, à falta do devido processo legal e do contraditório, com ampla defesa. É de se ressaltar que o inciso LV trata inclusive de processos administrativos.

E o parecer poderia parar por aqui, visto que a arbitrária ação do presidente do Banco Central resultou em clara e nítida violação de uma das garantias fundamentais da lei suprema do país" (*A Constituição Aplicada* nº 7, ed. Cejup, 1993, p. 46/48).

[21] Arnoldo Wald lembra a evolução da adoção dos índices de correção monetária pela jurisprudência do S.T.F.: "Efetivamente, a partir de 1978, em virtude de sucessivas decisões, que sempre foram precedidas de amplo debate, firmou-se, de modo manso e pacífico, a jurisprudência do STF, nos termos seguintes:

a) podem as partes livremente convencionar a correção monetária, desde que não exista vedação expressa por norma de ordem pública;

b) *a correção monetária não se confunde com os juros, pois ela é a atualização da própria dívida*;

c) em todos os casos de responsabilidade civil cabe a correção monetária. Embora a Súmula 562 só se refira aos danos materiais causados por atos ilícitos, o entendimento do Supremo abrange, atualmente, qualquer tipo de dano causado, tanto nas hipóteses de responsabilidade delitual, extracontratual ou aquiliana como nos casos de responsabilidade contratual;

d) nas desapropriações, o atraso culposo da administração no pagamento da indenização devida justifica a correção monetária, não obstante o disposto da Súmula 416;

e) a correção deve incidir até o efetivo pagamento do débito ou da indenização (Súmula 561);

f) admite-se a correção monetária em virtude de aplicação da analogia, não se exigindo, pois, lei expressa para que a correção possa incidir" (*A Correção Monetária no Direito Brasileiro*, ob. cit., p. 20).

[22] Geraldo Vidigal, na mesma linha, explica o sentido da correção monetária como repositor do valor de substância da moeda: "Ao longo do processo de substituição do regime nominalista por sistemas de restauração do valor real das obrigações, ao longo da experiência do processo inflacionário, evoluiu progressivamente a jurisprudência, acompanhando, complementando, preenchendo claros de legislação.

Da interpretação e do acolhimento que inicialmente tiveram as leis impondo soluções de correção monetária, evoluíram, gradativamente, os Tribunais, para o acolhimento da estipulação contratual de correções monetárias e para a definição jurisprudencial do direito à correção de débitos injustamente esvaziados pela desvalorização da moeda.

Os velhos critérios que distinguiam entre dívidas de dinheiro e dívidas de valor — estribados quer nas normas do CC que determinavam, em numerosas hipóteses, a restituição de bens ou a do valor correspondente na data do pagamento, fundados quer na equiparação dos danos por ato ilícito às dívidas de valor, quer em antigas teorias doutrinárias de imprevisão ou na doutrina de que nos contratos se deve entender implícita a cláusula *rebus sic stantibus* — floresceram em incorporação gradual de diferentes figuras de dano à esfera das que deveriam abranger-se na concessão de correção monetária, já pela extensão, aos danos materiais, de proteção que, inicialmente, só danos pessoais recebiam; já pela ampliação do significado da expressão "dívidas de valor" para abranger todas as indenizações; já para abranger, no âmbito das correções monetárias, as responsabilidades por impontualidade" (*A Correção Monetária no Direito Brasileiro*, ob. cit., p. 292).

[23] Mauro Brandão Lopes lembra que: "Monetary correction specifically applies where the parties to a pecuniary debt make no provision for the monetary correction of the predetermined amount of currency representing the debt. The debt itself results from a contractual relationship under private law, entered into by the parties with the explicit intention of adopting the nominalist principle of money. It is in this kind of debt that inflation indroduces a patent imbalance in the relationship: the debtor becomes unjustly enriched at the expense of the creditor upon the perfomance of the debtor's obligation. This kind of debt undoubtedly requires a legal remedy by means of judicial adjustment of the debt relationship to ensure that the debtor does not become unjustly enriched. Of course, this judicial remedy requires proper legal justification" (*Monetary Indexation in Brasil*, ob. cit., p. 192).

[24] No "Year Book 1984" da International Fiscal Association há resumo da palestra que proferi no 38º Congresso Internacional da IFA, em que lembrava a origem da indexação no país: "Mr. Gandra da Silva Martins started by asking whether monetary indexation was the cause of inflation. He answered that it was not. The main cause of inflation was the inefficiency of government participation in the economy, producing high public deficits which were passed on to the nation. Indexation was merely the best way of living with inflation. It coult be compared with insulin which kept the sufferer from diabetes alive under almost normal conditions

Indexation had originally been designed for tax purposes. The intention was to impose penalties for delay in payment that took into account not only the taxpayer's gain form the interest on the tax paid late but also his gain from inflation. Indexation had subsequently been extended to all other sectors of the economy. Within the tax field indexation had also been applied to indirect taxes charged on a base calculated in physical units such as length, weigth or quantity; adjustment coult be as often as monthly. Tax on the sources os income did not in principle require an adjustment (providing the value of the resource in question was kept up to date) unlike the

tax on income itself" (*IFA Yearbook 1984*, Rotterdam, Ed. Kluwer Law, p. 153).

[25] De lembrar-se que, como ensina Hely Lopes Meirelles, na dúvida, os contratos entre o Poder Público e o particular devem ser interpretados a favor deste: "Outro princípio que favorece o particular, no contrato de colaboração, é o que lhe concede o benefício da interpretação mais favorável. A esse propósito, já nos foi dado dizer que, relativamente aos contratos de atribuição, em que predomina o interesse particular, a interpretação deverá ser sempre restritiva das vantagens a este outorgadas, mas concluímos que: "Diversamente, nos contratos de colaboração, a tendência atual é no sentido de que, em caso de dúvida, deve-se adotar a exegese que favoreça o particular contratado, dada a acentuada semelhança entre esses ajustes e os denominados contratos de adesão" (cf. nosso *Licitação e Contrato Administrativo*, cit., p. 181" (*Estudos e Pareceres de Direito Público*, vol. IX, ed. Rev. dos Tribunais, 1986, o. 111).

[26] Infelizmente, os planos heterodóxos de combate à inflação fracassaram, por desconhecimento de seus autores da fenomenologia da inflação. Escrevi para o jornal "*O Globo*" em 20.04.1989 que: "A inflação não decorre do aumento de preços, mas de expansão da moeda. Se o volume de transações é estável e a quantidade e a velocidade de circulação da moeda crescem, há de crescer, por decorrência, o nível de preços. Combater a inflação pelo controle de preços é combatê-la erroneamente nos efeitos. Combater a inflação pelo controle da moeda é combatê-la na origem, na causa. Esta é a lição de Fischer e a lição que o mestre dos mestres da economia brasileira, Octávio Gouveia de Bulhões, vem, como os santos de altar, no dizer de Rogério Marinho, pregando, na esperança de que, um dia, os políticos brasileiros aprendam a lição. E é a minha esperança, como professor universitário há 1/4 de século, posto que, mesmo os piores alunos, de tanto ouvirem uma lição terminam por aprendê-la. Que as autoridades brasileiras não sejam piores que os piores alunos."

[27] Gilberto de Ulhôa Canto ensina: "veja-se a diferença entre os dispositivos de 1933 e 1969; no primeiro se fazia menção a pagamento em moeda corrente, pelo seu valor legal, mas no segundo nenhuma menção se fez ao valor, apenas se aludindo ao curso legal da moeda. Portanto, a correção monetária e o regime instituído pelo Decreto-Lei nº 857/69 sempre foram perfeitamente compatíveis na medida em que a primeira pressupôs a subsistência de obrigações em moeda nacional, limitando-se a proceder à atualização do seu poder de compra mediante a aplicação de índices oficiais. As leis que asseguram poder liberatório e curso forçado à moeda nacional têm por objetivo assegurar a observância de um dos atributos mais importantes da soberania, que é justamente a disciplina integral da moeda. A correção monetária surgiu entre nós — e assim sempre se tem mantido — como instrumento de atualização do poder de compra do cruzeiro diante da inflação. Com efeito, ajustando os preços dos bens, direitos e obrigações por meio da multiplicação dos respectivos valores referidos a certa data por índices da desvalorização fixados pelo próprio Governo Federal, o sistema atingiu o resultado previsto, que era e é preservar o padrão monetário, mas não necessariamente o poder liberatório pelo valor nominal da moeda, que a legislação vigente não impõe nem corresponde a qualquer propósito fundamentado em argumentos de mérito (v. Athur Nussbaum, Teoria jurídica del dinero, trad. esp. do Das Geld in Theorie und Praxis des deutschem und auslandisches Rechts, Madrid, Libraria General de Victoria Suarez, 1929, p. 38 e s. e 56 es., e Derecho monetário nacional e internacional, trad. esp de Money in the Law — national and international, Buenos Aires, Ed. Arayú, 1954, p. 39 e s. e 276 e s." (*A Correção Monetária no Direito Brasileiro*, ob. cit., p. 7/8).

[28] Roberto Rosas esclarece: "Alguns pontos têm surgido na aplicação da correção monetária. Em essência, a correção monetária é atualização da dívida. Portanto, é compatível a cumulação de perdas e danos com a correção monetária. É cumulável a cláusula penal com a correção monetária e também possível a cobrança da correção monetária com juros.

A consagração da correção monetária como forma de atualizar os débitos é perfeita. Para ilustrar o casuísmo basta relermos as recentes aplicações na jurisprudência do Supremo Tribunal. No ilícito contratual (RE 92.780, *RTJ*, 96:444). Na apuração de haveres comerciais (RE 86.791, RTJ, 97:264).

Uma observação econômica adverte para a correção monetária como fonte alimentadora da inflação, invocando-se o exemplo da Finlândia. Na verdade, não serão os débitos fixados pelo Poder Judiciário, porque no conjunto econômico eles representam uma pequena parcela dos débitos em geral, sejam dívidas de dinheiro ou dívidas de valor. Injustiça seria pagar-se com moeda defasada" (*A Correção Monetária no Direito Brasileiro*, ob. cit., p. 334).

[29] A equipe da Price Waterhouse explicita ao comentar o inciso I do art. 46 que: "Ainda que os créditos sejam oriundos de operações realizadas após decretada a intervenção ou a liquidação extrajudicial das entidades objeto da Lei 6.024/74, haverá sobre os mesmos a incidência da correção monetária prevista nesse artigo, de maneira que a Constituição abrange créditos anteriores e posteriores à determinação do regime especial cabível, pelo Banco Central do Brasil.

Note-se que este e os demais incisos desse parágrafo único são exemplificativos quanto aos créditos a que se reportam, como inclusões explícitas de

aplicação da norma constitucional. *Assim, os demais créditos abrangidos pela Lei n.º 6.024/74 também estão sujeitos à correção monetária assegurada pela Constituição*" (grifos meus) (*A Constituição do Brasil 1988,* Price Waterhouse, 1989, p. 914).

[30] Escrevi sobre o Plano Verão e a reindexação da Economia, ao justificar a criação do BTN: "This situation, however, was radically altered by the Medida Provisoria (Temporary Measure) No. 32, of 15 January 1989, when the Government cancelled the indexation of the entire national economy, intending to fight inflation by: (1) the removal of indexation; (2) severe fiscal and monetary policies and a drastic cut in public expenses with the reduction of the Ministries, dismissal of employees and privatization; and (3) high interest rates to inhibit consumption.

In a failed effort to gain popularity, the President of the Republic introduced, once again, a "price freeze policy" and controlled prices, upsetting, with that measure, the relative prices. In the sequence established, he did not cut down needless expenses nor did he make a head count of Government employees. The promised privatizations did not occur, and 2 weeks later indexation was reintroduced, and the policy of high interest rates maintained. The price freeze policy was maintained only until mid-April, notwithstanding the "defreezing" of salaries and the increase of public prices, plus a high issue of currency, contrary to promises. It immediately became apparent that the opportunity to fight inflation had once again been lost. Inflation, in Brazil, has once more begun its corrosive upwards trend" (*Bulletin,* vol. 43, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdan, 1989, p. 406).

[31] Caio Mário da Silva Pereira ensina: "E a Constituição Federal assenta que as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causaram a terceiros, cabendo ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo (Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 107 e seu parágrafo único; Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, art. 37, nº XXI, § 6), segundo o qual a teoria do risco integral compreende as pessoas jurídicas de direito público, bem como as de direito privado prestadoras de serviços públicos.

É pacífico, e já requer maior explanação, que os vocábulos, "representantes" e "funcionários" não são usados em acepção estrita, porém ampla, naquele sentido acima assentado, de quem no momento exercia uma atribuição ligada à sua atividade ou à sua função.

É de se entender, igualmente, que no vocábulo "estado" compreende-se as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos" (*Responsabilidade Civil,* Forense, 1990, p. 139).