

Atualidades

AS CLÁUSULAS “CROSS DEFAULT” EM CONTRATOS FINANCEIROS

ADRIANA DE OLIVEIRA GIFFONI

Dentre as cláusulas presentes em contratos financeiros merecem destaque aquelas denominadas *cross default*, devido à amplitude das obrigações que por meio delas se podem constituir.

A expressão *cross default* é proveniente da língua inglesa e significa “falha cruzada”. No meio financeiro refere-se àquelas cláusulas presentes em contratos que determinam que o devedor estará em situação de falha (*default*) no contrato em questão toda vez que deixar de cumprir quaisquer outras obrigações em outros contratos. Sua abrangência poderá ser ampla ou restrita, dependendo do interesse do credor – em geral, as instituições financeiras. Pode-se, inclusive, estipular um valor mínimo das obrigações a serem consideradas.

A principal finalidade das cláusulas de *cross default* é a proteção do credor contra terceiros potencialmente na sua mesma condição.

Para melhor ilustração do seu conceito, eis uma definição clara e completa, extraída do texto de contrato utilizado pelo Banco BPI de Portugal: “*Cross default*: significa a ocorrência de um incumprimento, causa de incumprimento, ou outra condição ou evento similar (qualquer que seja a sua descrição), diferente da falha na realização de qualquer pagamento requerido, relativo à Entidade de Referência, numa ou mais Obrigações, num Montante Total Agregado não inferior ao Montante Requerido para Incumprimento, o qual originou

que essa obrigação se tornasse capaz, nessa data, de ser declarada vencida e a pagamento, antes da data em que de outra forma o seria”.

São os casos mais comuns:

- o devedor, em outro contrato, tem sua dívida vencida antecipadamente e, por consequência, configura-se a situação de falha contratual para o contrato em questão, antecipando-se também o seu vencimento;
- uma empresa controlada pelo devedor, ou até mesmo a ele coligada, entra em *default* em um contrato, causando o vencimento antecipado da dívida do próprio devedor.

Tendo em vista os exemplos acima, deve-se ter em mente que uma situação de falha (*event of default*) em um contrato financeiro abre caminho para que outras ocorram, sucessivamente, como reação em cadeia. É o que se denomina *domino effect* na língua inglesa.

É importante relembrar que tais cláusulas constituem uma garantia ao credor. Considerando que a constante mutação das modalidades de captação de crédito leva à criação de novas formas de garantias a serem exigidas pelos bancos e investidores, tem-se como uma consequência deste fato a ampliação dos eventos a serem considerados *cross default* nos contratos financeiros. Não é surpresa que alguns deles possam ser, até mesmo, alheios à vontade do devedor, e

há quem defenda que podem, inclusive, constituir fatos ou atos de terceiros, os quais, independentemente de serem ilícitos, causam uma situação de falha contratual, pela qual será responsabilizado o devedor.

A prática prova que é muito comum em contratos financeiros, por exemplo, a cláusula que estabelece que uma moratória no Brasil gera o vencimento antecipado das obrigações do devedor. É um caso típico de *cross default* onde o devedor, embora não tendo qualquer participação neste evento, sofre uma penalidade em decorrência dele. Outro exemplo também muito frequente é o que ocorre em contratos de repasse de empréstimo externo, onde o banco tomador dos recursos exige o vencimento antecipado do contrato que tem com o devedor se, por qualquer motivo, ele próprio for impedido de honrar seus compromissos com o banco credor no Exterior.

Desta forma, tem-se que as diversas situações atualmente previstas nas cláusulas *cross default* acabaram por causar uma ampliação no seu conceito. Em outras palavras, hoje o termo se refere a qualquer evento que arrisque a segurança do credor de receber seu crédito de volta – o que, por consequência, passa a configurar causa para vencimento antecipado do contrato.

Há, entretanto, alguns mecanismos que podem ser utilizados para limitar a abrangência da ocasional punição ao devedor – o que, de certa forma, acaba por protegê-lo. É neste ponto que se faz importante a distinção entre *default* técnico e *default* automático: o primeiro é a ocorrência de uma falha, sem, contudo, haver uma consequência real ou imediata, seja porque o valor atingido está abaixo do mínimo previsto, seja porque há a previsão no contrato de um prazo para o devedor remediá-la (na língua inglesa, este prazo é conhecido por *period of grace*); já, o segundo configura-se pela simples ocorrência do fato tido como falha, independentemente de qualquer medida prévia. Logo, a utilização do *default* técnico é uma segurança fundamental para o devedor.

Outra tática importante é evitar a utilização de termos vagos e abrangentes na descrição dos eventos que serão considerados como falha no contrato, do tipo “qualquer”, “todo”, “a qualquer tempo”, optando-se pelo seu detalhamento minucioso. Imprescindível, também, mencionar que há a possibilidade de se prever que o *cross default* (como consequência de falha em outro contrato do devedor ou de empresa do seu grupo) somente seja configurado após uma declaração expressa do próprio devedor ou do terceiro credor de que naquele contrato suspeito tenha realmente ocorrido um *default*.

Em linhas superficiais, na hipótese de um questionamento judicial das cláusulas ora discutidas, a parte que eventualmente alegasse sua nulidade estaria sujeita a uma apreciação subjetiva da matéria. Isto porque, em princípio, o que as partes acordam em um contrato torna-se “lei” entre elas, pela regra *pacta sunt servanda*. Logo, para que o juiz anulasse determinado dispositivo contratual necessário seria provar que o mesmo estivesse ferindo a ordem pública ou, então, que uma parte estivesse auferindo vantagem excessiva para si, em detrimento ou prejuízo relevante à outra.

Pelo acima exposto, pode-se concluir que o momento da negociação de um contrato é de suma relevância, por ser a oportunidade que as partes têm para acordarem sobre as cláusulas que serão mantidas ou excluídas, de tal forma que possa ser afastada a hipótese de futuros desentendimentos e/ou insatisfações, passíveis de se tornarem litígios.

Assim, sempre que há um dispositivo *cross default* em um contrato o advogado tem por responsabilidade mencioná-lo como um alerta, de modo a suprir o negociador com os elementos necessários para discuti-lo com uma fixação clara e limitadora, considerando, até mesmo, a possibilidade de sua exclusão. É uma questão que pode, todavia, influenciar na fixação dos juros e encargos do contrato.