

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDÍRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Serviços gráficos: Editora Parma Ltda., Av. Antonio Bardella, 280
— CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Caixa Postal 678
Tel. (011) 37-2433 — Fax (011) 37-5802
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

SUMÁRIO

DOCTRINA

- O “dumping” como forma de abuso do poder econômico — Luiz Gastão Paes de Barros Leães 5
- Variação cambial como indexador de contratos — Luciano Amaro 16
- Dos contratos de utilização de navios no Direito Brasileiro (Análise Crítica) — Ary Brandão de Oliveira 27
- Redução dos custos de captação no Mercado de Valores Mobiliários — Nelson Eizirik 37
- Riscos da atividade empresarial no âmbito penal — Joaquim Simões Barbosa 42
- Comércio exterior brasileiro: “Antidumping” Mercosul — Pedro Paulo Cristofaro 58
- A responsabilidade especial dos empreiteiros prescrita no art. 1.245 do Código Civil — João Luiz Coelho da Rocha 64

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

- Variação cambial de moeda nacional — Waldírio Bulgarelli 72

ATUALIDADES

- O crédito documentário e os usos e costumes internacionais: seu papel como fator de desenvolvimento econômico e de integração social — Luiz Felizardo Barroso 78

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- “Proteção do consumidor no contrato de compra e venda” — Alberto do Amaral Júnior — Comentário de Waldírio Bulgarelli 87

- ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO 88

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO**ARY BRANDÃO DE OLIVEIRA**

Advogado

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

JOAQUIM SIMÕES BARBOSA

Advogado.

LUCIANO AMARO

Advogado.

LUIZ FELIZARDO BARROSO

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

NELSON EIZIRIK

Advogado.

PEDRO PAULO CRISTOFARO

Advogado no Rio de Janeiro — Professor Contratado de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

WALDÍRIO BULGARELLI

Professor Titular de Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da USP — Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli; Instituto Paulista de Direito Agrário; do Instituto dos Advogados de São Paulo e Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito.

VARIAÇÃO CAMBIAL COMO INDEXADOR DE CONTRATOS

LUCIANO AMARO

1. Colocação do problema — 2. A Legislação Brasileira até 1969 — 3. Nominalismo x Correção monetária — 4. A Lei 6.423/75 — 5. A variação cambial na Jurisprudência — 6. Os planos de estabilização — 7. Resumo e conclusões.

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

1.1 A questão da validade da cláusula de variação cambial em contratos internos — que será objeto deste estudo — implica duas ordens de considerações:

a) a primeira diz respeito ao Dec.-lei 857/69, que proíbe, em “contratos, títulos e quaisquer documentos” bem como “obrigações exeqüíveis no Brasil”, o pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, ou qualquer forma que restrinja ou recuse, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro (excetuados os contratos na área do comércio ou financiamento internacional, e a cessão de obrigação ou direitos decorrentes desses contratos);

b) a segunda reporta-se às normas legais sobre indexação que têm disciplinado os índices aplicáveis para a correção monetária de obrigações pecuniárias e reajustes de preços, ora determinando este ou aquele indexador, ora facultando a escolha entre os vários índices, ora proibindo expressamente este ou aquele.

2. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ATÉ 1969

2.1 O Código Civil Brasileiro estabeleceu, como regra, que o pagamento em dinheiro far-se-ia na moeda corrente do local (art. 947), admitindo

que se estipulasse o pagamento em moeda estrangeira (§ 1.º); neste caso, o devedor poderia optar pelo pagamento na moeda local, ao câmbio do dia do pagamento (§ 2.º). Os §§ 3.º e 4.º do mesmo artigo cuidavam de aspectos complementares.

2.2 Dessa forma, o Código Civil consagrou a liberdade de pactuar a moeda de pagamento, facultando, porém, ao devedor o pagamento na moeda corrente, com variação cambial. Ou seja, a obrigação de pagar quantidade de moeda estrangeira configurava, por determinação legal, uma obrigação alternativa do devedor, que tanto poderia desobrigar-se mediante a entrega da moeda estrangeira, na quantidade pactuada, como através da entrega da correspondente quantidade de moeda nacional, ao câmbio do dia do pagamento.

2.3 A liberdade de contratação da espécie de moeda encontrava precedente na velha Lei 401, de 11.9.1846, e no Código Comercial, de 1850, cujo art. 195 estabeleceu que, na falta de escolha da moeda, entende-se ser o pagamento na moeda corrente do lugar, sem ágio nem desconto.

2.4. Os parágrafos do art. 947 do Código Civil foram revogados em 1933, por força do Dec. 23.501/33, que declarou nula qualquer estipulação de pagamento em ouro ou em moeda estrangei-

ra ou por qualquer meio tendente a recusar ou restringir o curso forçado do mil réis, pelo seu valor legal (arts. 1.º e 2.º). Não obstante a Exposição de Motivos tenha falado da *transitoriedade* dos novos preceitos, com os quais não colidiria a norma do Código Civil, “como disposição geral destinada à perpetuidade”, é óbvio que o referido decreto *revogou* a regra do Código Civil, que só por nova disposição legal expressa poderia ser ripristinada.

2.5 Por outro lado, embora o decreto tenha referido o “curso forçado”, é evidente que ele quis referir-se ao “curso legal” da moeda nacional. É que *curso forçado* diz respeito à *inconvertibilidade* da moeda. A característica da moeda como *padrão legal de valor* e a *irrecusabilidade da moeda* são aspectos atinentes ao *curso legal* da moeda, e não ao seu *curso forçado*.

2.5.1. Como o decreto (no seu art. 2.º) se reporta à preservação do *valor legal* do mil réis, não cabe dúvida de que seu objetivo foi o de resguardar a moeda não apenas como *meio de pagamento* (irrecusabilidade da moeda) mas também como *padrão de valor*; visou, pois, à proteção do *curso legal da moeda*, nesse seu duplo aspecto.

2.5.2 Talvez em razão da falta de técnica do legislador (que utilizou dois artigos para expressar algo que, com maior precisão, poderia conter-se em apenas um), Alberto Xavier expôs uma interpretação no sentido de que o art. 1.º só vedaria a moeda estrangeira (tanto como *moeda de pagamento*, como na condição de *moeda de conta*), radicando no art. 2.º a proibição de correção monetária (“Validade das cláusulas em moeda estrangeira nos contratos internos e internacionais”, in *RF* 265/31, 1979).

2.6 Precedente remoto desse decreto é a Lei de D. João I, de 1426, incorporada pelas *Ordenações Afonsinas*, que obrigava o credor, mesmo quando pac-

tuado o pagamento em “certa moeda d’ouro, ou prata, etc.”, a receber “qualquer Nossa moeda (...) naquele preço e valia, que per Nós for hordenado” (cf. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. 24/152, 3.ª ed.).

2.7 Mas a inspiração mais recente do Decreto de 1933 foi a legislação e a jurisprudência dos Estados Unidos e de vários países da Europa que, preocupados em proteger a moeda nacional contra a *depreciação*, impuseram, como norma de ordem pública, o *curso legal da moeda (irrecusabilidade e poder liberatório irrestrito)*.

2.7.1 Na “Joint Resolution” de 6.6.33, os Estados Unidos declararam nula qualquer cláusula de pagamento em ouro, ou moeda estrangeira, ou em *soma de dólares equivalente ao valor do ouro ou da moeda estrangeira*. Qualquer obrigação teria que ser resgatada “dólar por dólar”.

2.7.2 A “Court of Appeal” de Londres, em abril do mesmo ano (1933) declarara nula a obrigação de certa empresa de pagamento em moedas equivalentes, em peso de ouro fino, às libras esterlinas de 1.9.28.

2.7.3 O que aí se procurava evitar é a disseminação, nos contratos, de cláusulas que refletissem *desconfiança na moeda de curso legal*, através de formas que buscassem prevenir o credor contra a perda de poder aquisitivo da moeda legal. *Para evitar os efeitos da desconfiança* (ou seja, aviltamento da moeda), *decretava-se que as pessoas eram obrigadas a confiar na moeda*.

2.8 O decreto brasileiro, na esteira da legislação e da jurisprudência estrangeiras (expressamente invocadas na exposição de motivos do diploma), objetivou, portanto, prestigiar a moeda nacional contra qualquer cláusula contratual que afastasse o “regime do papel-moeda de curso forçado, *recusando-lhe* ou *diminuindo-lhe o poder liberatório integral*”. A exposição de motivos quis referir-se ao

curso legal da moeda, apesar de mencionar *curso forçado*, pois, como acima já registramos, cuidava-se de *irrecusabilidade e poder liberatório integral* da moeda (e não de sua *convertibilidade*).

2.9 Esse decreto foi complementado por uma série de outras normas, até o advento do Dec.-lei 857/69 (acima mencionando), que consolidou a legislação sobre a matéria e declarou mantida a “suspensão” do 1.º (e, por consequência, dos demais parágrafos) do art. 947 do CC, com o mesmo objetivo de resguardar o prestígio da moeda corrente nacional, através da defesa de seu *curso legal* (irrecusabilidade e poder liberatório).

2.10 O decreto-lei já fala, corretamente, em *curso legal* (cf., art. 1.º) e não em *curso forçado* da moeda. O decreto de 1933, como vimos, acabava levando ao mesmo efeito, pois, embora o art. 1.º se referisse a *curso forçado*, eventual dúvida que pudesse haver estaria resolvida pelo art. 2.º que, expressamente, impunha o respeito ao *valor legal* da moeda (o que não atina com o seu *curso forçado*, e sim com o seu *curso legal*). No Dec.-lei 857/69 essa dúvida já não aparece, à vista do seu art. 1.º, motivo por que não faz falta o texto que antes se continha no art. 2.º do Dec. 23.501/33. Equivocadamente, porém o Dec.-lei 857/69 reitera a “suspensão” do dispositivo do Código Civil, que, na verdade, estava revogado.

3. NOMINALISMO X CORREÇÃO MONETÁRIA

3.1 À vista dessa retrospectiva histórica, a “correção monetária”, como hoje a conhecemos, era algo atentatório à ordem pública, pois implicava redução ou depreciação do poder liberatório da moeda, cujo *valor legal* era imperativamente determinado pelo Estado, ou seja, a correção monetária afrontaria um dos aspectos do *curso legal* da moeda, pois, *embora esta continuasse sendo aceita obriga-*

toriamente, o seu poder liberatório se aviltaria. No acórdão da Corte Inglesa e na lei americana, fulminava-se de nulidade exatamente a cláusula que pretendia mudar a expressão monetária da obrigação, ao parametrar o quantum devido com base nas correspondências com *outra moeda* ou com o *valor do ouro*.

3.2 A vedação da chamada cláusula-ouro e do pagamento em moeda estrangeira, a par da vedação de *outros meios que afetassem o curso legal* do cruzeiro, punha na ilegalidade qualquer sistema de *indexação* onde o ouro ou a moeda estrangeira representasse o parâmetro para determinação da quantidade de moeda necessária à satisfação da obrigação, bem como qualquer sistema de *correção monetária*, já que tudo isso implicaria restrição do curso legal da moeda no que respeita à sua função de padrão de valor.

3.3 A proibição feita pelo Dec. 23.501/33 e pelo Dec.-lei 857/69 atingia, pois, as *obrigações pecuniárias (pagamentos em dinheiro*, como dissera, precisamente, o Código Civil), vedando-se o pacto de pagar dívida de *dinheiro* através de outra forma que não fosse a *moeda corrente*, pelo seu *valor legal*, com vistas a proteger a confiança na moeda nacional como *padrão de valor*.

3.4 Aliás, quando a Exposição de Motivos do Dec. 23.501/33 afirmou a necessidade de afastar a regra do Código Civil, o que se fez foi proscrever um preceito legal que dava ao credor o direito de receber *determinada moeda* ou (a critério do *devedor*) a *moeda corrente ao câmbio do dia do pagamento* (ou seja, *valor em moeda nacional, corrigido pela variação cambial*).

3.4.1 Assim, sob o ângulo da obrigação do devedor, o que foi vedado foi o pacto de pagar a *variação cambial*, pois, na vigência do preceito do Código Civil, mesmo que o devedor se tivesse obrigado a pagar *moeda estrangeira*, tinha ele a alternativa de, a seu critério,

pagar em moeda corrente ao câmbio do dia do pagamento (pois somente isso o contrato podia obrigá-lo, em face do disposto no § 2.º do art. 947 do CC).

3.5 Quando o art. 2.º do Dec.-lei 857/69 excepcionou os contratos internacionais, dizendo que a eles não se aplicaria a regra do art. 1.º (vedação de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira), o dispositivo visou a permitir que a obrigação pecuniária objeto desses contratos fosse pactuável em qualquer moeda, afastando, com isso, a aplicação da regra do art. 1.º, que impõe o curso legal do cruzeiro (como moeda de pagamento e como padrão de valor).

3.6 Em resumo, o que estava em causa não era somente o curso legal da moeda no sentido de ela não poder ser recusada pelo credor, mas também o poder liberatório da moeda legal (como padrão de valor), de acordo com o princípio do nominalismo: a função da moeda como medida de valor supõe que ela preserve o mesmo poder liberatório ao longo do tempo, de acordo com o seu valor nominal. A moeda de curso forçado (inconvertível) tem um valor legal, que é o seu valor de face ou valor nominal. “A moeda de curso forçado, segundo a doutrina do valor nominal, há de ser prestada por seu valor escrito ou gravado — pelo que nela se diz valer” (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. 24/154, 3.ª ed.).

3.7 Mauro Brandão Lopes, em estudo publicado em 1978, sustentou que o Dec.-lei 857/69 só proibia o pacto de pagamento em moeda estrangeira, mas não o de variação cambial (*Cambial em Moeda Estrangeira*, Ed. RT, S. Paulo, p. 33 e ss.). Essa exegese levava, na prática, a manter situação análoga à existente na vigência do Código Civil, segundo o qual, conforme já acima verificamos, o devedor que se obrigasse a pagar moeda estrangeira só estaria realmente adstrito a pagar a moeda nacional, pelo valor correspondente à soma de moeda estrangei-

ra pactuada (ou seja, variação cambial). Alberto Xavier (*RF* 265/32, 1979), contestou a interpretação dada por Mauro Brandão Lopes, pois “a estipulação de “moeda estrangeira de conta”, embora não atinja o poder liberatório, ofende uma outra faceta do “curso legal”, na medida em que põe em causa a função de padrão comum de valores”.

3.8 Alberto Xavier, porém, sustentou, no mesmo estudo, que, com o advento do Dec.-lei, 857/69, deu-se “um golpe de morte no velho princípio do nominalismo” (ob. cit., pp. 32/33), situação que só viria a ser abalada com a edição da Lei 6.423/75 (de que abaixo nos ocuparemos), quando esta impôs, como único indexador, a ORTN. Tal assertiva parece-nos contraditória. Se se admitia (acertadamente, a nosso ver) que o art. 1.º do citado decreto-lei visou a proteger o curso legal da moeda no seu duplo aspecto (irrecusabilidade e padrão legal de valor), tinha-se que, por coerência, concluir não só pela proibição da variação cambial, como também pela vedação de quaisquer outros pactos que, no dizer expresso do diploma, “por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro”, entre os quais, portanto, se deveriam inserir quaisquer cláusulas de “correção monetária”.

3.9 Os anos 60 evidenciaram um paradoxo, traduzido na vigência formal de leis que impunham o curso legal da moeda (inquinando, portanto, de nulidade as cláusulas de correção monetária de obrigações pecuniárias), ao mesmo tempo em que leis especiais (diante das elevadas taxas de inflação) excepcionavam o nominalismo e estabeleciam normas de atualização monetária em inúmeras situações: títulos do governo, debêntures, débitos fiscais, débitos trabalhistas, etc.

3.10 Porém, o mesmo fato (inflação elevada) levava os agentes econômicos a preverem, nos contratos, a correção monetária. O caráter dramático do apon-

tado paradoxo se evidenciou na medida em que o *nominalismo*, proclamado no Dec. 23.501/33, veio a ser reafirmado no Dec.-lei 857/69, exatamente quando a questão da correção monetária *nos contratos* (independentemente de autorização legal específica) já ganhava numerosos adeptos, apesar das resistências ainda opostas pela doutrina e pela jurisprudência, que, baseadas no *nominalismo*, sustentavam a *ilegalidade* da correção monetária pactuada pelas partes.

3.11 Já na época, porém, escrevia Washington de Barros Monteiro que, sem embargo do princípio do nominalismo, algumas leis procuravam dar solução, em casos especiais, aos problemas criados pela inflação, e anotava que, “ultimamente, em numerosas avenças, as partes contratantes vêm incluindo a chamada *cláusula móvel* ou *cláusula de revisão*”, cuja “licitude não pode ser posta em dúvida”, (*Direito das Obrigações* 1.^a Parte, 3.^a ed., 1965). Noutras palavras, *era a força dos fatos (taxas elevadas de inflação) imperando sobre a norma legal escrita*.

3.12 Da *previsão legal* (para determinadas situações) a correção monetária evoluía, assim (sem lei, ou *apesar* da lei), para a fase da *previsão contratual*, através da qual as partes buscavam prevenir-se contra a perda aquisitiva da moeda, vale dizer, contra a *atrofia da moeda como padrão de valor*.

3.13 O trabalho da Jurisprudência para superar o princípio do nominalismo foi árduo. Em 1969, ainda se ouviam vozes isoladas no Judiciário contra a correção monetária de obrigações pecuniárias, *embora contratada pelas partes, com base em índices oficiais* (das ORTNs). Veja-se, como exemplo, Acórdão de 18.6.69, onde o Tribunal de Alçada Civil de São Paulo acolheu a validade da cláusula de correção monetária em mútuo hipotecário, mas houve voto vencido em que se sustentava o poder liberatório da moeda pelo seu

valor nominal, regra que só poderia ser excepcionada (segundo esse voto) nos casos em que a lei determinava expressamente a correção monetária (Ap. Cível 121.366-SP — RT 409-233/4).

3.14 O fato é que a correção monetária, com base em cláusula contratual, mesmo em situações não expressamente previstas na lei, acabou sendo assimilada pela doutrina e pelos tribunais, diante da inflação elevada e do rol extenso de leis especiais prevendo correção monetária em numerosas situações, sem que houvesse razões de peso para negar, aos casos não previstos, a possibilidade de uma disciplina contratual justa e isonômica. Toda essa construção doutrinária e jurisprudencial foi efetivada *apesar* do Dec.-lei 857/69, que, serodidamente, repetia o Dec. 23.501/33, na tentativa de reafirmar o nominalismo, ao declarar nulas as cláusulas que, atentando contra o *curso legal* do cruzeiro, *recusassem ou restringissem* o seu poder liberatório (ou seja, cláusulas que afastassem sua função como *padrão legal de valor*).

4. A LEI 6.423/75

4.1 Em 1975, quando já se pacificara a validade das cláusulas de correção monetária de obrigações pecuniárias, a Lei 6.205/75 declarou vedado o salário-mínimo como indexador e disse que o Executivo indicaria o coeficiente aplicável para a correção monetária de obrigações. No mesmo ano, a Lei 6.423 fixou como indexador admissível *somente* as ORTNs (art. 1.^o) e declarou *nula* a estipulação de indexador diverso (§ 2.^o).

4.2 Algumas exceções (à regra da ORTN como único indexador) foram previstas pela mesma Lei 6.423/75, inclusive para contratos de fornecimento futuro de bens e serviços (hipóteses em que se admitia o reajuste pelo custo de produção ou pela variação do preço dos insumos — art. 2.^o).

4.3 À vista disso, a correção pela *variação cambial*, que antes, como vimos, *tinha sua proibição assentada no Dec.-lei 857/69, agora fundava-se na nova lei, que admitia, em regra, como único indexador legal, a ORTN.*

4.4 Em face dessa nova legislação, *o princípio do nominalismo estava oficialmente sepultado, embora a correção monetária, imposta por lei (em certas situações) ou pactuada pelas partes, tivesse que fundar-se na variação da ORTN, única "moeda de conta" admitida (com as ressalvas referidas).*

4.5 Nesse estágio da legislação, repita-se, a correção de obrigações pecuniárias de acordo com outros critérios, inclusive a *variação cambial*, estava (em *regra geral*) vedada, sendo nula a cláusula que a previsse. Obviamente, não foram afetados os contratos internacionais, cuja *moeda de pagamento* continuou podendo ser estrangeira.

4.6 Restava, pois, indiscutivelmente *derrogado* o Dec.-lei 857/69. Embora se tenha mantido o *curso legal da moeda*, este foi amputado dos seus aspectos (o da moeda como *padrão legal de valor*), já que se passou a admitir que uma obrigação de 1.000 cruzeiros, pagável em certa data, poderia exigir do devedor o desembolso de uma maior quantidade de unidades monetárias (quantidade esta que, porém, teria, em regra, de ser apurada de acordo com a variação do valor das ORTNs).

5. A VARIAÇÃO CAMBIAL NA JURISPRUDÊNCIA

5.1 Em 1973, antes, portanto, da Lei 6.423/77, houve manifestação do Supremo, por maioria de votos (RE 73.635-GB, Pleno, de 12.4.73, RDM 11/74), sobre questão surgida ainda na vigência do Dec. 23.501/33 (que continha, como vimos, dispositivos semelhantes aos do Dec.-lei 857/69), que julgou só ser proibido pactuar *pagamento* em ouro ou

moeda estrangeira, mas não a *indexação pela variação cambial*. Esse Acórdão validava, portanto, a correção monetária com base na variação cambial.

5.2 Frise-se que o Acórdão é relativo a *período anterior à Lei 6.423/77* (que impôs a ORTN como único indexador admitido) e ao próprio Dec.-lei 857/69. De qualquer modo, representava ele uma *interpretação restritiva* do Dec. 23.501/33, ao afirmar que este diploma só impunha a moeda corrente como *meio de pagamento* e não como *padrão de valor* (afastando, pois, o princípio do nominalismo).

5.3 O evidente equívoco do STF consistiu em não ter percebido que, ao dar essa interpretação ao Dec. 23.501/33 (que modificara o Código Civil), ele acabou, *na prática, aplicando o preceito revogado*, pois o que decorria do Código Civil era, como vimos, a obrigação do devedor de pagar variação cambial, e não de entregar a própria moeda estrangeira. A tanto não o poderia obrigar o contrato, em face do preceito codificado. Se o legislador de 1933 (bem como o de 1969) quisesse permitir a cobrança de variação cambial, *não precisaria ter modificado o Código Civil.*

5.4 O Tribunal de Justiça de São Paulo, porém, em Acórdão mais recente (Ap. 89.919-1 — 4.^o C — j. 11.2.88 — RT 631/93, 1988, entendeu que a variação cambial estaria vedada *pelo Dec.-lei 857/69*, fundamentando-se, ainda, na Lei 6.423/77.

5.5 Quanto ao fundamento na Lei 6.423/75, nada há a observar, já que ela realmente só permitia, ressalvadas algumas exceções, a correção pela ORTN. A fundamentação baseada no Dec.-lei 857/69 (a rigor, desnecessária, em face do advento da Lei 6.423/75) contrapunha-se, evidentemente, à exegese dada no Acórdão do STF, acima citado.

5.6 Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela nulidade de cláusula em contrato de *leasing*,

que previa o reajustamento das prestações pela *variação cambial*, sob o fundamento de que essa hipótese não está enquadrada nas exceções previstas no Dec.-lei 857/69 (Al 11.606-PE — j. 23.8.91; que refere, como precedente, no mesmo sentido, o REsp 1641-RS — DJU 3.9.91, p. 11.911). Ou seja, não se tratando de cessão de obrigação em moeda estrangeira (só o “funding” da empresa de “leasing” é que era em moeda estrangeira), seria aplicável a norma do decreto-lei que impede *pagamento* em moeda estrangeira, pois o Tribunal entendeu que “calcular a dívida com indexação ao dólar” seria equivalente de “pagamento em moeda estrangeira”. Contrariou-se também, dessa forma, a orientação do Acórdão do Supremo, acima comentado.

5.7 Ademais, o STJ considerou que aquele decreto-lei permanecia em vigor também como norma (proibitiva) de indexação de obrigações pecuniárias (com base na *variação cambial*), não obstante, desde 1975, a Lei 6.423 já tivesse regulado inteiramente a matéria (de indexação de obrigações internas), ao estatuir como único indexador a ORTN (dispondo, ainda, sobre os casos de exceção).

5.8 O STJ afirmou que a Res. 980/84 do CMN (que previu a contratação de *variação cambial* na hipótese) seria ilegal, com base no argumento de que órgãos do Governo não podem modificar disposições de lei (no caso, o Dec.-lei 857/69).

5.9 A questão atinente à correção pela *variação cambial* continuava, pois, sendo examinada à vista do Dec.-lei 857/69.

5.10 De qualquer modo, na vigência da Lei 6.423/77, ainda que se considerasse que o Dec.-lei 857/69 (ao proibir *pagamento* em moeda estrangeira) não tivesse vedado também a *variação cambial*, esta teria ficado proibida por aquela lei (que impôs a ORTN como único indexador permitido).

5.11 Há que examinar, todavia, a legislação superveniente, editada no bojo dos planos de estabilização, a partir de 1986, que, em certos momentos, procuraram restabelecer (através da proibição ou restrição às cláusulas de correção monetária) a confiança (forçada) no *valor nominal* da moeda nacional.

6. OS PLANOS DE ESTABILIZAÇÃO

6.1 Em 1986, o Plano Cruzado não modificou a situação anterior, pois estabeleceu a regra de que o único indexador utilizável para “*obrigações e contratos*”, seria a OTN (art. 7.º do Dec.-lei 2.284/86), novo nome da antiga ORTN. Ficava, dessa forma, revogado o preceito da Lei 6.423/75, substituído por outro, de análogo conteúdo.

6.2 Porém, o Plano Cruzado II, em novembro de 1986 (Dec.-lei 2.290/86) revogou o art. 7.º do Dec.-lei 2.284/86 (*correção pela OTN*) e estabeleceu a *liberdade de escolha de índices setoriais*, proibindo, todavia, a *variação cambial* (art. 2.º).

6.3 Com efeito, enquanto a lei impunha uma única moeda de conta, não era necessário proibir este ou aquele indexador. Ao estabelecer-se, porém, a *liberdade de indexadores*, pôs-se a necessidade de deixar expressas eventuais exceções.

6.4 Logo depois, em fevereiro de 1987, o Dec.-lei 2.322/87, voltou a estabelecer a *regra da OTN* como indexador “de contratos”, facultada a *adoção de índices setoriais* para contratos de venda de bens ou serviços para entrega futura.

6.5 Foi expressamente proibida a *cláusula de reajuste pela variação cambial*, ressalvadas exceções legais e preços compostos por insumos a serem importados (cf. art. 1.º, que deu nova redação ao art. 2.º do Dec.-lei 2.290/86).

6.6 Na seqüência, o Plano Verão extinguiu a OTN (art. 15 da Lei 7.730/

89), mas manteve a possibilidade de pactuar-se “cláusula de correção monetária” (por outros indexadores, obviamente) em contratos de “mútuo”, financiamento em geral e quaisquer outros contratos relativos a aplicações” (art. cit., § 4.º, c/c § 1.º, esse § 4.º foi, depois, reenumerado para § 2.º pela Lei 7.747/89). A Lei 7.738/89 baixou norma sobre cláusulas contratuais de “reajuste de preços” (de bens e serviços), obrigando à adoção de “índices nacionais, setoriais ou regionais”, e proibiu *reajuste de preço* com base em títulos públicos e na *variação cambial* (exceto para insumos a serem importados).

6.7 Assim, sem o “indexador oficial” (OTN), os contratos poderiam prever correção monetária por *quaisquer indexadores*. Normas específicas sobre *reajuste de preços de bens e serviços* impunham, porém, a adoção de *índices nacionais, setoriais ou regionais*, proibindo-se, para esse efeito (reajuste de preços), a *variação cambial* e a *variação de títulos públicos*. Ou seja, o “índice oficial” (medido pela *variação de títulos públicos*) ficava proibido para reajuste de preços.

6.8 Com a criação do *BTN* a Lei 7.777/89 facultou a contratação de “cláusula de referência” pela *variação* desse título (art. 6.º). E a Lei 7.799/89 autorizou a atualização monetária pelo *BTN-fiscal*, com algumas exceções (art. 1.º, § 3.º).

6.9 A Lei 7.801/89 facultou o *BTN* em cláusulas contratuais de *reajuste de preços* (art. 4.º), mas “sugeriu” que contratos para entrega futura e de serviços contínuos deveriam “preferir” índices nacionais, setoriais ou regionais (§ 1.º), mais uma vez se vedou o *reajuste de preços* com base na *variação cambial* (exceto no caso de insumos importados) (§ 2.º). O que mudava, então, é que esses contratos, nos quais se vedara o reajuste de preços pela *variação de títulos públicos* e pela *variação cambial*, agora podiam prever a *variação* pelo *BTN* (título

público), mantida a proibição de *variação cambial*.

6.10 Na esteira dessa legislação, a utilização do *BTN* e do *BTNF* era facultativa, podendo ser aplicados outros indexadores. Proibia-se expressamente apenas o *reajuste de preços* pela *variação cambial* (com exceções).

6.11 No Plano Collor I (Lei 8030/90), não se modificaram os indexadores.

6.12 A Lei 8.137/90 (art. 6.º, II) configurou como *crime* a aplicação de “fórmula de reajustamento de preços ou indexação de contratos proibida ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente”, cominando pena de detenção de até 4 anos. Assim, o problema da utilização de um indexador ilegal deixou de ser apenas uma questão de nulidade (invocável pelo devedor para fugir ao pagamento da obrigação contratada) e passou a configurar crime.

6.13 Com o Plano Collor II (Leis 8.177/91 e 8.178/91), foi extinto o *BTN* e criada a *TR*. A correção monetária de obrigações, em regra, não está proibida.

6.14 A *correção monetária* com base em *índice de preços* só é vedada nos contratos de prazo inferior a 1 (um) ano (art. 10 da Lei 8.177/91); portanto, é livremente pactuável nos contratos de prazo igual ou superior àquele.

6.15 A *TR* e a *TRD* são autorizadas para contratos de prazo igual ou superior a 90 dias (parágrafo único do art. 10 da Lei 9.177/91, acrescentado pelo art. 27 da Lei 8.178/91).

6.16 Nos contratos para entrega futura de bens ou serviços, prevê-se, qualquer que seja o prazo do contrato, a possibilidade de *cláusula de reajustamento de preços* com base no *custo de produção ou preço dos insumos*; admitem-se *outros indexadores* se o prazo for igual ou superior a um ano (art. 5.º da Lei 8.178/91).

6.17 Em resumo, o pacto de correção por *índices de preços* é permitido nos

contratos de prazo superior a um ano, sendo *livre a escolha do indexador*. Nos contratos de prazo igual ou inferior a uma no, facultou-se a utilização da TR ou TRD (desde que o prazo não seja inferior a 90 dias).

6.18 A Lei 8.245/91 (que dispõe sobre locação de imóveis estabelece, nas hipóteses do art. 85, a liberdade quanto à “*periodicidade e indexador de reajustamento*”, vedando porém, a *variação cambial*. A norma geral do art. 17 da mesma lei faz igual vedação.

6.19 A Lei 8.383/91 criou um novo indexador (a UFIR), e proibiu sua utilização como “referencial de correção monetária do preço de bens ou serviços, e de salários, aluguéis ou *royalties*” (art. 1.º, § 2.º).

7. RESUMO E CONCLUSÕES

7.1 Recapitulando o que foi exposto, com especial atenção para o problema da *variação cambial*, tivemos a seguinte evolução, após o Dec.-lei 857/69 (que, como vimos, implicava a *vedação da variação cambial*):

a) a Lei 6.423/75, com algumas exceções, estabeleceu a ORTN como único indexador utilizável nos contratos internos, afastando de modo expresso o nominalismo, e oficializando a derrogação do Dec.-lei 857/69 na parte em que tornava nulos os pactos que recusassem o poder liberatório irrestrito da moeda pelo seu valor legal; porém, a *variação cambial* continuava *vedada* como *indexador* de contratos, agora *por força da nova lei*.

b) o Dec.-lei 2.284/86 mudou o nome da ORTN para OTN, mantendo-a como indexador de contratos; a *variação cambial* continuava *vedada* como *indexador*;

c) o Dec.-lei 2.290/86 revogou a regra da correção pela OTN e facultou o emprego de índices setoriais, *proibindo a variação cambial*;

d) o Dec.-lei 2.322/87 restabeleceu a indexação pela OTN, facultou índices setoriais para contratos de entrega futura, e *vedou reajuste de preços pela variação cambial*;

e) a Lei 7.730/89 extinguiu a OTN, mantendo a possibilidade do uso de indexadores em contratos;

f) a Lei 7.738/89 disciplinou as cláusulas de reajuste de preços, *vedando a variação cambial* (com exceções);

g) a Lei 7.738/89 facultou a correção pelo BTN, e a Lei 7.799/89 permitiu a correção pelo BTNF;

h) a Lei 7.801/89 facultou o BTN para reajuste de preços, *proibindo que este fosse efetuado pela variação cambial* (com exceções);

i) as Leis 8.177/91 e 8.178/91, com a extinção do BTN, *permitem a correção por índices de preços, livremente escolhidos*, desde que a operação tenha prazo igual ou superior a um ano, e facultam a utilização da TR ou TRD se o prazo não for inferior a 90 dias. Essas leis *não expressam a proibição de pactuar-se variação cambial*.

7.2 Finalmente, diante dessa enxurrada de normas, põe-se a questão: é possível sustentar a validade, em contratos internos, da cláusula de correção monetária de obrigações pecuniárias com base na *variação cambial*?

7.3 Parece-nos que sim. Em primeiro lugar, com efeito, não mais existem as razões históricas que levavam a proibir a “correção” de obrigação pela correspondência com moeda estrangeira, pois a aceitação generalizada das “moedas de conta” já afastou o velho princípio do nominalismo; se se visava, na legislação dos anos 30, prestigiar a moeda nacional contra o aviltamento e a depreciação (ou seja, contra a *falta de confiança na moeda legal como padrão estável de valor*), a “correção monetária” com base em indexadores já sepultou o dogma do irrestrito poder liberatório da moeda legal segundo o valor nominal desta. Não se pode

negar que OTN, BTN, TR, UFIR, IGP, INPC, etc. são também *outras "moedas"*, que, juntamente com a moeda estrangeira, compõem a ampla cesta de *"moedas de conta"* que convivem com a *moeda de pagamento* (cruzeiro).

7.4 À vista dessa legislação superveniente, o Dec.-lei 857/69 foi derogado, ou seja, o chamado *curso legal da moeda* (que se desdobra em dois aspectos: irrecusabilidade da moeda e padrão de valor da moeda, pelo seu valor nominal), foi excepcionado, de modo, que, não obstante a moeda legal continue sendo irrecusável, ela deixou de representar necessariamente *padrão de valor*, desde que haja *disposição legal ou cláusula contratual* (não vedada em lei), dispondo sobre reajustamento da expressão monetária da obrigação.

7.5 Com isso, fica afastado o primeiro argumento que poderia ser levantado contra a previsão de variação cambial, qual seja, o do *curso legal da moeda* (no referido aspecto de *padrão legal de valor*), imposto por aquele decreto-lei.

7.6 Em face das elevadas taxas de inflação, os indivíduos passaram a usar "moedas de conta" como padrão de referência para o preço de certos bens e serviços. Essa função, que, em passado recente, foi desempenhada pelas ORTNs e BTNs, hoje é realizada, de modo geral, pelo dólar norte-americano, dado o desprestígio dos indexadores oficiais, provocado pelas sucessivas modificações e manipulações que o têm atingido (haja vista o brutal "achatamento" do BTN no ano de 1990).

7.7 O próprio Poder Público já admitiu a indexação por moeda estrangeira em obrigações do Tesouro lançadas no mercado interno e corrigíveis, à opção do credor, pela variação cambial.

7.8 O Supremo Tribunal decidiu que o Dec. 23.501/33 (que, substancialmente, foi reproduzido pelo Dec.-lei 857/69) só proibia *pagamento* em moeda estrangeira e não *correção* por esta moeda.

7.9 Deve reconhecer-se que o argumento baseado nesse Acórdão não é decisivo. O aresto do STF que entendeu válida a variação cambial não foi unânime, mas por maioria, e já possui cerca de 20 anos. Ademais, salta aos olhos que a exegese firmada no Acórdão, na prática, aplicou o Código Civil, como se ele não tivesse sido alterado por aquele Decreto.

7.10 É verdade também que o Superior Tribunal de Justiça tem decidido em contrário ao citado Acórdão do STF, e trata-se de matéria que, conforme a Constituição de 1988, passou a ser da competência desse novo Tribunal. O Tribunal de Justiça de São Paulo também já decidiu no sentido de vedar-se a variação cambial.

7.11 Porém, é preciso atentar para o fato de que essas decisões (que, em tese, deram interpretação correta ao Dec.-lei 857/69, quando asseveraram que ele proibia a indexação pela variação cambial) *hoje teriam que ser repensadas* (como precedentes jurisprudenciais), *à vista das alterações legislativas recentes*.

7.12 As normas sobre correção monetária, atualmente, não mais impõem um único indexador, podendo as partes escolher com relativa liberdade *qualquer índice*.

7.13 Os dispositivos que, na legislação dos vários planos de estabilização econômica, proibiram a variação cambial (com exceções) não mais vigoram atualmente, pois foram sendo revogados com o advento da legislação, posterior, que disciplinou a matéria de modo diferente, até que, *na atual legislação deixou-se de, expressamente, proibir a variação cambial nos contratos em geral* (havendo, como vimos, apenas vedações específicas, haja vista a lei locatícia).

7.14 Poder-se-ia objetar que a variação cambial, em rigor, *não seria medida de inflação* (ou de desvalorização da moeda nacional), pois a cotação de

determinada moeda estrangeira é afetada por diversas outras variáveis (além da inflação interna): política cambial, política de comércio exterior, perda de poder aquisitivo da própria moeda estrangeira (inflação no país emissor dessa moeda). Dir-se-ia que isso compromete a validade da moeda estrangeira como indexador.

7.15 O argumento não procede. Realmente, a partir do instante em que a lei abandona a idéia de um único indexador (que refletiria a inflação “oficial”), *todas as demais moedas de conta* podem, em princípio, ter contestada sua acurácia como medidores da perda de poder aquisitivo da moeda. Isso é demonstrado pela própria e evidente circunstância de que, embora os vários índices possam aproximar-se, ao longo do tempo, eles não apresentam números idênticos, pois há variáveis diversas a afetar cada um deles. Assim, a variação da cotação, em cruzeiros, de certas moedas estrangeiras relativamente estáveis (p. ex., o dólar americano) fornece um critério tão razoável quanto o das demais “moedas de conta”.

7.16 A variação cambial configura índice que reflete a *variação do preço da moeda estrangeira*, que, a exemplo de quaisquer outros bens passíveis de figurar como objeto de um contrato de compra e venda, pode sofrer oscilações decorrentes da lei da oferta e da procura, da política governamental, da sazonalidade, etc.

7.17 Recorde-se que o vetusto Código Comercial capitulou a *moeda* entre os bens passíveis de figurar como objeto do *contrato de compra e venda mercantil*

(art. 191). Assim sendo, a variação do preço de compra de determinada moeda é traduzível em *índice de preço setorial* (praticado no mercado de câmbio).

7.18 Ademais, a relação de pertinência entre indexação e variação cambial foi inúmeras vezes reconhecida na legislação retrocitada, toda vez que, ao cuidar de correção, mencionava a variação cambial, ora para vedá-la, ora para permiti-la. O exemplo mais recente é o da lei sobre locação de imóveis, que, ao regular a *indexação* do aluguel, veda a variação cambial. Se esta não fosse, em tese, um indexador possível, não precisaria ser vedada.

7.19 Assim, obedecidas as normas que regulam (inclusive quanto à periodicidade) a contratação de *índices de preços* para a correção da expressão monetária de obrigações convencionadas em contratos internos, entendemos que também a *variação cambial* pode ser licitamente pactuada, salvo nas hipóteses (como ocorre na lei locatícia), em que haja proibição legal. A cláusula de variação cambial não estará ferindo a regra do *curso legal da moeda*, pois só permanece em vigor na função atinente à irrecusabilidade da moeda, e não mais na de *padrão valor*. A par disso, não vigora preceito que, expressa e genericamente, vede a indexação de obrigações conforme a variação do preço da moeda estrangeira (variação cambial), prevalecendo, pois, a *regra permissiva de correção por quaisquer indexadores* (respeitadas as condicionantes legais quanto à periodicidade e à natureza da obrigação).

São Paulo, dezembro/1992.