

INVALIDIDADE DA TAXA REFERENCIAL (TR): O SIGNIFICADO DA ADI 493-0-DF, de 1991

Letácio Jansen*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Conceito de moeda; 3. Em que consiste a chamada “correção” monetária brasileira? 4. As reformas monetárias anteriores à ADI nº 493-0-DF; 5. O significado da ADI nº 493-0-DF: A) Considerações iniciais; B) Distinção entre Indexador e Moeda; C) A condenação da correção monetária; D) Outras proposições relevantes da ADI nº 493-0; E) A TR como indexador “apenas” parcial; 6. Conclusões.

1. Introdução

É indispensável revisitar a ADI nº 493-0-DF, de 1991, para constatar, por um lado, a profundidade e precisão com que o tema foi analisado pelo ministro Moreira Alves, Relator do feito e, por outro lado, a deliberada cortina de silêncio que posteriormente se formou em torno da decisão do caso, numa tentativa, talvez, de esvaziá-la de conteúdo.

Embora já tenha examinado a ADI nº 493-0-DF em mais de uma oportunidade¹ não fora capaz de extrair dela todas as suas potencialidades, o que ocorreu agora, quando pude reexaminar, mais à distância, o contexto em que ela foi proferida.

A meu ver, a invalidade do emprego da Taxa Referencial (TR) pode ser decretada em decorrência da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 493-0-DF e dos princípios que a lastreiam.

Para justificar essa opinião a exposição a seguir obedecerá ao seguinte esquema: 1 – começarei tratando da “natureza jurídica” da moeda, evidenciando a papel dos juristas no estudo da matéria, tida, muitas vezes como objeto exclusivo da análise econômica; 2 – exporei as características do “valorismo” radical brasileiro, que ficou popularizado sob a denominação de “correção monetária”; 3 – relembrei, a seguir, tentando explicá-las, em suas linhas gerais, as sucessivas reformas monetárias brasileiras, até o Plano Collor II, que criou a Taxa Referencial e 4 – procurarei evidenciar o exato significado da ADI nº 493-0-DF.

2. Conceito de moeda

Muitas pessoas crêem que a moeda seja um tema, apenas, de economistas, e não de juristas. Aos juristas, porém, não falta legitimidade para tentar decifrar o conceito de moeda, mesmo porque os economistas, até hoje, não conseguiram promover uma definição consistente de moeda, detendo-se no exame suas funções: de meio de pagamento ou meio de troca, de medida de valor e de reserva de valor.

Historicamente, foi um advogado francês, Charles Dumoulin, quem formulou, no começo da Idade Moderna, o princípio do valor nominal, essencial para o entendimento do conceito de moeda e para sua disciplina.

O princípio do valor nominal foi positivado, pela primeira vez, no Código Napoleão, do início do século XIX, cujo artigo 1895 estatui que “a obrigação que resulta de um

*Procurador aposentado do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Procurador Geral do Estado. Presidente do Instituto de Estudos Monetários. Advogado.

¹JANSEN, Letácio, “Direito Monetário”, com prefácio de Lucia Lea Guimarães Tavares, Rio, Lumen Juris, 1977, pp. 37 a 41, 189 a 193, 205 e 209.

mútuo de dinheiro não é senão da soma numérica enunciada no contrato” e que “se houver aumento ou diminuição de espécies antes da época do pagamento, o devedor deve devolver a soma numérica emprestada, e não deve devolver senão essa soma nas espécies que tem curso no momento do pagamento”.

Desde os primórdios do século XVII os ingleses também passaram a aplicar esse princípio, que foi citado, pela primeira vez, no “*Case of mixt money*” (*Gilbert vs. Brett*, 1604)², um precedente até hoje seguido pelo direito anglo saxão em matéria monetária. A mesma doutrina foi adotada nos Estados Unidos pela Suprema Corte, nos “*Legal Tender Cases*”³. O princípio do valor nominal vige atualmente, em todas as ordens jurídicas das nações civilizadas, inclusive da zona do EURO⁴.

Consagrado em todos os Direitos modernos nacionais – quer de feição continental, quer do *common Law* – o princípio do valor nominal é, às vezes, contestado por alguns economistas. O mais respeitado tratadista moderno de Direito Monetário, Arthur Nussbaum, autor de uma obra considerada fundamental nessa matéria – *Money in the Law*⁵ – denomina essas doutrinas contrárias ao princípio do valor nominal de “valoristas”, expressão que abrange não só o “metalismo” (que é uma crença mais antiga, que considerava os metais como sendo o conteúdo de valor das peças monetárias), como as teorias mais modernas que defendem a tese de que o “poder aquisitivo” (medido por diversos índices) é o conteúdo de valor das peças monetárias de papel e das obrigações monetárias.

Numa primeira aproximação, expressando-me simplificada, é possível dizer que a moeda é a “constituição” da ordem monetária. Assim como cada Estado nacional tem uma Constituição, que é a norma fundamental da sua ordem jurídica, cada Estado nacional tem uma moeda, que é a norma fundamental da sua ordem monetária. A moeda nacional é, portanto, por assim dizer, a “constituição” da ordem monetária nacional, no sentido de que ela é única e exclusiva para vigor como unidade monetária em cada Estado nacional, nada se admitindo, nessa matéria, que a supere. Não é preciso dizer que a moeda estrangeira, embora às vezes preferidas pelas pessoas, por ter melhor “poder de compra”, não é superior à moeda nacional, pelo simples fato de que ela é... estrangeira, e a moeda (salvo no caso recente do EURO, que é supra nacional) é um fenômeno tipicamente nacional.

Apenas a Constituição é hierarquicamente superior à moeda, na medida em que atribui competência ao Banco Central para emití-la. No caso brasileiro, é o art. 21, VII, da Constituição Federal, que institui a moeda nacional e o monopólio da União Federal para emití-la. A moeda, a que se refere a Constituição Federal está destinada a exercer, concomitantemente, as chamadas funções de medida de valor e de meio de pagamento, que não podem ser separadas.

A impressão das peças monetárias pela Casa da Moeda tem validade de emissão de moeda porque o Direito outorga competência aos servidores da referida Casa da Moeda para praticar esse ato. Embora a emissão seja um fato sensorialmente perceptível, a sua significação jurídica não pode ser percebida por meio dos nossos sentidos físicos, tal como nos apercebemos das qualidades naturais de um objeto, como a cor e o peso. Há uma norma legal que atribui esse sentido ao ato jurídico da emissão, e essa norma é a moeda nacional, também designada moeda legal, que constitui a norma monetária geral fundamental da ordem monetária nacional.

²MANN, F.A. “*El Aspecto Legal del Dinero - con referencia especial al derecho internacional privado y público*”, trad. de Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, 1a. edição em espanhol a partir da 4a. edição em inglês, p. 123

³NUSSBAUM, Arthur “*Derecho Monetario Nacional y Internacional - Estudio comparado en el linde del derecho y de la economía, traducción española e nota por Alberto D.Schoo*, Buenos Aires, Ediciones Araya, 1954, p. 252, e nota 167.

⁴SILVA, João Calvão da, Euro e Direito, Coimbra, Livraria Almedina, 1999, pp. 69 e segs.

⁵Traduzida para o espanhol com o título “*Derecho Monetario*” (ver nota 3 acima)

A impressão, pela Casa da Moeda, do papel que vai se transformar em peças monetárias tem, portanto, o sentido de emissão de moeda, porque uma norma legal dá a esse fato tal significado, e outras normas jurídicas atribuem competência a determinadas pessoas para praticar esse ato. O que faz com que as peças monetárias emitidas tenham validade de dinheiro não é, pois, a sua facticidade, não é o seu ser natural, encontrado no sistema da natureza, mas o sentido jurídico que está ligado ao ato da emissão, a significação que esse ato tem do ponto de vista do Direito.

As noções acima, embora rapidamente expostas, tornam mais claros os motivos pelos quais as chamadas funções da moeda, de medida de valor e de meio de pagamento, não podem ser separadas, como admitem aqueles que definem a moeda com base, apenas, nessas suas funções.

O que os economistas denominam “medida de valor” é, na verdade, a norma jurídica que dá sentido “de valor” ao ato jurídico da emissão; e de meio de pagamento (ou de meio de troca) a peça monetária emitida. As peças monetárias emitidas e a norma jurídica que lhes dá o significado de “valor” não são, contudo, duas coisas diferentes. Elas situam-se em planos diferentes, mas não podem ser cindidas, porque são as faces inseparáveis de uma mesma moeda.

A emissão da moeda é, por outro lado, também, a criação da moeda. Através da emissão (e de outras práticas de política monetária, que não importa aprofundar aqui) o Banco Central define a quantidade de moeda que vai compor o meio circulante. A emissão é, sempre, de uma quantidade limitada de peças monetárias, cada uma das quais contém, além do nome da moeda, um número, que é a sua quantia. O conteúdo de validade da moeda é uma quantia.

Ao estabelecer a quantidade de peças monetárias que devem ser emitidas as autoridades monetárias definem o conteúdo das respectivas moedas nacionais, que deve referir-se ao conjunto das atividades das pessoas na sociedade. A moeda nacional tem o seu fundamento na Constituição mas não tem nível constitucional, e sim legal, sendo por isso também designada por moeda legal. Não pode a lei ordinária, pois, criar várias moedas numa mesma ordem jurídica, porque a Constituição institui uma única moeda nacional.

3. Em que consiste a chamada “Correção” Monetária Brasileira?

A correção monetária é uma modalidade de doutrina que nega o princípio do valor nominal, classificando-se, portanto, dentre as que o jurista Arthur Nussbaum, como vimos acima, chamava de “valorismo”. Difere, porém, dos outros valorismos (eventualmente adotados, em certas épocas, em outros países) porque possui características próprias, tipicamente brasileiras, que são, principalmente, as três seguintes: a) a sua compulsoriedade; b) o seu automatismo; c) a sua tendência à generalização, como se fosse um princípio do valor nominal “às avessas”.

Trata-se do exemplo mais radical da prática de valorizações em todos os tempos. Em nenhum outro país, nem em qualquer outra época da História, uma doutrina valorista foi aplicada com a extensão, profundidade e duração que teve a correção monetária.

O principal teórico da correção monetária é o advogado tributarista Bulhões Pedreira – que inventou, inclusive, o termo correção monetária – cuja atuação foi de grande relevância no âmbito do movimento militar de 1964. Vale a pena lembrar do seguinte trecho de um trabalho seu⁶ em que o ponto essencial de sua doutrina é exposto claramente, *in verbis*:

⁶BULHÕES PEDREIRA, José Luiz, “Correção Monetária; Indexação Cambial. Obrigação Pecuniária”, in “Revista de Direito Administrativo”, n 193 pp 353 a 372 Jul/Set 1993

“Por analogia com as unidades de medidas físicas podemos dizer que o nível geral de preços é o padrão primário do valor financeiro, enquanto que a unidade monetária serve como padrão secundário - usado, na prática, para exprimir o valor financeiro mas que deve ser aferido pelo padrão primário porque sujeito a modificações.”

Segundo esse entendimento, a moeda não seria a “constituição” da ordem monetária, uma vez que, acima dela, haveria um fundamento superior – o “padrão primário do valor financeiro” – sujeito a modificações, ao qual a moeda estaria subordinada.

A moeda nacional, portanto, segundo a proposição fundamental da doutrina da correção monetária, seria um mero “padrão secundário”, o que pressupõe cindir em duas as suas funções, atribuindo-se ao padrão primário – ou seja, ao “nível geral de preços” – a função de medida de valor, e às peças monetárias emitidas a função de meios de pagamento ou de troca.

Ao fazer uma analogia entre as medidas do mundo físico, e o nível geral de preços, a doutrina da correção monetária pretendeu a dar um cunho “natural” ao seu padrão primário, como se ele fosse um “valor real”, com força para “corrigir” a moeda nacional.

Com a vitória do golpe militar de 1964, Bulhões Pedreira, que era íntimo do ministro do Planejamento Roberto Campos, logo conseguiu institucionalizar e colocar em prática a sua doutrina, principalmente através da Lei de nº 4.357, de 16 de julho de 1964, que criou o primeiro indexador da nossa Economia – a ORTN (Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional) uma obrigação monetária cuja função era fazer variar, periodicamente, a moeda nacional (ou, mais propriamente, as demais obrigações monetárias expressas na moeda nacional da época, que era o cruzeiro) segundo a perda de seus respectivos poderes aquisitivos.

Em decorrência disso, passou-se a agir, na prática, como se houvesse, no Brasil, duas moedas: o cruzeiro, sujeito à deterioração pela inflação, e a Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional, que muitos chamavam “a moeda dos ricos”, e que era “corrigida” periodicamente para proteger os seus titulares dos efeitos da inflação.

Como a correção monetária não decorria da aplicação direta da lei, mas sim de sua incidência “indireta” (já que essas leis eram autorizativas, outorgando competência a órgãos que editavam normas de nível inferior, as Resoluções e Portarias que fixavam periodicamente as quantias dos indexadores) e para impedir que essas autorizações fossem descumpridas, o governo logo atribuiu à Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional um caráter compulsório.

O automatismo, e a tendência à generalização, são duas outras características da correção monetária brasileira, o que levou, com o tempo, as autoridades monetárias a perder, completamente, o seu poder de controle sobre a moeda, vendo aumentar a quantidade de peças monetárias e de créditos em circulação, sem nada conseguir fazer para evitar a ocorrência desse fenômeno.

Ao contrário do que afirmava a propaganda do governo, da época, que apresentava a correção monetária como uma forma de superar a inflação, o fenômeno inflacionário foi cada vez mais se agravando, o que exigiu do governo Sarney a edição, em 1986, do Plano Cruzado, que foi a primeira dentre as muitas reformas monetárias pelas quais o Brasil passou, visando obter a estabilidade monetária.

Tive a oportunidade de acompanhar a evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial da correção monetária brasileira desde as suas origens, o que tudo está documentado nos meus livros “Crítica da Doutrina da Correção Monetária”, “A Correção

⁷JANSEN, Letácio, “Crítica da Doutrina da Correção Monetária”, Rio, Forense, 1983.

Monetária em Juízo”⁸ e “A Norma Monetária”⁹, escritos antes do Plano Real. Mais tarde, no livro “Desindexação”¹⁰, posterior ao Plano Real, relacionei as ementas das 731 normas de nível constitucional, legal e de decreto sobre moeda, indexação e desindexação, publicados entre 1964 a 1995, e num livro mais recente, “Limites Jurídicos da Moeda”¹¹, classifiquei os textos de doutrina sobre correção monetária, da década de 1960 à década de 1990 e selecionei ementas de acórdãos do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, no período de 1994 a 1999.

4. As Reformas Monetárias que antecederam a Adi nº 493-0

A generalização, cada vez maior, da correção monetária, e a popularização do emprego de indexadores, levou as autoridades monetárias brasileiras a ficar praticamente sem controle da moeda nacional Cruzeiro, que era cada vez menos eficaz, o que acabou impondo a sua revogação por outra, que foi denominada Cruzado, instituída pelo Decreto Lei nº 2.264, de 10 de março de 1986.

Tendo em vista, contudo, a rede de interesses que se montou em torno da correção monetária, e a poderosa “clientela” que foi alimentada por ela durante mais de uma década, não foi nada fácil extingui-la, o que exigiu a edição de diversos outros “pacotes” econômicos posteriores ao Plano Cruzado.

As sucessivas reformas monetárias tiveram, todas elas, a finalidade de acabar com a correção monetária que, porém, no caso dos primeiros planos, passado algum tempo, de novo recrudescia, e obrigava o governo a por em prática outro modelo, o que deu a todos esses planos – até a edição do último deles, o Real, em 1994, que foi bem sucedido – um certo toque de transitoriedade.

Desde 1986 até 8 de maio de 1991 – data em que foi deferida, em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal, a liminar na ADI nº 493-0, DF – houve, no Brasil, nada menos do que 11 (onze) reformas com características monetárias, que foram as seguintes:

a) em 1986, o Plano Cruzado, que extinguiu a Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional e criou a OTN (Obrigação do Tesouro Nacional) e o IPC (Índice de Preços ao Consumidor) e instituiu uma nova moeda, denominada Cruzado;

b) ainda em 1986, o governo Sarney baixou o Decreto lei nº 2.290, de 21 de novembro de 1986, que procurava fortalecer o Cruzado;

c) no mesmo ano, foi publicado o Decreto lei nº 2.302, de 21 de novembro de 1986, que criou o denominado “gatilho salarial”;

d) em 1987, o Decreto lei nº 2.322, de 26 de fevereiro de 1987, “descongelou” a Obrigação do Tesouro Nacional;

e) ainda em 1987 pelo Decreto-lei n. 2.335, de 12 de junho de 1987, foi editado o Plano Bresser, que instituiu a Unidade de Referência de Preços (URP), que foi depois “congelada” pelo Decreto-lei nº 2.425, de 7 de abril de 1988;

f) em 1989, a Medida Provisória nº 32, de 15 de janeiro de 1989, convalidada na Lei nº 7.730, de 31 de janeiro de 1989, instituiu o Plano Verão, que criou uma outra moeda, denominada Cruzado Novo;

g) em 1989, a Lei nº 7.774, de 8 de junho de 1989, estendeu, retroativamente, a aplicação do IPC a diversas obrigações monetárias anteriores ;

⁸JANSEN, Letácio, “A Correção Monetária em Juízo”, Rio, Forense, 1986

⁹JANSEN, Letácio, “A Norma Monetária”, com prefácio de Augusto Thompson, Rio, Forense, 1988

¹⁰JANSEN, Letácio, “Desindexação, uma análise da MP 1.053, de 1995”, Rio, Lumen Juris, 1996, pp. 211 a 264.

¹¹JANSEN, Letácio, “Limites Jurídicos da Moeda”, com prefácio de José Eduardo Santos Neves, Rio, Lumen Juris, 2000, pp. 143 a 224 e 225 a 318.

h) ainda em 1989, a Lei nº. 7.777, de 1º de junho de 1989, criou o BTN (Bônus do Tesouro Nacional);

i) pouco depois, também em 1989, a Lei nº 7.799, de 10 de julho de 1989, criou o Bônus do Tesouro Nacional-fiscal;

j) em 1990, a Lei nº. 8.024, de 12 de abril de 1990, em que foi convalidada a Medida Provisória nº 168, de 15 de março de 1990, baixou o Plano Collor, que criou uma nova moeda, designada Cruzeiro;

k) em 1991, através das Medidas Provisórias nºs. 294 e 295, de 31 de janeiro de 1991, que foram convalidadas nas Leis nºs 8.177 e 8.178, de 1º de março de 1991, foi editado o Plano Collor II, que extinguiu os BTNs, proibiu o IBGE de divulgar o IPC, e criou a Taxa Referencial (TR).

O Plano Cruzado, o primeiro a pretender acabar com a indexação, subestimou a força da correção monetária (e de sua clientela) julgando que poderia eliminá-la através de um amplo “congelamento”, retirando o “R” (abreviatura de “reajustável”) da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional, transformando-a em Obrigação do Tesouro Nacional, e criando um misto de índice e indexador, o IPC.

Instituir a Obrigação do Tesouro Nacional, e congelá-la por um ano, foi um equívoco do Plano Cruzado, pois não se tratava de um simples preço da Economia, mas, sim, de um indexador, que deveria ter sido extinto definitivamente, para evitar a sua repristinação, como ocorreu, um ano depois, pelo Decreto lei nº 2.322, de 1987, que “descongelou” a Obrigação do Tesouro Nacional, de forma, aliás, inconstitucional, por ter tido efeitos retroativos. A repristinação da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional foi a primeira das muitas e sucessivas aplicações retroativas de índices e indexadores, que acabaram atribuindo, na prática, efeitos contínuos à correção monetária.

O Decreto lei nº 2.322, de 26 de fevereiro de 1987, numa reação contra o Cruzado, “descongelou” a Obrigação do Tesouro Nacional e, com isso, reindexou a Economia, dando início a série de idas e vindas que desmoralizaram, perante o Judiciário, as autoridades responsáveis pela edição dos “pacotes” econômicos, instaurando um conflito entre os Poderes da República, com reflexos negativos na ordem jurídica.

O índice de reajuste da Obrigação do Tesouro Nacional era a variação do IPC, que foi estendido, também retroativamente, ao período anterior de um ano, em que houvera o congelamento da Obrigação do Tesouro Nacional. A aplicação do IPC passou a incidir sobre todas as obrigações (além daquelas a que fizera menção o Decreto lei nº 2.284, 10 de março de 1986), sempre com efeitos retroativos (de forma, portanto, mais uma vez, inconstitucional).

O Plano Verão, baixado pela Lei nº. 7.730, de 31 de janeiro de 1989, de vigência efêmera, extinguiu a Obrigação do Tesouro Nacional, mas manteve o IPC como indexador residual e substitutivo (que mais tarde generalizou-se).

Medidas posteriores ao Plano Verão, (como, por exemplo, a Lei nº 7.774, de 8 de junho de 1989) procuraram estimular a utilização de “índices setorializados”, para evitar o uso de indexador de caráter geral o que, porém, não ocorreu na prática.

A URP, criada pelo Plano Bresser, foi uma tentativa, logo frustrada, de o governo administrar a indexação, o que, ao não produzir resultados, fortaleceu o IPC como indexador.

A instituição do indexador BTN e, pouco depois, do BTN-fiscal (este último com frequência diária de reajuste) consistiu no reconhecimento explícito do fracasso dos planos anteriores de desindexação e manteve a prática inconstitucional de preservar a artificial continuidade dos indexadores que sustentavam a correção monetária.

A estratégia de combate à inflação da equipe econômica de Collor consistia numa diminuição abrupta da quantidade de haveres financeiros na economia (não só de moeda como de créditos indexados), que ficou conhecido como o “confisco da

poupança”. A reação a essas medidas foi, contudo, desde o início, muito forte, especialmente na área jurídica.

Apesar de ter ido tão longe, a ponto de promover a retenção de ativos financeiros para, através disso, desindexar a economia, o governo Collor não considerou necessário extinguir, desde logo, a unidade de conta BTN, bastando, a seu ver, controlá-la, através da vedação da aplicação de fórmulas de reajustamento de preços ou de indexação de contratos proibidas por Lei, regulamento, instrução ministerial ou de outro órgão ou entidade competente, ou diversas daqueles que forem legalmente estabelecidos.

A desindexação incidiu, portanto, pelo menos no início, apenas sobre os salários, tendo o governo imposto a livre negociação salarial entre patrões e empregados, após o que foi fixado, oficialmente, em zero, o índice para reajuste mínimo dos salários.

Num revide à campanha que estava sendo promovida contra a sua política econômica, o Governo, em 31 de janeiro de 1991, através das Medidas Provisórias n.ºs 294 e 295 deu fim, de uma penada, ao *over* e ao *overnight*, substituindo-os pelo “fundão” (administrado pelo Banco Central e não mais pelos bancos privados) e acabou com a unidade de conta BTN, ganhando com isso um certo fôlego político.

Impõem-se, a esta altura, algumas considerações sobre essas Reformas Monetárias, que antecederam o Plano Real.

A instituição de uma nova moeda, com a revogação da anterior, é, por definição, uma medida retroativa, porque ela, na medida em que visa tornar mais eficaz a moeda revogada, afeta o conteúdo de validade das normas jurídicas anteriores. A retroatividade, nos casos de reforma monetária em senso estrito, não é, todavia, inconstitucional, porque a moeda nacional é única, e consiste na norma superior e fundamental da ordem monetária nacional, o que transforma a substituição de uma moeda por outra numa verdadeira reforma constitucional.

Não se pode, porém, admitir que o mesmo ocorra quando se trata não de moedas, mas de indexadores, dando-lhes caráter retroativo, como ocorreu no Brasil, sendo inadmissível a continuidade atribuída a tais indexadores.

Os indexadores não passam de obrigações monetárias cujas quantias, utilizadas para reajustar as demais obrigações, são expressas em moeda nacional (em termos absolutos ou percentuais). Quando a moeda, em que as diversas quantias dos indexadores se expressam, é revogada, e substituída por outra, os indexadores, como todas as obrigações monetárias na moeda anterior, ficam, também, necessariamente, revogados.

Um indexador não pode, mais tarde, ser “recriado”, pois isso implica em fazer a norma posterior retroagir, para incidir sobre situações de fato anteriores, o que é inconstitucional, como decidiu o Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 493-0-DF.

Após o julgamento da ADI 493-0-DF houve outras reformas de cunho monetário. Em 1991, a Lei n.º 8.383, de 30 de dezembro de 1991 criou a Unidade Fiscal de Referência (UFIR); em 1993, foi criado o Cruzeiro Real; em 1994, a Lei n.º 8.880, de 27 de maio de 1994 instituiu a Unidade Real de Valor e em 1994, a Medida Provisória n. 542, que foi convalidada na Lei n.º 9.069, de 29 de junho de 1995, baixou o Plano Real, que foi muito mais eficiente do que os planos anteriores, embora seja vulnerável, especialmente pelos dois motivos seguintes: (a) tentou acabar com a correção monetária através de um indexador temporário, a Unidade Real de Valor (URV), tratando-a como se fosse um padrão monetário e (b) deixou de instituir, explicitamente, uma norma de conversão das obrigações monetárias anteriormente expressas em cruzeiros reais.

5. O Significado da ADI 493-0-DF

A) Considerações iniciais - Com a Medida Provisória n.º 294, de 31 de janeiro de

1991, que foi convalidada na Lei n.º 8.177, de 1.º de março de 1991, o governo Collor pretendeu substituir a série dos indexadores tradicionais da correção monetária brasileira (ORTN, OTN e BTN), que eram vinculados à variação dos níveis gerais de preços, pela Taxa Referencial (TR), que tinha natureza financeira.

O governo já tinha fracassado na tentativa anterior de debelar, num só golpe, a inflação, por meio da chamada “retenção de ativos”, e não queria permanecer “engessado” por indexadores oficiais, que estavam diretamente subordinados à inflação passada. Foi contra esse propósito de substituição de indexador que se insurgiu o Supremo Tribunal Federal, provocado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 493-0, Supremo Tribunal Federal, Pleno, em que foi Requerente o Procurador-Geral da República e Requeridos o Presidente da República e o Congresso Nacional.

Os dispositivos impugnados pelo Procurador-Geral da República, com fundamento no art. 5.º, XXXVI, da Constituição Federal, foram os arts. 18, *caput* e §§ 1.º e 4.º; art. 20; art. 21 e parágrafo único; art. 23 e §§; art. 24 e §§, da Lei n. 8.177, de 1.º de março de 1991. Mas o Supremo Tribunal Federal ampliou o âmbito da lide, para declarar que a TR não podia ser utilizada como indexador.

Do fato de ter o Supremo Tribunal Federal considerado que a TR não era índice de correção monetária não se pode inferir que tenha declarado a validade dos antigos indexadores oficiais (ORTN, OTN e BTN), nem que tenha admitido o emprego da TR como indexador em outras situações, que não aquelas que eram objeto do pedido. Uma interpretação nesse sentido visa, apenas, despir de conteúdo a ADI 493-0-DF.

A maioria do Plenário do Supremo Tribunal Federal, embora reconhecendo – o que era notório – que vigia, no Brasil, um regime de correção monetária (que só veio a ser extinto cerca de 3 anos mais tarde, com o Plano Real de 1994 e sua legislação complementar) não se manifestou favorável a esse regime, muito pelo contrário.

Por outro lado, também não é verdade que o Supremo Tribunal Federal tenha admitido o uso da TR como indexador em outras situações. O Supremo Tribunal Federal, a esse respeito, limitou-se a dizer que, nas situações apontadas pelo Procurador Geral da República em sua petição inicial, a TR não podia substituir os indexadores anteriores, mas não defendeu o seu uso de outra forma.

Antes, as razões pelas quais o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da TR naqueles casos, levam à conclusão da invalidade, *tout court*, da referida Taxa Referencial.

A ADI 493-0-DF consiste no julgamento mais avançado, até hoje, proferido pelo Supremo Tribunal Federal em tema de correção monetária. Cumpre acentuar, porém, que não cabia ao Supremo Tribunal Federal, sozinho, resolver todo o *imbroglio* em que se transformara o sistema monetário brasileiro, e acabar com a correção monetária generalizada, e tanto isso é verdade que foi preciso uma profunda atuação o posterior do Poderes Executivo e Legislativo para por em prática, a partir de 1994, o Plano Real e, afinal, desindexar a Economia.

Cumpre, de qualquer modo, empreender um exame analítico do texto de 254 páginas em que se desdobra o julgamento da ADI 493-0-DF para corroborar as considerações acima.

B) Distinção entre Indexador e Moeda – A parte mais relevante da ADI 493-0-DF consiste na distinção que o Supremo Tribunal Federal faz entre Moeda e Indexador, que tem importantes consequências.

No parecer que elaborou no interesse da Associação Brasileira de Entidades de Crédito Imobiliário e de Poupança (A.B.E.C.I.P) o professor Arnoldo Wald, sabidamente um ardoroso propugnador da correção monetária generalizada defendeu a tese da natureza “igual à da moeda” dos indexadores e dos índices, afirmando, dentre outras

coisas que o Direito Monetário abrangeria “tanto a moeda de pagamento como a de conta, ou seja, os índices que são admissíveis ou consagrados pelo uso para assegurar a justa correção monetária”. Esse mesmo ponto de vista foi defendido, no processo, pelo ex- Min. Mario Henrique Simonsen que também juntou parecer aos autos. Eles pretendiam transformar a BTN em TR, perpetuando, desse modo, a longa cadeia sucessória de indexadores iniciada em 1964.

Na confirmação de voto manifestada por ocasião do julgamento da medida liminar o ministro Moreira Alves assim se manifestou contra a tese da identidade dos conceitos de índice, indexador e moeda:

Mas há outros problemas graves: primeiro, a afirmação de que os índices pertencem ao direito monetário; segundo o do que seja quebra de moeda.

Não sei se o eminente ministro Carlos Mário Velloso chegou a tempo de ouvir palestra, em Congresso jurídico, de que participamos, em que o ex-Min. da Fazenda Mário Henrique Simonsen declarou alto e bom som que ele havia chegado à conclusão de que nossas reformas monetárias nada mais eram do que o meio de que se vale o economista para ludibriar o jurista... Todos nós sabemos que, se mudou a moeda, evidentemente o pagamento tem que ser feito com a moeda existente no momento em que ele se realiza, não havendo como invocar-se o direito adquirido ao recebimento em moeda que não mais existe. Já o problema do índice monetário é diverso, pois diz respeito não ao valor jurídico da moeda mas, sim, ao seu valor econômico de troca. Índice não é moeda. Pertencerá ele ao direito monetário, para afirmar-se que pode ser alterado a qualquer momento, independentemente da observância do princípio constitucional de respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito? Tenho seríssimas dúvidas a respeito”.

Ao decidir, com base no voto do Relator, que “índice não é moeda” o Supremo Tribunal Federal proclamou a superioridade da moeda como fundamento dos valores na ordem monetária e a impossibilidade de se pretender retirar uma das suas funções – de medida de valor – para atribuir a índices ou indexadores.

Se índice, indexador e moeda fossem a mesma coisa, como pretendiam os defensores da tese que foi derrotada na ADI 493-0-DF não haveria problema algum em substituir o BTN, que estava sendo extinto pela Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, pela TR, que a mesma Lei estava criando naquela oportunidade.

A TR não podia, porém – decidiu o Supremo Tribunal Federal – substituir o BTN não só porque não era um indexador (mas uma taxa remuneratória) como porque a moeda é definida constitucionalmente como a único e exclusivo fundamento de valor monetário na ordem jurídica, que não pode dividir essa função com qualquer outro instituto.

A noção, que vinha sendo preguiçosamente aceita, através dos anos, inclusive pela Jurisprudência, segundo a qual os índices econômicos teriam a mesma força do que a moeda foi refutada pelo Supremo Tribunal Federal, ao proclamar que índice não é moeda.

Outra conseqüência relevante dessa proposição então firmada pelo Supremo Tribunal Federal diz respeito à questão da irretroatividade da norma a propósito do que o Min. Moreira Alves, como se viu acima disse o seguinte: “Pertencerá ele ao direito

monetário, para afirmar-se que pode ser alterado a qualquer momento, independentemente da observância do princípio constitucional de respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito? Tenho seríssimas dúvidas a respeito”.

Na verdade, como observa Moreira Alves, “todos nós sabemos que, se mudou a moeda, evidentemente o pagamento tem que ser feito com a moeda existente no momento em que ele se realiza, não havendo como invocar-se o direito adquirido ao recebimento em moeda que não mais existe.” A moeda, com efeito – como vimos no nº II acima – é a “constituição” da ordem monetária, de modo que a substituição de uma moeda por outra equivale a uma reforma constitucional, o que não ocorre, porém, quando se trata de um indexador, porque “índice não é moeda”.

Não se pode substituir um indexador por outro – como se estivesse sendo substituída uma moeda por outra nova – porque essa substituição implica uma aplicação retroativa do novo indexador, e foi por essa razão que o Supremo Tribunal Federal considerou que a TR não podia incidir, como pretendia a Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, sobre os atos jurídicos perfeitos que previam formas diversas de indexação.

Por aí se vê que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 493-0-DF decretou a incompatibilidade da TR com a ordem jurídica, o que equivale dizer que ela proclamou a inconstitucionalidade da TR.

Não se pode exigir que, àquela altura, a decretação da inconstitucionalidade TR tenha seguido a receita do “preto no branco”, que, em geral, se exige nesses casos. O que o Supremo Tribunal Federal podia fazer, como fez, era decretar a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, que estavam sendo impugnados pelo Procurador-Geral da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Podia ainda, como também fez, afirmar que a TR não era um indexador, e que era inválida a sua aplicação como tal. Não podia, contudo, decretar a inconstitucionalidade de todo o regime da correção monetária, porque essa medida não dependia de decisões de um Poder apenas.

Hoje, porém, a situação é diversa, porque vige, há quinze anos, o Real, e foi promovida, afinal, com sucesso, a desindexação da economia, que acabou com o valorismo, e determinou o retorno do sistema monetário brasileiro ao regime do valor nominal.

A esse respeito – do retorno do Brasil ao regime monetário do valor nominal (fato que é deliberadamente obscurecido por aquelas mesmas pessoas que querem minimizar a relevância da ADI 493-0-DF e lhe esvaziar de conteúdo) – convém citar o trecho abaixo da Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 1.053, de 30 de junho de 1995, que “dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências”, que se converteu na Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001:

“O êxito do programa, 12 meses depois, é inequívoco. A taxa de inflação (medida pelo Índice de Preços ao Consumidor restrito - IPC-r) acumulou no primeiro semestre deste ano uma variação inferior a 11%, equivalente a cerca de 23% ao ano, contra 759% no primeiro semestre do ano passado (medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC) equivalente a 7.380% ao ano.

Nossa meta, no momento em que ocorre o primeiro aniversário do Real, é fixar as bases para a estabilização definitiva da economia, de modo a trazer a inflação para a casa de um dígito ao ano. Essa meta exige reafirmar o nominalismo como princípio do ordenamento monetário nacional. Pretende-se, como objetivo último, que todas as estipulações de

pagamentos em dinheiro sejam feitas exclusivamente em termos da unidade monetária nacional, o Real, mantendo-se a vedação de estipulações expressas em moeda estrangeira ou ouro e em unidades de conta de qualquer natureza, bem como agregando vedações genéricas de estipulações vinculadas a cláusulas de correção monetária ou reajuste por índices de preços, gerais ou setoriais. Este é mais um passo necessário para se atingir a estabilização duradoura nos preços e a simultânea restauração do padrão monetário no País. É preciso desmontar o perverso mecanismo da indexação, que permite ao passado condenar o futuro, ou seja, a inflação de amanhã ser causada pela inflação de hoje, e a de hoje pela de ontem.

Em seu art. 1º o projeto de Medida Provisória estabelece a obrigatoriedade de as estipulações de pagamentos serem feitas em Real pelo seu valor nominal. Sua redação guarda semelhanças com a do artigo 1º do Decreto nº. 23.501, de 1933, em particular pela menção ao valor nominal da moeda. Esclarecemos, porém, que não se pretende ratificar o curso forçado do real, conceito cujo sentido está associado à norma de um regime de conversibilidade na forma do padrão ouro, mas de reafirmar o caráter fiduciário da moeda, explicitamente definido em Lei.

Exatamente com o propósito de afastar a ficção de que o país se encontra apenas transitoriamente afastado do padrão ouro, em função de circunstâncias excepcionais, propõe-se, também, a revogação explícita e definitiva da chamada cláusula valor-ouro, vale dizer os §§ 1º e 2º do art. 947 do Código Civil. Tais dispositivos, que permitem a liberação de obrigações mediante pagamento em moeda estrangeira, já estavam suspensos desde 1933, mas apenas “transitoriamente”. Trata-se de uma transitoriedade que já durava 62 anos”.

C) A condenação da correção monetária—O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 493-0-DF, ao ensejo da decretação da invalidade da TR, condenou, veemente, a correção monetária.

As palavras a seguir, do relator do processo, o eminente Min. Moreira Alves, não deixam dúvidas a esse respeito:

“Esse foi o grande mal que se fez ao Brasil com a adoção da correção monetária institucionalizada. Criou-se a mentalidade de que onde há inflação não se pode sobreviver sem correção monetária, embora não haja nenhum País do mundo que tenha adotado essa política.

A Alemanha, na segunda década do século, quando a inflação era muito mais grave do que a nossa, não adotou correção monetária institucionalizada, até porque os alemães sabiam que isto é a pior das pragas, pela circunstância de que a correção monetária é fator realimentador da inflação, além de criar estado psicológico favorável a ela, com a falsa sensação de enriquecimento que ela propicia.

Para combater a inflação, para se sentir na carne os males da inflação, de imediato, é preciso acabar com a correção monetária. Então combate-se a inflação, porque todos sofrem; só não sofre o devedor relapso.

A correção monetária é um jeitinho de convivência com a

inflação. A desindexação total torna indispensável o efetivo combate à inflação, sem que os menos favorecidos sejam engodados com a ilusão do enriquecimento pelas cadernetas de poupança, nem que o capital seja desviado para a “ciranda financeira”. Ademais, a verdadeira atualização monetária só se faz com um índice que dela mais se aproxime e não, evidentemente, com diversos como tivemos, pois a simples multiplicidade mostra que ou todos são falsos pelos métodos e expurgos que se adotam para chegar a eles, ou só um é que aproxima da realidade e os demais são elementos de manobra”.

Essa condenação inspirou, mais tarde, o legislador, a editar o Plano Real e as medidas complementares – a mais importante das quais foi a Desindexação da Economia – para acabar com a correção monetária no Direito Brasileiro.

D) Outras proposições relevantes da ADI 493-0- Esclarecendo as questões levantadas por outros ministros do Supremo Tribunal Federal, que receavam que o julgamento da ADI 493-0-DF pudesse prejudicar a política econômica do governo, explicou o Min. Moreira Alves o que ocorreria, em relação aos créditos, depois da decretação da invalidade da referida ADI:

“Ficarão congelados enquanto suspensos. Se essa norma for declarada constitucional não haverá congelamento; se for declarada inconstitucional, aí não haverá sequer congelamento, mas a impossibilidade dessa correção que, em virtude de lei editada para desindexar a economia e que, por isso, acabou com os índices de correção, se fez por esse índice novo, que é índice econômico, que não traduz atualização monetária.”

Manifestando igual ponto de vista o mesmo Min. Moreira Alves, mais adiante, reiterou:

“Imagine V.Exa. que a legislação tivesse extinto os índices de indexação e se não houvesse estabelecido a TR para, em certos casos, ser usada no lugar deles. Como ficaria? Uma de duas: ou seria inconstitucional acabar com os índices ou, então, obviamente, deixariam esses índices de existir. Com a adoção da TR, o problema que surgiu foi o de saber se ela é, ou não, índice de atualização monetária e, não o sendo, se pode ser usada como se o fosse. Essa questão, porém, não pode ser resolvida em julgamento de pedido de liminar.”

Respondendo ao Min. Marco Aurélio, disse, ainda, o Min. Moreira Alves:

“Mascarar a realidade não é fácil. Aliás, é difícil compreender que uma taxa de referência, que varia com a flutuação do mercado financeiro, seja atualização monetária e não taxa remuneratória de capital. Se, por exemplo, em inflação zero, houver escassez de dinheiro, o que teremos? Teremos essa taxa de remuneração alta, apesar de a inflação ser zero. Se a inflação for alta, e houver dinheiro em quantidade, pode dar-se o inverso.”

Mais adiante, ponderou o Min. Moreira Alves:

“Igualmente, não se pode, no caso, como sustentam as informações do Poder Executivo (fls. 119 e segs.) pretender que as normas ora impugnadas, especialmente a do art. 24, se limitam a aplicar a teoria da imprevisão para restaurar o equilíbrio contratual. De feito, a teoria da imprevisão só é aplicável quando fatos posteriores ao contrato, imprevisíveis e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, modificam profundamente o equilíbrio contratual. Na espécie, obviamente não há como sustentar-se que contratos que estabeleciam a correção monetária exatamente porque a inflação não era apenas previsível mas existente e com grande intensidade, a inflação com todas as suas conseqüências, (inclusive a ciranda de índices) fosse imprevisível.”

E) A TR como indexador “apenas” parcial – O fato de a Taxa Referencial, TR – considerada, por muitos, como um “misto” de juros e de indexador – ser, com frequência, parcialmente empregada como Indexador não afasta a incidência da regra proibitória estatuída pela ADI n. 493-0, DF.

Do ponto de vista jurídico usar a TR “totalmente” como Indexador ou “parcialmente” como indexador é a mesma coisa. Um ato não pode ser mais, ou menos, conforme a norma: ou se obedece, inteiramente, ao que determinou o Supremo Tribunal Federal ou a decisão estará sendo descumprida.

Ensina, a propósito, Kelsen¹²:

“A graduação do valor no sentido objetivo não é possível, visto uma conduta somente pode ser conforme ou não conforme a uma norma objetivamente válida, contrariá-la ou não a contrariar – mas não ser-lhe conforme ou contrária, em maior ou menor grau.

Quando uma norma prescreve que um empréstimo deve ser reembolsado, e um devedor, que contraiu um empréstimo de 1.000, apenas restituiu 900, não se pode dizer que ele obedeça à norma “menos” do que se restituísse os 1.000, mas simplesmente que ele não se conforma à referida norma: ele pagou menos do que o que devia ter pago. E, se o devedor restituiu os 1.000, ele não obedece “mais” à norma a seguir do que quando restituiu apenas 900 – mas quando paga 1.000, e só quando paga 1.000, é que ele obedece a essa norma, cumpre a sua obrigação... O que é “mais” não é a conformidade com a norma mas a soma pagar.

Referir o mais ou menos à correspondência-à-norma constitui um erro lógico.”

6. Conclusões

Algumas interpretações da ADI 493-0-DF procuram esvaziá-la de conteúdo, retirando dela qualquer relevância. Outros acreditam ser legítimo, com base nos princípios

¹²KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito, tradução de João Baptista Machado, Coimbra, Armênio Amado Editor, Sucessor, 4ª edição, 1976, p. 43, e nota 1

firmados pela ADI 493, obter, em Juízo, a revisão de uma dívida pecuniária que se tornou excessivamente onerosa em grande parte por causa da incidência superveniente da Taxa Referencial, imposta à contratante como se fosse um Indexador.

É totalmente injustificável, a meu ver, a tentativa de descaracterizar a ADI 493-0-DF, tratando-a como algo despicando, de que não se podem deduzir princípios fundamentais. Deprecia a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 493-0-DF, tomada por maioria, consiste, na verdade, em dar razão à minoria que foi derrotada na ocasião, e aos memoriais e pareceres que, a título de *amicus curiae* foram levados aos autos pela A.B.E.C.I.P (Associação Brasileira de Entidades de Crédito Imobiliário e de Poupança).

A Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991 foi uma das mais relevantes na história das nossas reformas monetárias. Ela instituiu um importante Plano Econômico, destinado a substituir a antiga cadeia de unidades de conta oficiais, pelo que pretendia fosse um novo Indexador, de natureza financeira, não mais baseado, portanto, no “padrão primário nível de preços”, nem que estivesse vinculado diretamente à inflação passada.

Numa decisão de grande repercussão, o Supremo Tribunal Federal não admitiu que se trocasse um indexador por outro, na medida em que isso importava em majorar as dívidas já definitivamente constituídas, e desrespeitava o princípio constitucional da irretroatividade das normas.

Esse fundamento da decisão do Supremo Tribunal Federal pode ser considerado um princípio geral, aplicável não só ao caso que então se debatia, como a toda e qualquer hipótese em que tenha modificado, unilateralmente, um ato jurídico perfeito, majorando uma dívida, sob o pretexto de que deve ser aplicado um indexador superveniente.

A ADI 493-0-DF lançou as sementes para que decisões futuras impedissem que fossem transferidos para os devedores de obrigações pecuniárias reajustes exagerados que distorcessem o valor das suas dívidas.

A questão que se discutiu no âmbito da ADI 493-0-DF não era, como alguns ainda parecem insinuar, meramente acadêmica: tinha objetivos práticos concretos e imediatos, visando a evitar que fossem majorados os montantes das dívidas que, “bem ou mal” (como disse o ministro Sepúlveda Pertence, ao ensejo do julgamento), eram, até então, corrigidas pelos indexadores tradicionais.

O que estava em jogo não era uma discussão sobre o sexo dos anjos, mas uma situação pecuniária real, em que dívidas antigas, objeto de atos jurídicos perfeitos, sofreram enorme majoração.

A proposição básica do voto do ministro Relator, Moreira Alves, é a sua declaração de que “índice não é moeda”! Será que não passa de uma obviedade? Se é assim, porque, então, a minoria que se formou na ocasião tanto se empenhou em querer identificar indexador e moeda?

Se moeda e indexador fossem “a mesma coisa”, não haveria problema de retroatividade da norma e a TR poderia majorar as dívidas o quanto quisesse, porque o indexador, se fosse moeda, se aplicaria desde logo, sem incidir em retroeficácia.

A Taxa Referencial, TR é, em conclusão, incompatível com a ordem constitucional brasileira. Ela não é, evidentemente, uma taxa fixa podendo, ao contrário, ser definida como uma taxa variável. Essas modalidades de taxas variáveis – denominadas, por alguns, como “juros flutuantes” – foram instituídas nos EUA na década de 1970 e, de lá, migraram para o Brasil.

Historicamente, as taxas de juros, em obediência ao princípio do valor nominal, sempre foram fixas, o que decorre de uma razão muito simples. Os juros eram severamente condenados até o início da Idade Moderna, passando a ser tolerados, apenas, depois que estabelecidos, numa percentagem fixa, sobre um principal também invariável. Através desse procedimento – aplicação de uma taxa fixa sobre um montante igualmente fixo, em

quantidades limitadas – os juros puderam ser controlados pelo Estado e deixaram de constituir uma ameaça ao monopólio de criação de moeda.

Mais recentemente, a partir dos anos setenta, os americanos, aproveitando a onda de desregulamentação financeira que estava ocorrendo – que ficou conhecida como “fundamentalismo de mercado” - criaram uma nova modalidade de taxas de juros, designadas “flutuantes”, cuja característica essencial consistia, precisamente, em não serem fixas, podendo ser alteradas, após a sua instituição, segundo critérios financeiros.

Saliente-se que depois da crise das hipotecas *sub prime*, que empregavam, largamente, os juros “flutuantes” – com o aumento dos quais, através do tempo, as prestações hipotecárias se tornavam impagáveis – o conceito de flutuação dos juros está sendo questionado nos Estados Unidos.

No Brasil, onde existe a garantia constitucional do respeito ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, e é vedada a retroatividade das normas, não me parece que possam ser instituídos juros flutuantes, pelo menos em caráter compulsório, o que não é difícil entender.

A variação das taxas dá-se em função de um fator externo ao ato jurídico que o altera depois de definitivamente constituído. Não importa que essa alteração não se dê – como ocorria com os indexadores tradicionais da correção monetária – com base na variação dos níveis gerais de preços, e sim de índices financeiros que levam em conta diversas situações de mercado, inclusive a previsão de variação do custo de vida. O fato é que, ao incidir, a taxa variável modifica o montante do ato jurídico definitivamente constituído – ou da sentença, quando for o caso – violando o princípio constitucional que veda a retroatividade e assegura o respeito ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Convém notar que a TR quando atua como taxa referencial (variável, por definição) funciona como se fosse um indexador, o que vincula a discussão sobre a inconstitucionalidade da TR com o debate que se travou no julgamento da ADI 493-0-DF, demoradamente analisado acima.

Na verdade, contrariando o que foi decidido em 1991 pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 493-0-DF a TR continua, até hoje, a ser empregada como indexador, bastando lembrar que ela figura nos negócios e atos jurídicos em geral como sendo um *plus*, que não se confunde com as taxas fixas de juros - dizendo-se nos contratos em geral que os acréscimos ao principal consistem em juros de x % ao ano *mais TR*.

O fato de a Taxa Referencial ser parcialmente empregada como Indexador não afasta a incidência da regra proibitória estatuída pela ADI n. 493-0, DF. Uma conduta somente pode ser conforme ou não conforme a uma norma objetivamente válida, contrariá-la ou não a contrariar – mas não ser-lhe conforme ou contrária, em maior ou menor grau. Referir o mais ou menos à correspondência-à-norma constitui um erro lógico.

Por outro lado, ao adotar, como medida de valor, um *quid* que não consiste na moeda nacional – destacando, de fato, como se isso fosse possível, uma das duas inseparáveis funções do dinheiro – a TR também viola o art. 21, VII, da Constituição Federal, que institui o monopólio da emissão de uma única moeda, na plenitude de suas características.

A RESPONSABILIDADE CRIMINAL AMBIENTAL NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS

Márcio Bruno Milech*

Sumário: 1. Considerações Iniciais; 2. As razões para a Punição das Corporações; 3. Da realidade brasileira; 4. Da realidade norte-Americana.

1. Considerações Iniciais

A responsabilidade criminal das corporações¹ não configura uma novidade no sistema americano, já reconhecendo-a desde o início do século passado. No Brasil este tipo de responsabilidade é nova e restrita aos crimes ambientais, possuindo lastro na Constituição Federal de 1988.

De modo mais detido, verifica-se que no texto da Carta Magna, existe um capítulo especial para o meio ambiente e nele, rompendo verdadeiro dogma do Direito Penal, é estabelecida a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas. Em 1998 foi promulgada a Lei 9.605, 12 de fevereiro de 1998, cujo objetivo era concretizar a provisão constitucional e definir os crimes contra o meio ambiente e como as corporações poderiam ser responsabilizadas por violações ao meio ambiente. Esta lei, em termos gerais, estabelece várias formas de punição das corporações, estabelecendo penas pecuniárias, proibição de contratar com o poder público e suspensão de atividades.

Por outro lado, nos Estados Unidos, a Constituição Federal, seguindo sua feição sintética, não lida com o meio ambiente e a responsabilidade criminal das empresas e, em consequência, as sanções contra as pessoas jurídicas são encontradas na lei e talhada de acordo, na forma da tradição da *common Law*, com os precedentes jurisprudenciais das cortes.

Feitas essas considerações de ordem preliminar, indica-se o propósito deste trabalho: fazer um contraste entre as experiências brasileira e americana no campo de responsabilidade criminal das pessoas jurídicas e achar pontos em comum que possam esclarecer a aplicação da lei brasileira.

2. As razões para a punição das corporações

Tradicionalmente, a lei criminal se foca no indivíduo². Devido ao fato de a corporação ser uma ficção criada por lei (i.e., ela não pode agir por si mesma e não possui intento ou vontade específica para agir em desconformidade da lei), as pessoas jurídicas ficavam à parte da aplicação da lei penal. Entretanto, justifica-se a punição das sociedades empresárias a partir da consecução de um dos grandes objetivos do ordenamento jurídico em seara penal: a prevenção. Sobre o tema, cita-se o escólio de Kip Schlegel:

“Uma das principais razões e política por trás da persecução criminal é o desencorajamento ou dissuasão para a prática de

*Procurador do Estado e advogado. Mestre em Direito Ambiental pela Pace University, Nova Iorque, EUA. Agradeço a inestimável colaboração do Procurador do Estado Thiago Cardoso Araújo.

¹*New York Central & Hudson River Railroad Company v. Estados Unidos da América* (212 US 481)

²Como fonte histórica da tendência evolucionista rumo à individualização das penas, cita-se BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Martins Fontes, 2005.