

183

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

PARECER

1. Recebi da companhia Nova Moema Empreendimentos Ltda. documentação referente à execução promovida por Banco Cidade (Buena Companhia Securitizadora de Créditos Financeiros) contra a consulente e Ronald Levinsohn, com o seguinte histórico e formulação de quesitos:

Trata-se de financiamento destinado ao término da construção de um shopping-center em S. J. Campos, SP, com repasse de recursos obtidos no exterior.

O contrato foi firmado em 8 de julho de 1997, aditado no dia 20 de janeiro de 1998, sendo mutuante o extinto Banco Cidade e mutuária a empresa Nova Moema Empreendimentos Ltda.

Os juros foram fixados em 26 % (vinte e seis) por cento ao ano, sendo que o IR, na alíquota de 12,5% (cfe. Acordo Brasil-Japão), foi considerado no total da taxa de juros.

Com a maxidesvalorização de fevereiro de 1999, somada aos juros de 26 % ao ano, de forma capitalizada, a dívida tornou-se impagável.

1337
α

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Em 28 de junho de 2000, o Banco Cidade cedeu seu crédito à Buena Companhia Securitizadora de Créditos Financeiros S.A., que ajuizou a execução em 18 de julho de 2001, tendo a devedora e o Dr. Ronald Levinsohn oposto embargos de devedor ao argumento de vários preliminares, aduzindo no mérito, após breve introdução feita ao Plano Real:

- nulidade de pleno direito de Cláusula de Variação Cambial, com base no art. 6º., da Lei 8.880/94;
- onerosidade excessiva em virtude de fato superveniente. Modificação de cláusula contratual. Art. 6º, inc. V, do CDC.

Como se vê, a embargante arguiu em sua defesa o instituto da onerosidade excessiva, pedindo expressamente:

"O reajuste do saldo devedor do contrato se processe pela incidência do INPC em substituição à variação cambial, pois a cláusula de vinculação à moeda estrangeira ou é nula (art. 6º., da Lei 8.880/94) ou se mostra afastável pela excessiva onerosidade dela decorrente (inciso V, do art. 6º., do CDC)".

A prova pericial foi amplamente favorável à embargante, mas o MM. Juiz julgou improcedentes os embargos.

Diante desse julgamento e da apelação já interposta, indaga-se:

- a) *é válida a cláusula de variação cambial?*
- b) *a hipótese se enquadra no instituto da onerosidade? Se positiva a resposta, essa questão pode ser conhecida no julgamento da apelação?*
- c) *É possível a cobrança de juros, quando a lei permite apenas a cobrança de comissão de repasse?*
- d) *É lícita a aplicação de juros capitalizados compostos, conforme apurado na perícia?*
- e) *Ficou caracterizada a mora dos devedores?*

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

A cláusula de variação cambial

2. Adotamos, no Brasil, o regime do curso legal da moeda, atributo que o ordenamento jurídico concede à moeda para que seja aceita como pagamento; o credor não pode recusá-la, e o devedor se libera, pagando com ela. Além disso, a moeda nacional tem curso forçado, que é "a atribuição pela lei de poder liberatório a uma e só uma moeda para o pagamento das prestações pecuniárias" (Marcos Cavalcante de Oliveira, *Moeda, Juros e Instituições Financeiras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 163).

O D.L. 857/69, além de referir-se ao curso legal do cruzeiro (hoje real) fez "o reconhecimento do caráter definitivo do curso forçado em nosso Direito" e assim dispôs:

"Art. 1º. 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".

"Art. 2º. Não se aplicam as disposições do artigo anterior:

- 1 - aos contratos e títulos referentes a importação e exportação de mercadorias;

1836
L*Ruy Rosado de Aguiar Júnior*

II - aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportações de bens de produção nacional, vendidos a crédito para o exterior;

III - aos contratos de compra e venda de câmbio em geral;

IV - aos empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, excetuados os contratos de locação de imóveis situados no território nacional;

V - aos contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das obrigações referidas no item anterior, ainda que ambas as partes contratantes sejam pessoas residentes ou domiciliadas no país".

Esse Decreto-Lei foi assim resumido, quanto aos efeitos de suas disposições: "a) o diploma proíbe o pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, ou seja, consagra definitivamente a regra do curso forçado da moeda corrente; b) o diploma proíbe também as obrigações que, exequíveis no Brasil, 'por alguma forma restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal da moeda nacional'; c) o diploma revoga dispositivo do art. 2º. da Dec. 23.501, deixando assim de determinar que, nos contratos exequíveis no Brasil, haja a 'estipulação de pagamento em moeda que não seja a corrente, pelo seu valor nominal'; d) nos arts. 2º. e 3º.,

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

estabelece o diploma exceções a essas regras, que não se aplicariam aos contratos internacionais, por natureza ou conexão" (Luiz Gastão Paes de Barros Leães, Validade da cláusula de correção cambial. In: *Doutrinas Essenciais: Direito Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. IV, p. 148).

3. Na vigência desse diploma, admitiu-se o uso contratual da moeda estrangeira para a indexação do valor das dívidas, desde que o pagamento fosse efetuado em moeda nacional, independente de seu enquadramento nas exceções do art. 2º. do DL 857/69. Tais cláusulas contratuais não atingiriam os regimes do curso legal e do curso forçado da moeda, pois não eliminariam a tutela que a lei atribuía à função econômica da moeda. Assim se decidiu no Supremo Tribunal Federal: "Desde 1973, o Supremo Tribunal Federal passou a tomar a cláusula de paridade cambial como de indexação monetária (RE 73.635/GB). No entender da Suprema Corte, nas hipóteses de indexação em moeda estrangeira, não se daria a nulidade da cláusula avençada porque teriam as partes se valido do mero critério semelhante à correção monetária; não se teria estipulado o pagamento em moeda estrangeira, mas sim a correção baseada em moeda estrangeira" (Eros Roberto Grau e Paula Forgioni, *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 64). Nesse sentido os precedentes que depois surgiram e se consolidaram no Superior Tribunal de Justiça: "Legítimo é

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

o pacto celebrado em moeda estrangeira, desde que o pagamento se efetive pela conversão na moeda nacional" (REsp. 36.120/SP; REsp. 779.832/PR; REsp. 848.424/RJ).

Conforme a melhor doutrina, "a eficácia das cláusulas de indexação nada tem a ver com a questão do curso legal e forçado da moeda nacional" (Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *Op. cit.*, p. 152).

4. Ocorre que em 1994, na implantação do Plano Real, a Lei 8.880, de 27 de maio de 1994, ao mesmo tempo em que mantinha o regime do curso legal da moeda, introduziu uma novidade, que conflitava com aquela prática de vinculação do reajuste das dívidas ao câmbio, e proibiu expressamente a contratação de indexação vinculada à variação cambial.

As razões para esse cuidado no trato legislativo da matéria decorrem da inconveniência que a dependência ao valor da moeda estrangeira pode trazer para a economia do país, assim como explicado pelo ilustre Professor Jorge Mosset Iturraspe: a cláusula cambial acarreta contrariedade à ordem pública econômica, gera desconfiança em relação à moeda nacional, agudiza o processo inflacionário, desvincula o valor do débito da situação concreta do devedor, etc. (Jorge Mosset Iturraspe, *Contratos em dólares*, p. 124-125).

Dispôs a Lei 8.880/94:

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

"Art. 6º. É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no país, com base em captação de recursos provenientes do exterior".

De acordo com essa disposição legal, que ainda vigora, somente em dois casos é permitida a vinculação dos contratos à variação cambial: quando houver expressa autorização legal, ou no arrendamento mercantil com recursos captados no exterior.

5. Logo se vê que o DL 857/69 não serve para ser invocado como sendo o diploma legal que teria autorizado a indexação, e assim enquadrar os casos enumerados no seu art. 2º. entre as ressalvas da Lei 8.880/94. E isso por singela razão: aquele Decreto-Lei criou uma ressalva ao regime de curso forçado, permitindo a estipulação de pagamentos em ouro ou em moeda estrangeira. Não se referiu nem autorizou a indexação por moeda estrangeira. A indexação cambial, prática que a jurisprudência consagrou àquele tempo, acontecia sob a proteção de lei que não a proibia. Tanto assim que, para admitir a indexação cambial, na vigência daquele Decreto-Lei, enfaticamente afirmava-se/ que a indexação não

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

interferia com os ditames daquele diploma; não proibida no DL, poderia ser contratada no âmbito da autonomia privada das partes. Porém, após 1994, com a vigência da Lei 8.880/94, surgiu a norma proibitiva, sem que houvesse uma outra que permitisse a indexação cambial, além do leasing.

6. A disposição proibitiva foi reforçada no art. 28, § 4º, II, da Lei 9.069/95, que tem a seguinte redação:

"Art. 28. Nos contratos celebrados ou convertidos em REAL com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual.

(...)

§ 4º. O disposto neste artigo não se aplica:

(...)

II - às operações e contratos de que tratam o Decreto-Lei 857, de 1969, e o art. 6º. da Lei 8.880, de 27 de maio de 1994.

(...)"

Mais tarde, a Lei 10.192, de 14.02.2001, consagrou o regime de curso legal da moeda e, em princípio, o de curso forçado, para o qual abre exceções:

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

"Art. 1º. As estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exequíveis no território nacional deverão ser feitos em Real, pelo seu valor nominal.

Parágrafo único. São vedadas, sob pena de nulidade, quaisquer estipulações de:

I - pagamento expressas em, ou vinculadas a ouro ou moeda estrangeira, ressalvado o disposto nos arts. 2º. e 3º. do DL 857, de 11 de setembro de 1969, e na parte final do art. 6º. da Lei 8.880, de 27.5.1994".

Esse novo diploma manteve aquelas ressalvas quanto aos cursos da moeda, reiterou a proibição da indexação cambial, e ressalvou o que estava excepcionado na legislação anterior:

(i) está proibido o uso da moeda estrangeira como moeda de pagamento, salvo o disposto no DL 857, art. 2º., quer dizer, naqueles contratos mencionados no art. 2º. do DL pode ser estipulado o pagamento em moeda estrangeira;

(ii) é permitida a indexação com moeda estrangeira, como índice de correção, em dois casos: havendo lei expressa que autorize a vinculação, ou no arrendamento mercantil com recursos do exterior.

Ora, ao tempo do contrato, não havia lei autorizando a indexação cambial para os contratos em geral, celebrados no Brasil.

174
9*Ruy Rosado de Aguiar Júnior*

7. Quando, no Superior Tribunal de Justiça, discutiu-se essa questão relativa à existência de autorização legal, decidiu-se que a permissão oriunda de resolução do CMN não atendia à exigência de norma com a natureza de lei.

No Recurso Especial 522.567/MG, a egrégia Terceira Turma examinou o julgado do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, que estava assim fundamentado: "Certo que existem Resoluções do Conselho Monetário Nacional autorizando a contratação, às operações de crédito rural, de reajuste vinculado à variação cambial. Entretanto, a despeito disto, tais disposições não têm o condão de conceder foros de legalidade à referida estipulação, posto que o pressuposto para tal seria a existência de autorização dada por 'Lei Federal' e não por via de simples Resoluções. Assim, inexistindo autorização expressa em Lei Federal para a contratação ou reajuste de crédito rural vinculado à variação cambial, nula de pleno direito a cláusula contratual que assim disponha".

A egrégia Terceira Turma, por maioria, seguindo o voto do Min. Carlos Alberto Direito, não conheceu do recurso especial:

"Louvo a interpretação apresentada por Vossa Excelência, conjugando a Lei 8.880/94 com a Lei 4.595/64; todavia, na minha compreensão, não se deve dar elasticidade ao art. 16º da Lei 8.880, de 1994, considerando que tal artigo impõe o princípio

1843
✓*Ruy Rosado de Aguiar Júnior*

da reserva legal. Anoto que a cédula é posterior à Lei 8.880/94. Admitir a ruptura desse princípio ao argumento de que o Conselho Monetário Nacional, por via de delegação, poderia autorizar o reajuste de contratos pela variação cambial, significaria romper a disciplina positiva que teve por objetivo impedir o reajuste subordinado à variação do dólar norte-americano (REsp. 303.258/PR, relator o Min. Ruy Rosado de Aguiar)".

Constou do voto do Min. Antônio de Pádua Ribeiro:

"É evidente que não admito a delegação. Quer me parecer que não seja possível, pois se trata de uma matéria regida pelo princípio da legalidade. Não é possível que se derive, de uma lei, autorização do Banco Central para estabelecer índice que não aqueles previstos em lei. E a variação cambial só é admitida em casos específicos, que são mencionados pela citada lei; daí não se poder tirar, portanto, uma interpretação ampliativa".

O precedente citado, da egrégia Quarta Turma, de 25.6.2002, está assim ementado, no que interessa: "A cédula de crédito comercial emitida em 9 de março de 1995 não poderia ter sua correção vinculada à variação cambial (Lei 8.880/94, art. 6º). Substituição pela TR e exclusão da comissão de permanência" (REsp. 303.258/PR). Nesse julgado, constou do voto-vista do

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Ministro Aldir Passarinho Júnior: "Reza a Lei 9.069/95, que: 'Art. 27. A correção, em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária contraída a partir de 1º de julho de 1994, inclusive, somente poderá dar-se pela variação acumulada do IPC-R'. No caso, a cédula de crédito comercial é datada de 9.3.1995. Acontece, porém, como ressalta o eminente relator, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que a Medida Provisória 542, de 30.6.1994, já trazia tal disposição, mais tarde convertida naquela lei, não havendo falar-se em ofensa ao princípio da irretroatividade das leis, como sustentado, pelo banco recorrido. A propósito, ainda ditava a Lei 8.880, de 27.5.1994, que: 'Art. 6º. É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal, e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no país, com base em captação de recursos provenientes do exterior'. Destarte, seja pela natureza da avença, que não se acha nas exceções da Lei 8.880/94, seja por ser ulterior à proibição da Medida Provisória 545/94, inviável o atrelamento da atualização do valor do débito ao da variação da moeda estrangeira (dólar)".

8. Muito embora as instituições financeiras continuassem realizando contratos de financiamento com vinculação ao dólar, como se nada tivesse mudado

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

no plano legislativo nacional, a verdade é que, para os contratos celebrados a partir de 1994, a jurisprudência uniformemente passou a respeitar a vedação da nova lei, como se pode ver dos seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça, excluindo a variação cambial no financiamento interno:

(A) "Compra e venda a prazo de automotor importado. Reajuste das prestações. Cláusula cambial. Impossibilidade. Ausência de autorização legal. I - Na vigência da Lei 8.880/94, é vedada a contratação de reajuste de prestações pela variação cambial, salvo se relativo a contrato de arrendamento mercantil ou se houver expressa autorização legal" (REsp. 633.111/SP, Terceira Turma, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, ac. de 2.12.2004).

(B) No REsp. 804.791/MG, da Terceira Turma, a il. Min. Nancy Andrighi, com voto vencido naquele primeiro julgado acima transcrito (REsp. 522.567), acolheu o entendimento predominante e assim resumiu as questões relacionadas com a contratação em moeda estrangeira: "Pacificou-se no STJ o entendimento de que são legítimos os contratos celebrados em moeda estrangeira, desde que o pagamento se efetive pela conversão em moeda nacional. O entendimento supra, porém, não se confunde com a possibilidade de indexação de dívidas pela variação cambial de moeda estrangeira, vedada desde a entrada em vigor do Plano

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

real (Lei 8.880/94), excepcionadas as hipóteses previstas no art. 2º. do DL 857/69. Quando não enquadradas nas exceções legais, as dívidas fixadas em moeda estrangeira não permitem indexação. Sendo assim, havendo previsão de pagamento futuro, tais dívidas deverão, no ato de quitação, ser convertidas para moeda nacional com base na cotação da data da contratação e, a partir daí, atualizadas com base em índice de correção monetária admitido pela legislação pátria".

(C) Em julgado recente, deu-se ênfase à nulidade de pleno direito da cláusula, constando: "Este Tribunal Superior tem entendimento firmado na vertente de que, após a edição da Lei 8.880/94, não é mais permitida a utilização da variação da cotação de moeda estrangeira (como o dólar) a título de correção monetária de contrato, exceto na hipótese de arrendamento mercantil (*leasing*) ou se houver expressa autorização legal. Assim, não se enquadrando em quaisquer das exceções, revela-se **nula de pleno direito** a cláusula contratual de reajuste atrelada à variação cambial (art. 6º., da Lei 8.880/94) (AgRg. no REsp. 401.521/MG, Terceira Turma, rel. Min. Vasco Della Giustina, de 1º.10.2009. No mesmo sentido: AgRg. E dcl. REsp. 1.097.498/GO, Terceira Turma, ac. de 24.8.2010). Alegava-se naquele processo que o contrato fora celebrado com recursos captados no exterior.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

(D) Contrato de compra e venda de fertilizantes. "Na vigência da Lei 8.880/94, é vedada a contratação de reajuste de prestações pela variação cambial, salvo se relativo a contrato de arrendamento mercantil ou se houver expressa autorização legal. Nula a cláusula de variação cambial, ajusta-se o contrato pela evolução do IGP-M (REsp. 869.235/RS, Terceira Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. de 27.8.2007).

(E) Assim também está sendo decidido na egrégia Quarta Turma: "Com o advento da Lei 8.880/94, que criou a URV como padrão de valor monetário, bem como as medidas provisórias que redundaram, finalmente, na edição da Lei 10.192/01 (Plano Real), a vinculação de correção monetária ao dólar americano ficou expressamente vedada, salvo em hipóteses legalmente autorizadas. Os contratos de compra e venda de soja, nos quais estavam inseridas as cláusulas de reajuste atrelado à variação cambial relativamente aos adiantamentos realizados pelos compradores, não se inserem nas exceções, especialmente considerando que celebrados depois da vigência dos diplomas legais mencionados, por isso que a conclusão a que chegou o acórdão hostilizado se mostra incensurável". (REsp. 673.468/MG. Quarta Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. de 28.9.2010).

(F) "Vedada a inserção de cláusula de reajuste cambial em Cédula de Crédito Comercial contratada

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

após a Lei 8.880, de 27 de maio de 1994, por não se inserir nas exceções previstas no art. 6º. do referenciado diploma legal" (REsp. 69.476-PR, Quarta Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., ac. de 21.8.2008).

(G) Também quanto à cédula de crédito rural: "Emitida a cédula sob o regime do art. 6º. da Lei 8.880/94, não é possível a variação cambial em cédula de crédito rural" (AgRg. no Ag. 1.136.782/PR, Quarta Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. de 04.8.2009).

(H) "Cédula de crédito rural hipotecário. Correção. Indexação ao dólar. Título emitido após a entrada em vigor da Lei 8.880/94. Impossibilidade" (AgRg. no Ag. 1.133.913/MS. Terceira Turma, rel. Min. Massami Uyeda, ac. de 10.9.2009).

(I) "O ajuste prevendo a atualização do preço do imóvel pela variação do dólar com alteração do anteriormente contratado, sob a regência do art. 6º. da Lei 8.880/94, é nulo de pleno direito" (REsp. 466.726/SP, Terceira Turma, rel. Min. Carlos Alberto Direito, ac. de 21.11.2002). Também assim na cessão de direitos hereditários (REsp. 527.465, ac. de 25.2.2004).

(J) Esses precedentes permitem dizer que, após a Lei 8.880/94, por falta de expressa autorização legislativa, não se admite a indexação ao dólar nos contratos de automotor importado, compra e venda de

137
R

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

soja, cédula de crédito comercial, cédula de crédito rural; admite-se no leasing.

9. Na espécie, não se cuida de contrato de leasing, nem existe lei federal autorizando a contratação de empréstimo para o "financiamento de capital fixo ou de movimento" (Cláusula 1.2), com reajuste vinculado à variação cambial, tendo sido o contrato celebrado em 1997, na vigência da Lei 8.880/94.

Logo, é nula de pleno direito a cláusula contratual que assim dispôs, nos termos da legislação em vigor.

Onerosidade excessiva

10. Admitindo, para argumentar, a tese de que a atualização da dívida pode ser feita, neste caso, em obediência à variação da taxa cambial, impende considerar os efeitos decorrentes da má desvalorização da moeda acontecida em janeiro de 1999.

Genericamente, para a hipótese de fato superveniente excessivamente oneroso, é da doutrina que:

"La onerosidad será excesiva cuando el valor de una prestación respecto a la contraprestación se altera de tal modo que sobrepasa las fluctuaciones que las partes han considerado normales y la alteración ha sido provocada por eventos que

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

deben ser estimados extraordinarios e imprevisibles, apreciando el criterio de las partes en concreto, mediante la interpretación del contrato en particular. (...) En síntesis: la valoración de las perturbaciones de la onerosidad debe fundarse en la confrontación del equilibrio originario entre las prestaciones y el que se presenta en el momento de la ejecución, prescindiéndose de las exigencias subjetivas, personales, eventuales y contingentes que pudieran haber inducido a las partes a establecer un equilibrio dado, de rasgos particulares". (Héctor Masnatta, *La excesiva onerosidad sobreviniente y el contrato*, p. 55-58.)

Especificamente, o caso da maxidesvalorização acontecida no Brasil em 1999 foi assim comentada por SANTOS, diante dos casos mais ocorrentes no foro:

"O desequilíbrio que sobreveio aos contratos de *leasing* fundados no dólar americano vulnerou o princípio da justiça e da equidade que deve acompanhar o contrato em todo o tempo que perdurar. Isso há de ser assim, porque, na aguda observação de Jorge Mosset Iturraspe, 'se o contrato nascido justo se torna injusto, se o contrato que consagrava uma mudança equitativa se torna inequitativo, a revisão se impõe. *Pacta sunt servanda, porém rebus sic stantibus*'. (Antônio

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Jeová Santos, *Função Social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos*, p. 259.)

Conforme demonstrado na documentação que me foi encaminhada, a liberação da taxa de câmbio à flutuação do mercado, a partir de 18 de janeiro de 1999, pelo Banco Central do Brasil, implicou, em curto espaço de tempo, a elevação do valor do dólar norte-americano em 62 %, passando de R\$ 1,20 para R\$ 2,15, em menos de 50 dias.

De outra banda, adotado o critério de correção por índice interno de atualização, chega-se a um resultado sensivelmente inferior. Assim, de 15.7.1997, data do repasse, a 20.3.1999, a diferença entre a variação do dólar norte-americano e a do INPC é de 64,29 %.

Essa defasagem decorre da própria existência da cláusula cambial, que determina "falta de conexión entre la moneda extranjera y el patrimonio, regido por otro patrón monetario, lleva a un desfasaje y muy graves consecuencias particulares y, en mérito a la generalización de tales cláusulas, también comunitarias o sociales". (Jorge Mosset Iturraspe, *Contratos en dólares*, p. 125.)

O fato novo era imprevisível, considerando-se a reiterada manifestação das autoridades financeiras e fazendárias a respeito da continuidade da política cambial no país, o que incentivava as pessoas à

1752
f*Ruy Rosado de Aguiar Júnior*

aceitação do índice cambial como critério de atualização da dívida.

A modificação dessa política apanhou de surpresa os contratantes, especialmente aqueles que obtiveram financiamento a ser quitado mediante prestações mensais.

Em tal circunstância, o cumprimento do contrato com a cláusula de ajuste cambial tornou-se excessivamente oneroso aos devedores, porquanto quebrada a proporcionalidade existente entre as prestações, assim como previsto ao tempo da celebração do contrato. Isso é, a quantidade da moeda nacional necessária para a quitação da dívida tornou-se muito superior ao valor recebido em reais, a título de empréstimo do banco credor.

O princípio da onerosidade excessiva, embora não expresso na lei civil comum vigente ao tempo, era aplicável no nosso sistema, conforme já mencionei em outra sede:

"O Professor Rui Cirne Lima (*Pareceres: direito privado*, 1967. p. 167) entendia irrenunciável o direito de libertar-se, o contratante, por excessiva onerosidade na execução do contrato, por força dos dispositivos da Constituição de 1946 (art. 144 e 154), que hoje se encontram reproduzidos na Constituição de 1988. [...] Em Portugal, o Supremo Tribunal de Justiça reconheceu a vigência do princípio da resolução do contrato por alteração

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

das circunstâncias já ao tempo do Código Civil de 1865". (Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*, nota 6, p. 25.)

Aqui, não se trata de hipótese de resolução, mas de simples modificação da cláusula de reajuste.

11. O egrégio Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de apreciar os efeitos da desvalorização do real no mês de janeiro de 1999 sobre os contratos de leasing com correção cambial e reconheceu a onerosidade excessiva. Por isso, decidiu que as consequências da nova política cambial sobre os contratos em execução deveriam ser igualmente repartidas entre as partes:

"A desvalorização da moeda nacional frente à moeda estrangeira que serviu de parâmetro ao reajuste contratual, por ocasião da crise cambial de janeiro de 1999, apresentou grau expressivo de oscilação, a ponto de caracterizar a onerosidade excessiva que impede o devedor de solver as obrigações pactuadas. A equação econômico-financeira deixa de ser respeitada quando o valor da parcela mensal sofre um reajuste que não é acompanhado pela correspondente valorização do bem da vida no mercado, havendo quebra da paridade contratual, à medida que apenas a

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

sociedade de fomento ao crédito estará assegurada quanto aos riscos da variação cambial" (REsp. 417.927/SP, Terceira Turma do STJ, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 21.5.2002. No mesmo sentido: AgRg. REsp. 699.871/DF, Quarta Turma, rel. Min. Quaglia Barbosa, ac. de 20.8.2007).

A mesma solução tem sido adotada para os contratos administrativos: "O episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (real) frente ao dólar norte-americano, configurou causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes" (RMS 15.154/PE, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, ac. de 19.11.2002).

Logo, se persistir a incidência da cláusula de correção cambial, inafastável o reconhecimento do fato novo consubstanciado na máxima desvalorização de 1999.

12. O tema da onerosidade excessiva foi apresentado pelos apelantes nas suas razões de recurso: "O financiamento acabou recebendo uma ilegal e indevida elevação, culminando com a ressabida crise cambial de fevereiro de 1999, o que fez com que o débito aumentasse várias vezes, tornando-o literalmente impagável" (n. 3.3).

A questão foi assim claramente suscitada pelos recorrentes perante a egrégia Câmara, reiterando o que

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

já fora alegado nos embargos à execução, cujo Capítulo 2.2 versou sobre "Onerosidade excessiva em virtude de fato superveniente".

Trata-se, portanto, de tema a ser apreciado quando do julgamento da apelação.

Taxa de juros remuneratórios

13. Admitindo, para argumentar, a suficiência das resoluções do CMN para satisfazer a exigência de "lei federal" autorizadora da indexação cambial, é preciso então atender ao que consta dessa regulação administrativa.

A normativa oriunda do Conselho Monetário Nacional faz expressa referência ao limite da taxa de juros, que fica vinculada à vigente no mercado financeiro da origem dos recursos:

"Circular 180, de 29 de maio de 1972, Item VI:
Além do montante em moeda nacional correspondente à cobertura da dívida em moeda estrangeira (principal, juros e acessórios) e do Imposto sobre Operações Financeiras, o banco repassador não poderá cobrar do beneficiário da operação, pelos seus serviços, qualquer outro ônus, a qualquer título, além de uma comissão de repasse".

"Resolução 2.770, do CMN, art. 2º:

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Os recursos captados por meio de empréstimos externos devem ser aplicados em atividades econômicas, nos termos da Lei 4.131, de 3 de setembro de 1962, respeitada a compatibilidade entre os custos praticados e os parâmetros usualmente observados nos mercados internacionais".

E mais, no art. 6º, essa Res. 2.770/2000 (depois revogada pela Res. 3.844/2010) reiterou a necessidade de serem respeitadas as mesmas condições de custo da dívida:

"Art. 6º. Para fins previstos nesta Resolução, entende-se por operação de repasse a concessão de crédito vinculada à captação externa original na qual a instituição repassadora transfere à repassatária, pessoa física ou jurídica no país, idênticas condições de custo da dívida originalmente contratada em moeda estrangeira (principal, juros e encargos acessórios), assim, como a tributação aplicável, não podendo ser cobrado, pelos serviços de intermediação financeira, qualquer outro ônus, a qualquer título, além de comissão de repasse".

"Resolução 63, de 21 de agosto de 1967, Item IV:
- Os bancos deverão preencher formulário próprio, apresentando-o ao Banco Central, para fins de

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

verificação da compatibilidade da taxa de juros declarada com a vigente no mercado financeiro de onde procede o empréstimo".

Portanto, atendendo a essa regulamentação, é indevida a cobrança de taxas excedentes ao que nela ficou autorizado.

Capitalização

14. A perícia reconheceu o fato da capitalização dos juros: "Verificando-se o plano de pagamento original, constatamos que os juros foram calculados linearmente, multiplicado o juro equivalente diário pelo número de dias do mês. Tal metodologia equivale a capitalização composta [...]. Oportuno salientar novamente que no contrato inexistia previsão para capitalização composta dos juros" (resposta ao quesito n. 8, p. 654).

Ora, era pacífico o entendimento da inviabilidade da capitalização dos juros fora daqueles casos expressamente permitidos na lei. Na hipótese, ao tempo da celebração, não havia lei permissiva, nem previsão contratual.

Basta citar o voto da Min. Nancy Andrighi, assim fundamentado:

"Em regra, a capitalização de juros caracteriza anatocismo, vedado por lei em qualquer periodicidade (Lei de Usura, art. 4º.). As exceções

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

admitidas estão expressamente positivadas no ordenamento jurídico e abrangem tão somente as cédulas de crédito (rural, industrial e comercial) e os ajustes de conta-corrente (saldos líquidos em conta corrente), tipos contratuais distintos do contrato de financiamento com alienação fiduciária em garantia. Destarte, conforme consignado na decisão agravada, em face da ausência de permissão legal, afasta-se a capitalização de juros na hipótese, em qualquer periodicidade" (AgRg. REsp. 630.895/RS, Terceira Turma, ac. de 14.6.2004).

Inexistência de mora

15. A cobrança excessiva afastou a mora. No sistema jurídico vigente no país, e já era assim ao tempo do Código Civil de 1916, a mora somente se caracteriza se presente um elemento subjetivo, isto é, o inadimplemento deve decorrer de ato imputável ao devedor:

"Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora" (Código Civil de 2002, repetindo a regra do art. 963, do Código Civil de 1916).

Quando a inexecução se dá em virtude de exigência excessiva feita pelo credor, não se constitui a

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

mora. O devedor não está obrigado a pagar mais do que deve, nem constrangido a promover ação consignatória para depositar o que julga devido.

Os precedentes do Superior Tribunal de Justiça confirmam essa orientação:

"Considerou-se (no REsp. 163.884/RS, Segunda Seção) que a cobrança do crédito com acréscimos indevidos, por exclusiva iniciativa do credor, não tem o condão de constituir o devedor em mora, porque dificultado o pagamento, causando a impontualidade da qual ainda se beneficiaria com a aplicação da cláusula penal" (REsp. 466.840/RS, Quarta Turma).

"Descaracterizada a mora diante da cobrança de encargos ilegais, excluídos pelo Poder Judiciário" (AgRg. REsp. 551.381/RS, Terceira Turma).

"Verifica-se, portanto, que a decisão agravada, quando considerou incabível a capitalização dos juros em qualquer periodicidade e manteve a descaracterização da mora, aplicou o entendimento dominante neste STJ sobre os temas" (AgRg. REsp. 630.895/RS, Terceira Turma).

Na espécie em exame, a credora exigiu a aplicação integral da variação cambial, incluiu na sua

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

conta juros em taxa superior ao permitido na regulação bancária e capitalizou os juros remuneratórios. Com pedido assim excessivo, os devedores não tiveram condições de atender à exigência, e essa é a causa da demora.

Portanto, incabível a imposição dos efeitos da mora.

Conclusão

16. Respondo sucintamente às questões inicialmente propostas:

a) É válida a cláusula de variação cambial?

Não. A cláusula de variação cambial consta de contrato celebrado em 1997, na vigência da Lei 8.880/94, cujo art. 6º vedava a vinculação das obrigações à variação de moeda estrangeira, ressalvando apenas o financiamento de contrato de *leasing* e os casos expressamente autorizados em lei federal. Como não foi editada essa lei, e como o Superior Tribunal de Justiça reiteradamente tem julgado insuficiente para tanto a regulamentação administrativa constante de Resoluções do Conselho Monetário Nacional, a única conclusão possível é a de que tal indexação estava proibida pela legislação vigente ao tempo do contrato. A cláusula era ilegal e, por isso, nula

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

de pleno direito, devendo a dívida ser atualizada segundo índices internos de correção.

b) A hipótese enquadra-se no instituto da onerosidade? Se positiva a resposta, essa questão pode ser conhecida no julgamento da apelação?

Sim. A maxidesvalorização da moeda acontecida em 1999 caracterizou fato extraordinário e imprevisível, determinante de onerosidade extrema para o devedor, o que levou o Superior Tribunal de Justiça a repartir igualmente seus efeitos entre os contratantes com cláusula de correção cambial. "Este Superior Tribunal, em julgado da Segunda Seção, firmou entendimento no sentido de dividir, por metade, as diferenças resultantes da maxidesvalorização do real, ocorrida em janeiro de 1999" (AgRg. REsp. 599.461/SP). Assim, se admitida a validade da cláusula de indexação cambial para contrato que não era de leasing nem estava expressamente autorizado em lei federal, há de se concluir que o critério utilizado sofreu abrupta alteração da política cambial, que criou para o devedor uma situação insustentável. Nessa circunstância excepcional, cumpre ao juiz vencer o impasse com decisão equitativa. A redução pela metade da diferença atende a essa exigência.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Tendo sido tal questão suscitada nos embargos à execução e nas razões de apelação, cabe ao egrégio Tribunal examiná-la, provendo ao apelo.

c) *É possível a cobrança de juros, quando a lei permite apenas a cobrança de comissão de repasse?*

Conforme ficou dito acima, a operação seria regulada por normas especiais, com disposição limitativa a respeito das parcelas cobráveis pela instituição financeira. Observa-se que a perícia aprofundou o tema, com base em citação de legislação e doutrina, concluindo que "a instituição bancária captadora dos recursos deverá cobrar uma comissão de repasse. Inexiste menção a cobrança de juros" (fls. 622/625).

d) *É lícita a aplicação de juros capitalizados compostos, conforme apurado na perícia?*

A capitalização dos juros é admitida nos casos previstos em lei, conforme reiterada e antiga jurisprudência, situação que não se repete no caso em exame.

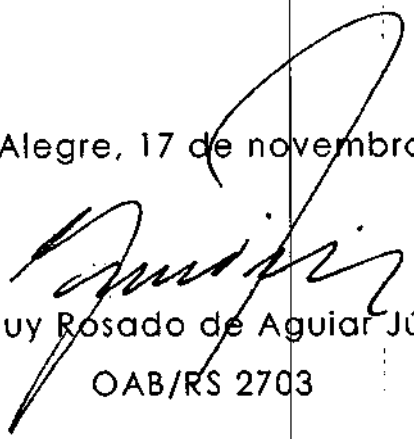
e) *Ficou caracterizada a mora dos devedores?*

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

A cobrança de parcelas indevidas
excluiu a mora dos devedores.

É o parecer.

Porto Alegre, 17 de novembro de 2011.



Ruy Rosado de Aguiar Júnior
OAB/RS 2703