

Atualidades

INDEXAÇÃO E PARIDADE CAMBIAL; "LEASING" CONTRATADO COM CLÁUSULA DE PARIDADE CAMBIAL

EROS ROBERTO GRAU

Introdução. Nominalismo e indexação. Cláusula de paridade cambial. Os contratos em questão. Teorias da base do negócio jurídico e da imprevisão e Código de Defesa do Consumidor. Conclusão.

Introdução

1. A crise cambial que suportamos em janeiro de 1999 ensejou disputas judiciais em torno dos contratos de *leasing* avençados sob cláusula de paridade cambial, o que, por sua vez, tem dado lugar a algumas contribuições doutrinárias ao debate.

A leitura de algumas dessas "contribuições", contudo, não obstante bem intencionadas, conduz o iniciante nos estudos de direito — e mesmo o leitor já iniciado, mas não atento — a tropeços, equívocos e erros imperdoáveis.

Não desejo de nenhum modo menosprezar o esforço intelectual deste ou daquele estudioso que tenha se detido sobre a matéria, até porque conheço e admiro a inteligência de alguns. Mas é bem certo que, com relação ao tema da paridade cambial, aplica-se qual u'a luva a observação de Cesare Vivante à qual adiante farei alusão.

Nominalismo e indexação

2. Não se confundem indexação e paridade cambial.

As relações quantitativas que se expressam no mundo jurídico são traduzidas em montantes de moeda, em enunciados

nominais da unidade monetária como tal definida pelo direito positivo. A moeda encerra a medida básica de valor aplicável às relações jurídicas.

O direito positivo brasileiro — arts. 947, *caput* e 195, respectivamente do Código Civil e do Código Comercial — adota o nominalismo. A regra da prevalência do valor nominal dos créditos é reafirmada inicialmente na suspensão da vigência e, ao depois, na revogação, pelo art. 17 da Medida Provisória 1.053, de 30.6.1995 (reiteradamente reeditada, visto que até a presente data aquela não foi convertida em lei!!!), dos §§ 1º e 2º do art. 947 do Código Civil, que admitiam amplitude na estipulação da moeda de pagamento, bem como a *option de change* pelo devedor, possibilitando a existência, ou não, de ágio na liquidação de determinado débito.

3. O nominalismo implica a prevalência do enunciado quantitativo na moeda que, em virtude de lei, é o padrão de valor, tendo, portanto, curso legal quando da constituição da obrigação.

Dai se segue que, entre nós, prevalece o enunciado do valor monetário, salvo, excepcionalmente, no que tange a negócios jurídicos submetidos a regime específico ou em relação a situações jurídicas também es-

pecial e particularmente reguladas pelo direito positivo.

A sistemática ampliação das hipóteses nas quais se admite a indexação tem, contudo, em épocas de inflação exacerbada, conduzido a afirmações, precipitadas, de que o nominalismo já não mais prevalece no ordenamento jurídico nacional.

Ocorre, no entanto, exatamente o contrário disso. O acolhimento indiscriminado de mecanismos de reajuste monetário, tanto em negócios privados como em textos de direito positivo, apenas evidencia, face a instabilidade do poder de compra de moeda, que os operadores econômicos temem o nominalismo. Mais ainda: a admissibilidade de soluções de reajuste sob critérios referidos a prazo, objeto, situação peculiar das partes, entre outros, em cada modalidade de negócio jurídico, antes confirma e reforça do que compromete o predomínio do nominalismo. O desacato a qualquer das normas permissivas dessas soluções acarreta a nulidade da cláusula, remanescendo o enunciado nominal do débito.

Note-se bem: a admissibilidade do recurso à indexação resulta estritamente da lei, nos precisos e restritos termos contemplados pelo texto de direito positivo que expressamente a preveja.

Diga-se pois bem alto, sonoramente, para que todos ouçam: as coisas assim se passam, em matéria de indexação, precisamente porque ela, a indexação, implica a derrogação do princípio geral do nominalismo expressamente acolhido, repita-se, pelo direito positivo brasileiro.

Repito: a indexação implica a exclusão do nominalismo.

4. É indispensável, para que possamos compreender o significado das cláusulas de indexação e de paridade cambial, no quanto importa à preservação do seu conteúdo de valor, a prévia compreensão do significado da função de poder de compra da moeda.

Esta se manifesta quando do exercício de direitos subjetivos pelo titular das disponibilidades monetárias; esse exercício

é quantificado pelo volume de bens e serviços que podem ser adquiridos pelo sujeito de direito.

Denomina-se poder de compra à relação quantitativa que assim se instaura, entre uma unidade monetária e a possibilidade do exercício de direitos enquadrados, *grosso modo*, nas categorias de consumo e investimento.

5. O poder exercido pelo titular de moeda corresponde a um desdobramento de parcela do poder do Estado, emissor da moeda.

Esse poder estará sempre referido ao conjunto dos bens e serviços disponíveis na sociedade e, em seu sentido mais amplo, à totalidade de moeda emitida pelo Estado. Vale dizer: o conjunto de todos os pagamentos que se realizam tendo em vista a produção desses mesmos bens e serviços — que podemos denominar *renda* — expressa, em linguagem monetária (logo necessariamente uniforme), o multiforme conjunto dos bens produzidos e dos serviços prestados.

Apura-se, por essa via, uma relação quantitativa que naturalmente não é uniforme — geográfica, social e economicamente — em relação às diferentes espécies de bens e serviços. Mas essa relação permite a identificação da existência, ou não existência, de oscilação no conteúdo de poder (isto é: do poder de compra) de cada unidade: incremento ou decréscimo.

Verificado o decréscimo, diz-se estar a moeda a sofrer processo inflacionário. Vale dizer: para a manutenção de um mesmo nível de exercício ou de possibilidade de exercício de direitos subjetivos, com base em certa quantidade de unidades monetárias, apurado num momento anterior, maior será o número de unidades exigido no momento posterior.

Daf terem, os mecanismos identificados como *escala móvel e indexação*, o propósito único de funcionar como corretores dos enunciados nominais das obrigações de pagamento em moeda, a partir de um determinado nível de possibilidade de exer-

cício de direitos que deriva da titularidade de certa quantia de moeda.

A indexação implica, pois, a reenunção do valor do crédito; o valor nominal prevalecente no momento da constituição do vínculo jurídico cede lugar ao valor (re)enunciado no momento da incidência do índice, se e quando assim expressamente admitido por texto expresso de direito positivo.

6. A consciência — antecipada na acurada percepção do inconsciente social, já ao tempo da moeda mercadoria — de que esta deveria conservar valor, ser reserva de valor, constitui descobrimento da ciência econômica.

Para afastar, no entanto, falaciosas exposições sobre o conteúdo de valor da moeda, cumpre-nos tomá-lo desde a perspectiva jurídica; afó plano mais adequado — autêntico leito de Procusto — para o estudo da moeda.

A singela exposição de Von Ihering¹ a respeito das formas de troca, apresentadas como forma inferior e forma superior de troca, é preciosa. Os parceiros, na forma inferior de troca, se satisfazem, direta e simultaneamente, no ato de troca em si mesmo considerado, não havendo o diferimento da satisfação de um deles; já na forma superior, intermediada por moeda, à satisfação presente de um que se desapossa de moeda sucede, diferida, a satisfação do que prestou serviço ou entregou bens ao outro.

A circunstância de a moeda consubstanciar reserva de valor interfere diretamente em sua função de padrão de valor, função que preenche o conteúdo das relações de crédito e débito que nela se expressam e só nela se podem expressar. É neste contexto que a disciplina da indexação é cultivada, direcionada à tutela do curso legal da moeda enquanto padrão de valor.

Note-se bem: a oscilação do poder de compra afeta a moeda em sua função de instrumento de pagamento e a seguir alcança a função de padrão de valor, atingindo o conteúdo das obrigações. Este, por sua vez, será estável ou instável, estando ou não protegido por mecanismos juridicamente válidos e eficazes de escala móvel ou de indexação.

7. Vê-se bem, assim, que a indexação decorre da relação jurídico-quantitativa entre unidade de moeda e possibilidade de exercício de direitos subjetivos, estes atinentes aos bens e serviços produzidos no contexto em que a moeda pode desempenhar suas funções.

Em outras palavras: dada a instabilidade, normalmente caracterizada pela majoração dos preços de bens e serviços, do poder de compra da moeda, recorre-se ao índice admitido pela lei para refletir esses reajustes, de forma que o reenunciado da expressão monetária formalmente assegure a possibilidade de exercício da mesma quantidade de direitos ínsitos numa unidade monetária ao tempo da constituição da obrigação de pagamento.

Cláusula de paridade cambial

8. Tudo se passa de modo diverso, todavia, com a cláusula de paridade cambial, que se deve analisar desde a perspectiva da moeda enquanto padrão de valor.

Aqui a moeda (= padrão de valor) toma por referência do enunciado nominal através do qual se deva expressar determinado crédito uma soma de moeda de outro Estado; a apuração do montante a ser expresso derivará da paridade entre ambos os instrumentos monetários. Prevalece então a relação quantitativa entre duas moedas e não a possibilidade de exercício de direitos subjetivos relacionada a certo estoque de bens e serviços numa determinada sociedade — o que seria colhido mediante convenção de indexação ou escala móvel.

Ora, essa relação quantitativa nada tem necessariamente a ver com a oscilação do

1. *Der Zweck im Recht*, Erster Band, Zweite Umgearbeitete Auflage, Druck und Verlag von Breitkopf & Härte, Leipzig, 1884, pp. 127 e ss.

poder de compra da moeda em que se expressa determinada obrigação de pagamento.

Isto porque a paridade cambial é informada por diferentes variáveis, atinentes:

- à política econômica do Estado (importação, exportação, atração de capitais estrangeiros, entre outros);

- à política monetária do Estado (contenção ou não da liquidez na base de emissão primária de moeda, seja mediante prática de juros elevados, seja mediante a captação de recursos pela via de lançamento de títulos de curto, médio ou longo prazos, ou, ainda, até mesmo com “previsão” de paridade cambial — intervenções com o uso de disponibilidades de moeda estrangeira do Tesouro — entre outros);

- à oscilação do poder de compra da moeda, inclusive, mas sempre em harmonia com a política econômica e necessariamente tomando por base os desígnios desta e as diretrizes da política monetária.

9. A cláusula de paridade cambial, diferentemente do que ocorre no que tange à indexação, é plenamente adequada ao nominalismo.

Sua contratação, quando admitida, importa em constituição válida de um crédito que se expressa nominalmente em *moeda que não é instrumento de pagamento em determinado país* — no Brasil, no caso — mas que, em razão de *expressa permissão legal*, cumpre a função de *padrão de valor*, nas restritas hipóteses contempladas pelo direito positivo.

Repetirei para deixar este ponto bem vincado: a enunciação do valor da obrigação em moeda estrangeira, quando isso seja expressamente previsto em lei — enunciação válida, portanto — faz-se sem qualquer incompatibilidade com o nominalismo, princípio de nosso direito (arts. 947 do Código Civil e 195 Código Comercial brasileiro).

10. Vê-se para logo que indexação e paridade cambial, embora se manifestem ao nível da função padrão de valor do instru-

mento monetário, resultam de diferentes planos: a primeira, da função poder de compra da moeda, razão pela qual implica o afastamento do princípio do valor nominal; a segunda, de variadas relações e proporções que podem até mesmo considerar, mas não necessariamente o poder de compra da moeda, cuja adoção é plenamente compatível com o princípio do valor nominal.

11. É precisamente esta razão que explica situações nas quais, em determinada sociedade estatal, apesar de níveis elevados de inflação, manifesta-se a sistemática estabilidade da paridade da moeda em relação a outra ou outras moedas; e vice-versa.

Exemplo eloqüente disso encontramos, entre nós, nos dias que se seguiram a janeiro de 1999. A moeda nacional vinha exibindo extraordinária estabilidade em seu poder de compra, a ponto, mesmo, de resultar incrementado mercê de sistemática queda no nível geral de preços. Ou seja: em tese, mais direitos podiam ser exercidos pelo titular de uma unidade monetária nacional (o Real), em relação ao estoque de bens disponíveis.

Pois bem: mesmo em um quadro de aumento do poder de compra da moeda nacional a paridade cambial sofreu alterações, rápida e profundamente.

12. Isso se explica porque a paridade cambial expressa o confronto entre unidades monetárias, unidades nominais de medida juridicamente válidas.

A correlação entre a disponibilidade e a procura, cada qual, maior ou menor de unidades monetárias estrangeiras passíveis de instrumentar pagamentos em mercados do exterior define a relação quantitativa dita *paridade*: quantas unidades nominais da moeda nacional são necessárias para adquirir-se uma unidade da moeda estrangeira em questão, segundo o comportamento do mercado.

13. É importante sublinhar, nesse ponto, que essa relação quantitativa, a paridade, manifesta-se em todas as direções nas quais se dá o relacionamento entre a moe-

da nacional e a estrangeira. Tanto os viajantes, como os investidores, como os tomadores de empréstimo viabilizado mediante o uso de recursos vindos do exterior, todos, absolutamente todos que devem transformar disponibilidades de moeda estrangeira em moeda nacional, e vice-versa, arcarão com a relação paritária que o curso do câmbio determina. No caso, sob a decisiva influência do governo.

A paridade cambial, como se vê, nada tem a ver, senão de forma episódica e indireta, com a perda do poder de compra da moeda nacional.²

Os contratos em questão

14. Os contratos de *leasing* de que se trata consubstanciam contratos de arrendamento mercantil, tendo origem, os recursos utilizados pelo arrendador para implementar as operações de arrendamento, em contratos de empréstimo externo, bem como em contratos de repasse de empréstimo estrangeiro contratados junto a bancos no país, nos termos da Lei 4.131, de 3.9.1962, e da Resolução 63 do Banco Central do Brasil.

A possibilidade de as companhias de arrendamento mercantil lançarem mão da captação de recursos em moeda estrangeira está amparada em expressa autorização regulamentar do Banco Central do Brasil.

A contratação de arrendamento mercantil com base em recursos oriundos do exterior assim se estrutura:

1º. a empresa de arrendamento mercantil torna-se diretamente devedora, junto a bancos no exterior, de empréstimo em moeda estrangeira, obrigando-se ao pagamento do montante correspondente, logo se sujeitando à paridade cambial; o contrato estipula pagamento em moeda estrangeira

2. Ademais relembre-se, ainda a título de ilustração, o quadro prevaemente ao tempo do chamado "Plano Cruzado", no qual, já a inflação atingindo patamares significativos, manteve-se congelada a taxa de câmbio por decisão formal do governo.

ao amparo do art. 2º, IV, do Decreto-lei 857/69; a liquidação do pagamento se faz de conformidade com a legislação cambial, mediante a contratação de câmbio junto às instituições para tanto habilitadas, em razão do que a devedora, companhia de arrendamento mercantil, adquire a quantia de moeda estrangeira devida, pagando-a com o equivalente valor em moeda nacional à instituição vendedora, suportando, pois, a paridade cambial; ou

2º. a empresa de arrendamento mercantil torna-se devedora junto a bancos no país, os quais originariamente contrataram empréstimo junto a bancos no exterior; mercê da operação de repasse de empréstimo externo (Resolução 63), os bancos no país repassam à arrendadora o montante em moeda nacional correspondente àquele em moeda estrangeira obtido junto aos bancos no exterior, para o fim específico de adquirir os bens a serem arrendados, segundo solicitação dos arrendatários; o débito é, no contrato celebrado entre a empresa de arrendamento devedora e o banco no país, estipulado em moeda estrangeira, ao amparo do art. 2º, V, do Decreto-lei 857/69; o pagamento é realizado em moeda nacional pelo montante equivalente ao valor nominal do débito, em moeda estrangeira;

3º. o arrendatário contrata o arrendamento com a empresa arrendadora, estabelecendo-se no contrato que a operação é realizada com recursos de origem externa (uma das alternativas descritas nos itens 1º e 2º, acima), estipulando-se a cláusula de paridade cambial ao amparo do art. 2º, V, do Decreto-lei 857/69, dada a transferência da utilização dos recursos que se opera em favor do arrendatário; o débito resultante do arrendamento fica assim sujeito à cláusula de paridade cambial, sendo o pagamento obviamente feito em moeda nacional, pelo montante equivalente ao valor nominal do débito em moeda estrangeira.

15. Segue-se, pois, que, em qualquer das hipóteses, para poder realizar a operação com recursos em moeda estrangeira, a companhia arrendadora suportará débito de

igual montante, seja para com um credor diretamente, seja para com um banco nacional, o qual, por sua vez, também será devedor de um credor no exterior.

Não há dúvida, destarte, quanto ao fato de o negócio jurídico de arrendamento mercantil realizado com recursos oriundos do exterior constituir negócio jurídico decorrente do empréstimo externo, direta ou, quando os recursos sejam originários do repasse do empréstimo externo, indiretamente.

Há acessoriedade, no caso, porque está ínsito, nas operações de arrendamento mercantil, o efeito de financiamento.

A doutrina dominante classifica o arrendamento mercantil — também por ela referido como *leasing* — no quadro da teoria geral dos contratos, como contrato misto em sua estrutura.³ No quanto pertine aos efeitos, ele consubstancia um negócio indireto, já que evidente o fim de financiamento que através dele o arrendatário alcança.

A propósito assim se expressou Mauro Brandão Lopes:⁴ “Há negócio indireto quando as partes recorrem, em determinado caso concreto, a um contrato típico, nominado, para conseguir, por meio dele, não somente os seus efeitos normais, mas também fim diverso daquele que decorreria de sua estrutura peculiar. É exatamente o caso do *leasing*: os efeitos normais de todo contrato de arrendamento são desejados pelas partes e por meio dele, como fim indireto, querem também o financiamento, que é a razão de ser do negócio indireto”.

16. No que toca aos efeitos de financiamento que indisfarçadamente defluem do contrato de arrendamento mercantil, logrados, como visto, mediante a utilização de recursos oriundos de empréstimo exter-

no, trata-se de negócio decorrente de um outro, que tem, quanto à utilização de moeda estrangeira como padrão de valor, naquele, sua *causa*, causa de juridicidade.

O contrato que tenha como fundamento outro contrato, já aperfeiçoado, deste decorrendo, embora mantendo autonomia nos direitos e obrigações que encerra, inclusive, na teoria geral dos contratos, na categoria dos *contratos derivados*.

É próprio ao *contrato derivado* situar-se nos limites do contrato de que se origina e do qual é acessório. Aquele, o contrato derivado, supõe este último como sua premissa, que condiciona a sua *existência*, a sua *validade* e a sua *eficácia*. Nada obsta, todavia, que o segundo (o contrato derivado) comporte desenvolvimento próprio e tenha duração diversa (mais curta) da do primeiro, sem que isso o afete; a relação de acessoriedade manifesta-se em um único sentido: o contrato principal reflete-se no acessório, não o inverso.

17. Aos traços enunciados, que informam a definição da situação jurídica das partes nos ajustes da espécie, agregue-se o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Isso porque a arquitetura dos negócios jurídicos encontra seus alicerces nesse princípio também no capítulo dos subcontratos, ou contratos derivados, nos quais as obrigações de uma parte consubstanciam o fundamento da constituição do direito de crédito dela mesma.

18. Em razão de tudo isso resulta inteiramente descabida a alusão a lucro ou prejuízo, para a empresa de arrendamento, decorrente dos efeitos da cláusula de paridade cambial.

Ao crédito da empresa arrendadora corresponde, exata e precisamente, um débito de igual valor decorrente da operação de crédito originária, de cujos efeitos é o arrendamento derivado. Crédito e débito se alteram, para mais ou para menos, exatamente na mesma proporção cada vez que a paridade se altera.

3. Orlando Gomes, *Contratos*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 567; Fran Martins, *Contratos e Obrigações Comerciais*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 559.

4. “Natureza jurídica do *leasing*”, in *RDM* 14/38.

Não há, pois, como aludir-se, na hipótese, a lucro ou a prejuízo para qualquer das partes no negócio jurídico.

**Teorias da base do negócio jurídico
e da imprevisão
e Código de Defesa do Consumidor**

19. Por isso resulta inteiramente despropositada a argumentação, adotada pelas que dão a sua “contribuição” ao debate, estruturada sobre as teorias da base do negócio jurídico e da imprevisão.

Posso com grande facilidade demonstrá-lo. Cumpre para tanto verificarmos se a majoração da paridade Real/Dólar perpetrou alteração na base objetiva do negócio jurídico de arrendamento mercantil contratado sob cláusula de paridade cambial e, mais, se as recentes alterações na política cambial brasileira podem caracterizar fato abarcado pela teoria da imprevisão.

20. Refiro-me, no primeiro momento, à *teoria da base objetiva do negócio jurídico*, formulada por Larenz, acolhida no direito comum brasileiro por força da incidência do *princípio da boa-fé objetiva* e, em certas relações jurídicas de direito especial, mediante expressa disposição legislativa.

Larenz sustenta que o conceito da *base objetiva do negócio* vincula-se à finalidade real do contrato, que estaria obstada em razão da modificação objetiva da base sobre a qual pactuado:⁵ “Cada contrato crea o regula determinadas relaciones entre las partes, relaciones que, a su vez, son, en mayor o menor medida, una manifestación de las circunstancias sociales existentes y, hasta cierto grado, las presuponen. El que concluye un contrato piensa y obra partiendo de una situación dada, que no es preciso que se represente claramente, que, tal vez, ni siquiera estaba en condiciones de abarcar, pero cuyos sedimentos penetran en el

contrato en forma de presuposiciones inmanentes. La interpretación de un contrato no depende, pues, exclusivamente de las palabras usadas y de su significación inteligible para las partes, sino también de las circunstancias en las que fué concluído y a las que aquéllas se acomodaron. Si posteriormente se realiza una *transformación fundamental de las circunstancias*, posibilidad en que no habían pensado las partes contratantes y que de ningún modo habían tenido en cuenta al *ponderar sus intereses y al distribuir los riesgos*, puede ocurrir que lo contrato, de ejecutarse en las mismas condiciones, pierda por completo su sentido originario y tenga consecuencias totalmente distintas de las que las partes habían proyectado o debieran razonablemente proyectar”.⁶

A longa transcrição se justifica porque nela estão expostos os fundamentos e o alcance da teoria: não se trata, como se vê, de recorrer à *mera base subjetiva* (Oertmann), isto é, apenas à representação mental das expectativas das partes no momento da conclusão do negócio, sequer a um vago juízo de equidade contratual, mas à hipótese em que a modificação jurídica produzida *fundamenta-se no próprio contrato*: as circunstâncias puramente pessoais do devedor não entram em conta, considerando-se, ao contrário, *as circunstâncias objetivas à vista das quais o negócio foi concluído e a sua finalidade econômico-social*.

Por isso Larenz define a base do negócio como “el conjunto de circunstancias y el estado general de cosas cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, pueda subsistir como regulación dotada de sentido”.⁷

Ora, nenhum dos elementos que acompanha, no caso, a base do negócio se alterou. O quadro conformado pela utilidade do bem arrendado, pela possibilidade de o arrendatário ter a sua posse mediante o pa-

5. *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*, Madri, Ed. Revista de Derecho Privado, 1956, pp. 97 e ss.

6. *Idem*, pp. 97 e 98.

7. *Idem*, p. 224.

gamento das contraprestações do arrendamento conforme um determinado padrão de valor (o Dólar) e de o negócio jurídico de arrendamento produzir os efeitos de parte a parte, tal como se verificava ao tempo da contratação, permanecem inalterados.

Repito: para quem sabe do que está falando é evidente que aquele quadro não sofreu alteração.

21. Já a imprevisão que dá causa à exoneração da parte relativamente a certas obrigações é justificada como resultante da superveniência de conjuntura nova que torna economicamente impossível o cumprimento de cláusulas pelas quais se obrigou a parte.

Decorre não do risco normal do negócio, que já estava ínsito quando da contratação, mas de fatos novos, alheios às variáveis que conformam o negócio jurídico. Embora se possa superpor situações de alteração da base objetiva do negócio jurídico e de imprevisão, ilustram essa última hipótese a exacerbação repentina da taxa de inflação monetária, como ocorreu na década dos cinquenta no Brasil; a impossibilidade de importar certos insumos em função de restrições impostas pela autoridade pública; o inesperado aumento da escassez de certo bem (que seja o objeto do negócio jurídico ou que seja decisivo para a realização do seu objeto), qual ocorreu quando da crise do petróleo.

Em todos esses casos deu-se a superveniência de circunstâncias que não podiam ser razoavelmente previstas e que afetam sensivelmente a possibilidade de a parte cumprir sua obrigação.

É bom que se diga que a teoria da imprevisão não se presta a eliminar o risco que de ordinário cerca a parte em determinado negócio jurídico, por isso mesmo não se aplicando a hipóteses de risco que normalmente integram a relação negocial. Considere-se, para exemplificar, a contratação do fornecimento de certo bem a preço que, com o surgimento de novo fornecedor, torna-se muito alto para o beneficiário, e vice-versa; ou certos negócios de prestação de

serviços, dependentes da utilização do trabalho com vínculo empregatício, quando se verifica nova negociação de salário que amplie ou reduza os custos do prestador de serviços; ou, ainda, o caso do devedor de empréstimo a juros flutuantes que, mercê de modificações no mercado financeiro, vê multiplicados os encargos devidos.

Estaremos, nesses casos, todos eles, diante de variáveis próprias dos negócios jurídicos considerados; em outras palavras, em todos eles se verifica o risco que é a cada qual inerente. Estaria a instalar a insegurança total dos negócios jurídicos quem pretendesse aplicar a teoria da imprevisão a esses casos. Prestar-se-ia o direito, então — e de modo inteiramente adverso aos seus fins — a prestigiar o inadimplemento, caso verificada a variável de risco ordinário do negócio.

É necessário lembrarmos que a aplicação, aos negócios jurídicos, de qualquer das teorias construídas a partir da impossibilidade econômica apenas se justifica quando se imponha a um dos integrantes do vínculo álea extraordinária, álea que *desborde o risco normal do negócio*.

22. Retornando porém às operações de arrendamento mercantil sujeitas à cláusula de paridade cambial, cumpre ainda observarmos que:

(a) a moeda estrangeira compõe-se na base objetiva dessas contratações, até porque é nela que se enuncia, validamente (art. 2º, V, do Decreto-lei 857/69), a expressão do valor nominal do débito;⁸

(b) a moeda estrangeira, expressão do valor nominal do débito, padrão de valor validamente utilizado de acordo o art. 2º, V, do Decreto-lei 857/69, não sofreu qualquer alteração;⁹

8. O arrendatário deverá ter formalizado com a empresa de arrendamento instrumento contratual no qual tenha sido claramente estipulado tratar-se de operação realizada com recursos em moeda estrangeira.

9. Verificar-se-ia alteração na base objetiva do negócio se, p. ex., o governo do Estado emissor da

(c) poder-se-ia admitir a hipótese de imprevisão caso a moeda estrangeira com base na qual é apurado o débito do arrendatário sofresse alterações profundas em razão de decisões meramente de política monetária do governo do Estado que a emite, ou mesmo de manobras de outros governos, que pudessem afetar significativamente sua paridade com a moeda nacional;¹⁰

(d) além de, no caso, ser juridicamente válida a contratação da cláusula de paridade cambial — como suficientemente demonstrado — ela é indispensável, e por isso obrigatória, para que se assegure o equilíbrio econômico-financeiro do contrato; repita-se: a arrendadora é ao mesmo tempo credora do arrendatário e devedora de bancos brasileiros, ou do exterior, sob cláusula de variação cambial;

(e) a variação da paridade cambial, ainda que abrupta, não consubstancia risco extraordinário, senão ordinário, para quem se obriga a cumpri-la;

(f) a cláusula de paridade cambial nas operações de arrendamento mercantil não resulta de mera decisão especulativa da companhia arrendadora, mas do exercício, de parte a parte, do direito de contratar e de como contratar, tendo por ela livremente optado também o arrendatário (isto é, o *consumidor*).

23. Lembro, a esta altura, o conselho de Vivante¹¹ aos estudiosos de Direito Comercial: “Jamais se aventurem a qualquer elaboração jurídica sem conhecerem a fundo a estrutura técnica e a função econômi-

ca do instituto objeto de seus estudos (...). É deslealdade científica, é falta de probidade, falar de um instituto para fixar-lhe a disciplina jurídica, sem conhecê-lo a fundo na sua realidade”.

Ora, somente a ignorância dos conceitos jurídicos de moeda, indexação e paridade cambial pode explicar a pretensão de substituição do padrão de valor contratado por este ou aquele outro índice.

Aliás, os argumentos brandidos para justificar essa substituição — v.g., o de que a parte não suporta o risco (ainda que risco ordinário do negócio jurídico de arrendamento mercantil lastreado em moeda estrangeira) quando “achar que é muito grande” o resultado de sua verificação, valendo a cláusula desde que o efeito do risco ordinário seja de “pequena monta” — dão a medida do desvario ao qual pode conduzir a falta de reflexão.

Deveriam saber, os que discorrem sobre o tema a partir desses argumentos, que, a prevalecerem os mesmos, o credor do arrendatário (que é devedor, sob a mesma cláusula de paridade cambial, junto a bancos no país ou no exterior) suportará perda sem causa (portanto, perda ilegítima), atribuindo-se ao devedor, injustificadamente exonerado, afim, enriquecimento sem *causa*, na medida em que ele deixará de arcar com o risco ordinário do negócio contratado em detrimento da parte à qual o mesmo risco não incumbia.

24. No que toca à tutela do Código de Defesa do Consumidor, consubstancia verdadeira inconseqüência a pretensão de nela encontrar-se guarida para o enriquecimento sem causa do *consumidor* (= o arrendatário dos contratos de arrendamento sob cláusula de paridade cambial).

A tutela dos interesses difusos buscada na invocação do referido Código evidentemente não promove, em que pese a novidade processual que encerra, qualquer alteração nos princípios jurídicos e, menos ainda, na estrutura dos negócios jurídicos, tal como deduzida no plano da teoria geral das obrigações e dos contratos.

10. A propósito, relembre-se a atuação do governo francês no início da década dos setenta, que colocou o dólar em escanteio, levando o governo americano a extinguir a sua convertibilidade em ouro.

11. *Trattato di Diritto Commerciale*, v. I, 5ª ed., Milão, Casa Editrice Francesco Vallardi, 1929, pp. IX/X; tomo o trecho na tradução de Sylvio Marcondes, *Questões de Direito Mercantil*, São Paulo, Saraiva, 1977, pp. 149-150.

Pretende-se, no caso, mediante aplicação do disposto no inciso V do art. 6º da Lei 8.078, de 11.9.1990 — Código de Proteção e Defesa do Consumidor — modificar a cláusula de paridade cambial a que estão sujeitas as operações de arrendamento mercantil de que estamos tratar.

Diz o preceito: “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...) V — a modificação das cláusulas contratuais que estabelecem prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

É na parte final do texto transcrito — “em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” — que se pretende encontrar o apoio a justificar a alteração da cláusula de paridade cambial.

Afaste-se, antes do mais, a equivocada suposição, nutrida por muitos, de que o CDC está ancorado em um paternalismo patrocinado pelo Estado e atuado através do Poder Judiciário.

As novidades introduzidas pelo CDC respeitam à imposição de deveres a quantos participem das relações de consumo, como vendedores, fornecedores ou prestadores de serviço, de forma a impedir que se desrespeite o equilíbrio da relação jurídica. Evidentemente não são afastados, em virtude de sua invocação, os princípios gerais do direito e, menos ainda, as regras que conformam o regime jurídico das diferentes modalidades negociais.

25. Como já longamente demonstrado, a mudança da paridade entre a moeda nacional e a moeda estrangeira experimentada a partir de janeiro de 1999 não era estranha ao contrato; ao contrário, todos quantos se vincularam por essa cláusula assumiram o risco — risco ordinário, diga-se bem alto — de majoração ou redução naquela relação quantitativa: tanto os credores originários dos fundos utilizados na operação (bancos no exterior), quanto os devedores (destinatários finais, entre eles os arrendatários, dos recursos tomados por empréstimo no exterior), todos assumiram

esse risco, da essência do avençado. Em outros termos: sem que esse risco tivesse sido assumido a cláusula de paridade não estaria efetivamente sendo contratada.

De mais a mais, é nítido como a luz solar passando através de um cristal (bem polido) que a alteração da paridade só pode ser *superveniente* ao contrato!

Até por isso é que tem existência e é contratada a cláusula de paridade cambial. Assim não fosse e ela seria desnecessária; e a disposição legal que dela cuida (art. 2º do Decreto-lei 857/69), além de desnecessária conteria, então, *palavras inúteis!*

Em síntese: as regras do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em especial o seu art. 6º, V, não podem conduzir à alteração da estrutura do negócio jurídico; esse art. 6º apenas e tão-somente explicita a prevalência da teoria da imprevisão e, esta, como vimos, presta-se exclusivamente a exonerar o devedor de riscos extraordinários suportados por uma das partes no negócio jurídico; ora, a variação na relação paritária entre a moeda nacional e a moeda estrangeira, em negócio jurídico contratado sob cláusula de paridade cambial, obviamente consubstancia risco ordinário, próprio e indissociável da avença contratada.

26. A onerosidade excessiva — eis o significado da própria locução — há de a ela aportar elemento que não é próprio da relação negocial e que imponha a uma das partes encargo originariamente inexistente. Diversamente disso, no caso dos negócios de que cogitamos a paridade cambial, com os riscos que acarreta, compunha a relação negocial. É juridicamente irrelevante, no caso, a circunstância de o valor da obrigação, mercê da aplicação dos critérios adotados para sua apuração, ser “muito grande”, “médio” ou “pequeno”; a onerosidade excessiva decorre da sujeição da parte a elemento, externo à relação negocial, que finda por beneficiar apenas a contraparte.

A excessiva onerosidade que pode ensejar a revisão ou modificação de cláusula

sula, como previsto no CDC, é variável que se situa fora dos elementos estruturais do negócio jurídico. Fatos supervenientes, p. ex., seriam os que ocorreram ao longo dos últimos anos, quando, em razão de absoluta desproporcionalidade entre os parâmetros da política salarial (eliminação de qualquer majoração de salário, agravada a situação mercê da política recessiva) e as regras de reajuste das prestações dos financiamentos para aquisição da casa própria (TR), rompeu-se, imprevisivelmente, a equivalência entre o salário dos devedores e as prestações devidas, que era o fundamento do contrato de financiamento.

Relembre-se: a paridade cambial, além de configurar elemento que se funda no princípio do valor nominal, é a coluna que sustenta o equilíbrio econômico-financeiro dos negócios jurídicos nos quais validamente pode ser estipulada. Sua eliminação importaria em que se colocasse às avessas o princípio geral de vedação do enriquecimento sem causa.

Conclusão

27. A conclusão alcançada nas “contribuições” a que venho me referindo, contrária à preservação da cláusula de paridade cambial — em especial se ela tomar essa cláusula como expressiva da adoção de um indexador¹² — é inteiramente descabida.

Note-se bem que, se adotada, importará em alteração da estrutura do negócio jurídico, visto que a cláusula de paridade cambial é, de uma parte, inteiramente adequada ao nominalismo, excepcionado pela indexação; de outra, confere operacionalidade ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro do negócio jurídico de arren-

damento mercantil realizado com fundos oriundos de empréstimos do exterior, rompidos quando se impõe a uma das partes a substituição do padrão de valor originariamente avençado.

A supressão dessa cláusula (a) importará na imposição de um gravame estranho aos elementos negociais pelos quais se vinculou o arrendador — a ele não incumbia assumir a variação cambial, risco do arrendatário, que é o beneficiário da utilização dos recursos; (b) importará ainda, injustificadamente, em enriquecimento sem causa do arrendatário, decorrente da transferência de patrimônio do arrendador em favor de alguns que celebraram o arrendamento mercantil sob a cláusula de paridade cambial. Isso tudo, de resto, em flagrante detrimento de outros arrendatários que, por não terem assumido obrigação em moeda estrangeira, suportam as altas taxas de juros incidentes sobre fundos em moeda nacional.

28. Não pretendia, ao tratar do tema da indexação e da paridade cambial, assumir ares professorais,¹³ mas apenas corrigir erros que não se pode deixar sem emenda, a fim de que não se multipliquem como praga.

Não temos dedicado a devida atenção à moeda como objeto de estudo no âmbito do direito. Salvo a tese de doutoramento do Prof. José Tadeu de Chiara,¹⁴ não publicada por excesso de autocritica do autor, mas que não pode deixar de ser lida por quem pretenda cogitar dessa matéria, pouco ou nada produzimos. Por isso não me contenho ao perceber que parte do pouco que se publica é inteiramente equivocado — a confusão entre indexação e paridade cambial é primária demais para que eu me cale...

13. Não seria absurdo, de todo modo, assumi-los, dado que de professor é o meu ofício.

14. *Moeda e Ordem Jurídica*, tese apresentada à Faculdade de Direito da USP, 1986.

12. Relembre-se a longa demonstração sobre a estrutura, os fundamentos e o funcionamento de cada qual.