

O PODER MONETÁRIO E SUAS REPERCUSSÕES NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO E BANCÁRIO

ARNOLDO WALD*

1 — A moeda e a depreciação monetária. 2 — Autonomia do direito bancário e do direito monetário. 3 — Conceito do poder monetário. 4 — Os contratos em curso e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 5 — Conclusões.

Em nosso século e, especialmente, no após-guerra, a importância da moeda cresceu na medida em que se multiplicaram as transações internacionais e a divisão do trabalho se generalizou. Por outro lado, a inflação tornou-se o problema central da economia contemporânea e do direito do nosso tempo.

Embora a depreciação monetária tenha origens mais remotas, ela alcançou uma intensidade jamais concebida no século XX, que se caracteriza como “era da incerteza” (Galbraith), “da descontinuidade” (Peter Drucker), da imprevisão e da inflação.

Assim sendo, tornou-se “um calvário não somente para os credores, mas também para os juristas” (Henri de Page).

Quando o economista americano Irving Fischer publicou, no início do século, a sua obra intitulada *A ilusão da moeda estável*, comprovando que não eram somente os preços que oscilavam, mas também a própria moeda, realizou, no campo econômico, uma revolução parecida com a de Copérnico, na Astronomia, quando condenou o geocentrismo para reconhecer que a terra girava em torno do sol. Até então, pensava-se viver, na palavra de Stefan Zweig, num mundo de monarquias milenárias e de moedas e instituições estáveis. De um momento para outro, sentiu-se que a unidade de todas as coisas, a me-

* Advogado e Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ.

dida, que devia ser utilizada em todas as operações, não tinha estabilidade. É como se se tivesse descoberto que o metro e o litro são medidas variáveis, flexíveis de acordo com os vários momentos históricos e que oscilam não apenas no longo prazo, mas em períodos curtíssimos, atualmente, no Brasil, em cerca de 3% ao dia (fevereiro de 1990).

A moeda sempre teve um aspecto místico. Dostoievski, o grande escritor russo, a definiu como “a liberdade cunhada pelo Estado”, enquanto um jurista francês contemporâneo nela viu o sangue da economia. Para outros autores, é um meio de superar a violência nos conflitos interindividuais e coletivos. A liquidez, por sua vez, tem sido considerada como um grau de liberdade do qual goza o homem contemporâneo.

Na realidade, a moeda é meio de troca, denominador comum de valores, instrumento de pagamento, valorímetro, “ponte entre o passado, o presente e o futuro” (Keynes), técnica de política monetária, reserva de valor. As funções principais podem, todavia, ser resumidas a duas. De um lado é instrumento de câmbio e pagamento e, de outro, é denominador de valores. Meio de pagamento é a moeda por si mesma, as unidades que servem para liquidar os débitos. Moeda de conta ou denominador de valores, é a moeda da obrigação que fixa o número de unidades monetárias que devem ser pagas para solver o débito. Há, assim, uma moeda na obrigação (moeda de conta) e outra na execução (moeda de pagamento), embora a mesma moeda possa exercer as duas funções.

No decorrer da história, ora a moeda de pagamento e a de conta se identificaram, ora foram diferentes. Por longo tempo, a unidade de conta não constituiu moeda de pagamento e se costumava afirmar que a primeira era imaginária ou fictícia, enquanto a segunda era real. Foi o caso da libra, que foi moeda de conta, na França, sem ser moeda de pagamento. Hoje é o caso da unidade monetária européia denominada *ECU* (*European Currency Unit*), que não existe materialmente, só sendo moeda escritural ou de conta. Há países em que a estabilidade monetária permite a identificação das moedas de pagamento e de conta (dólar, ien, franco suíço). Outros em que há disparidade entre as mesmas (cruzados e LFT, BTN, IPC, etc.). A dolarização na Argentina, a fixação de preços e contratos em OTNs, no passado, e em BTNs atualmente, no Brasil, ensejaram essa pluralidade monetária. Há alguns anos atrás, já se afirmou que vivíamos no Brasil, no regime da “Bigamia Monetária”, os dois padrões sendo o cruzado e a OTN. Atualmente, estamos, na certa, na fase da poligamia monetária, tendo até duas moedas de pagamento (cruzeiro e cruzado novo) e numerosas moedas de conta.

Houve uma fase em que o legislador não se interessou pelas moedas de conta, deixando as partes plena liberdade para escolhê-las, mas esta situação

durou pouco, na medida em que o Estado decidiu assumir, plenamente, o seu poder monetário, definindo tanto as moedas de conta, como as de pagamento.

Este poder monetário, que sempre existiu, só recentemente foi objeto de estudos de economistas e juristas e entre ambos houve, por longo tempo, um conflito negativo de competência. Efetivamente, os juristas entendiam que os problemas econômicos não eram da sua competência, não lhes cabendo, pois, tratar da moeda, enquanto os economistas não manejavam os instrumentos jurídicos e relegavam a um plano secundário o exame dos aspectos jurídicos da moeda, que desconheciam.

Embora alguns autores clássicos de direito civil se referissem, de passagem, aos problemas monetários (De Page, Ripert), as obras especializadas no campo do direito são raras. Praticamente, a bibliografia jurídica na matéria só data da década de 1920, com os trabalhos sucessivamente apresentados por Arthur Nussbaum, Tullio Ascarelli e F. Mann, que se colocaram na zona tangente entre o direito e a economia. No Brasil, foi nas décadas de 1950 a 1960 que surgiu, ainda tímida, a idéia de um direito monetário caracterizado pela existência de uma legislação própria e de órgãos regulamentares específicos, formando um corpo de leis de interesse predominante do Estado. Entre os primeiros autores a tratarem do assunto, escrevemos a nossa tese de doutorado em 1956 (*A cláusula de escala móvel*, S. Paulo, Max Limonad), enquanto em 1961, Herculano Borges da Fonseca publicava vários artigos a respeito do direito monetário e, em 1964, Geraldo Vidigal apresentava a sua tese sobre a disciplina dos órgãos de direção monetária. Podemos, aliás, dizer que, no Brasil, o direito bancário e o direito monetário adquiriram autonomia na mesma época.

Decorrido mais de um quarto de século da Lei nº 4.595, de 1964, que abandonou a regulamentação privatista do século XIX, para colocar o direito monetário como técnica de direito público, a matéria tem sido relativamente negligenciada no plano jurídico, não obstante a existência de vários excelentes trabalhos sobre direito econômico que, em dimensões mais ou menos amplas, trataram da moeda e do crédito e de algumas monografias referentes à correção monetária que passou, algumas vezes, a ter tratamento pluridisciplinar.

O chamado Poder Monetário não se limita, no mundo hodierno, ao direito de emitir papel-moeda e de impor o curso forçado, como ocorria no passado, mas abrange a atribuição de legislar sobre o sistema monetário, a política de crédito, de poupança e de captação de recursos, assim como o poder-dever de regulamentar e fiscalizar as operações de natureza financeira e creditícia, nos precisos termos dos artigos 21, 22 e 48 da Constituição Federal, com uma delegação do Legislativo ao Executivo, atualmente exercida por intermédio do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central.

Este poder monetário, que abrange, pois, a elaboração das chamadas normas monetárias, adquiriu tal importância no mundo que Herculano Borges da

Fonseca afirma que, se Montesquieu ressuscitasse e fizesse nova versão do seu *Espírito das Leis*, certamente acrescentaria o Poder Monetário aos três Poderes tradicionais, que não mais podem ser considerados como os únicos existentes, nem como “um dogma trinário equivalente ao mistério da Santíssima Trindade” (Duguit).

A importância do poder monetário decorre do fato de consistir em determinar a adequada irrigação da sociedade, no tocante aos meios de pagamento, de tal modo que sejam suficientes para assegurar o bom funcionamento das empresas e dos negócios em geral, evitando a recessão, sem serem excessivos, o que provocaria a inflação. Esta é, basicamente, a função do Banco Central considerado como uma das grandes técnicas de controle e desenvolvimento do mundo moderno. Já se disse, aliás, que, desde o início da humanidade, houve três grandes invenções, sem as quais o mundo hodierno não poderia funcionar: o fogo, a roda e o Banco Central.

As normas que defluem deste poder abrangem tanto a moeda, como instrumento de pagamento, como a moeda de conta, ou os chamados indexadores, regendo ainda, além do papel-moeda, denominado M, os depósitos feitos em Bancos, que constituem no jargão “economês” o M1 e, ainda, a chamada quase moeda, que abrange determinados títulos de maior liquidez.

Enquadrando-se no direito econômico, mas com autonomia, o direito monetário é, certamente, um ramo do direito público, quaisquer que sejam os critérios adotados para fazer a tradicional distinção entre as duas grandes áreas da ciência jurídica e por mais que a interpenetração entre ambas possa ensejar eventuais superposições.

A recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem examinado, com maior atenção, nos últimos cinco anos, os problemas de direito monetário, especialmente com a finalidade de determinar a aplicação imediata da lei nova em relação aos contratos em curso, quando ocorre uma modificação do regime monetário e esta jurisprudência se revela da maior importância para os contratos bancários, pois a moeda é a mercadoria com a qual os Bancos negociam.

A questão do direito transitório ou dos conflitos de leis no tempo, cuja dificuldade tem sido reconhecida pelos mestres estrangeiros e nacionais — de Marcel Planiol a Pontes de Miranda — se torna mais complexa diante da consagração constitucional do princípio da irretroatividade da lei e da conceituação ampla que, no Brasil, a lei ordinária acabou dando ao direito adquirido, inspirando-se, aliás, na melhor doutrina estrangeira, desde Gabba até Roubier.

Efetivamente, podemos afirmar que temos uma conceituação própria do direito adquirido, do mesmo modo que existiu uma doutrina brasileira do *habeas corpus*, que acabou ensejando a estruturação do mandado de segurança. Assim, na legislação brasileira, ficou consolidado o entendimento de serem intangíveis

as disposições contratuais, que não podem ser afetadas pela lei superveniente de direito privado.

A doutrina e a jurisprudência dividiram-se quanto aos efeitos das normas privadas de ordem pública, entendendo alguns acórdãos e parte da doutrina que somente as normas permissivas ou supletivas não deviam alcançar os negócios jurídicos em curso. Outras decisões e vários autores, inspirando-se na doutrina estrangeira, preferiram admitir a sobrevida de todas as leis de direito privado, tanto permissivas ou supletivas quanto imperativas, independentemente de serem ou não de ordem pública, quando se trata de respeitar a vontade dos contratantes manifestada de acordo com a lei vigente no momento da celebração do contrato.

Colocado, assim, o debate por longo tempo, somente, a partir de 1985, teve o Supremo Tribunal Federal o ensejo de examinar os efeitos das normas de direito monetário sobre os contratos em curso, especialmente em relação aos contratos previdenciários e bancários, deslocando o problema do campo tradicional e privatista do direito adquirido para o mais moderno e com visão publicista do efeito imediato da lei. De fato, os acórdãos fizeram, progressivamente, a distinção entre cláusulas que dependem da vontade das partes e cláusulas nas quais os contratantes decidiram matérias de direito público, que não são de sua competência, como ocorre no campo monetário e que, assim sendo, não podem prevalecer contra a legislação superveniente.

Surgiu, assim, uma nova análise do poder monetário e de sua incidência nas operações em curso, prevalecendo o entendimento de acordo com o qual, sendo de direito público e da competência exclusiva do Poder Público a norma referente à moeda, não podem as partes avocar este poder e tomar a respeito qualquer decisão, seja no tocante à chamada moeda de pagamento, seja em relação à moeda de conta, que fixa o número de unidades monetárias a serem pagas.

O problema foi, inicialmente, suscitado em relação aos contratos da previdência privada, nos quais as partes tinham estabelecido que a pensão ou aposentadoria seria fixada em certo número de salários mínimos e a legislação posterior proibiu essa forma de indexação, determinando, em seguida, a conversão compulsória do salário em OTN, para fins de aplicação do contrato.

Um primeiro acórdão, que veio a firmar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foi o proferido pela Segunda Turma, em 31.5.1985, no RE 105.137, sendo relator o Ministro Cordeiro Guerra, que invocou decisões do Rio Grande do Sul, relatadas por Galeno Lacerda, que firmaram a tese da inexistência de direito adquirido a um determinado padrão monetário.

Em outro acórdão da Primeira Turma, de 1987, referente ao RE nº 11.930-1, também foi consagrada a incidência da lei nova sobre os contratos em curso, tendo funcionado como relator designado o Ministro Sydney Sanches, que invo-

cou as lições de Vicente Rao, Limongi França, Washington de Barros Monteiro e Orlando Gomes e, talvez pela primeira vez, no Supremo Tribunal Federal, qualificou as normas monetárias como sendo de direito público. Finalmente, entendeu a decisão do Supremo Tribunal Federal que se tratava de fixar a política monetária para uma área institucional e que, assim sendo, devia prevalecer o interesse público, cabendo, pois, ao Poder Legislativo decidir a respeito das questões monetárias em normas de efeito imediato.

Na sua declaração de voto, o Ministro Oscar Dias Corrêa deu um tom de economicidade ao acórdão, lembrando que o sistema previdenciário não poderia sobreviver com normas inseguras e não equitativas, cabendo ao legislador assegurar a manutenção, no tempo, do equilíbrio financeiro do contrato.

É verdade que, em outras decisões, especialmente em matéria de direito do inquilinato, as posições do Supremo Tribunal Federal não foram tão claras e podem ter, até, parecido antagônicas. Mas é preciso ponderar que, em alguns casos, a legislação não era monetária, mas, tão-somente, do inquilinato e que, por outro lado, ocorreu, no tempo, uma evolução construtiva, que se firmou, no sentido de considerar o direito monetário como ramo do direito público, de caráter imperativo e de competência exclusiva do Legislativo e do Conselho Monetário Nacional, em virtude de delegação, já reconhecida como constitucionalmente válida, pelo Excelso Pretório, na Súmula nº 596, que trata da não incidência da lei de usura nos contratos bancários.

Um outro aspecto, salientado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foi o plano menos relevante e quase secundário em que se colocam as relações interindividuais, que ocorrem, por exemplo, em virtude do contrato de locação e que, por este motivo, não justificam a incidência imediata da lei nova. Ao contrário, as relações institucionais, como as criadas na previdência privada e na área bancária, abrangem elementos de direito público, que justificam a aplicação da lei nova, a partir de sua vigência, mesmo em relação aos contratos em curso, pois a vontade das partes não poderia substituir-se ao Estado na regulamentação do direito monetário.

Os acordos monetários internacionais, como os firmados pelo Brasil, por intermédio do Banco Central, com os seus credores, também ensejaram discussões judiciais. Assim, a renegociação da dívida, realizada no Governo Figueiredo, foi objeto de ação popular na qual foram discutidas as cláusulas do acordo. Tanto a sentença de primeira instância da justiça federal do Rio de Janeiro, como o acórdão do Tribunal Federal de Recursos, que a confirmou, reconheceram a competência exclusiva do Banco Central para praticar atos discricionários, nas áreas monetárias e bancárias, atos esses que não deviam ser revistos pelo Poder Judiciário.

Também no que se refere à fixação dos valores de juros e comissões, houve vários pronunciamentos do Judiciário estabelecendo regimes distintos, seja da-

quele fixado em lei, seja do adotado pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central. O Supremo Tribunal Federal, que já reconhecera, na Súmula nº 596, a validade da regulamentação do Conselho Monetário Nacional, teve o ensejo de examinar interessante caso de ação civil pública contra vários Bancos, com a finalidade de estabelecer regras normativas específicas referentes ao cheque especial, distintas das baixadas pelo Banco Central. No referido caso, o Juiz concedera medida liminar e foi suscitado Conflito de Atribuições no Supremo Tribunal Federal (nº 35-1), no qual foi obtida liminar e, finalmente, a existência do Conflito foi reconhecida pelo Excelso Pretório, que considerou competentes o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central.

No mencionado processo, vários Ministros não conheceram do Conflito, por entenderem que o mesmo só se configura quando há divergências entre uma decisão judicial de caráter administrativo e outra da mesma natureza do Poder Executivo ou, ainda, quando a decisão do Executivo é proferida em contencioso administrativo, conflitando com sentença ou acórdão do Judiciário. A maioria do Tribunal preferiu, todavia, reconhecer o caráter constitucional do Conflito, como meio de resolver divergências entre poderes e dar-lhes a devida solução, considerando a estrutura vigente no país e a função exercida pelo Supremo Tribunal Federal.

Conforme se verifica pela sua ementa, o acórdão proferido no Conflito de Atribuições nº 35-1, que foi publicado em dezembro de 1989, decidiu que a competência para fixar normas genéricas de direito monetário é do Conselho Monetário Nacional e não do Poder Judiciário.

Na ocasião, neste sentido, manifestaram-se a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e a Procuradoria Geral da República, que salientaram só ser admissível a ação civil pública quando ocorre um comportamento ilegal, de acordo com a legislação material, não se admitindo a proteção jurisdicional, contra ou além da lei, nem em virtude de equidade, em situações em que a lei não preveja expressamente a sua aplicação.

O então Procurador-Geral da República e hoje Ministro Sepúlveda Perence, examinando a verdadeira revolução processual que ocorreu com a introdução, no direito pátrio, da ação civil pública, lembrou que ela não podia, todavia, importar modificação da repartição constitucional de Poderes, transferindo, para o Judiciário, competência do Legislativo e do Executivo, ou, à Justiça Estadual, matéria de competência da União, que é, no caso, a regulamentação da política creditícia e monetária.

A Procuradoria Geral da Fazenda, invocando as lições de Carlos Maximiliano, considerou ultrapassadas as teses da escola da livre indagação do direito e afirmou o descabimento, na legislação brasileira, de julgamentos baseados na equidade nos casos em que existe norma legal expressa para dirimir os conflitos.

No voto que proferiu e que foi acompanhado pela maioria, o Ministro Sydney Sanches examinou, detidamente, a Lei nº 7.347, para concluir que o Judiciário não pode estabelecer um sistema normativo em direito monetário.

Não há dúvida que a hiperinflação que atualmente ameaça o país é mais do que uma alta explosiva dos preços, ensejando uma crise monetária que constituiu um processo de desorganização dos sistemas integrados. Assim, a moeda que deveria ser um elemento de pacificação se transforma numa ameaça de violência, como bem salientam Michel Aglietta e André Orlêans, na sua recente obra "*A violência da moeda*". Por outro lado, o exercício do poder monetário não pode ser anárquico e deve ser exercido de modo ordenado pelos órgãos competentes.

Tem sido discutida, recentemente, a autonomia dos Bancos Centrais. Lembra-se a famosa frase do banqueiro alemão Schacht que, presidindo o Banco Central do seu país, na fase mais aguda da inflação, recusou-se a emitir papel-moeda para pagamento das obrigações do Estado, por não querer ser um dos cúmplices da inflação, esta inflação que, dizia um escritor, "é diabólica, pois destrói as realidades e mantém as aparências".

Um brilhante economista norte-americano, Milton Friedman, chegou, por sua vez, a dizer que a moeda é uma coisa muito séria para ser confiada, tão-somente, aos Bancos Centrais. E Napoleão Bonaparte, que foi um dos grandes estrategistas, não apenas na área militar, mas também em outros setores, influenciando o Código Civil do seu país, chegou a afirmar que o Banco Central deve estar nas mãos do Governo, mas "non troppo", sem excessos, com alguma autonomia.

Não há dúvida que a titularidade e o exercício do poder monetário envolvem numerosos problemas. O que nos parece importante, no momento, é, respeitando os princípios constitucionais, não atribuir, ao Judiciário, o exercício do Poder Monetário, sem prejuízo da apreciação que lhe cabe de todas as lesões de direito, de todos os abusos praticados, das inconstitucionalidades formais e materiais e das responsabilidades das autoridades e do próprio Estado, pelos atos por eles praticados.

Pela sua generalidade, pelas suas repercussões, pela interpenetração e interdependência existentes entre os vários setores interessados da sociedade, o direito monetário é direito público e o poder monetário deve ser exercido por normas gerais emanadas do legislador e regulamentação do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central.

A reparação das lesões de direito, a repressão dos abusos, os litígios interindividuais, as violações da letra ou do espírito da Constituição, este é o campo fecundo e difícil das decisões judiciais.

E é ao próprio Judiciário que cabe, no plano constitucional, definir, adequadamente, os limites entre a ação dos vários poderes, garantindo assim a

manutenção do Estado de Direito e a ordem jurídica, econômica e social, como, aliás, ocorreu com a decisão proferida pela Corte Suprema no C.A. nº 35, ao qual aludimos. Por maiores que sejam as revoluções, é ao direito que cabe institucionalizá-las e já dizia Georges Ripert, que, quando passa o tumulto revolucionário, a grande obra que fica é a da justiça, dos tribunais e dos advogados, que são os construtores do direito.

Se a economia se substituiu, por algum tempo, ao direito, se tivemos normas legais redigidas em “economês”, por economistas, chegou o momento de restabelecer a primazia do direito, que, na palavra de Carnelutti, submete a economia à ética.

Somente assim conseguiremos combater as diversas inflações que ameaçam de destruição a nossa sociedade: a inflação monetária, a inflação legislativa e a inflação de processos judiciais.