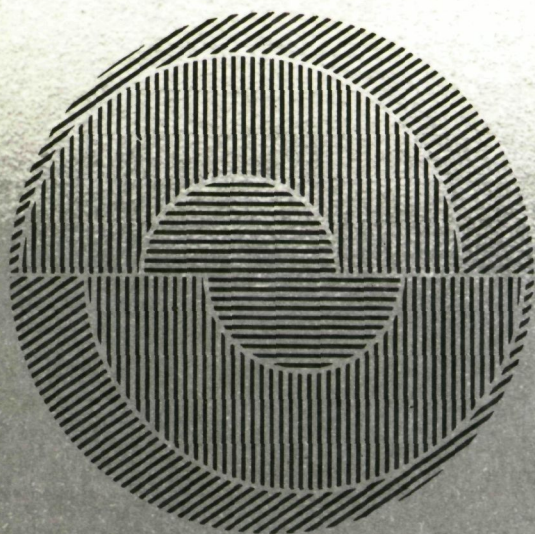


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1991

ANO 28 • NÚMERO 112

Contratos Reajustados com Base na Variação Cambial - Um Fator de Manutenção do Equilíbrio dos Negócios

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO

Advogado e Procurador do Estado do Rio
de Janeiro

A elaboração de contratos num período de elevada insegurança econômica, onde os índices governamentais são despidos de total credibilidade (por *jamaiz refletirem a real corrosão da moeda pela carga inflacionária imposta*), tem sido uma tarefa hercúlia, especialmente no que concerne ao fato de reajustamento das obrigações.

Tornou-se uma prática quase unânime para todo e qualquer contrato adotar como fator de *atualização* monetária das prestações a *variação cambial do dólar americano, por ser este o índice que melhor refletiria a perda de poder aquisitivo da moeda.*

Ora, até o advento da Lei n.º 8.178, de 1.º-3-91, que desindexou a economia, o Poder Público, reconhecendo a pesada carga inflacionária existente, praticamente desconsiderava o valor *nominal* das obrigações, trazendo tais valores em *índices oficialmente aceitos, que não implicavam em majoração ou revisão de preços* inicialmente estabelecidos, mas, tão-somente, manutenção do seu *valor* (poder liberatório).

Não se trata de contratar o pagamento em moeda estrangeira.

As obrigações são *pactuadas em moeda nacional, o cruzeiro, razão pela qual não incidem o Decreto n.º 24.038, de 26-3-34 — que “exige, nos vencimentos dos títulos a prazo ou à vista, em moeda estrangeira,*

provenientes de importação de mercadorias, sacados sobre qualquer praça deste país, o depósito do seu equivalente em moeda nacional ao câmbio do dia, feito no banco portador do mesmo, e dá outras providências" — bem como o Decreto-Lei n.º 857, de 11-9-69, que, em seu artigo 1.º, dispõe que "são nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, exequíveis no Brasil, *estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira*, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro".

Aqui, frise-se, pactua-se em cruzeiro, que é a moeda de curso forçado no território nacional.

O que se discute é o critério pelo qual se reajusta essa obrigação em cruzeiros.

A solução generalizadora não parece ser a mais conveniente, já que cada caso é um caso, razão pela qual não é descabido lembrar o princípio da isonomia consubstanciado no art. 5.º da Lei Maior, que, interpretado por RUI BARBOSA, tem que é inconstitucionalidade flagrante tratar desigualmente os iguais e igualmente os desiguais.

Por ora, o importante é fixar o *investimento* (e não só o mercado) como divisor de águas, já que o contrato é, primordialmente, um ato jurídico bilateral e *comutativo*.

Logo, a rigor, não deve ser todo e qualquer contrato que deve ter como fator de reajuste a moeda estrangeira, mas, tão-somente, aqueles cujo investimento e/ou os custos da prestação devida pelo credor sejam a ela vinculados. Quanto a estes, o exame da evolução da legislação leva a concluir pela inexistência de qualquer impeditivo.

Outrora, entendia-se que esse reajuste deveria obedecer ao disposto na Lei n.º 6.423, de 17-6-77, que estabelece o seguinte, em seu artigo 1.º:

"A correção, em virtude de disposição legal ou de estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária somente poderá ter por base a variação nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN)."

O diploma legal supracitado estabelecia base para *correção monetária*.

Com a instituição do Plano Cruzado, através dos Decretos-Leis n.ºs 2.283, de 28-2-86, e 2.284, de 10-3-86, a ORTN passou a denominar-se OTN (art. 6.º), determinando-se a conversão das obrigações *com cláusula de correção monetária* em cruzado (art. 9.º).

O artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 2.283/86 vedava a cláusula de reajuste *monetário*, nos seguintes termos:

“A partir da vigência deste Decreto-Lei, é vedada, sob pena de nulidade, cláusula de reajuste monetário nos contratos de prazos inferiores a um ano. As obrigações e contratos por prazo superior a 12 (doze) meses poderão ter cláusula de reajuste, se vinculada à OTN em cruzados.”

Tal artigo veio a ser revogado pelo Decreto-Lei n.º 2.284/86, que estendeu a vedação da cláusula de reajuste *monetário* a todos os contratos, qualquer que fosse o seu prazo.

Posteriormente, foi editado o Decreto-Lei n.º 2.290, de 21-11-86, que, ao estabelecer normas sobre a desindexação da economia, dispôs o seguinte, em seu artigo 2.º:

“Somente as obrigações contratuais por prazo igual ou superior a 12 (doze) meses poderão conter cláusula de *revisão* livremente pactuada pelas partes, vinculada a índices setoriais de preços ou custos, *que não incluam variação cambial*.”

Note-se que aí já não se fala mais em *reajuste*, mas em *revisão*.

Em 26-2-87, foi editado o Decreto-Lei n.º 2.322 que, alterando o art. 2.º do Decreto-Lei n.º 2.290, de 21-11-86, admitiu que os contratos pudessem conter “cláusula de reajuste baseada em índices que reflitam a variação do custo de produção ou do preço dos insumos utilizados, ou índices setoriais ou regionais de custo e preços”.

Na hipótese específica em exame, atribuiu a seguinte redação ao parágrafo 2.º do mencionado dispositivo, *in verbis*:

“É vedada, sob pena de nulidade, cláusula de reajuste vinculada a variações cambiais ou do salário mínimo, ressalvadas as exceções previstas em lei federal ou *quando tratar-se de insumos importados que componham os custos referidos* no item I do parágrafo anterior.”

Revogada estava, então, a vedação da utilização da variação cambial como fator de reajuste nos contratos, que constava do dispositivo alterado.

Em 31-1-89 foi aprovada a Lei n.º 7.730, que, pretendendo aplicar mais um “choque” na economia, instituiu nova unidade monetária no país, o “Cruzado Novo”. Outra vez foi imposto o *inconstitucional* “congelamento” de preços e extinguiu-se a OTN Fiscal em 16-1-89 e a OTN plena, em 1.º-2-89, autorizando-se, para alguns contratos, a utilização do IPC como fator de *correção monetária*.

Ao extinguir o índice oficial de inflação e determinar que revogam-se as demais disposições em contrário, já se poderia entender revogada a Lei n.º 6.423/77.

Atribuiu-se ao então Ministro da Fazenda a competência para rever o congelamento (art. 12), o que foi ocorrendo paulatinamente.

Esclareça-se que desde a edição das "Normas Complementares" ao PLANO VERÃO (Medida Provisória n.º 54, de 11-5-89, que veio a se transformar na Lei n.º 7.774, de 8-6-69, se previa, da mesma forma, que no Decreto-Lei n.º 2.322/87, a possibilidade de utilização de "índices nacionais, regionais ou setoriais de custos ou preços que reflitam a variação do custo de produção ou do preço dos insumos utilizados" em substituição ao índice oficial.

Em seguida, foi editada a Lei n.º 7.769, de 26 de maio de 1989, que ratificava, em seu artigo 1.º, essa autorização para rever o congelamento e liberar o preço dos *contratos*.

Instituiu-se, através da Lei n.º 7.777, de 19-6-89, o BTN — Bônus do Tesouro Nacional, como índice oficial de *correção monetária* e, posteriormente, também com vistas à *atualização monetária* das obrigações contratuais admitiu-se a utilização do BTN fiscal, instituído pela Lei n.º 7.799, de 10-7-89 (Medida Provisória n.º 68/89), determinando-se as hipóteses em que o índice diário de correção monetária não poderia ser adotado, a saber: mensalidades escolares, aluguéis residenciais, salários, contratos sujeitos ao Decreto-Lei n.º 2.300/86, preços e tarifas submetidos a controle oficial, demais obrigações, regidas por legislação especial indicadas pelo Ministro da Fazenda.

Não houve qualquer menção à substituição da ORTN (ou OTN) da Lei n.º 6.423/77 pelo índice criado.

Finalmente, em 15-3-90, com a posse do novo Governo Federal, nova sistemática de controle de preços foi instituída, com a adoção da Medida Provisória n.º 154, que, posteriormente, veio a se transformar na Lei n.º 8.030, de 12-4-90. Ficou vedado qualquer reajuste de preços e serviços sem prévia autorização do Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento (art. 1.º).

No exercício dessa competência, o Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, em 2-5-90, editou a Portaria n.º 239, que liberou do regime de controle de preços os bens e serviços *em geral*, excetuando os seguintes:

- a) bens e serviços considerados básicos ao consumo e uso da população;
- b) produtos farmacêuticos de uso humano;
- c) tarifas dos serviços públicos e preços públicos, inclusive em regime de concessão ou permissão;
- d) automóveis de passeio, utilitários, ônibus, caminhões, pneus e baterias;

- e) implementos agrícolas (arados, colheitadeiras e tratores);
- f) geladeiras, máquinas de lavar, fogões e televisores;
- g) cigarros e cigarrilhas;
- h) vidro plano e cimento; e
- i) fertilizantes.

Assim, após um longo período de dirigismo e intervenção estatal nas atividades econômicas e, especialmente nos contratos, deu-se aplicação ao princípio constitucional da *livre iniciativa*, consubstanciado nos arts. 1.º, IV, *in fine*, e 170, da Lei Maior.

Através de uma série de reformas, que constituíram o chamado PLANO BRASIL NOVO (ou PLANO COLLOR), deu-se a execução de uma política de liberação do mercado, limitando-se a intervenção do Estado na atividade econômica apenas às hipóteses previstas na Constituição, quais sejam:

— repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, parágrafo 4.º);

— exploração direta de atividade econômica quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art. 173, *caput*);

— exploração de atividades em regime de monopólio (art. 177);

— prestação de serviços públicos (art. 175);

— concessão de benefícios especiais e temporários, bem como limitação de setores específicos a empresas brasileiras de capital nacional (art. 171);

— exercício das funções de fiscalização, incentivo e planejamento, este apenas *indicativo* para o setor privado (art. 174).

Portanto, fora dessas hipóteses e enquanto se pretender fazer existir um Estado de Direito, o dirigismo do Poder Público na atividade econômica, ainda que normativa, é vedado.

Não ocorrendo abuso de poder econômico e sendo lícito o objeto do contrato, vale o que ficar pactuado pelas partes.

Toda essa narrativa é para chegar a uma simples conclusão: ainda que o objetivo do contrato fosse o de estipular uma cláusula de correção monetária ou de manutenção do poder aquisitivo da moeda, não mais

haveria qualquer imposição de um índice (como ocorreu na seqüência ORTN, OTN, BTN e/ou BTNF). As partes estariam livres para utilizar o índice que melhor lhes conviesse (IGP, IPC, INPC, MVR, etc.).

Nada impediria, pois, a utilização do dólar como o fator de medição da manutenção do poder aquisitivo, se as partes entendessem que esse era o indexador que melhor refletiria a variação do investimento. A longa seqüência de diplomas legais citados demonstra que evoluiu-se a um ponto de total liberdade das partes em relação ao intervencionismo estatal, sem que haja lei que dirija a celebração do contrato ou imponha um índice. Cabe, assim, citar o art. 5.º, II, CF, que preconiza o princípio da legalidade, segundo o qual:

“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

ORLANDO GOMES, analisando a questão de moeda de pagamento e a natureza das dívidas de preço, assim o reconhece:

“Examinando a problemática das dívidas pecuniárias, A. di Majo, professor na Universidade de Roma, ao se referir às mudanças do valor da moeda e do seu poder liberatório, sustenta que a autonomia das partes deve ser reconhecida a fim de manter o permanente equilíbrio entre as prestações correlatas, i.e., entre os termos da troca, pois seria precário e instável se o Estado pudesse alterá-lo mediante ato normativo que modifica o valor da moeda e a rigidez do princípio do seu poder liberatório por seu valor nominal “un equilibrio piuttosto precario ed instabile se lo Stato attraverso la manovra del valore della monetta e la rigidità del principio del potere liberatorio della monetta per il suo valore nominale, può anche alterare quel equilibrio.” (In *Questões mais Recentes de Direito Privado*, ed. Saraiva, 1988.)

No mesmo sentido, de privilegiar a vontade das partes no momento da contratação, firma-se a jurisprudência, como pode se ver da seguinte ementa:

“CONTRATO — Cláusula contratual — Disposição que representa a vontade comum das partes no ato de contratar — Desconsideração somente se atentatória à lei, à ordem pública e aos bons costumes ou, ainda, quando a lei expressamente a declarar nula ou ineficaz.”

Vale citar o seguinte trecho do corpo do acórdão:

“As cláusulas contratuais somente podem ser desconsideradas quando atentem contra a lei, a ordem pública ou os bons costumes, o que incorre no caso.

Quando cláusulas ou condições dos ajustes não vêm com esses graves defeitos ou, ainda, quando a lei expressamente não as declare nulas, devem ser respeitadas por representarem a *vontade comum das partes no ato de contratar.*" (Grifos do original.) (Ap. 248.479-3 — 7.^a C. — 31-10-89 — Rel. Juiz GILDO DOS SANTOS — in *Revista dos Tribunais*, nov./89, pág. 133).

O objetivo da exposição era também o de demonstrar que não mais cabe a imposição de um índice oficial de inflação como fator de atualização dos contratos. Todavia, a jurisprudência (que não teve tempo de se firmar ante a nova política traçada pelo Plano Brasil Novo), *ainda* é no sentido de que a Lei n.º 6.423/77 está em vigor, substituído que foi o indexador então vigente (a ORTN) pelo BTN. Leiam-se os seguintes acórdãos:

“CORREÇÃO MONETÁRIA — TERMO PREVISTO NO CONTRATO. *Uma vez cancelada, por força de lei de ordem pública, a estipulação da correção monetária com base na variação cambial da moeda norte-americana, tal fato em nada afeta a convenção das partes com respeito ao termo inicial da incidência da correção monetária. Inocorrência de negativa de vigência aos arts. 1.º do Decreto-Lei n.º 857, de 1969, 1.º e 3.º da Lei n.º 6.423, de 1977, 1.º, parágrafo 1.º da Lei n.º 6.899, de 1981, e 145, n.º V do Código Civil. Recurso Especial não conhecido (STJ, ac. unânime da 4.ª Turma)*” IOB — verbete n.º 48.920.

“— CONTRATO — PAGAMENTO EM MOEDA ESTRANGEIRA — ILEGALIDADE — REGIME LEGAL.

A instituição do curso forçado na moeda nacional, pelo Decreto n.º 23.501/33, levantou barreiras às estipulações em ouro ou outra moeda; o Decreto-Lei n.º 316/67 aliviou o rigor do Decreto n.º 23.501/33 para permitir cláusula em moeda estrangeira quando uma das partes, credor ou devedor, seja residente ou domiciliada no exterior ou quando as obrigações assim contraídas sejam objeto de cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação, ainda que ambas as partes contratantes sejam residentes ou domiciliadas no País. Fora desses dois casos, prevalece a regra do curso forçado da moeda nacional. A legislação, com as alterações do Decreto-Lei n.º 316/67 não teve grande duração. Já em 1969 a matéria foi integralmente reformulada pelo Decreto-Lei n.º 857/69, estabelecendo a nulidade, de pleno direito, das obrigações contraídas e exequíveis no Brasil, em que haja estipulação em ouro ou moeda estrangeira ou outra forma que restrinjam ou recusem o curso legal do Cruzeiro. As exceções foram estabelecidas no art. 2.º desse decreto-lei. São cinco e, indispu-

tavelmente, estabeleceu a lei *numerus clausus*. Vale dizer que não se ampliou a permissão legal. Portanto, incidem na ilegalidade os contratos internos que estipulem o pagamento em moeda estrangeira, ainda que conversíveis em moeda corrente à época do pagamento. É que a Lei n.º 6.423/77 pôs termo à discussão sobre a distinção que se fazia entre *moeda de pagamento e moeda de conta*. Se antes era possível sustentar que mesmo nas obrigações internas era possível a estipulação em moeda estrangeira, desde que sua função fosse simplesmente *in obligatione* e não *in solutione*, já agora, nas obrigações objetivas e subjetivamente exequíveis no País, terão como condição ou cláusula estabilizadora *somente* — a expressão é da lei — os índices indicadores de variações das ORTN, agora denominados apenas OTN. Esses índices passaram a ser o denominador comum da correção ou atualização do valor da moeda. Proibida, portanto, a utilização de outro fator com o mesmo objetivo. Nem mesmo fatores internos, como a variação do salário mínimo ou piso salarial, podem ser validamente usados como forma de contornar a depreciação da moeda.” (Grifos do original.) (TJ-SP — Ac. un. da 4.ª CC, julg. em 11-2-88 — Ap. 89.919-1 — Rel. Des. ALVES BRAGA) in ADCOAS/88 n.º 119.434.

Com a imposição de mais um plano econômico, o chamado PLANO COLLOR II — Lei n.º 8.178, de 1.º-3-91 —, mais uma vez se procurou frisar a possibilidade de utilização de índices *setoriais* de custos, vedada a utilização de índices *gerais*.

Não houve tempo de se formar jurisprudência a respeito, mas parece óbvio não existir mais qualquer vedação para a utilização da moeda estrangeira como fator referencial do reajuste.

Ocorre que aqui sequer se chegou a falar em *correção monetária*, daí o “divisor de águas antes estabelecido”. O objetivo da cláusula foi o de manter o contrato remunerado pelos parâmetros ditados pelo *mercado*, em relação, principalmente, com os seus custos. Os institutos são bem diferentes.

Assim, por exemplo, nos contratos em que se está diante de um equipamento importado, com valor fixado em dólar, a sua valorização no mercado só pode ser avaliada pelo dólar, independente de qualquer inflação (até porque, dentro da nova política de não-intervencionismo, o valor do dólar é ditado pelo mercado). O mesmo se diga em relação à sua assistência técnica, locação, arrendamento, etc.

Mesmo em contratos com o Poder Público, vinculados a um orçamento atualizado de acordo com índices oficiais, é de ser aceita a variação cambial como fator de reajustamento de preços, se assim variarem

os investimentos e/ou custos. Deve-se admitir até o reajuste das tarifas e ingressos pagos pelos usuários de serviços públicos aos concessionários e permissionários, já que a tarifa tem por objetivo específico retornar o investimento do delegatário do serviço e a manutenção desse serviço, além do lucro sobre capital e trabalho empregados.

ARNOLDO WALD, professor catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ, em lapidar trabalho denominado "Revisão de Valores no Contrato: A correção Monetária, a Teoria da Imprevisão e o Direito Adquirido" — in *Revista dos Tribunais*, vol. 647 (set/89) págs. 30 e 31 — deixa clara a diferença, *in verbis*:

"Não há, pois, como confundir:

a) a cláusula *ouro*, expressamente vedada pela legislação brasileira desde 1933 (Decreto n.º 23.501);

b) a cláusula de pagamento em *moeda estrangeira* considerada admissível, nos termos do Decreto-Lei n.º 857, nos contratos internacionais e, no caso de repasse dos mesmos, no plano interno;

c) a *correção monetária* que, oriunda da lei, manda rever os débitos de acordo com a diminuição do poder aquisitivo da moeda, que foi considerada, por longo tempo, ilegal; em seguida admitida, quando expressamente prevista em lei e, só recentemente institucionalizada e considerada permissiva em todos os negócios jurídicos, com uma restrição progressiva dos índices a serem utilizados (proibição do salário mínimo, utilização exclusiva da ORTN, ressalvado o caso de dívida de valor); e

d) a *convenção do preço determinável* atendendo a uma fórmula mais ou menos sofisticada, fixada pelas partes, desde o início do contrato (cláusula índice), de acordo com a variação dos insumos (art. 2.º da Lei n.º 6.423).

A distinção entre a cláusula de escala móvel ou cláusula índice, a cláusula de correção monetária e as cláusulas ouro e divisas estrangeiras sempre foi feita tanto pela doutrina como pela jurisprudência." (Grifos do original.)

Ora, se o investimento e os custos são em dólar e o contrato é sinagmático e tem por princípio remunerar justa e convenientemente esse investimento e, ainda, manter a equivalência entre as prestações, somente o uso do dólar se prestaria ao alcance dessa finalidade. Vale, analogicamente, lembrar o método da rentabilidade tranqüilamente aceito pela Jurisprudência.

Não se pode pretender impor a uma das partes que se sacrifique enquanto a outra se beneficia do seu investimento e da valorização do seu patrimônio.

Ademais, dentro de uma ótica macroeconômica, seria desestimular as empresas que se dedicam a esse tipo de investimento, o que inviabilizaria toda uma política de desenvolvimento econômico e de modernização do parque industrial das empresas do país.

Esse *reajuste* (que, como visto, não se confunde com *correção* ou *atualização monetária*) também não se confunde com a *revisão*, que visa a recolocar os valores nos parâmetros do mercado, caso o índice escolhido não venha a corresponder à realidade.

É a chamada *hardship clause*, invocada por ORLANDO GOMES em sua obra *Novíssimas Questões de Direito Civil* — Ed. Saraiva, 2.^a ed., 1988, págs. 187 e 188 —, cuja lição vale transcrever, *in verbis*:

“Nesse modelo, a novidade reside na adoção da *hardship clause*. Na definição de Frigani (transcrita na obra de Maiorca), a *hardship clause* é uma cláusula que permite a revisão do contrato primitivo, das obrigações das partes. Não se trata de aplicação especial da teoria da imprevisão à qual querem alguns reconduzir a referida cláusula, no vazo condenável de “transferir mecanicamente os institutos do armário civilístico clássico aos novos contratos comerciais”. Trata-se de nova técnica para encontrar uma adequada reação à superveniência de que alterem a economia do contrato, para manter, como esclarece o citado Maiorca, sob o controle das partes, uma série de controvérsias potenciais e para assegurar a continuação da relação em circunstâncias que, segundo os esquemas jurídicos tradicionais, poderiam levar à resolução do contrato. Ressalta o escritor mencionado que a característica e a novidade mais relevante da *hardship clause* reside nas conseqüências jurídicas decorrentes de sua dupla finalidade, a negativa, para evitar a dissolução do contrato, e a positiva, para renegociação das cláusulas nas quais se apresenta a ruptura do seu equilíbrio econômico. E assim, arremata, o contrato intangível cede o seu posto ao contrato evolutivo.”

Enfim, a atualização em dólar como fator de correção monetária, ainda é controvertido (muito embora haja vários argumentos que o admitam), mas, em relação ao reajuste como fator de manutenção de equilíbrio entre as prestações, não pode ser questionado. Ao revés, deve ser estimulado, com vistas a proporcionar maiores incentivos para a transferência de tecnologia e modernização do parque industrial brasileiro, que gerarão, em última análise, um aumento de competitividade da indústria brasileira no mercado externo.