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:

WALDIRIO 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



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

SUMÁRIO

DOUTRINA	
— O mercado acionário e o governo — Arnoldo Wald	5
— Correção monetária pela variação cambial — Carlos Augusto da Silveira Lobo e José Ricardo Pereira Lira	12
— O contrato internacional no direito de empresa — Eduardo Grebler	22
— Cláusulas contratuais de indexação de preços — Fábio Konder Comparato	34
— A reforma da Lei das Falências e Concordatas — Waldírio Bulgarelli	49
JURISPRUDÊNCIA	
— A mudança do objeto da companhia e o direito de recesso — Mauro Delphim de Moraes	57
ATUALIDADES	
Jurisprudência da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional — Carlos Nehring Netto	72
— O Código de Defesa do Consumidor: Discussões sobre o seu âmbito de aplicação — Newton de Lucca	81
— Enquadramento jurídico do "software" — Uma abordagem histórica, crítica e prática — Clóvis Silveira	90
— A validade da cessão de crédito externo a residente no Brasil — Gabriel F. Leonardos	101
— Concordata — Da inaplicabilidade da correção monetária — Paulo Leopoldo Dahmep	120
ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO	127

"CURRICULUM" DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro e Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ.

CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO

Advogado no Rio de Janeiro.

CARLOS NEHRING NETTO

Advogado

CLOVIS SILVEIRA

Membro da Associação Brasileira de Direito de Informática e da FICPI — Fédération Internationale des Conseils en Propriété Industrielle.

A STATE OF THE PARTY OF THE PAR

EDUARDO GREBLER

Professor de Contratos Internacionais da Faculdade de Direito da PUC/MG.

FÁBIO KONDER COMPARATO

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP. Doutor em Direito da Universidade de Paris.

GABRIEL F. LEONARDOS

Advogado em São Paulo.

JOSÉ RICARDO PEREIRA LIRA

Advogado no Rio de Janeiro.

MAURO DELPHIM DE MORAES

Advogado em São Paulo.

NEWTON DE LUCCA

Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

PAULO LEOPOLDO DAHMEP

Advogado em Porto Alegre.

WALDIRIO BULGARELLI

Doutor em Direito. Professor Titular de Direito Comercial da USP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo, do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito.

O MERCADO ACIONÁRIO E O GOVERNO

ARNOLDO WALD

É conhecida a frase de John Kennedy, na qual ensinava que, em vez de indagar o que o país pode fazer para cada um de nós, chegou a hora de perguntar o que podemos fazer pela nossa pátria. A lição do Presidente dos Estados Unidos aplica-se tanto ao indivíduo, quanto às instituições e às áreas setoriais específicas. Justifica-se, pois, o tema deste artigo, no momento em que o país exige uma mobilização nacional a curto, médio e longo prazo, para reformular a economia, fortalecer as suas bases e reorientar a poupança para evitar que, no futuro, possam ficar frustrados os esforços e os sacrifícios que estamos fazendo.

É certo que o Brasil não pode continuar sendo um exportador de capitais, que investimentos importantes devem ser realizados para modernizar o nosso parque industrial e que se impõe, urgentemente, a criação de oportunidades negociais suscetíveis de encaminhar recursos internos e externos para as empresas em fase de crescimento. Assim sendo, o mercado acionário tem, atualmente, condições especiais de adquirir novas dimensões, mobilizando a poupança interna e o investimento externo e prestando, pois, relevante contribuição à economia nacional na sua luta pela criação de novas riquezas e pelo combate à inflação.

O choque e o congelamento sendo soluções a curto prazo, o crescimento

da economia tem, como condição necessária, o aumento dos investimentos produtivos e o progresso social pressupõe a melhor distribuição da riqueza. Em ambos os aspectos, a expansão e o aprimoramento do mercado de capitais podem constituir elementos de renovação e modernização do país.

Na realidade, o Brasil tem, há mais de vinte anos, um importante mercado acionário, que hoje já se caracteriza pela sua sofisticação, seu tamanho e sua representatividade. O Codimec fez um recente levantamento de cerca de duas mil entidades ligadas ao funcionamento do mercado de capitais, utilizando diretamente quase trinta mil pessoas e tendo, em sua órbita, quase mil sociedades abertas, que geram mais de dois milhões de empregos diretos e de cujo capital participam quase cinco milhões de acionistas diretos e sete milhões de cotistas de fundos. O mercado de ações, abrangendo as empresas abertas, é responsável pela geração direta de 16% do PIB, por 22% das nossas exportações e 20% dos impostos recolhidos. As pessoas vinculadas, direta ou indiretamente, pelo trabalho ou pelo investimento, ao mercado e seus dependentes econômicos representam cerca de 10% da nossa população.

Por outro lado, o crescimento desse mercado, nos últimos anos, tem sido lento e relativamente pouco relevante em relação às necessidades de recursos das empresas brasileiras. De fato, as companhias abertas representam cerca de um terco do patrimônio das mil maiores empresas do país, o crescimento do mercado, em virtude do ingresso de novas entidades, tem sido mínimo e o total das emissões anuais de novas ações não tem ultrapassado 2 ou 3% do valor da capitalização em Bolsa. Em 1988, chegou a haver um declínio no número de empresas abertas e grande parte das emissões foram feitas em debêntures que, embora constituindo um título útil e fecundo para o crédito a longo prazo. não se enquadram no rol das participações acionárias e não criam um vínculo societário de solidariedade entre o debenturista e a sociedade.

Por outro lado, os mercados de opções e de futuros chegaram a sofrer certas distorções, deixando de exercer uma função complementar de garantia (hedging) em relação ao mercado à vista, para criar um clima de pura especulação, sem qualquer vantagem para as empresas que abriram o seu capital e participam do mercado e ensejando, ao contrário, crises periódicas que são nefastas.

A excessiva concentração nas negociações faz também com que, na realidade, nem todas as quase mil sociedades abertas tenham a liquidez e a negociação que se presume para empresas cotadas em Bolsa ou transacionadas no mercado de balcão. Talvez sejamos um dos países de maior concentração nas operações em Bolsa considerando que, na última década (de 1978 a 1988), a grosso modo, três ações representaram entre 30 e 40% do movimento, 5 ações concentraram entre 50% e 60% das negociações, 50 ações corresponderam a quase 80% e 100 ações alcançaram a ordem de 90% das operações em Bolsa. Recentemente, uma única ação chegou ao nível de 30% do mercado. Assim, evidentemente, podemos afirmar que o movimento normal nas Bolsas não abrange mais de cento e cinquenta ou duzentas ações, enquanto, no mercado de balcão, são poucas as ações movimentadas de modo contínuo.

A primeira fase do mercado acionário se desenvolveu em virtude dos incentivos fiscais, que atualmente estão em fase de extinção ou de substancial redução. O ano passado, um novo ingrediente, que ensejou o crescimento do movimento das Bolsas, foi a internacionalização liderada pelos fundos de captação, tanto de dinheiro novo, como de créditos externos convertidos em investimentos. Assim mesmo, no plano internacional, verificouse ser o nosso mercado relativamente incipiente pelas suas dimensões. Efetivamente, se as mil majores empresas brasileiras fossem todas abertas, a capitalização em Bolsa seria de mais de cem bilhões de dólares, em vez dos cinquenta bilhões atuais. Se, além desta modificação, o valor, negociado em Bolsas, das ações brasileiras fosse. na média, de 80% do seu valor patrimonial ou real, o mercado dobraria e alcancaria cerca de 200 bilhões de dólares, passando a corresponder, a grosso modo, a metade do nosso PIB, o que ainda constituiria um percentual inferior ao existente nos Estados Unidos, no Japão, no Reino Unido e em Cingapura, aproximando-se da relação vigente em países como o Canadá e a Holanda.

Feito de modo muito sumário o diagnóstico, que não é novo, mas não deixa de ser impressionante, caberia examinar o que se pode mudar rapidamente para que o mercado deixe de trabalhar em circuito fechado, exclusiva ou predominantemente, no interesse dos especuladores, para vir a favorecer mais as empresas e os inves-

tidores. Trata-se de encontrar uma fórmula para que os recursos da poupança sejam encaminhados para o mercado acionário produtivo, em vez de serem mantidos em operações financeiras de curto prazo.

Em primeiro lugar, o mercado pode simplificar o acesso de novas empresas e tornar menos oneroso, para as sociedades de dimensões médias, o acesso à participação do público. A diminuição dos custos e a desburocratização da abertura do capital, assim como campanhas pedagógicas, podem permitir que, em pouco tempo, se dobre o atual conteúdo de um sistema que, na realidade, não deixa de ter uma ampla capacidade ociosa, A Associação das empresas de capital aberto (ABRASCA) entende que cerca de cinco mil empresas poderiam abrir o seu capital e a Bolsa de São Paulo calcula que, em prazo médio, mil novas sociedades estariam em condições de utilizar a participação do público.

Uma mobilização das classes empresariais, das suas entidades, das associações comerciais e da sociedade civil ensejaria certamente alguns resultados positivos. Um esforco inicial foi feito no ano passado pela CVM, para institucionalizar o regime das empresas que recebem incentivos fiscais e das negociações do mercado de balção. Com estes novos instrumentos, um trabalho adequado pode dar transparência e liquidez às operações realizadas em Bolsas com as ações de empresas incentivadas, integrando-as plenamente no mercado de capitais. O mesmo deve acontecer com as negociações do mercado de balcão, que, marginalizadas no passado, estão agora em condições de constituir um verdadeiro mercado, desempenhando no Brasil a missão cumprida, nos Estados Unidos, pela NASDAQ que é hoje a 3.º Bolsa do mundo, negociando 11 mil papéis e constituindo o primeiro degrau para a abertura de capital para as empresas tanto nacionais, como estrangeiras.

No Brasil, das quatro mil empresas incentivadas, algumas centenas podem ser amplamente negociadas em Bolsa e o mercado de balcão tem condições de assegurar a realização de transações de ações de empresas cujo capital — em conjunto — ultrapasse dez bilhões de dólares.

Essa revolução quantitativa há de ser completada pela privatização, pela interiorização, pela venda de ações aos empregados, pelo aumento do número de ações de empresas já negociadas em Bolsa, pela conversão que se espera manter — e pela colocação de ações brasileiras no exterior. Mesmo independentemente da rejeição da MP 26, a União Federal, em virtude de autorização legislativa já existente, está em condições de privatizar meia centena de empresas, entre as quais figuram as do setor siderúrgico, algumas delas representando valores relevantes. A interiorização do mercado fará com que a ele tenha acesso uma população situada fora do eixo Rio-São Paulo, que hoje tem dificuldade de participar das empresas abertas. A venda de ações a empregados pulverizará a propriedade acionária criando uma verdadeira "ética da participação" de grande alcance social.

Nas sociedades de economia mista nas quais o Poder Público tem mais do que a maioria absoluta das ações ordinárias, as demais e as ações preferenciais podem ser colocadas no mercado, especialmente quando se trata de empresas rentáveis e com boa tradição de distribuição de dividendos. A manutenção da conversão exclusivamente para transformar créditos em investimentos em empresas abertas também poderia expandir o mercado,

que tem como crescer, inclusive mediante emissões de ações de empresas brasileiras de controle estrangeiro, que representam hoje, tão-somente, 3% do nosso mercado e que podem alcançar até 10% sem ameaçar os interesses nacionais.

Se a crise leva ao desafio e obriga o país como um todo e cada setor de per si a assumirem novas posições, com criatividade e engenhosidade, chegou a hora de uma reformulação quantitativa e qualitativa do mercado acionário para avaliar e definir a contribuição que está em condições de dar à economia brasileira. Sobrepujando interesses de grupos e de instituições específicas, reformulando a sua estrutura e organização, utilizando a sua capacidade ociosa, melhorando a sua imagem, aprimorando o seu funcionamento, o mercado acionário pode, por um ato de vontade e um esforco coniunto de todas as classes interessadas. deixar de ser considerado como um dos mercados especulativos e transformar-se num instrumento hábil e flexível da democratização econômica do país.

Há mais de vinte anos, quando o mercado de capitais brasileiro ainda estava na sua fase de implantação, o Prof. Otávio Gouveia de Bulhões já defendia um tratamento igualitário para os dividendos e os juros. Caso contrário, entendia o eminente economista, não haveria neutralidade fiscal em relação à democratização do capital, colocando-se, de fato, o Poder Público em posição contrária à abertura das empresas. Na época, outros incentivos fiscais puderam ser utilizados. entre os quais os Fundos do Dec.-lei 157 e os mecanismos de dedução das quantias subscritas em ações novas, para fins de cálculo do imposto de renda da pessoa física. Simultaneamente, estabeleceu-se uma diferença tributária na alíquota do imposto na fonte no caso de distribuição dos dividendos.

Com o decorrer do tempo, os incentivos fiscais foram desaparecendo e a vantagem fiscal se resumiu a uma diferença de tributação de 2% na distribuição dos dividendos, que se tornou um elemento de pouca valia para aumentar o número de empresas abertas. Tendo plena consciência do problema, o Ministro da Fazenda determinou que, nos projetos de revisão da legislação do imposto de renda, elaborados no fim do ano passado, fossem estabelecidas alíquotas diferenciadas para os lucros das empresas fechadas. das sociedades abertas em geral e, em especial, para aquelas que contassem com participação substancial de empregados no seu quadro acionário.

Na proposta então remetida ao Congresso Nacional, as alíquotas respectivas eram de 35%, 32% e 30%, o que correspondia a um critério adequado de incentivo à abertura e pulverização do capital das sociedades anônimas. Posteriormente, em virtude de modificações do projeto de lei e de elaboração de Medida Provisória, que estabeleceu uma contribuição de 8%, a alíquota do imposto ficou em 30% para todas as empresas, desaparecendo, assim, as vantagens especiais de que deveriam gozar as sociedades abertas.

Está agora o Governo Federal tratando de uma revisão da sistemática do imposto de renda da pessoa jurídica, do mesmo modo que realizou um reestudo construtivo e válido da matéria, em 1988, em relação à pessoa física. Chegou, pois, a hora de restabelecer um estatuto fiscal adequado para as empresas abertas. A solução mais válida e eqüitativa nos parece a de equiparar os dividendos aos juros, para fins de desconto do lucro da

empresa. Poderia haver uma fixação de um limite máximo, como, p. ex., 12% sobre o capital atualizado, e nada impediria que a nova legislação tivesse efeitos graduais, a fim de não afetar, de uma vez e de modo substancial, a arrecadação, numa fase difícil. Admitir-se-ia que a dedução dos dividendos ocorresse nos próximos quatro anos, mediante o estabelecimento de faixas anuais de abatimento de 25, 50, 75 e 100%, respectivamente, entre os exercícios de 1990 e 1993, passando, em seguida, a ser integral.

A criação de um mercado de acesso nas Bolsas de Valores, permitindo a negociação de ações de sociedades em vias de abertura, obedecendo aos requisitos básicos da transparência, mas numa situação menos onerosa, decorrente de simplificação burocrática e de menores custos das anuidades e até de colocação das ações, poderia permitir que numerosas empresas médias ingressassem no mercado, para, posteriormente, transformarem-se em sociedades abertas. Existem exemplos análogos no exterior, como o Segundo Mercado, na França, e o USM (Unlisted Security Market), na Inglaterra, além do mercado de balcão nos Estados Unidos. A legislação societária poderia abrir novas perspectivas neste sentido, complementando o atual regime das sociedades abertas pelo mercado de acesso e dando, eventualmente, major flexibilidade ao mercado de balção.

Em vez de termos um único padrão de empresas abertas, conceberíamos vários gravis sucessivos de abertura com densidades progressivas, não colocando, necessariamente, o mercado de balcão no mesmo nível que a negociação em Bolsa de Valores.

Numa fase em que nem sempre o controlador pode acompanhar os au-

mentos de capitais necessários para obter os recursos indispensáveis à empresa e na qual não quer correr o risco de perder o controle, surgem, em vários países, novas fórmulas destinadas a assegurar o equilíbrio entre o empresário, que dirige os destinos da empresa, e os capitalistas que participam do investimento sem responsabilidade de gestão. Ao lado das tradicionais ações preferenciais, desenvolveram-se, na Itália, as ações de poupança e, na França, os certificados de investimentos, despidos do direito de voto. Figuras limítrofes entre os créditos contra a empresa e os títulos de participação implantaram-se, na prática, como foi o caso das debêntures perpétuas, que também podem ser participativas, caso em que se confundem com ações preferenciais que nunca se pudessem transformar em ordinárias.

Nos Estados Unidos, diante da multiplicação das tomadas de controle que têm alcançado proporções jamais imaginadas, totalizando US\$ 300 bilhões e que nos últimos meses, com o caso da RIR Nabisco, retiraram da Bolsa títulos no valor de cerca de US\$ 20 bilhões, as ações ordinárias têm sido, em parte, substituídas por novas fórmulas. Recentemente, empresas do nível da Dow Chemical, da Pfizer e da American Express decidiram permutar cerca de 20% das suas ações ordinárias por um pacote de títulos, abrangendo, para cada ação, uma debênture assegurando juros no valor do dividendo habitual da empresa, uma ação preferencial que assegura ao seu titular o direito de receber qualquer aumento do dividendo da sociedade superior ao normalmente estabelecido e uma opção de recompra de ação ordinária por preço previamente fixado. Na Inglaterra, a golden share e, na França, a ação especial permitem também, ao Estado, a manutenção de um certo direito de tutela mediante a titularidade de uma posição acionária minoritária.

Todos esses exemplos nos levam a repensar a estrutura da sociedade anônima, especialmente numa fase em que o ingresso no mercado de novas sociedades está exigindo estudos, que requerem tempo, e, por outro lado, algumas estatais e certas empresas privadas poderiam aumentar a participação acionária do público, se não estivessem vinculadas pelo princípio da proporcionalidade entre ações ordinárias e preferenciais.

Caberia, assim, examinar a validade de um aumento dessa relação, fixandose a proporcionalidade num máximo de 75% de ações preferenciais para 25% de ações ordinárias. A nova estrutura poderia ser aplicada a .odas as empresas, inclusive às instituições financeiras, que precisam ser fortemente capitalizadas, em virtude da recente criação dos bancos múltiplos, e em relação às quais só se admite, atualmente, que a metade das ações sejam preferenciais. Evidentemente. mantido, em relação às empresas financeiras, o princípio de acordo com o qual 50% das ações deverjam ser nominativas, atendida, outrossim, a regulamentação específica Central.

No tocante às empresas estatais, não haveria, no caso, uma estatização do crédito, mas uma ampliação da base do mercado acionário. As sociedades de economia mista gozam, há longo tempo, de situação ímpar no mercado acionário brasileiro, sendo as mais negociadas nas Bolsas de Valores. O que se pretende é aumentar o número de papéis. Por outro lado, seria oportuno fortalecer a posição dos titulares de ações preferenciais, assegurando-lhes uma presença efetiva tanto no Con-

selho Fiscal, como no Conselho de Administração, esta dependendo de nova norma legal.

Finalmente, em relação as empresas estatais, obedecendo ao disposto no Dec.-lei 200 e à própria legislação societária, dever-se-ia garantir a autonomia administrativa, financeira e operacional das companhias, de tal modo que não fossem utilizados os seus recursos no interesse de terceiros em geral, nem mesmo no interesse do Poder Público. Sempre que houvesse necessidade de colaboração entre a empresa estatal e o Poder Público, far-se-ia, para tanto, um convênio, assegurando-se às partes as compensações, remunerações e indenizações devidas, a fim de não burlar as normas orçamentárias e não lesar os direitos dos acionistas. restabelecendo-se plenamente, o status econômico-financeiro societário das empresas mistas, conforme, aliás, determina a própria Constituição (art. 173, § 1.º).

A atribuição exclusiva da conversão de créditos externos em participações acionárias às sociedades abertas concluiria o rol das legítimas reivindicações do mercado. Efetivamente, sendo a conversão da dívida externa uma decisão política, é importante que os recursos convertidos sejam utilizados em empresas que gozem de inequívoca transparência, prestando contas da sua atuação à sociedade. Ora, as sociedades abertas, pelo regime legal que se lhes aplica e pela fiscalização que sobre elas exerce a Comissão de Valores Mobiliários, são, evidentemente, dotadas de transparência, adotando o princípio da full disclosure em todas as suas operações. Assim sendo, quando se indaga do modo de aplicação dos recursos convertidos, pelo benefício que lhes é atribuído, justifica-se que sua aplicação ocorra sempre em empresas abertas, aplicando-se o princípio tanto no caso dos leilões, como na conversão de dívidas vincendas e até na utilização dos recursos decorrentes da chamada "conversão informal".

Num momento em que se discute o encaminhamento da poupança para áreas que não são de interesse nacional, parece-nos chegada a hora de aprovar, com urgência, os fundos de ações ao potador, que poderão drenar recursos importantes para as nossas empresas.

A aprovação, em princípio, da possibilidade de colocação de ações brasileiras no exterior, obedecidas as regras do Banco Central e da CVM, é outra fórmula que pode ser fecunda, permitindo, inclusive, que se encontre uma contrapartida adequada para os investimentos brasileiros no exterior e, especialmente, em Portugal, nos termos do convênio de créditos recíprocos.

Finalmente, impõe-se a reorganização das Bolsas com a criação de um sistema nacional de custódia e uma profissionalização completa dos administradores que não mais podem, simultaneamente, exercer uma delegação do poder público e participar como agentes do mercado, numa situação de insider.

A repressão civil e penal de todas as fórmulas de manipulação, de informação privilegiada e de abuso de poder, constitui outra medida de extrema urgência e já há projetos remetidos pelo Poder Executivo, ao Congresso Nacional, neste sentido.

Parece-nos que temos, assim, um rol de atuações públicas, que podem transformar o mercado, dando-lhe novo perfil quantitativo e qualitativo e ensejando um passo importante na luta contra a recessão e pelo desenvolvimento da nossa economia.

DOUTRINA

CORREÇÃO MONETÁRIA PELA VARIAÇÃO CAMBIAL

CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO JOSÉ RICARDO PEREIRA LIRA

1. Exposição do problema

A presente dissertação tem por objetivo demonstrar a validade, em face da lei em vigor no Brasil, de cláusulas que estipulem a correção monetária do valor de prestações contratuais em função da variação da taxa do câmbio de uma moeda estrangeira.

De tal modo se encontra esquecido o princípio da autonomia da vontade, nesses tempos de intervencionismo estatal, que consideramos ser adequado advertir que, neste estudo, adota-se como postulado o entendimento das prestações de seus contratos, salvo disposição imperativa de lei em contrário.

Isto posto, o nosso raciocínio se desenvolverá mediante o exame de duas questões básicas: a) existe no direito positivo brasileiro norma imperativa proibindo especificamente a correção cambial de obrigações contratuais?

b) não existindo tal norma específica, a proibição decorreria da disposição de lei que estabelece o curso legal da moeda nacional?

2. Inexistência de lei vedando a cláusula de correção cambial.

2.1 O ordenamento legal vigente entre 1969 e 1977 — quando entrou em vigor a Lei 6.423/77 — não continha qualquer preceito vedando a estipulação de cláusula de correção cam-

bial das obrigações pecuniárias internas.

A controvérsia a respeito da validade dessa cláusula tinha então sede no entendimento do art. 1.º do Declei 857/69, especialmente em sua parte que considera nulas as obrigações que, exeqüíveis no Brasil, "por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro". Tratava-se, portanto, de saber se a correção cambial violava ou não a noção genérica de curso legal da moeda nacional. Essa questão será analisada no próximo tópico deste trabalho.

- 2.2 Na vigência da Lei 6.423/77, a cláusula de correção cambial foi tacitamente vedada, pois essa lei, ao estabelecer que somente a variação do valor nominal das ORTN poderia servir de índice para o reajustamento das obrigações internas, repudiou a adoção de todos os demais índices. Ora, a correção cambial, de que tratamos neste trabalho, nada mais é do que uma modalidade de correção monetária com base em um índice referenciado ao comportamento da moeda nacional em face de uma moeda forte. Estava, portanto, sem qualquer somde dúvida, vedada pela Lei 6.423/77.
- 2.3 A primeira referência específica à "variação cambial" em dispositivo que tratava da indexação de obrigações pecuniárias em geral constou

do art. 2.º do Dec.-lei 2.290/86, editado no curso do conturbado período de congelamento de preços imposto pelo "Plano Cruzado".

Eis a redação do citado preceito legal: "Art. 2.º. Somente as obrigações contratuais por prazo igual ou superior a doze meses poderão conter cláusula de revisão livremente pactuada pelas partes, vinculadas a índices setoriais de preços ou custos, que não incluam variação cambial".

Ainda antes de encerrado o período de congelamento de preços, esse dispositivo veio a receber nova redação, através do art. 1.º do Dec.-lei 2.322/ 87, ocasião em que, pela primeira vez, surge na lei, textualmente, a expressão "cláusula de reajuste vinculada a variações cambiais". V. o inteiro teor do dispositivo, com sua nova redação: "Art. 2.º. Somente poderão ter cláusulas de reajuste os contratos que o vinculem a variações nominais da Obrigação do Tesouro Nacional — OTN. observada, para locações residenciais. periodicidade não inferior a seis me-§ 1.°. O disposto neste artigo não é obrigatório: I — aos contratos cujo objeto seja a venda de bens para entrega futura ou a prestação de serviços contínuos ou futuros, ou a realização de obras, os quais poderão conter cláusula de reajuste baseada em índices que reflitam a variação do custo da produção ou do preço dos insumos utilizados, ou índices setoriais ou regionais de custos e preços; II às obrigações contratuais vinculadas a operações do mercado financeiro e de capitais, que serão disciplinadas pelo Conselho Monetário Nacional. § 2.º. É vedada, sob pena de nulidade, cláusula de reajuste vinculada a variações cambiais ou do salário mínimo, ressalvadas as exceções previstas em lei federal ou quando se tratar de insumos importados que componham os custos referidos no item I do parágrafo anterior".

Tinha-se, pois, em resumo, o seguinte quadro legal, no que concerne especificamente à correção cambial: vedação tácita para as obrigações em geral, já que essas somente podiam conter cláusula vinculada à OTN, e vedação expressa para as obrigações relativas à venda de bens para a entrega futura, à prestação de serviços contínuos ou futuros e à realização de obras, já que essas podiam conter cláusula vinculada à OTN ou a outros índices escolhidos pelas partes interessadas, que não fossem as variações cambial e do salário mínimo.

Nota-se, assim, que a expressa vedação da cláusula de correção cambial se torna necessária a partir do momento em que se revoga a exigência de utilização exclusiva da ORTN, pois a liberdade de escolha de índices importa, salvo disposição em contrário, a liberdade de se eleger a variação cambial.

2.4 Com a entrada em vigor da legislação que institucionalizou o "Plano Verão", a disciplina jurídica da correção monetária das obrigações oriundas de contratos internos recebeu um tratamento abrangente, com o que ficou conseqüentemente revogada toda a legislação até então existente sobre o assunto.

Com efeito, o art. 3.º da Lei 7.738/89, deu tratamento exaustivo à matéria, sendo certo que, também nessa oportunidade, a correção cambial veio a ser especificamente contemplada, in verbis: "Art. 3.º. Somente os contratos com prazo superior a noventa dias poderão conter cláusula de reajuste de preços. § 1.º. A cláusula permitida por este artigo: I — deverá tomar por base índices nacionais, setoriais ou regionais de custos ou preços, ou que reflitam a variação do custo de pro-

dução ou do preço dos insumos utilizados; II — não poderá ser vinculada, direta ou indiretamente, a rendimentos da dívida pública de qualquer natureza, ou a variação cambial, exceto, neste caso, quando se tratar de insumos importados que componham os índices previstos no inciso I; III — não terá periodicidade inferior a trinta dias".

2.5 Esse art. 3.º da Lei 7.738/89 veio a ser revogado pelo art. 9.º da Lei 7.801/89, passando a matéria a ficar sob a regência do art. 4.º dessa última Lei, que igualmente fazia textual alusão à correção cambial, assim dispondo: "Art. 4.º. Ressalvado o disposto no § 4.º do art. 1.º da Lei 7.799/ 89, os contratos celebrados a partir da data de publicação desta Lei poderão conter cláusula de reajuste de precos referenciada em Bônus do Tesouro Nacional - BTN, § 1.º. No caso dos contratos referidos no art. 11 da Lei 7.730/89, a cláusula de reaiuste deverá tomar por base, preferencialmente, índices nacionais, setoriais ou regionais de custos e preços, que melhor reflitam a variação do custo de produção ou do preço dos insumos utilizados. § 2.º. A cláusula de que trata este artigo não poderá ser vinculada, direta ou indiretamente, a rendimentos produzidos por outros títulos da dívida pública, ao salário mínimo ou à variação cambial, exceto, neste caso, quando se tratar de insumos importados que componham os índices previstos no parágrafo anterior".

Embora esse novo critério legal, na prática, não tenha chegado a alterar substancialmente o disposto no art. 3.º da Lei 7.738/89, a leitura atenta do art. 4.º da Lei 7.801/89 revela um enfoque novo conferido à questão da correção monetária das obrigações internas.

Com efeito, em lugar de expressões utilizadas pelas leis anteriores, como p. ex. "a cláusula permitida neste artigo deverá tomar por base ...", ou "somente poderão ter cláusulas de reajuste os contratos que as vinculem a ...", o critério que veio a ser então instituído consagrou a liberdade de contratar na matéria, observadas, apenas, as restrições expressamente estabelecidas na lei.

Vale dizer, desde que a cláusula de reajuste não estivesse vinculada ao salário mínimo, à variação cambial, ou à variação do valor dos títulos da dívida pública (nesse particular, excetuada a do BTN), ela seria lícita, fosse qual fosse o fator de reajuste escolhido pelas partes. Apenas com relação às obrigações relativas à venda de bens para entrega futura, à prestação de servicos contínuos ou futuros e à realização de obras (que são as decorrentes dos contratos referidos no art. 11 da Lei 7.730/89, a que alude o dispositivo transcrito) é que a lei recomendava, sem qualquer caráter imperativo, a adoção "preferencial" de índices nacionais, setoriais ou regionais.

2.6 Coerente com esse princípio, a legislação que se seguiu vedou a correção cambial sempre que, disciplinando situações específicas, quis delas afastar essa modalidade de reajustamento de prestações contratuais. Esse é o caso, v.g., da Lei 8.157/91, que ao tratar especificamente dos critérios de indexação das obrigações decorrentes de locações comerciais e não-residenciais, dirigiu-se, mais uma vez, à correção cambial, como se pode verificar do texto de seu art. 2.º, a seguir reproduzido: "Art. 2.". Nas locações regidas pelo Decreto 24.159/34, a nas demais locações não residenciais, farse-á o reajuste do aluguel pelo índice livremente pactuado pelas partes, dentre os editados pela Fundação Getúlio Vargas — FGV, pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas — FIPE, ou por órgão oficial, exceto os da variação cambial e do salário mínimo".

2.7 Era esse o quadro legal, ao tempo em que foi editado o "Plano Collor II", que, mais uma vez, deu novo e exaustivo tratamento à correção monetária das obrigações internas em geral, cujas normas são as que se encontram em vigor (Leis 8.177 e 8.178, ambas de 1.3.91).

Essa nova legislação seguiu a mesma orientação preconizada pela Lei 7.801/89, no sentido de manter a liberdade de indexar as obrigações, observadas as restrições especificamente indicadas na lei.

Assim, com relação às obrigações em geral, tornou-se ilícita a cláusula de correção monetária com base em índice de preços, quando se tratar de contrato com prazo inferior a um ano, autorizada a indexação pela TR ou TRD apenas em contratos celebrados por prazo superior a noventa dias (cf. art. 10 da Lei 8.177/91 e art. 27 da Lei 8.178/91).

No concernente às obrigações relativas à venda de bens para entrega futura, à prestação de serviços contínuos ou futuros, à realização de obras. à venda a prazo com cláusula de correção monetária pós-fixada e a operações realizadas por empresas construtoras ou incorporadoras com adquirentes de imóveis residenciais ou comerciais, tornou-se ilícita, nos contratos por prazo inferior a um ano, a adoção de cláusula de reajustamento de preços baseada em índices que não reflitam a variação do custo de producão, exceto financeiro, ou do preço dos insumos utilizados até a efetiva entrega do bem ou prestação do serviço objeto da operação (cf. art. 5.º da Lei 8.178/91).

Por fim, com relação aos contratos de locação residencial, estabeleceu a lei a livre pactuação de indexadores, desde que a periodicidade dos reajustes não seja inferior a seis meses, a respectiva cláusula não tenha vinculação à taxa de câmbio ou ao salário mínimo e a variação do índice adotado não seja superior à variação dos salários nominais médios no período, sendo essa, vale notar, a única hipótese em que há referência específica a cláusulas de correção monetária vinculadas à variação cambial contida na legislação do Plano Collor II (cf. art. 16 da Lei 8.178/91).

Recentemente, a Lei 8.245, de 18.10.91 — Lei de Locações Urbanas —, por filiar-se ao mesmo critério, tratou de literalmente vedar a correção cambial das prestações locatícias, ao dispor em seu art. 17: "Art. 17. É livre a convenção do aluguel, vedada a sua estipulação em moeda estrangeira e a sua vinculação à variação cambial ou ao salário mínimo."

Portanto, não há na legislação em vigor qualquer dispositivo genérico, i.é., voltado diretamente para as obrigações internas em geral, que proíba a estipulação de cláusula de correção monetária vinculada à variação cambial. Nesse ponto, a lei em vigor diverge de legislações anteriores que, ou instituíam um sistema de franca e geral interferência na liberdade de contratar, para permitir a adoção de apenas um índice de correção monetária, ou, admitindo a livre escolha de uma gama de índices internos, expressamente vedavam a correção cambial.

Por outro lado, não nos parece possível sustentar que ainda permaneçam em vigor as normas legais impeditivas da correção cambial, existentes no período que precedeu a atual legislação sobre cláusulas de correção monetária das obrigações internas em geral. Tais disposições tinham um caráter nitidamente acessório e limitativo de normas de âmbito genérico que, em princípio, já reconheciam a liberdade de as partes escolherem livremente os índices de reajuste de suas prestações contratuais.

Como as Leis 8.177/91 e 8.178/91 instituíram novos critérios gerais sobre o tema, ficaram revogadas as normas. também de natureza genérica, definidoras dos anteriores critérios de licitude dessas cláusulas, seia devido à incompatibilidade entre os diferentes sistemas legais, seja porque a nova legislação conferiu tratamento exaustivo à questão da correção monetária das obrigações internas, tudo em razão do princípio estatuído na Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual a lei posterior revoga a anterior. quando seja com ela incompatível ou quando discipline inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (art. 2.°. § 1.°).

Assim sendo — e como decorrência natural desse princípio regulador do conflito de leis no tempo —, tem-se que as normas de cunho acessório (tal qual as relativas à correção cambial) àquelas que estabeleciam os critérios gerais de validade das cláusulas de correção monetária das obrigações internas - e que vieram de ser superados pela nova legislação - estão, igualmente, revogadas, sendo valiosa a lição de Carvalho Santos a respeito, in verbis: "A revogação de um dispositivo de lei importa sempre na revogação de todas as disposições que são senão corolários, aplicações ou desenvolvimento do preceito nela contido" (Código Civil Brasileiro Interpretado. Ed. Livraria Freitas Bastos S.A., 1950, I/66).

Daí, enfim, nossa conclusão pela inexistência de norma legal vigente, impedindo a estipulação de cláusula de correção cambial para a generalidade das obrigações pecuniárias internas. Faz-se, pois, necessária a análise da questão, agora, em face da legislação que disciplina o curso legal da moeda nacional, para verificar se o curso legal da moeda, tal como ali assegurado, importa na vedação de cláusulas de correção cambial em contratos internos.

3. A correção cambial e o curso legal da moeda

3.1 O curso legal da moeda nacional está previsto no art. 1.º do Dec.-lei 857/69, que assim dispõe: "Art. 1.º. São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, moeda estrangeira ou, por alguma outra forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro".

A leitura desse dispositivo demonstra, com clareza, estar proibida, no País, a estipulação de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, em caso de obrigações pecuniárias internas, já que sua redação é taxativa a respeito.

3.2 Limitando-se a matéria em exame, todavia, à validade da cláusula de correção cambial, vale dizer, da estipulação de pagamento em cruzeiro, porém em montante determinável segundo a variação da moeda estrangeira, o que importa considerar, nessa oportunidade, é o exato significado jurídico do dispositivo legal transcrito, ao considerar nulas as obrigações que, contraídas no Brasil, "por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro".

Essa questão não é propriamente nova. Constituía a chave da resolução

do problema de que estamos tratando na legislação anterior à Lei 6.423/77. Hibernou durante a vigência desse diploma legal, pois então se excluía toda espécie de correção monetária que não fosse vinculada à variação da ORTN. Agora, que se retorna a respeitar a liberdade contratual na escolha do índice, a questão volta ao foco.

- 3.3 Parece-nos oportuno, de início, rememorar os principais argumentos conhecidos acerca da matéria, tanto na defesa da validade da cláusula, como no sentido contrário.
- 3.4 Para os que defendiam a licitude dessa modalidade de estipulação, o conceito jurídico de curso legal da moeda limitar-se-ia ao poder liberatório que lhe é conferido pelo Estado, assim entendido o poder de o devedor exonerar-se de sua obrigação pecuniária, mediante pagamento em moeda corrente, sem que o credor possa recusá-la, ainda que o título gerador da obrigação estabeleça o pagamento em moeda diversa (cf., nesse sentido, v.g., Mauro Brandão Lopes, Cambial em moeda estrangeira, Ed. RT, 1978, pp. 36-54).
- 3.5 Os que se opunham a esse entendimento, por seu turno, sustentavam que a correção cambial ofenderia o curso legal da moeda, por dela subtrair uma de suas funções vitais: a de representar um instrumento de reserva de valor (cf., nesse sentido, v.g., Alberto Xavier, Direito Tributário e Empresarial Pareceres, Ed. Forense, 1982, pp. 416-438).
- 3.6 A par da discussão doutrinária, vale registrar importante acórdão do STF, proferido em sessão plenária realizada em 12.4.73, em que a questão foi longamente debatida (cf. RDM, 11/74-80 Note-se que à época a composição da Corte era inteiramente diferente da atual).

A matéria então sob apreciação do STF consistia, justamente, na validade de uma nota promissória representativa de quantia em cruzeiros, com pacto adjeto determinando a correção de seu valor segundo a variação do dólar norte-americano.

Naquela oportunidade, a tese vencedora foi a defendida pelos Mins. Thompson Flores e Rodrigues de Alckmin, vencidos, tão-somente, os Ministros Bilac Pinto e Xavier de Albuquerque, em julgamento que contou, igualmente, com a participação dos Mins. Luiz Galloti, Oswaldo Trigueiro, Aliomar Baleeiro, Djaci Falcão, Barros Monteiro e Antônio Neder. O entendimento então predominante foi no sentido de que a nocão de curso forçado ou legal da moeda restringia-se à proteção de seu poder liberatório, vale dizer, não abrangeria a tutela de sua função econômica, referente a de constituir instrumento de reserva de valor.

No acórdão em exame, o STF decidiu a questão à luz do art. 1.º do Dec. 23.501/33, vigente à época da emissão da nota promissória. Tal dispositivo abrigava vedação idêntica à do art. 1.º do Dec.-lei 857/69, ou seja, proibia a estipulação de pagamento "por qualquer meio tendente a recusar ou restringir, nos seus efeitos, o curso forçado do mil-réis papel".

Entendeu o STF que, no caso, se tratava de uma obrigação de natureza cambial e não de uma obrigação derivada de contrato. Por esse motivo, não aplicou o art. 2.º do referido Decreto, dispositivo aplicável apenas a obrigações derivadas de contrato, que indubitavelmente vedaria a correção cambial, pois proibia a estipulação, em contratos exequíveis no Brasil, "de pagamento em moeda que não a corrente, pelo seu valor legal".

Como comentaremos adiante, a disposição do art. 2.º do Dec. 23.501/33 não foi reproduzida no Dec.-lei 857/69, que apenas perfilhou o disposto no art. 1.º do diploma de 33.

Conclui-se, portanto, que, no exame do acórdão, o STF decidiu a matéria em face de lei substancialmente idêntica à em vigor, vale dizer, no sentido de que a correção cambial não recusa ou restringe o curso legal da moeda corrente.

3.7 Em nossa opinião, é esse, realmente, o efetivo alcance da lei, ao vedar as estipulações que, por qualquer meio, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso forçado ou legal da moeda, consoante inicialmente previsto no art. 1.º do Dec. 23.501/33 e atualmente no art. 1.º do Dec.-lei 857/69.

Em verdade, não se nega que a moeda, sob o ponto de vista econômico, tem por uma de suas finalidades constituir um instrumento de reserva de valor. De fato, conforme a doutrina econômica atual, moeda é tudo aquilo que, mesmo não sendo definível como dinheiro, exerça as três funções que lhe são características: a de instrumento geral de trocas, a de instrumento de conservação ou reserva de valor e a de unidade de conta (cf. J. L. Bulhões Pedreira, Finanças e Demonstrações Financeiras da Companhia, Ed. Forense, 1989, pp. 33 e 35).

Ocorre que a função jurídica da moeda-corrente, ou do dinheiro propriamente dito, restringe-se, apenas, a seu poder liberatório, que se sobrepõe ao de qualquer outra moeda, seja ela geralmente aceita pela comunidade ou, mesmo, a constante do título gerador da obrigação. Esse, o ensinamento de Orlando Gomes: "Em Direito, distin-

guem-se dois conceitos de dinheiro. No sentido lato, é meio de pagamento, compreendendo os que não podem ser impostos ao credor porque não têm curso forçado; no sentido restrito, meio de pagamento que tem de ser obrigatoriamente aceito. Somente o dinheiro neste sentido constitui objeto de prestação pecuniária propriamente dita" (Obrigações, Ed. Forense, 4.ª ed., p. 58 — grifos no original).

De fato, a moeda, quando vista como reserva de valor, traduz noção atinente, apenas, à sua função econômica, estranha, porém, à sua função jurídica, que se resume, exclusivamente, repita-se, no poder liberatório que lhe é conferido pelo Estado. Veja-se, nesse particular, a lição de Tullio Ascarelli, anotada por Arnoldo Wald: "Devemos lembrar neste ponto a distinção, que emana dos ensinamentos de Tullio Ascarelli, entre as funções jurídica e econômica da moeda. A moeda, por um lado, é meio de pagamento — é sua função jurídica; mas, ao mesmo tempo, expressa um valor, estabelece o quantum da dívida, é sua função econômica" (A Cláusula de Escala Móvel, Ed. Nacional de Direito, 1959, p. 48).

3.8 Em verdade, a proteção legal da função econômica da moeda, aludida por Ascarelli, somente se verificou no País ao tempo em que vigorou o art. 2.º do Dec. 23.501/33 e, ainda assim, apenas no tocante a obrigações derivadas de contratos.

Dispunha o art. 2.º do Dec. 23.501/33 que "é vedada, sob pena de nulidade, nos contratos exequíveis no Brasil, a estipulação de pagamento em moeda que não seja a corrente, pelo seu valor legal".

Assim prescrevendo, o referido art. 2.º erigiu em lei a proteção da moeda como medida de valor, nas obrigações oriundas de contratos. Ao disciplinar a pactuação de obrigações internas, a lei exigia que a moeda nacional fosse aceita no respectivo pagamento pelo seu valor legal, e não pelo seu efetivo poder aquisitivo.

Vale dizer, tal dispositivo consagrou, nessa matéria específica, o princípio do nominalismo monetário, que consiste na hipótese legal, segundo a qual "o devedor de uma importância em dinheiro se libera oferecendo a quantia em moeda inscrita em seu título de dívida e em curso no lugar do pagamento, seja qual for a alteração do valor intrínseco da moeda" (cf. Sílvio Rodrigues, Direito Civil — Parte Geral das Obrigações, Ed. Max Limonad, 3.ª ed., 2/160).

O princípio do nominalismo monetário não resistiu à aceleração da espiral inflacionária experimentada nos anos cinqüenta e no início dos anos sessenta. Assim é que, em 1964, a Lei 4.357/64, veio introduzir no direito positivo brasileiro o método da correção monetária para estipular o quantum de obrigações não contratuais: as relativas à dívida pública (ORTN) e aos débitos fiscais. Cedo generalizou-se a prática de adotar cláusulas de correção monetária das obrigações em geral.

Sensível a esse fenômeno, o Dec.-lei 857/69 lançou a pá de cal sobre o nominalismo monetário, deixando de reproduzir o art. 2.º do Dec. 23.501/33. Tornou, dessa forma, possível a pactuação da correção monetária das obrigações, abrindo as portas para a vasta construção jurisprudencial, de todos conhecida (cf. Arnoldo Wald, "A Correção Monetária na Jurisprudência do STF", RT 524/33).

3.9 Como não há no Dec.-lei 857/ 69 qualquer dispositivo assegurando a

aceitação de um "valor legal" da moeda nacional, para fins de pagamento. em obrigações pecuniárias internas, parece-nos claro não proceder o entendimento sustentado, entre outros. por Alberto Xavier, no sentido de que a correção cambial atentaria contra o curso legal, porque comprometeria a função econômica da moeda como reserva de valor. Em nosso entendimento, na vigência do Dec.-lei 857/69. não mais prevalece o princípio do nominalismo, o qual, aliás, se ainda fosse imposto por lei, não poderia ser mantido na prática, face à magnitude dos problemas que a moeda nacional vem há anos enfrentando.

De se notar que o argumento de Alberto Xavier, se levado a suas últimas conseqüências lógicas, serve para concluir que qualquer espécie de correção monetária está vedada pelo art. 1.º do Dec.-lei 857/69. Com efeito, se o curso legal importa em garantir a função da moeda como instrumento de reserva de valor, qualquer forma de correção monetária (e não somente a cambial) estaria a denegar à moeda nacional a sua qualidade de padrão valorativo e, conseqüentemente, o seu curso legal.

4. Conclusões

4.1 A legislação em vigor faz distinções segundo dois critérios: a natureza da estipulação que dá origem à obrigação e o prazo convencionado nessa estipulação.

No que diz respeito à natureza da estipulação, a legislação em comentário destaca os contratos de venda de bens para entrega futura, prestação de serviços contínuos ou futuros, para a realização de obras, venda a prazo com cláusula de correção monetária pósfixada e os relativos a operações rea-

lizadas por empresas construtoras ou incorporadoras com adquirentes de imóveis. Tais contratos, postos em destaque pelo art. 4.º da Lei 8.178/91 serão doravante por nós designados "Contratos Especiais", em oposição a todos os demais contratos, aqui designados "Contratos Gerais".

No que concerne ao prazo, a lei distingue os contratos com prazo superior a um ano daqueles cujo prazo não ultrapassa um ano.

É o que se depreende do art. 10 da Lei 8.177/91, com sua redação aditada pelo art. 27 da Lei 8.178/91, e do art. 5.º dessa última lei, que assim estabelecem: "Art. 10. A partir da vigência da Medida Provisória que deu origem a esta Lei, é vedado estipular, nos contratos referidos no art. 6.º. cláusula de correção monetária com base em índice de preços, quando celebrados com prazo ou período de repactuação inferior a um ano. Parágrafo único - Quando o contrato for celebrado por prazo superior a noventa dias é admitida a utilização da TR ou da TRD para a remuneração dos valores das obrigações dele decorrentes". "Art. 5.º. A partir de 1.º de março de 1991 é vedada a inclusão, nos contratos a que se refere o art. 4.º, quando celebrados por prazo ou período de repactuação inferior a um ano, de cláusula de reajustamento de preços baseada em índices que não reflitam a variação do custo de produção, exceto financeiro, ou do preço dos insumos utilizados, até a efetiva entrega do bem ou prestação do serviço obieto da operação".

4.2 Sistematizando as disposições legais acima, temos o seguinte:

Contratos Gerais: Prazo superior a um ano: não há restrição na lei, pelo que estão livres as partes para convencionarem livremente o método, a periodicidade e o índice de correção monetária, podendo, inclusive, ser eleita, como índice, a variação do câmbio. Prazo igual ou inferior a um ano: são expressamente vedados os índices de preços, admitindo-se a adoção da Taxa Referencial (TR) ou da Taxa Referencial Diária (TRD) como fatores de reajustamento, exceto quando o prazo for igual ou inferior a noventa dias. Entretanto, a lei não aponta a TR e a TRD como os únicos fatores de reajustamento, cuja utilização é permitida. Assim, ficam as partes livres para pactuar qualquer método de reajustamento de suas prestações, desde que não vinculado a variações de índices de preços. Somos, portanto, levados a concluir que, em tais contratos, é lícita a adoção da variação cambial como índice.

Contratos Especiais: Prazo superior a um ano: não há restrição na lei, pelo que as partes são livres para convencionar o método que lhes parecer mais adequado para reajustar suas prestações, inclusive adotando como índice a variação cambial. Prazo igual ou inferior a um ano: só podem ser adotados índices que reflitam a variação do custo de produção ou o do preco dos insumos concernentes ao bem ou serviço objeto do contrato. Em nosso entendimento, a variação cambial poderá ser refletida no reajuste da prestação, na medida em que o custo de produção ou dos insumos for incorrido em moeda estrangeira.

4.3 E quanto aos contratos por prazo indeterminado? Por esquecimento, talvez, o apressado legislador do pacote econômico, que embrulhou as Leis 8.177/91 e 8.178/91, deixou de considerar essa espécie de contrato, tão comum na vida real. Consideramos

difícil suprir a lacuna mediante a aplicação analógica das regras que, por disposição expressa da lei e por sua própria natureza, são aplicáveis a contratos com determinação de prazo longo ou curto. Aliás, não há na hipótese lacuna alguma, porquanto não se pode considerar lacuna a inexistência de disposição legal restringindo a autonomia da vontade em determinado contrato. Portanto, em relação aos contratos por prazo indeterminado, portanto, a nossa conclusão não poderá ser outra: o reajuste das prestações é livre, podendo ser convencionada, como índice, a variação cambial.

DOUTRINA

O CONTRATO INTERNACIONAL NO DIREITO DE EMPRESA *

EDUARDO GREBLER

1. Introdução

A presença do contrato internacional no direito empresarial constitui. atualmente, uma realidade irrecusável. O estreitamento das relações comerciais entre os diversos países do mundo, independentemente de ideologias ou de blocos, e a frequência com que os agentes econômicos celebram hoje em dia contratos internacionais, impuseram ao advogado de empresa a necessidade de lidar, em sua vida profissional, com conceitos até recentemente considerados como "curiosidade", não só pelos estudantes como por algumas faculdades de direito.

Foi assim que o direito internacional privado, sobretudo na perspectiva das obrigações, passou a inserir-se também no âmbito do direito de empresa, com o propósito de aparelhá-lo para lidar com a nova realidade dos contratos internacionais de comércio, gênero no qual se localizam tanto espécies tradicionais de contratos, como a compra e venda, o empréstimo financeiro, o transporte e a prestação de serviços internacionais, mas também modalidades que não se enquadram na tipologia clássica dos contratos, como a transferência internacional de tecnologia e a joint venture internacional.

* Aula proferida no Curso de Direito Empresarial da Faculdade de Direito Cândido Mendes — Ipanema, em 3.10.91. O enfoque que agora se dá ao assunto, porém, já não está limitado apenas às formulações clássicas do direito internacional privado, costumeiramente centradas no exame do conflito de leis. Abriram-se novos horizontes ao tema, que passou a abranger questões outras, tomadas de empréstimo também ao direito econômico e ao direito comercial, compondo um ramo novo, de identidade ainda não inteiramente definida, que se convencionou chamar de direito do comércio internacional.

Em seguida vamos abordar aspectos relacionados com a lei aplicável e com o foro competente para a solução de controvérsias contratuais, que são comuns aos contratos internacionais de comércio.

2. A lei aplicável ao contrato internacional

a) A internacionalidade do contrato

Como questão preliminar, convém conceituar aquilo que doravante vamos chamar "contrato internacional".

A noção de contrato dispensa considerações mais profundas, pois é seguramente conhecida de todos. O contrato de direito privado, civil ou comercial, é a fonte por excelência das obrigações, expressão da vontade das partes que o subscrevem, que Haroldo Valladão 1 chamou de poder jurígeno

dos seres humanos. Tem por finalidade adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos.

Mas o que se deve entender por contrato internacional? Ou, em outras palavras, como se caracteriza a internacionalidade do contrato?

Aqui será necessário relembrar um pouco as lições de direito internacional privado, para fixar que cada estado politicamente organizado possui seu próprio ordenamento jurídico, ou corpo de leis, que é fruto do exercício de sua soberania. Não há, pois, em sentido estrito, direito positivo supranacional, ou mesmo internacional. Os direitos positivos são sempre nacionais, na medida em que estão geneticamente ligados a um determinado Estado.

Este fato, todavia, não impede a existência das obrigações no plano internacional. Estas existem, caracterizando um contrato internacional, quando presente no negócio um elemento de conexão (também chamado elemento de extraneidade) que o ligue a dois ou mais ordenamentos jurídicos nacionais.

O elemento de conexão é, portanto, a situação jurídica capaz de estabelecer o contato do fato com ordenamentos jurídicos de diferentes Estados. Pode ser o domicílio ou a sede dos contratantes, o local onde se encontre o bem objeto do contrato, e até mesmo a vontade das partes. Em matéria de obrigações, entretanto, o elemento de conexão por excelência é o domicílio das partes contratantes. Assim, se diz internacional um contrato quando reúna partes domiciliadas em Estados diferentes e, por isto, implique conexão aos ordenamentos jurídicos dos referidos Estados.

A nacionalidade dos contraentes, por seu turno, não constitui elemento de conexão relevante em matéria de obrigações. O contrato poderá ser internacional ainda que celebrado entre partes que tenham a mesma nacionalidade, e poderá não sê-lo mesmo que as partes tenham nacionalidades diferentes. A internacionalidade do contrato se caracterizará primordialmente pelo fato de as partes terem domicílios em Estados diferentes.

b) O conflito de leis em matéria de obrigações

Como antes dito, a internacionalidade do contrato traz em si a questão do conflito potencial entre as leis a ele aplicáveis, e nos obriga a examinar este traço, que é comum a todo e qualquer contrato internacional: a definição do ordenamento jurídico ao qual o negócio está submetido.

A primeira conclusão a tirar é que qualquer contrato, ainda que internacional, estará necessariamente submetido a algum ordenamento jurídico nacional. Assim é porque, no plano do direito privado, não encontraremos uma única ordem jurídica internacional, mas sim múltiplas ordens jurídicas nacionais, fruto da soberania de estados politicamente organizados, manifestada no poder legiferante de cada um deles.

Este aspecto foi bem conceituado por Celso Ribeiro Bastos e Eduardo Amaral Gurgel Kiss, ao referirem que "o assim chamado "direito internacional privado" é um direito nacional, criado por um Estado, para ser aplicado internamente, e visa disciplinar os conflitos de leis. (...) Portanto o contrato internacional é sempre regulado por uma lei nacional — e não "internacional" — determinada a partir dos critérios fornecidos pelo direito internacional privado". ²

Não há, por isto, espaços vazios no mundo do direito privado. Onde quer que se verifique a existência de uma obrigação, se verificará concomitantemente a presença de um corpo de leis do qual esta obrigação terá emanado, dele recebendo o influxo necessário à própria existência.

A questão, portanto, está em identificar, dentre os ordenamentos jurídicos potencialmente aplicáveis ao contrato, aquele que deva ser-lhe efetivamente aplicado. Em outras palavras, resolver o conflito de leis, o que se faz com recurso a regras conflituais — também denominadas regras de direito internacional privado — do ordenamento jurídico do Estado cujo juiz estiver a decidir a matéria (lex fori).

Podem variar, naturalmente, as regras para a solução do conflito de leis adotadas pelos diferentes países. No que concerne ao direito brasileiro, estas normas estão consubstanciadas na LICC (arts. 7.º a 11), em particular no seu art. 9.º, quanto ao direito das obrigações. Estão aí definidas as situações em que o juiz brasileiro deverá considerar a aplicação do direito estrangeiro, segundo a circunstância em que se tiver originado a obrigação (contrato) levada a seu exame.

Dispõe a norma do art. 9.º da LICC brasileiro que "para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem". A norma é clara, parecendo deixar pouca margem a dúvida: contraída no Brasil a obrigação — isto é, aqui firmado o contrato —, aplicável será a lei brasileira. Inversamente, se firmado o contrato em outro país, é a lei deste que deve ser aplicada pelo juiz brasileiro para qualificar e reger as obrigações emergentes do acordo.

Há, todavia, certos aspectos que merecem consideração, mesmo diante do claro enunciado constante do texto legal. O mais relevante deles está em saber se, no exercício de sua liberdade de contratar, poderão as partes estipular, em seu ajuste, de modo diferente do disposto na Lei de Introdução, adotando por acordo de vontades lei outra que não aquela do país onde a obrigação se constituir.

A tese geral da liberdade das partes disporem em seu contrato sobre a lei a ele aplicável teve origem no séc. XV, formulada pela primeira vez pelo doutrinador francês Charles Dumoulin, tido como o fundador da teoria que passou a chamar-se "autonomia da vontade". Segundo esta teoria, as partes disporiam de ampla autonomia para estipular o que bem lhes aprouvesse em seu contrato, obedecidos exclusivamente os limites da ordem pública internacional e da própria capacidade dos contraentes.

Contrapondo-se à plena autonomia da vontade, desenvolveu-se a doutrina de D'Argentré segundo a qual, na síntese de João Grandino Rodas, "admitir que a vontade possa escolher entre várias leis obrigatórias, significa em última análise espoliar a lei de seu caráter legal, amesquinhando-se o império do legislador. Não há razão, completa ele, para a existência dessa faculdade no comércio internacional, quando ela inexiste nas relações internas e quando contraria o objeto do direito internacional privado". 8 Para os seguidores desta corrente seria, pois, inadmissível a adoção de lei outra, por mera escolha das partes, que não aquela estipulada pelo legislador da lex tori.

A polêmica a respeito da existência, ou não, de plena liberdade das partes para a escolha da lei aplicável ao contrato é, como se vê, mais do que secular, e até hoje não está satisfatoriamente resolvida. Perduram vivas as

duas correntes, a despeito do enorme crescimento do comércio internacional ocorrido neste século, a recomendar que a doutrina do direito internacional privado houvesse encontrado adequada solução. Pois não obstante tudo o que a respeito já se escreveu, prossegue a peleja.

A corrente objetivista, opondo-se à autonomia da vontade em matéria de lei aplicável, sustenta, como J. P. Niboyet, que "a autonomia da vontade, considerada como o poder de escolha da lei competente, não existe". 4 No mesmo sentido, embora de forma menos categórica, Henri Batiffol, afirma que "não pertence às partes a escolha da lei que deve reger; uma lei se impõe de autoridade, não se escolhe; que uma certa autonomia seja desejável, é até necessário, ninguém o duvida, mas que as partes sejam livres de escolher a lei que governará o conjunto de suas relações contratuais é, do ponto de partida, inconsistente e explica a incerteza dos resultados". 5

Na mesma linha entre nós pontificou Amílcar de Castro, afirmando que "os contratos em geral são essencialmente dominados pela liberdade das convenções, mas isto não quer dizer que as partes possam fugir do direito que lhes deva ser imposto, escolhendo outro mais de seu agrado, e sim apenas que, dentro de certos limites, mais ou menos amplos, traçados por disposições imperativas, as disposições facultativas deixam à vontade dos particulares a regulamentação contratual de seus interesses privados, o que é coisa muito diferente da escolha do direito por autonomia da vontade. (...) As partes não fazem direito como e quando queiram, nem podem escolher direito a capricho: na esfera do direito primário, ou na esfera do direito internacional privado, estão sempre à mercê do direito independentemente de sua vontade efetiva, sem ou contra esta". ⁶

Contra esse entendimento batem-se os subjetivistas, partidários da plena autonomia da vontade das partes, inclusive no tocante à escolha da lei aplicável ao negócio que estão a realizar. Irineu Strenger dá notícia da posição de Barthelemy Mercadal, segundo a qual é regra que a lei aplicável ao contrato internacional depende da escolha das partes. 7 No Brasil, foi defensor intransigente da autonomia da vontade Haroldo Valladão, segundo o qual "a admissão geral e firme do princípio da autonomia da vontade (...) está confirmada no direito comparado e no direito internacional". 8

No tocante ao direito positivo brasileiro a questão foi, também, objeto de aceso debate. A controvérsia teve início com a nova Lei de Introdução ao Código Civil editada em 1942, em substituição à Lei de Introdução editada juntamente com o Código Civil de 1916. Na Lei de Introdução original havia clara aceitação da autonomia da vontade, expressa no art. 13, cujos dizeres estabeleciam a aplicação da lei do lugar de celebração do ajuste, salvo estipulação em contrário pelas partes. Estava aí o reconhecimento de que às partes era facultado estipular de forma diversa da regra geral, que se aplicaria, pois, supletivamente.

Já na Lei de Introdução de 1942 essa liberdade deixou de ser reconhecida no texto legal. O art. 9.º da nova lei passou a dizer simplesmente que "para qualificar e reger as obrigações, aplica-se a lei do país em que se constituírem." Com tal supressão, teria o legislador pretendido opor-se à autonomia da vontade na escolha da lei aplicável para reger as obrigações. No dizer de José Inácio Gonzaga Fran-

ceschini, chega-se "à inarredável conclusão de que, perante o Direito Internacional Privado Brasileiro, face à meridiana mens legis, a autonomia da vontade não pode ser reconhecida como elemento de conexão contratual".

Também para Campos Batalha, "face à Lei de Introdução ao Código Civil não pode pairar dúvida: inaceitável é a autonomia da vontade para a indicação da lei aplicável". 10

Haroldo Valladão, por seu turno, não é menos veemente ao sustentar que "insistiremos mais uma vez no princípio da autonomia da vontade, para não se dizer, simplisticamente, que, apesar da vigência no direito brasileiro (...) teria desaparecido porque a ele não se referira, categoricamente, o art. 9.°, caput, da LICC." Cita também acórdão do STF relatado pelo Min. Philadelpho Azevedo, para quem "princípios básicos do nosso direito não podem desaparecer por sua simples omissão num código ou numa lei." 11

Como se vê, a questão permanece inconclusa. Parece prevalecer ainda, dentre os doutrinadores brasileiros, o entendimento da corrente objetivista. Já quanto à jurisprudência, manifestações recentes são inexistentes.

Por outro lado, a celebração de contratos internacionais por empresas domiciliadas no Brasil, grandemente intensificada nas duas últimas décadas, pôs em confronto a tendência doutrinária brasileira com a prática dominante em países de economia desenvolvida, onde com muito maior frequência se admite a escolha da lei aplicável aos contratos. Como lembra Luiz Olavo Baptista, "um simples exame da legislação comparada mostra que a autonomia é rainha nos países que têm maior volume de negócios internacionais." 12

Na busca de posições de harmonização, a doutrina brasileira tem evoluído no sentido da aceitação da autonomia da vontade na escolha pelas partes da lei aplicável ao contrato. embora cautelosamente a condicione a certos pressupostos. Esta é, p. ex., a posição de Arnoldo Wald, ao argumentar que "quando a lei brasileira for supletiva, nada impede que as partes, podendo decidir a matéria de acordo com seu livre arbítrio, recorram ao critério estabelecido por uma lei estrangeira, pois a liberdade contratual admite a solução dos problemas e litígios de acordo com critério estabelecido pelas partes, que pode ser o adotado por uma lei estrangeira. (...) Assim sendo, não há dúvida quanto à possibilidade de regular contrato celebrado no Brasil por leis estrangeiras no campo em que o Direito brasileiro for supletivo, sendo inválida e ineficaz tal cláusula sempre que a lei brasileira reguladora da matéria for de ordem pública". 18

É também o que preleciona Irineu Strenger, apoiando-se em Campos Batalha para afirmar que "apesar de não ter a Lei de Introdução reproduzido o preceito que admitia a estipulação das partes, para formular apenas a regra do jus loci contractus, não fez incluir qualquer proibição expressa da aplicação da teoria da autonomia da vontade." 14

c) A Lex Mercatoria

A polêmica a respeito da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais parece ainda longe de uma solução unânime, sobretudo ao se considerar que nela intervém um sem número de países, com culturas jurídicas e interesses distintos uns dos outros. A perplexidade ocasionada por este estado de coisas

é fator de estímulo para o desenvolvimento de soluções alternativas pelos agentes econômicos do comércio internacional, consubstanciadas em regras próprias que pretendem constituir-se em um quase-direito, ao qual se convencionou chamar lex mercatoria internacional.

Em notável observação a respeito da "ressurreição" da lex mercatoria, Yvon Loussouarn e Pierre Bourel chamam a atenção para o fato de que surge ela no bojo de uma verdadeira "crise do conflito de lei", levando à recusa do direito estatal, particularmente no campo do direito do comércio internacional. 15

As origens da nova lex mercatoria, informa Suzan Lee Zaragoza de Rovira, situam-se em proposição surgida na década de 60, quando Clive Schmitthoff se referiu a um ius mercatorum. essencialmente a-nacional, que "teria condições de substituir os direitos estatais, geralmente pouco próprios para a organização do comércio internacional, e para resolver seus conflitos." 16 Seus mais renomados defensores são Berthold Goldman e Philippe Kahn para quem as relações econômicas internacionais seriam imunes ao direito estatal, a elas se aplicando um direito foriado a partir de condutas uniformemente adotadas pelos diferentes agentes econômicos. Tais normas seriam, pois, suficientes para regular as relações de uma autêntica "sociedade de compradores e vendedores", cuja presença se verificaria, p. ex., na instituição da venda comercial internacional.

A lex mercatoria consistiria, pois, no conjunto de práticas adotadas reiterada e uniformemente pelos agentes econômicos do comércio internacional, entre as quais se destacariam os chamados contratos-modelo instituídos por associações profissionais, as condições

gerais de venda, os termos comerciais internacionais (Incoterms) e as normas sobre crédito documentário da Câmara de Comércio Internacional de Paris. Tais instrumentos funcionariam, ao mesmo tempo, como manifestações da tendência à uniformização do direito do comércio internacional, superando as barreiras dos direitos nacionais para consagrar uma forma de direito supranacional.

Críticas acerbas foram feitas à lex mercatoria por Haroldo Valladão, para quem "os estados em desenvolvimento têm longa e farta experiência desses malfadados contratos tipos e princípios, base de sua espoliação por tantos anos. (...) Para felicidade humana, estão repudiados na comunidade internacional. Considerem-se as absurdas cláusulas de limitação de responsabilidade, de uma renitência inexplicável em 1979!" 17 Também Luiz Olavo Baptista vislumbrou na lex mercatoria a ação e "os interesses das empresas multinacionais, especialmente das de exploração de minerais, inclusive petróleo, que procuravam subtrair o regime jurídico das concessões que lhes eram feitas, do genus contrato administrativo, e à suieição ao Iudiciário do Estado concedente, interesses e teorias essas que encontraram abrigo nos Estados onde mantinham sua sede e nos trabalhos dos juristas a seu servico." 18

Não há como negar, contudo, que a adoção de normas costumeiras do comércio internacional pode representar, efetivamente, um elemento de superação de conflitos de leis nacionais. Tal fato não significa, contudo, que se esteja a criar um direito supranacional; trata-se mais propriamente da uniformização das normas jurídicas aplicáveis em diferentes Estados, que passam a incorporar as regras consuetu-

dinárias do comércio internacional aos seus próprios direitos nacionais.

A esse respeito manifestou-se com clareza o internacionalista argentino Antonio Boggiano, para quem "la lex mercatoria puede ser concebida no como un sistema jurídico autónomo, o hasta cierto punto "autónomo", creado por términos y usos del comercio internacional fuera de los derechos nacionales, sino como un conjunto de reglas y principios dentro de ellos, en los intersticios y límites que los sistemas de derecho internacional privado les dejan para crear, con delimitada libertad, un nuevo derecho común del comercio internacional, común a todos los derechos nacionales. A nuestro modo de ver, la lex mercatoria es un derecho intersticial. Es también un derecho común porque puede considerarse aceptado en los límites de los distintos sistemas nacionales de derecho internacional privado, no de derecho privado". 19

Nada há que temer, portanto, na utilização de preceitos da lex mercatoria, já que, como os usos e costumes, constituem fonte de direito da mais baixa hierarquia. Não terão eficácia contra o direito positivo, e muito menos contra normas de ordem pública interna. Ignorar sua existência e crescente influência no campo das relações jurídicas internacionais, por outro lado, seria negar um dado de realidade.

3. A jurisdição estatal no contrato internacional

a) Alternativas de solução de controvérsias contratuais

Não são raras as controvérsias relativas à interpretação ou execução de contratos internacionais. Justamente por implicar, na maioria dos casos, em obrigação constituída entre ausen-

tes, cada um dos quais sob a influência de seus próprios padrões sociais, econômicos, políticos e jurídicos, o campo para divergências chega a ser maior do que num contrato entre partes inseridas num mesmo contexto cultural.

A possibilidade de recorrer-se à solução forçada de disputas contratuais nos contratos internacionais não deve, pois, ser minimizada. Além disto, a existência de um dispositivo contratual adequado para resolver as eventuais diferenças entre as partes pode, por si só, constituir um fator de estabilização do negócio.

A previsão da solução de controvérsias contratuais por meio de arbitragem é prática corrente nos contratos internacionais, prática esta de tal modo dominante que pode dizer-se raro o contrato internacional que não contenha esta previsão. O mesmo não se pode dizer, entretanto, das controvérsias contratuais efetivamente levadas a arbitragem. É que a estipulação contratual de submeter à arbitragem as divergências porventura surgidas entre as partes no contrato não implica, sempre e necessariamente, na possibilidade concreta de instituir-se o juízo arbitral quando do surgimento da controvérsia.

De fato, no direito brasileiro vigente não se tem reconhecido a execução específica da cláusula arbitral (ou compromissória). Vale dizer, o eventual descumprimento dessa cláusula por qualquer das partes pode tornar impossível a instituição do juízo arbitral, já que, para formar-se este validamente, seria indispensável a celebração do compromisso arbitral por ocasião do surgimento do litígio, como determinam o CC (art. 1.037) e o CPC (art. 1.072), com o concurso de ambas as partes nele envolvidas.

Inexistindo acordo entre as partes para a celebração do compromisso, prejudicada resultaria a arbitragem. Nessa hipótese, a solução da controvérsia somente poderá ser dada pela jurisdição estatal competente, diante da cláusula compromissória.

Tendo em vista que a arbitragem comercial constitui um tema tanto específico quanto vasto, merecedor de análise individualizada, nestas considerações limitamo-nos a lembrar que a existência de uma cláusula compromissória no contrato internacional não é, no Brasil como em muitos países, garantia de afastamento da jurisdição estatal.

Vale mencionar que em recente pronunciamento, o Superior Tribunal de Justiça acolheu, por maioria de uma de suas turmas, a executoriedade da cláusula compromissória, desde que se trate de contrato internacional. A ementa declara que "nos contratos internacionais submetidos ao Protocolo (de Genebra de 1923), a cláusula arbitral prescinde de ato subsequente do compromisso e, por si só, é apta a instituir o juízo arbitral" (REsp. 616-RJ, DJU 13.8.90, rel. Min. Gueiros Leite).

b) Jurisdição contenciosa no contrato internacional

Com o intuito de objetivar a abordagem do tema, não nos deteremos em definições de "jurisdição" e "competência", ou na distinção terminológica entre estes termos. Para o exame da questão basta fixar o conceito de que, assim como suscita o conflito potencial de leis na esfera do direito substantivo, a internacionalidade do contrato pode também suscitar indagações no terreno do direito adjetivo.

Com efeito, o surgimento de controvérsias nas relações contratuais do comércio internacional coloca, como questão preliminar a ser focalizada pelas partes, o foro onde se buscará a prestação jurisdicional para solução do eventual litígio. Não se trata de questão menor: ao contrário, de sua formulação podem derivar diferentes resultados, mais ou menos adequados a esta ou àquela parte.

Lembremos primeiramente que a jurisdição à qual submeter a controvérsia não se subordina exclusivamente à vontade de uma ou de ambas as partes contratantes. A jurisdição é dada pela Constituição e pelas leis de cada Estado, também aqui caracterizando o exercício da soberania. Determinam elas os limites de competência do respectivo Poder Judiciário, não somente na divisão interna das atribuições jurisdicionais como, também, na defrontação com o Poder Judiciário de outros Estados.

Quer isto dizer que é na lex fori que se buscará a delimitação da competência do Poder Judiciário de cada Estado sem excluir, naturalmente, os tratados e convenções, nos quais os Estados possam estabelecer regras de convivência e harmonização de suas respectivas atribuições jurisdicionais. Mas o que importa salientar é que cada Estado fixa unilateralmente sua própria jurisdição e sua própria competência. No dizer de Loussouarn e Bourel, "les règles françaises de conflits de juridictions déterminent compétence des juridictions françaises et non celles des juridictions étrangères. Tout ce qu'elles peuvent faire est de décider si le tribunal français est ou non compétent: elles ne sauraient attribuer compétence à un tribunal étranger". 20

Ora, se os limites da competência jurisdicional são determinados pela lex fori, resulta que o juiz somente

poderá conhecer de litígios que se localizarem dentro da esfera de competência que lhe foi outorgada por sua própria lei. Nada adiantará, pois, que as partes no contrato queiram atribuir a determinado juiz certa competência, se esta não lhe houver sido deferida por seu estatuto nacional.

A questão da competência jurisdicional precede, portanto, até mesmo a questão da lei aplicável ao contrato. Antes de qualquer outra decisão precisará o juiz indagar-se sobre sua própria competência, e só no caso de considerar-se competente poderá prosseguir na determinação da lei aplicável ao contrato.

No direito brasileiro, a atribuição genérica da função jurisdicional encontra-se no Código de Processo Civil (art. 1.°). No que concerne à competência geral ou internacional, os limites são encontrados na LICC (art. 12) e nos arts. 88, 89 e 90 do CPC. Também a Convenção de Direito Internacional Privado (Código Bustamante), subscrita pelo Brasil e por vinte outras nações americanas, contém norma a respeito da competência do juiz nacional em matéria cível e comercial (art. 323), mas o faz subordinando-se ao direito local, motivo pelo qual basta examinar o que a respeito determina o Código de Processo Civil de cada país.

Segundo as normas do art. 88 do CPC, é competente o juiz brasileiro quando: a) aqui for domiciliado o réu, independentemente de sua nacionalidade; b) no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; c) a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil. Presente qualquer uma dessas situações, poderá o juiz brasileiro dar-se por competente para conhecer o litígio e adjudicar-lhe a sentença. Tal competência não exclui, po-

rém, competência concorrente que possa também ter o juiz estrangeiro sobre a mesma matéria.

Já no art. 89 o legislador processual estabelece as matérias sobre as quais somente o juiz brasileiro pode decidir. São elas: a) ações relativas a imóveis situados no Brasil; b) inventário e partilha de bens situados no território brasileiro, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do Brasil. Nestes temas, inútil o pronunciamento judicial estrangeiro, que será inexecutável no Brasil pelo fato de nosso estatuto processual não reconhecer competência alguma ao Judiciário estrangeiro para decidir sobre tais matérias.

A característica unilateral da outorga de jurisdição fica patenteada nos dizeres do art. 90 do CPC, segundo os quais o conhecimento da ação por tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que o juiz brasileiro conheça da mesma causa ou das que lhe forem conexas. Quer isto dizer que, pelo menos em tese, poderá apresentar-se um conflito positivo de competência de impossível solução (salvo no âmbito do Código Bustamante, cujos arts. 394 e 397 oferecem solução para a litispendência e para a prevenção de competência).

c) Eleição de foro no contrato internacional

A acesa polêmica sobre a autonomia da vontade para a escolha da lei aplicável não se reproduz, felizmente, no tocante à eleição de foro para a solução de controvérsias no contrato internacional. Neste aspecto, tanto a doutrina como a jurisprudência brasileiras são acordes em reconhecer a possibilidade de eleição, pelas partes no contrato, do foro competente para a solução de litígios dele decorrentes —

salvo em casos especiais, como nos contratos administrativos e naqueles em que se faça presente matéria de ordem pública.

A regra de prorrogação jurisdicional está, expressamente aceita no texto do CPC. Com efeito, diz seu art. 111 que "a competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações". Como se vê, está consentido o acordo de vontades a respeito da eleição do foro, salvo quando este for definido em razão da matéria ou da hierarquia.

No contexto dos países signatários do Código Bustamante, a autonomia da vontade para eleição do foro é, também, reconhecida com explicitude, no art. 318, ao definir que "o juiz competente, em primeira instância, para conhecer dos pleitos a que dê origem o exercício das ações cíveis e mercantis de qualquer espécie, será aquele a quem os litigantes se submetam expressa ou tacitamente, sempre que um deles, pelo menos, seja nacional do Estado contratante a que pertença ou tenha nele o seu domicílio e salvo o direito local, em contrário "

Arnoldo Wald dá notícia de que "o Supremo firmou definitivamente — e talvez irreversivelmente — o seu entendimento favorável à validade do foro do contrato, não ensejando, pois, o problema maiores controvérsias jurisprudenciais." E acrescenta o mesmo jurista, em comentário que é anterior ao vigente Código de Processo Civil, que "para os internacionalistas, o art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil, que considera competente a autoridade judiciária quando o réu está

domiciliado no Brasil ou em nosso país tiver de ser cumprida a obrigação, é de natureza supletiva, podendo a sua aplicação ser afastada pela vontade das partes." ²¹

Lembra Luiz Olavo Baptista que no Brasil a doutrina e a jurisprudência hesitaram por bom tempo, até que a Súmula 335 do STF tornou a questão pacífica. Com efeito, os dizeres da referida súmula afastam qualquer dúvida, quando afirmam: "É válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato."

Mas se já não há dúvida a respeito da possibilidade das partes elegerem o foro para a solução de suas eventuais controvérsias, é preciso, não obstante, que tenham elas presente, no momento em que exercitarem sua autonomia de escolha, que a lei do foro a eleger deverá consentir na prestação jurisdicional (como faz, p. ex., o art. 88 do CPC no caso brasileiro). Para tanto, será geralmente necessário que o contrato possua alguma conexão com o país em causa, à falta do que poderá ser recusada a prestação jurisdicional, quando buscada pelas partes.

d) Execução de sentença estrangeira no Brasil

A execução de julgado estrangeiro no Brasil é matéria de direito positivo, contemplada no art. 15 da LICC e no art. 483 do CPC brasileiro. Este último dispositivo é lacônico, apenas estabelecendo que constitui requisito essencial para tal execução a prévia homologação da sentença pelo Supremo Tribunal Federal, a cujo Regimento Interno remete a questão. Este, por seu turno, reproduz em parte, no art. 215 e seguintes, os dizeres da Lei de Introducão. embora acrescentando major detalhe em seus dispositivos.

A sentença proferida no estrangeiro é, portanto, executável no Brasil, desde que homologada pelo STF. De forma sucinta, os requisitos para tal homologação são: a) haver sido proferida por juiz competente; b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias à execução no lugar em que foi proferida; d) estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução oficial (art. 217, RISTF).

O processo de homologação obedece ao princípio do contraditório, sendo de se observar, no entanto, que a matéria de contestação pelo requerido está adstrita a autenticidade dos documentos, a inteligência (no sentido de compreensibilidade) da sentença, e a observância de requisitos formais estabelecidos no próprio Regimento (art. 221, RISTF). Não é lícito ao contestante, assim, reabrir o exame do mérito da decisão estrangeira, pois a manifestação do STF limitar-se-á aos aspectos extrínsecos da sentença.

Mas mesmo assim há cuidados a tomar. É que não será homologada a sentença estrangeira que ofender a ordem pública e os bons costumes. E entre os princípios de ordem pública brasileira está a regular citação da parte-ré no processo de conhecimento conduzido no estrangeiro, citação esta que deverá, necessariamente, ocorrer por meio de carta rogatória, se for o réu domiciliado no Brasil.

Esta é a posição reiterada e inflexível do Supremo Tribunal Federal, que considera nula a sentença proferida em Tribunal de outro país, quando preterida a formalidade essencial de citação por via de carta rogatória (como exemplos, as SE 2.736 e SE 3.889-7, em votações unânimes do Tribunal Pleno).

Uma vez homologada a sentença estrangeira pelo Supremo Tribunal Federal, será ela equivalente, em tudo e por tudo, a sentença nacional de mesma natureza, executável por carta de sentença no domicílio do réu. Todavia, lembra Campos Batalha que a sentença estrangeira em si mesma não é passível de rescisão pela Justiça brasileira; apenas a sentença homologatória poderá sê-lo, por constituir prestação jurisdicional do Estado brasileiro. ²²

4. Conclusão

Os aspectos aqui abordados estão entre aqueles que o advogado de empresa tem necessariamente de enfrentar, diante do contrato internacional. Cada contratação apresentará, naturalmente, particularidades que tornarão mais ou menos complexo o equacionamento dos aspectos jurídicos incidentes; contudo, os conceitos de lei aplicável e de jurisdição competente estarão sempre presentes, a exigir formulação adequada para conferir consistência e segurança ao contrato.

NOTAS

- 1. Haroldo Valladão, "O Contrato Internacional", in Arquivos do Ministério da Justiça, n. 156, out./dez. 1980, p. 119.
- 2. Celso Ribeiro Bastos e Eduardo Amaral Gurgel Kiss, Contratos Internacionais, Ed. Saraiva, SP, 1990, p. 3.
- 3. João Grandino Rodas, "Elementos de Direito Internacional Privado", in Contratos Internacionais, Ed. RT, SP, 1985, p. 23.
- 4. Apud José Inácio G. Franceschini, "A Lei e o Foro de Eleição", in Contratos Internacionais, Ed. RT, SP, 1985, p. 97.
- 5. Irineu Strenger, Contratos Internacionais do Comércio, Ed. RT, SP, 1986, p. 28.
- 6. Amílcar de Castro, Direito Internacional Privado, 4.º ed., Ed. Forense, Rio, 1987, pp. 441-443.

- 7. Irineu Strenger, op. cit., p. 97.
- 8. Haroldo Valladão, op. cit., p. 116.
- 9. José Inácio G. Franceschini, op. cit., p. 98.
- 10. Wilson de Souza Campos Batalha, Tratado de Direito Internacional Privado, Ed. RT, SP, 1977, t. II, p. 247.
 - 11. Haroldo Valladão, op. cit., p. 118.
- 12. Luiz Olavo Baptista, "Contratos Internacionais", in Revista Forense, 270/91.
- 13. Arnoldo Wald, "Validade das Convenções sobre Foro do Contrato", in *Estudos e Pareceres de Direito Comercial*, Ed. RT, SP, 1972, pp. 270-271.
- 14. Irineu Strenger, Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado, Ed. RT, SP, 1968, p. 202.

- 15. Yvon Loussuoarn e Pierre Bourel, Droit International Privé, 2ème ed., Dalloz, 1980, p. 75.
- 16. Suzan Lee Zaragoza de Rovira, "Estudo Comparativo Contratos Internacionais", in Contratos Internacionais, Ed. RT, SP, 1985, p. 53.
 - 17. Haroldo Valladão, op. cit., p. 124.
- 18. Apud Suzan Lee Zaragoza de Rovira, op. cit., p. 58.
- 19. Antonio Boggiano, Derecho Internacional Privado, t. III, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 321.
- 20. Yvon Loussouarn e Pierre Bourel, op. cit., p. 554.
 - 21. Arnoldo Wald, op. cit., p. 265.
- 22. Wilson de Souza Campos Batalha, op. cit., p. 479.

CLÁUSULAS CONTRATUAIS DE INDEXAÇÃO DE PREÇOS FÁBIO KONDER COMPARATO

1. Após tantas aventuras ruinosas de manipulação monetária, chegamos a tal ponto de insegurança nas relações econômicas que quase ninguém sabe, ao certo, distinguir o lícito do ilícito no campo das estipulações pecuniárias. São válidas todas e quaisquer cláusulas de indexação de preço, ou nenhuma delas é lícita? Entre esses extremos, será possível reconhecer um regime mediano de validade e eficácia, apontando as estipulações que não ofendem normas de ordem pública e indicando a sua fundamentação legal?

Para responder a essa indagação, que diz respeito a um dos campos mais conturbados do direito positivo brasileiro, é preciso começar por uma análise meticulosa do emaranhado de leis, decretos-leis e medidas provisórias que foram sendo lançados a mancheias nos últimos anos, de modo febril e incoerente, na vã tentativa de conter o avanço inflacionário. Mas esse exame do direito positivo seria improfícuo, para a solução do problema proposto, sem o prévio esclarecimento dos conceitos técnicos e princípios fundamentais do direito monetário.

I — Conceitos e princípios

2. Ninguém ignora que a moeda exerce duas funções básicas no campo das relações jurídicas obrigacionais: a de medida de valor econômico e a de instrumento de pagamento. ¹

O que, no entanto, não tem sido suficientemente sublinhado, como deveria, é o fato óbvio da interconexão entre essas duas funções da moeda. Se ela é o bem fungível por excelência, aquele que substitui economicamente qualquer outro, de natureza material ou imaterial, servindo, por conseguinte, como meio universal de pagamento, é justamente porque ela atua como medida de valor; ou seja, todo e qualquer bem ou serviço pode ser avaliado em termos monetários.

Ora, essa interdependência entre a moeda-valor e a moeda-pagamento funda-se no seu poder aquisitivo. Ela é concomitantemente, como se costuma dizer na linha do pensamento clássico, mensura e mensuratum: é medida de valor e objeto de avaliação; ela traduz a valia de mercadorias e circula também, ela própria, como mercadoria. Em outras palavras, nenhum sistema monetário, por mais forte e eficiente que seja, prescinde de outro parâmetro de valor, em função do qual a moeda é apreciada na vida econômica. A unidade monetária que perde poder aquisitivo, que vê restringida, economicamente falando, a sua fungibilidade ou aptidão a substituir outros bens, desvaloriza-se no mercado e vê, em consequência, proporcionalmente diminuído o seu poder solutório de obrigações.

O parâmetro tradicional de avaliação da moeda metálica foi o seu valor intrínseco, aferido pelo padrão, que determinava a natureza, quantidade e título do metal. Com a introdução do papel-moeda, o parâmetro de avaliação passou a ser o valor do lastro, admitida a plena convertibilidade de uma em outro. É o que ocorreu com o papel-moeda, geralmente lastreado em prata, no princípio do séc. XIX, e em ouro, de 1850 em diante.

O sistema do gold standard acabou sendo abandonado com o término da 1.ª guerra mundial, em razão do inadequado suprimento de ouro como reserva monetária. Em seu lugar, criouse o gold-exchange standard, pelo qual a moeda de um país, livremente convertível em ouro a uma taxa de câmbio fixa, pode ser mantida como reserva. O sistema funcionou, de início, com a libra esterlina e o dólar americano como principais moedas de reserva. A crise de 1929, abalando o sistema financeiro mundial, provocou, já em 1931, a declaração de inconvertibilidade do esterlino.

A partir da 2.ª guerra mundial, até 1971, ano em que os Estados Unidos aboliram unilateralmente a convertibilidade de sua moeda em ouro, o sistema financeiro ocidental foi, na verdade, um dollar-exchange standard. Ainda hoje, o dólar continua a ser a principal moeda de reserva no plano internacional. Em alguns casos — como em Hong-Kong e na Argentina, p. ex. — a moeda nacional é livremente convertível no dólar norte-americano.

Na verdade, a inconvertibilidade monetária é filha da guerra e das crises econômicas. Nos países que a adotaram, no entanto, as crises inflacionárias acabaram por introduzir, aos poucos, outros parâmetros de avaliação da moeda nacional: índices gerais ou específicos de preços, de remunerações,

ou de custo de vida. É sempre a busca de um padrão fixo de referência, para corrigir a mutabilidade incontrolada da medida oficial de valor, geradora de grave insegurança na vida econômica.

3. A segurança nas transações constitui, de fato, a essência da chamada ordem pública econômica, cuja manutenção é tarefa fundamental do Estado. Sendo ela intimamente vinculada ao sistema monetário, o monopólio de emissão de moeda, reconhecido desde a mais remota antigüidade como atributo do soberano, desdobra-se no dever público de garantir um mínimo de estabilidade à moeda oficial, em sua dupla função de medida de valor e instrumento de pagamento.

As moedas não são, pois, uma livre criação dos agentes econômicos, mas instituições públicas. ² Em todos os Estados, há uma moeda de curso legal, isto é, que circula oficialmente por emissão do poder estatal, e que não pode, por isso mesmo, deixar de ser aceita como meio de pagamento. É a "moeda corrente", mencionada no art. 947 do CC, ou unit of account da terminologia inglesa.

Nas Ordenações (Livro 4.º, tít. XII), já se dispunha: "qualquer pessoa, que enjeitar nossa moeda verdadeira lavrada de nosso cunho, se for peão, seja preso e acoutado publicamente, e sendo homem, que não caibam açoutes, seja preso e degradado para a África per dous annos." Ademais, determinava-se ainda, no Livro 1.º, título LXXVIII, § 16, que os tabeliãos "não farão contracto algum, de qualquer qualidade que seja, ou convença, em que intervenha dar, ou tomar dinheiro per moedas antigas, senão pelas moedas de ouro, prata ou cobre, que no Reino correrem ao tempo do tal contracto, sob pena de perdimento dos Officios".

Em nosso direito positivo, constitui contravenção penal o fato de alguém "recusar-se a receber, pelo seu valor, moeda de curso legal do país" (Lei das Contravenções Penais, art. 43).

Sucede, porém, que a força circulante da moeda não se funda, apenas, na imposição da lei, ainda que sancionada penalmente, mas deriva também da confiança que o povo nela deposita, como instituição estatal. Se essa confiança é abalada, como sucede nos momentos de aguda crise econômica ou política, não basta impor a aceitação da moeda de curso legal como meio de pagamento e punir a sua recusa. É preciso, ainda, tornar a moeda oficial o único instrumento de pagamento válido, nas obrigações que não sejam de natureza internacional. É o curso forçado.

Na vigência do sistema do padrãoouro, a instituição do curso forçado significava, antes de mais nada, a inconvertibilidade da moeda nacional. Hoje, ele exprime a exclusividade da moeda-corrente no país, como meio de pagamento de obrigações de qualquer espécie. Como meio de pagamento, note-se bem, e não como simples objeto da prestação obrigacional, a exemplo do que sucede no contrato de câmbio, em que se compram e vendem moedas estrangeiras.

Ademais, como a jurisprudência reconheceu desde logo, a instituição da moeda de curso forçado é uma exigência de ordem pública nacional, não se estendendo, obviamente, aos pagamentos internacionais. ³

Os autores costumam também estabelecer a distinção entre obrigações pecuniárias e obrigações monetárias, também chamadas de espécie pecuniária. 4 Objeto das primeiras é uma quantia em moeda de curso legal. Já nas segundas, estipula-se o pagamento em certa e determinada espécie de moeda, nacional ou estrangeira. ⁵ Era de obrigações monetárias, ou de espécie pecuniária, que cuidavam os revogados §§ 1.º e 2.º do art. 947 do CC, facultando ao devedor pagar o equivalente da quantia de espécie monetária expressa no título, "em moeda-corrente no lugar da prestação, ao câmbio do dia do vencimento."

4. Diversa da questão do curso legal, ou do curso forçado, é a do valor da moeda como meio de pagamento. Aquela diz respeito à circulação da moeda nacional; esta, ao seu poder aquisitivo. As partes num negócio jurídico podem ter o dever legal de estipular o pagamento em moedacorrente; mas, salvo proibição expressa de lei, são livres de atribuir à moeda de curso forçado o valor liberatório que bem entenderem, por meio de cláusulas de indexação.

No direito inglês, desde o acórdão da Casa dos Lordes de 1934, no caso Feist v. Société Intercommunale Belge d'Électricité, tem-se reconhecido que a validade e eficácia das cláusulas de indexação nada têm a ver com a questão do curso forçado da moeda nacional. A Na França, a Corte de Cassação, em julgado de 25 de março de 1981, decidiu que "la stipulation d'une obligation en monnaie étrangère est licite, dès lors que cette monnaie est prévue, non comme instrument de payement mais comme unité de compte". 7

Nesse particular, as diferentes legislações nacionais podem ser classificadas, historicamente, em nominalistas ou valoristas, conforme imponham ou não, em qualquer circunstância, o respeito ao valor nominal da soma devida nas obrigações pecuniárias. Nominalista, p. ex., é, tradicionalmente, a legislação francesa. A disposição do art. 1.895 do Código Napoleão, referente ao mútuo pecuniário, foi durante muito tempo tomada como paradigma: "l'obligation qui résulte d'un prêt en argent, n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat. S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du payement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du payement".

É importante assinalar que o sistema de direito privado brasileiro, tal como resulta das disposições de base do Código Comercial e do Código Civil, não adotou o sistema nominalista. Em nenhum dos dois Códigos, impôs-se aos credores de somas pecuniárias o recebimento da quantia expressa no título de dívida pelo seu valor nominal, com proibição de ágio ou indexação a outro parâmetro de avaliação. As disposições do art. 195 do CCom. e do art. 947 do CC dizem respeito à espécie de moeda de pagamento e não ao seu poder aquisitivo. E a norma do art. 1.258 do CC, que é ius dispositivum, só se aplica à hipótese que menciona: mútuo em moedas de ouro e prata.

5. As cláusulas de indexação da quantia devida em títulos de obrigação pressupõem, sempre, que o pagamento se faça em moeda corrente ou de curso legal. Até mesmo as estipulações de pagamento em ouro, em vários países e no direito internacional, têm sido interpretadas como meras cláusulas de valor-ouro, ou seja, de referência à cotação do metal. Ou seja, procura-se fazer a conversão da cláusula-curso em cláusula-valor, segundo o princípio

hermenêutico da conservação do contrato. 9

Mas o padrão ou índice de cálculo, em tais cláusulas, não é, obviamente, apenas a cotação de um metal precioso. A indexação pode fazer-se com referência a índices oficiais ou não-oficiais de preços, seja uma média geral de preços no mercado, seja a evolução de preços em determinados setores da atividade econômica (índices de preços no atacado, ou do custo da construção civil, p. ex.). Ou então, o índice escolhido pode ser a cotação de determinada moeda estrangeira, denominada moeda de conta (indexação cambial).

Na análise jurídica das cláusulas de indexação cambial, houve quem sustentasse que a moeda estrangeira está in obligatione, enquanto a moeda nacional apenas in solutione. 10 Essa interpretação foi convincentemente refutada por Ascarelli, ao mostrar que na indexação cambial a obrigação não é estipulada em moeda estrangeira, sendo esta indicada tão-só como mero índice de referência para a liquidação da soma devida. 11 Há que se distinguir, pois, as obrigações pecuniárias indexadas a moeda estrangeira, das obrigações de pagamento em moeda estrangeira, as quais, por força da facultas solutionis legal — como a que previam os revogados §§ 2.º e 3.º do art. 947 do CC — podem ser solvidas, à escolha do devedor, em moeda nacional pelo câmbio do dia do pagamento.

Ao falar em liquidação da soma devida, com base na cotação da moeda estrangeira indicada no título da obrigação, Ascarelli já insinuava a explicação que lhe parecia a melhor para a natureza das cláusulas de indexação de qualquer tipo. Tratar-se-ia, segundo sustentou, de autênticas dívidas de

valor e não de dinheiro, entendendo-se que aquelas designam não o valor nominal da moeda de pagamento, mas o seu poder aquisitivo. Ora, como os valores não existem in rerum natura, mas são sempre relações, toda dívida de valor é objeto de avaliação (aestimatio) e liquidação (taxatio). 12

A interpretação ascarelliana nesse passo não parece, contudo, a melhor. Como foi salientado recentemente, 13 as cláusulas de indexação realizam uma espécie de "valorização a priori", mediante a aplicação de um critério de adequação do valor da obrigação, estipulado pelas partes. Nas dívidas de valor, ao revés, o índice é decidido no momento da liquidação, segundo o prudente critério do juiz. Ademais, nas dívidas de valor o dinheiro é entendido como sucedâneo de outro bem. este sim objeto da obrigação; ao passo que nas obrigações indexadas a soma pecuniária é, inconstestavelmente, o id quod debetur. É por isso mesmo, aliás, que a fixação da soma indexada admite o cálculo e a cobrança de juros, que se não confundem com o principal devido.

Seja como for, é inegável que a indexação das obrigações pecuniárias não interfere com o curso forçado da moeda-corrente, mas pode perfeitamente conviver com ele. É que o curso forçado diz respeito, exclusivamente, à função solutória da moeda nas relações de obrigação, enquanto as cláusulas indexadoras ligam-se à sua função valorativa. Sem dúvida, ambas essas funções acabam convergindo em épocas de crise. Mas não é menos certo que essa convergência só pode ser sancionada pelo Estado, no bojo de uma política de salvação econômica, que é sempre, necessariamente, um remédio heróico e não uma política ordinária de gestão da coisa pública. De onde se segue que, segundo o princípio do auto-regramento da vontade nos negócios jurídicos privados, é sempre livre às partes estipular cláusulas de referência monetária das obrigações, a menos que haja proibição legal — expressa e específica — em contrário.

II — A legislação monetária brasileira neste século

6. A grande depressão mundial de 1929, provocando acentuada desvalorização dos principais produtos de nossa pauta de exportação e, conseqüentemente, pronunciado déficit de nossa balança comercial, não deixou de exercer severa pressão sobre a moeda nacional da época, o mil-réis. O Governo Provisório, instalado no poder em outubro de 1930, levou no entanto mais de três anos para tomar as providências drásticas que a situação impunha, somente editando o Dec. 23.501 em 27.11.33.

Segundo a melhor interpretação, esse Decreto não se limitou a criar, em sua mais ampla extensão, o curso forçado da moeda nacional. Ele proibiu, também, a estipulação de cláusulas valorativas ou de indexação. Não fora assim, teríamos que os dois primeiros artigos do Dec. 23.501 seriam perfeitamente redundantes. Com efeito, no art. 1.º, determinava-se a nulidade de "qualquer estipulação de pagamento em ouro, ou em determinada espécie de moeda, ou por qualquer meio tendente a recusar ou restringir, nos seus efeitos, o curso forçado do mil-réis papel." No artigo seguinte, vedava-se "sob pena de nulidade, nos contratos exegüíveis no Brasil, a estipulação de pagamento em moeda que não seja a corrente, pelo seu valor legal".

Esta última locução — "pelo seu valor legal" — parecia referir-se às

cláusulas valorativas ou de indexação. A doutrina não deixou, porém, de manifestar, a esse respeito, hesitações e incoerências. Para Pontes de Miranda, p. ex., "se o negócio jurídico diz que o adimplemento da dívida regida pelo estatuto brasileiro (...) será em moeda nacional, mas pelo valor em relação a moeda estrangeira, é nula, não por fraude à lei, que, aí, seria o art. 2.º do Dec. 23.501, mas por se tratar de dívida de valor, e não de dívida de dinheiro, infringente da lex specialis". Pouco mais adiante, entretanto, escrevia: "A estipulação de prestação em valor (dívida de valor) ou a cláusula escalar não infringe a lei sobre curso forçado, — apenas dá variabilidade ao quanto da prestação em dinheiro de curso forçado". 14

Na verdade, o Decreto de 1933 apresentou-se não apenas como direito especial, mas como direito excepcional, destinado a vigorar temporariamente, apenas enquanto perdurasse a crise econômica e financeira mundial. Em seus consideranda, declarou-se que "o § 1.º do art. 947 do CC, como disposição geral destinada à perpetuidade, não colide com a existência, por sua natureza transitória do curso forçado, mas enquanto este perdura não pode aquele ser aplicado". A crise, porém, prolongou-se e entrou pela guerra a dentro. Logo após o término do conflito mundial, liquidamos as reservas cambiais que acumuláramos durante este e entramos em processo de inflação crônica. O provisório transformouse em definitivo.

Em complemento ao Dec. 23.501, o mesmo Governo Provisório (que se transformaria também em definitivo, tal como o curso forçado) baixou, em 26 de março de 1934, o Dec. 24.038, o qual passou a exigir, "nos vencimentos dos títulos a prazo ou à vista, em moeda estrangeira, provenientes de

importação de mercadorias, sacados sobre qualquer praça deste país, o depósito do seu equivalente em moeda nacional ao câmbio do dia, feito no banco portador do mesmo". Ou seja, impôs-se a realização, por via bancária, de contrato de câmbio para qualquer pagamento em moeda estrangeira, de obrigação internacional, vedandose, conseqüentemente, a compensação privada.

7. O reconhecimento oficial do caráter definitivo do curso forçado só adveio mais de três décadas após, em 11.9.69, quando outro Governo Provisório — o do triunvirato militar que sucedeu ao General Costa e Silva na Presidência da República — baixou o Dec.-lei 857.

O notável a observar, nesse Decreto-lei, é que o seu objeto declarado foi tão-só o de consolidar e alterar "a legislação sobre moeda de pagamento de obrigações exequíveis no Brasil"; o que significa, em bom português, que ele somente regula o curso da moeda nacional e não a sua utilização como medida de valor. Aliás, ao reeditar, com alterações não-substanciais, a norma proibitiva do art. 1.º do Dec. 23.501, o Dec.-lei 857 não reproduziu a disposição do art. 2.º desse Decreto de 1933, o qual, de resto, declarou revogar (art. 4.º). 15

A exatidão dessa exegese do Dec.-lei 857, como diploma regulador tão-só do curso forçado da moeda nacional e não de cláusulas valorativas, sobreveio com a promulgação, em 17 de junho de 1977, da Lei 6.423. Efetivamente, se as cláusulas de indexação já estivessem abrangidas pela proibição constante daquele Decreto-lei, o legislador não teria sido obrigado a regular a estipulação de correção monetária "de negócio jurídico", de forma a restringi-la à variação nominal

da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional — ORTN. Era a prova acabada de que a indexação negocial não representava uma forma de restrição ou recusa, em seus efeitos, do curso legal do cruzeiro.

A partir de então, a legislação brasileira passou a distinguir, com clareza, a circulação da moeda corrente, da sua valoração em função do poder aquisitivo.

8. Em 27 de fevereiro de 1986, por meio do Dec.-lei 2.283, retransformado logo em 10 de março pelo Dec.-lei 2.284, perfez-se a quarta reforma monetária deste século, com a substituição do cruzeiro pelo cruzado. A reforma da moeda, porém, era algo de secundário diante do objetivo principal da medida legislativa, a qual inseria-se num ambicioso plano de estabilização monetária.

O novo diploma proibiu, sob pena de nulidade, a estipulação "de reajuste monetário nos contratos de prazos inferiores a 1 ano", sendo que "as obrigações e contratos por prazo superior a 12 meses" poderiam conter cláusula de reajuste, mas agora vinculadas ao valor nominal das Obrigações do Tesouro Nacional — OTN, nova denominação das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (arts. 6.º e 7.º).

Ademais, num lance de audácia (ou falsa confiança), determinou-se que "em função da estabilidade do cruzado, ficará inalterado o valor da OTN e, após 12 meses, se houver variação do Índice de Preços ao Consumidor — IPC, para maior ou para menor (hipótese esta francamente absurda), proceder-se-á a idêntico reajuste daquela obrigação em períodos adequados à estabilidade monetária, a serem determinados pelo Conselho Monetário Nacional" (Dec.-lei 2.283, art. 6.º, parágrafo único). O Dec.-lei 2.284, mais

prudentemente, alterou a redação desse dispositivo, para declarar que "em 1.º de março de 1987, proceder-se-á a reajuste, para maior ou para menor, no valor da OTN em percentual igual à variação do IPC, no período correspondente aos 12 meses imediatamente anteriores. Os reajustes subsequentes observarão periodicidade a ser fixada pelo Conselho Monetário Nacional".

Como se percebe, o plano de estabilização monetária de 1986 manteve a licitude das estipulações de indexação monetária, nas relações de obrigação, embora suspendendo os reajustes durante um ano. A correção monetária permaneceu vinculada à variação de valor nominal de um título público, mas outro índice geral de referência surge oficialmente no primeiro plano do sistema monetário: o Índice de Preços ao Consumidor — IPC.

9. Esse novo índice passa, com a nova reforma monetária realizada em princípios de 1989 (MP 32, de 15 de janeiro, convertida na Lei 7.730, de 31 de janeiro), a ser entronizado como parâmetro geral de referência, em substituição à OTN, declarada então extinta. Como o ponto forte desse plano de estabilização monetária consistiu no congelamento geral de preços, salários e rendimentos, a questão do reajuste convencional do valor das prestações obrigacionais não se pôs. Ao contrário, reproduzindo-se malograda experiência anterior, decretou-se a deflação obrigatória das "obrigações pecuniárias, constituídas no período de 1.º.1.88 a 15.1.89, sem cláusula de correção monetária ou com cláusula de correção monetária prefixada", a fim de se "eliminar o excesso de expectativa inflacionária e de custos financeiros embutidos" (art. 13).

Convém, neste passo, frisar um ponto de capital importância para o en-

tendimento de nossa evolução legislativa. Com a extinção da Obrigação do Tesouro Nacional - OTN, nova denominação da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional - ORTN deve-se considerar implicitamente revogada a Lei 6.423/77. Com efeito, se essa lei vinculava a correção monetária nas estipulações negociais apenas à ORTN, depois denominada OTN. ao deixar de ser emitido esse título público tornou-se inteiramente sem efeito a determinação contida no art. 1.º da Lei 6.423, ficando doravante livres as partes, em negócios jurídicos, para estipularem a indexação de obrigações com base em qualquer índice.

Retomando o curso da evolução legislativa, não se pode deixar de registrar que a busca da estabilidade monetária por meio da instabilidade legal não podia, como é óbvio, deixar de ser frustrada. Já em 3 de fevereiro, ou seja, menos de um mês após decretado o "plano verão", o Governo era obrigado a baixar nova Medida Provisória, a de n. 38 (convertida na Lei 7.738, de 9 de março), para regular preços e valores em setores específicos da vida econômica, numa vã tentativa de dissipar dúvidas e corrigir distorções.

Sobrevém, em 19 de abril, a MP 48, contendo "normas de ajustamento do Programa de Estabilização Econômica de que trata a Lei 7.730/89". O Governo, agora, volta atrás em seu programa de trabalhar orçamentariamente sem a utilização de títulos da dívida pública e cria o Bônus do Tesouro Nacional — BTN (art. 4.°), que passa a ser novo índice de referência monetária, em "contratos e obrigações expressas em moeda nacional, com prazo superior a 90 dias" (art. 6.°).

Observe-se que este último dispositivo não instituiu o BTN como único critério de indexação monetária nos contratos, tal como a já então revogada Lei 6.423/77, o fizera com relação à ORTN. Deu-se apenas mais uma possibilidade de escolha para as partes contratantes. O mesmo veio a suceder com relação ao BTN Fiscal, por força do disposto no art. 1.°, § 3.° da Lei 7.799/89.

De qualquer modo, convém frisar que o novo título não veio substituir a OTN, ou dar-lhe nova denominação. A OTN foi extinta com a MP 32/89, criando-se, assim, um hiato de três meses entre a sua extinção e o surgimento do BTN.

A MP 48 acabou sendo reeditada pela de n. 57, de 22 de maio. Mas já em 11 de maio o Governo remendava o remendo, editando a MP 54. Agora, a modificação concernia aos "contratos em execução cujo objeto seja a produção ou o fornecimento de bens para entrega futura, a prestação de serviços contínuos ou futuros e a realização de obras". Pondo de lado o IPC, que fora escolhido como índice substitutivo da extinta OTN, o Governo escolhia como parâmetro de reajuste de preços "índices nacionais, regionais ou setoriais de custos ou preços, que reflitam a variação do custo de produção ou do preço dos insumos utilizados". Nos contratos que haviam previsto índice alternativo de reajustamento, este último prevaleceria, sendo que o IPC somente poderia ser utilizado nesta última hipótese (art. 1.º).

As MPs 48 e 57 foram substituídas, com ligeiras alterações, pela Lei 7.777/89.

A fúria manipulativa, porém, não parou aí. Em 11.7.89 era promulgada a Lei 7.801, contendo várias disposições de revogação de diplomas recentemente editados.

Em primeiro lugar, a Lei 7.801 admitiu, com exceções taxativas, que os contratos celebrados a partir de sua publicação pudessem conter cláusula de reajuste de preços referida ao Bônus do Tesouro Nacional (art. 4.º). Aboliu, com isto, a exigência de que o ajuste contratual, para que suas obrigações pudessem sofrer correção monetária, fosse celebrado pelo prazo mínimo de 6 meses. As exceções diziam respeito às mensalidades escolares, aos alugueres de locações residenciais urbanas, aos salários, aos contratos sujeitos ao regime do Dec.-lei 2.300/86, aos preços e tarifas submetidos a controle oficial e às demais obrigações regidas por lei especial, indicadas pelo Ministro da Fazenda.

Em segundo lugar, com relação aos contratos cujos preços estavam congelados desde a Lei 7.730/89, a Lei 7.801 determinou que as cláusulas de reajuste monetário tomassem por base, "preferencialmente, índices nacionais, setoriais ou regionais de custos ou preços, que melhor reflitam a variação do custo da produção ou do preço dos insumos utilizados" (art. 4.º, § 1.º).

Ainda no tocante às cláusulas de reajuste de valores, a Lei 7.801 (art. 4.°, § 2.°) veio proibir a indexação, direta ou indireta, "a rendimentos produzidos por outros títulos da dívida pública, ao salário mínimo ou à variação cambial, exceto, neste caso, quando se tratar de insumos importados que componham os índices" referidos no § 1.° desse mesmo art. 4.°.

Determinou-se, ainda, que as partes poderiam pactuar a correção monetária de cada prestação, "no período compreendido entre a data do adimplemento da obrigação que lhe deu origem e o dia de seu efetivo pagamento", aplicando-se a mesma regra para os contratos celebrados com ór-

gãos da Administração Pública, tanto a direta, quanto a autárquica e a fundacional, no que tange ao "período compreendido entre a data estipulada para o pagamento da obrigação e aquela em que este efetivamente ocorrer, desde que prevista a correção monetária nos atos de convocação ou de dispensa de licitação" (art. 4.°, §§ 3.° e 4.°).

Por último, estatuiu a Lei 7.801 que "a correção monetária dos contratos celebrados com instituições financeiras reger-se-á pelas normas expedidas pelo Banco Central do Brasil" (art. 3.º), atribuindo assim a essa autarquia um poder normativo autônomo na matéria.

A verdade é que jamais, em toda a conturbada história do nosso direito monetário, foram editadas tantas regras de emenda, revogação ou reformulação, em tão curto espaço de tempo (6 meses). A moeda nacional saiu desse banco de provas — ou sala cirúrgica — mais combalida do que nunca.

10. Empossado o novo Governo Federal, em 15.3.1990, a sua primeira medida (o impacto dramático inicial, segundo as boas regras do teatro político) consistiu em decretar mais um plano de reajuste econômico, no qual inseriu-se, como componente essencial, o congelamento geral de preços. Pelo disposto na MP 154, transformada, com alterações, na Lei 8.030/90, ficaram vedados, por tempo indeterminado, a partir de 15 de março (data da Me-Provisória citada), "quaisquer reajustes de preços de mercadorias e serviços em geral, sem a prévia autorização em portaria do Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento" (art. 1.°).

A MP 154 e a subsequente Lei 8.030, partindo da falsa idéia de que a inflação fora jugulada de um só gol-

pe, revogaram todas as disposições da Lei 7.801/89, referentes à correção monetária de preços de mercadorias e serviços. Se, doravante — e por prazo indeterminado — nenhum desses preços poderia ser reajustado sem uma licença administrativa, é bem de ver que as partes em negócios jurídicos perderam todo direito de estipular correção monetária. Assim, tanto as disposições facultativas de reajuste monetário, quanto as proibitivas (entre as quais se inseria a indexação cambial) deixaram de vigorar a partir de 15.3.90.

Como nessa matéria a História parece não só repetir-se, mas sobretudo tartamudear, a ilusão da estabilidade monetária não durou um ano. Em 31 de janeiro de 1991 baixavam-se duas Medidas Provisórias, de ns. 294 e 295. A primeira, segundo se declarava na ementa, tinha por objetivo a "desindexação da economia"; a segunda, o estabelecimento de regras sobre preços e salários. Entre esses dois diplomas normativos, a coerência de regras não é o forte. O Congresso Nacional não deixou de alterar o texto de ambas as Medidas Provisórias, o que agravou, de certa forma, a incoerência. A MP 294 foi transformada na Lei 8.177/91, e a MP 295 na Lei 8.178, da mesma data.

Examinemos, conjuntamente, esses dois pares de diplomas normativos, procurando conciliá-los.

11. A MP 295 e a Lei 8.178, na qual resultou, declarando revogar a Lei 8.030/90, determinaram o congelamento geral dos "preços de bens e serviços", nos níveis em que efetivamente se encontravam em 30 de janeiro de 1991. Doravante, eles só poderiam ser majorados "mediante prévia e expressa autorização do Ministro da Economia, Fazenda e Planejamen-

to" (art. 1.°). O Governo, no entanto, despindo-se agora da audácia irresponsável do início do mandato, entendeu, prudentemente, de especificar que esse congelamento abrangia, somente, os preços "fixados para pagamento à vista, em moeda" (art. 1.°, § 1.°).

Para regular os negócios a prazo, levando-se em conta o abandono da idéia de que a inflação pode ser suprimida de um dia para o outro, foi preciso admitir e regular a estipulação de correção monetária nos negócios a prazo.

A MP 294 (art. 1.°) criou novíssimo índice de reajustamento monetário, a Taxa Referencial — TR, extinguindo o BTN Fiscal, o BTN, o MVR (Maior Valor de Referência) e as "demais unidades de conta assemelhadas que são atualizadas, direta ou indiretamente, por índices de preços" (art. 3.°).

Determinou outrossim, a mesma Medida Provisória, que deixariam de ser calculados pelos órgãos oficiais o IPC, o IRVF (Índice de Reajuste de Valores Fiscais) e o Índice da Cesta Básica — ICB (art. 4.°). A subsequente Lei 8.177/91, no entanto, impôs o cálculo do Índice Nacional de Preços ao Consumidor — INPC (art. 4.°).

No art. 6.º da MP 294, regulou-se a "atualização de obrigações com cláusula de correção monetária" pelos índices extintos, indicados no art. 3.º, em matéria "de mútuo, financiamentos em geral e quaisquer outros contratos relativos a aplicações, inclusive no mercado financeiro", firmados anteriormente à Medida Provisória. Em importante disposição ab-rogatória, a Lei 8.177 estendeu tais regras aos "contratos em geral" (art. 6.º).

Que regras são essas? "Nos contratos que prevêem índice substitutivo (dos que foram então extintos) deverá ser adotado esse índice, exceto nos casos em que esta Lei dispuser em contrário. Nos contratos em que não houver previsão de índice substitutivo, será utilizada a TR, no caso dos contratos referentes ao BTN ou a unidade corrigida mensalmente, ou a TRD, no caso daqueles referentes ao BTN Fiscal e a unidades corrigidas diariamente" (Lei 8.177, mesmo artigo).

Sucede que a Lei 8.178, alterando o disposto na MP 295 que lhe dera origem, introduziu diversa regra de substituição de índices, nos contratos de venda para entrega futura, prestação de serviços contínuos ou futuros, realização de obras, vendas a prazo com cláusula de correção monetária pós-fixada e operações realizadas por empresas construtoras ou incorporadoras com adquirentes de imóveis residenciais ou comerciais (arts. 2.º e 4.º). Contrariamente ao disposto na Lei 8.177, determinou que os índices substitutivos deveriam ser os "setoriais de custos pactuados entre as partes, vedada a utilização de índices gerais de preços, ou de índices baseados, direta ou indiretamente, na Taxa Referencial - TR ou Taxa Referencial Diária -TRD".

De qualquer forma, esse duplo conjunto de regras só se aplica aos contratos concluídos anteriormente à MP 294, ou à Lei 8.178.

Com relação aos contratos posteriores, as Leis 8.177 e 8.178 têm disposições paralelas e aparentemente contraditórias. Vejamos.

No art. 10 da Lei 8.177, dispôs-se que "é vedado estipular, nos contratos referidos no art. 6.º (que são "os contratos em geral", como ficou declarado, em alteração da MP 294), cláusula de correção monetária com base em índice de preços, quando celebrados com prazo ou período de repactuação inferior a um ano" (art. 10). Na MP

295, determinara-se, porém, contraditoriamente, que "a partir de 1.º de fevereiro de 1991 é vedada a inclusão de cláusula de reajustamento de preços nos contratos de bens, obras e serviços, quando celebrados por prazo inferior a um ano" (art. 4.º). Era de se perguntar o que restaria dos "contratos em geral" se deles fossem subtraídos os "contratos de bens, obras e serviços".

Ao votar a MP 295, o Congresso buscou uma conciliação desses dispositivos contraditórios. O art. 5.º da Lei 8.178 passou, então, a dispor que "a partir de 1.º de março de 1991 é vedada a inclusão, nos contratos a que se refere o art. 4.º, quando celebrados por prazo ou período de repactuação inferior a um ano, de cláusula de reajustamento de preços, baseada em índices que não reflitam a variação do custo de produção, exceto financeiro, ou do preço dos insumos utilizados, até a efetiva entrega do bem ou prestação de serviço objeto de operação".

Mas, que contratos são esses, referidos no art. 4.º da Lei 8.178? São os de venda de bens para entrega futura, prestações de serviços contínuos ou futuros e de realização de obras, indicados no art. 2.º; e mais as "vendas a prazo com cláusula de correção monetária pós-fixada", bem como as "operações realizadas por empresas construtoras ou incorporadoras com adquirentes de imóveis residenciais ou comerciais".

Ora, é evidente que ao fazer essa remissão ao art. 4.º, o legislador quis, na verdade, referir-se unicamente aos contratos mencionados no art. 2.º, pois são estes, de fato, os únicos em que há entrega futura de bem, ou prestação futura de serviços. Daí por que determinou que, em tais contratos, o reajustamento de preços seria feito

com base na "variação do custo de produção, exceto financeiro, ou do preço dos insumos utilizados, até a efetiva entrega do bem ou prestação de serviços objeto da operação."

Em outras palayras, escolheu-se o índice da variação do custo de produção e do preço dos insumos, exatamente porque se tratava de fabricações futuras, ou de prestação de serviços no futuro. Se a venda é de bens iá produzidos, ou se os servicos já foram prestados, seria rematado absurdo calcular a desvalorização da moeda, durante o prazo de pagamento, de forma retroativa, isto é, no curso de período anterior à venda ou à prestação do serviço. De que forma o distribuidor não-fabricante, p. ex., poderia estimar a variação do custo de fabricação das mercadorias que vende?

Há mais, ainda. A admitir-se que a regra do art. 5.º da Lei 8.178 abrange também as vendas a prazo com cláusula de correção monetária pós-fixada e as operações imobiliárias a prazo, mas com tradição imediata do imóvel aos adquirentes, estaríamos restringindo o alcance da norma do art. 10 da Lei 8.177, em todo o universo contratual, unicamente, a uma parte dos contratos de prestação de serviços. Mas então, por que razão o legislador teria falado, nesta última lei, em contratos em geral?

Por outro lado, é da maior importância considerar que se trata de leis votadas e promulgadas na mesma data. A coerência legislativa, ninguém ignora, é um princípio geral de hermenêutica, o qual não pode ser preterido em favor da exegese literal. O ordenamento jurídico é um sistema, isto é, uma totalidade ordenada, cujas partes não se acham em conflito lógico entre si, mas presumem-se interligadas, numa relação de perfeita harmonia. 18

Por outro lado, a interpretação que estende a norma do art. 5.º da Lei 8.178 a outros negócios, que não os de venda para entrega futura, prestação de serviços futuros ou realização de obras, redundaria em negar, efetivamente, a possibilidade de correção monetária àqueles outros negócios, quando de prazo inferior a um ano. Numa economia que apresenta um crônico descontrole inflacionário, esse resultado conduziria ao alargamento desmedido da economia informal. Ora. o intérprete não pode despreocupar-se com o resultado prático da exegese normativa. Ele deve, ao contrário, procurar sempre a inteligência mais conforme aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum (LICC, art. 5.°).

Importa relembrar, neste passo, que o ordenamento privado brasileiro, como foi assinalado acima (n. 4), não adotou o princípio nominalista em matéria de obrigações pecuniárias. O que significa que todas as normas extravagantes que impuseram o nominalismo devem ser tidas como direito especial, senão excepcional.

Não é demais observar, nessa linha de idéias, que a mais recente jurisprudência vem repudiando a posição nominalista. Em acórdão de 5.6.90, p. ex., decidiu o Superior Tribunal de Justica que "não constituindo a correção monetária um plus, mas mero instrumento de atualização da moeda desvalorizada pela inflação, deve ela incidir mesmo nos contratos pactuados sem sua previsão". 17 Num caso de execução fundada em duplicata, admitiu o TISC, em acórdão de 11.12.90, a cobrança de correção monetária, ainda que não pactuada. 18 Por último, ao julgar em 8.5.91 um litígio referente à aplicação do chamado "plano verão", declarou o 1.º TACivSP que

"a aplicação do princípio do nominalismo, nas circunstâncias, importaria ofensa ao princípio da boa-fé, propiciando enriquecimento sem causa". 19

Dois últimos argumentos, enfim, podem ser aduzidos para corroborar a interpretação de que o art. 5.º da Lei 8.178 só tem aplicação aos contratos de venda para entrega futura, de prestação de serviços contínuos ou futuros e de realização de obras.

A proibição de se estipular correção monetária é, obviamente, uma regra exceptiva em relação ao princípio geral da autonomia da vontade nos negócios jurídicos privados. Segundo a mais longeva tradição, toda norma de exceção é de estritíssima exegese. 20 Por outro lado, as leis reguladoras do valor da moeda são, comumente, qualificadas como de ordem pública: no caso, ordem pública de direção da economia. 21 objetivando controlar a inflação. Ora, em matéria de leis de ordem pública, como o reconhece unanimemente a doutrina, prevalece sempre a interpretação restritiva. 22

12. A rápida resenha da evolução do direito monetário brasileiro nos últimos sessenta anos, que se acaba de fazer, demonstra até que ponto de arbitrariedade e ineficiência chegou a manipulação da moeda nacional. O alvo principal dessa mixórdia normativa tem sido as cláusulas valorativas. pelas quais os agentes econômicos procuram, legitimamente, resguardar-se dos prejuízos consequentes à descontrolada perda do poder aquisitivo da moeda. As medidas se sucedem caoticamente nessa matéria, ora proibindo total ou parcialmente a estipulação de indexadores, ora suprimindo índices para criar novos, ora voltando tudo ao ponto de partida, como se a sociedade brasileira fosse mero laboratório de ensaios para a invenção de algum infalível remédio antiinflacionário.

Não escapa a nenhum observador inteligente que esse normativismo incoerente e superficial não só deixa de produzir os resultados almejados, como ainda, em autêntica aberratio ictus, acaba surtindo efeitos negativos imprevistos, dos quais o mais funesto é, sem dúvida, a total depreciação da moeda nacional.

Especificamente no que tange às normas reguladoras de índices de correção monetária, a sua ineficácia é um fenômeno universalmente conhecido e que se realiza com tanto maior intensidade quanto mais desacreditado, perante a opinião pública, seja o Governo ou a política econômica que ele adota. ²³

Os Poderes Públicos consideram-se naturalmente legitimados a tudo fazer, com ou sem amparo legal, para eliminar a inflação, autêntico flagelo social deste século. Mas a verdade é que as medidas de ordem jurídica são totalmente impotentes para a cura do mal, quando não associadas a providências de outra natureza, enfeixadas num vasto programa de ação.

Vale a pena repetir, a esse respeito, as judiciosas considerações que um eminente especialista em direito monetário expendeu sobre o assunto. 24

"É imperioso compreender que as tendências inflacionárias não podem ser combatidas com armas jurídicas, em geral, ou com a abolição de cláusulas contratuais em particular, e que, para estimular poupanças e investimentos, é justificável e necessário criar, sem frustrá-lo a seguir no momento crucial, um sentimento de segurança e confiança. Mas, em nenhuma hipótese, deve a desilusão do credor ser exacerbada com a eliminação arbitrária de certos tipos de cláusulas contratuais."

E prossegue: "Por essas razões, sugere-se que o legislador tome uma decisão ponderada sobre cláusulas contratuais de todos os tipos nos momentos de estabilidade econômica e que ele se atenha a essa decisão nos momentos de crise; em caso algum deveria o Judiciário assumir, nessa matéria, o papel de legislador. Sugere-se, ademais, que tal decisão não seja uniforme, mas diferenciada segundo os vários tipos de cláusulas e os diferentes tipos de transações, além de ser respaldada em garantias constitucionais adequadas".

Em conclusão: "Nada seria mais desabonador ou contrário ao interesse público do que o legislador admitir cláusulas contratuais de proteção de interesses pecuniários, ainda que por simples inferência, criando assim a impressão de que elas dão uma segurança efetiva, para, numa situação de crise, revogá-las quase que automaticamente ou, talvez, acidentalmente."

Será ainda preciso dizer que o legislador brasileiro seguiu, nessa matéria, um caminho exatamente oposto ao traçado por essas judiciosas recomendações?

13. Concluamos.

Pelo menos a partir da promulgação da Lei 6.423/77, o direito brasileiro passou a distinguir, claramente, a circulação da moeda nacional, da sua valoração em função do poder aquisitivo. Em relação àquela, vige o Declei 857/69, que instituiu o curso forçado nas transações de âmbito interno.

Já no que tange às cláusulas contratuais de indexação de obrigações pecuniárias, a mais recente evolução legislativa encerrou-se, até o momento, com a promulgação, na mesma data de 1.°.3.91, das Leis 8.177 e 8.178. Do exame conjunto dessas leis, no quadro de uma interpretação sistemática do direito positivo, infere-se que:

- a) nos contratos em geral, com prazo ou período de repactuação inferior a um ano, a cláusula de correção monetária poderá adotar qualquer índice de referência, salvo o baseado em preços, sendo, portanto, perfeitamente lícito, em tais hipóteses, estipular a indexação cambial; a contrario sensu, nos contratos em geral, de prazo igual ou superior a um ano, é total a liberdade de escolha do índice de reajustamento monetário;
- b) dessa regra geral excluem-se os casos especiais do contrato de trabalho, dos depósitos bancários de poupança ou a prazo fixo, das operações financeiras ou de mercado de capitais, dos contratos de construção ou incorporação de imóveis, das locações residenciais, bem como dos contratos de venda para entrega futura, prestação de serviços contínuos ou futuros e realização de obras, os quais são regidos por normas próprias de correção monetária;
- c) especificamente, no que tange aos contratos de compra e venda de bens para entrega futura e de prestacão de servicos contínuos ou futuros. quando celebrados por prazo ou período de repactuação inferior a um ano, a indexação do preço só pode fazer-se com base em índices que reflitam a variação do custo de produção, exceto financeiro, ou do preço dos insumos utilizados, até a efetiva entrega do bem ou prestação do serviço; em sentido contrário, se tais contratos são pactuados com prazo igual ou superior a um ano, é lícita a estipulação de qualquer índice de reajuste do preco, inclusive a variação da taxa de câmbio.

São Paulo, 16 de março de 1992.

NOTAS

- 1. Como salientou Aristóteles na Ética a Nicômaco (V, 8 1133a), as coisas que são objeto de troca devem ser comensuráveis entre si. Daí a razão da criação da moeda, como medida ou estalão único de todos os bens.
- 2. Como observou Aristóteles, a moeda não existe pela natureza das coisas, mas por pura convenção, sancionada pela autoridade. Daí por que o filósofo faz derivar a palavra grega nomisma do étimo nomos, que designa a lei, ou a regra jurídica (Ética a Nicômaco, V, 8 1133a).
- 3. Em aresto-paradigna de 1920, a Corte de Cassação francesa reconheceu que "l'ordre public, exclusivemente fondé sur un intérêt national, n'étant intéressé au cours force qu'en ce qui concerne les payements en France par les Français" (Req. 7/6/1920, Sirey 1920.1.193).
- 4. Cf. Tullio Ascarelli, Obbligazioni Pecuniarie, Bolonha e Roma, 1968, n. 37 e 78; Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, t. 24, 3.º ed., § 2.920, 2.
- 5. Não são, porém, obrigações monetárias, ou de espécie pecuniária, as que derivam de contratos de compra e venda de moedas fora de circulação, pois estas não são aí tomadas por dinheiro, mas como simples mercadorias (cf. F. A. Mann, The Legal Aspect of Money, 4.º ed., Oxford, pp. 63-64).
 - 6. Apud F. A. Mann, op. cit., p. 166.
 - 7. Civ. 1ère., Bull. civ. I, n. 104.
- 8. Cf. o julgado da antiga Corte Permanente de Justiça Internacional, da Haia, no caso dos empréstimos sérvios (Collection of Judgements, Series A, n. 14 [1928-30]). Sobre a questão, cf. F. A. Mann, op. cit., p. 148
- Essa interpretação contou com o apoio prestigioso de T. Ascarelli, que sustentou, aliás, que a proibição legal de cláusulas mo-

- netárias provocaria antes a ineficácia do que a nulidade das estipulações contrárias (op. cit., n. 93 e 145).
- 10. É esta, p. ex., a opinião de F. A. Mann, op. cit., pp. 200/201.
 - 11. Op. cit., n. 73.
 - 12. Op. cit., n. 140, 142, 167 e 169.
- 13. Giuseppe Bozzi, "Clausola di Indicizzazione Legale", em Irtigiacobbe, Diritto Monetário, Milão, 1987, pp. 56 ss.
 - 14. Op. cit., vol. XXVI, § 3.174, 2.
- 15. Sustentou a mesma opinião o Prof. Mauro Brandão Lopes (Cambial em Moeda Estrangeira, São Paulo, 1978, pp. 33 e ss.). Em sentido contrário pronunciou-se Alberto Xavier (Validade das cláusulas em moeda estrangeira nos contratos internos e internacionais, em Alberto Xavier e outro, Estudos Jurídicos sobre Investimento Internacional, São Paulo, 1980, pp. 14 e ss.).
- 16. Norberto Bobbio expôs, com a clareza e lucidez de sempre, esse princípio da íntima coerência do ordenamento jurídico no cap. III de sua Teoria dell'Ordinamento Giuridico, Turim, 1960.
- 17. REsp 2.430, de SP, 4. T., RT 642//181.
 - 18. Ap. 34.490, 1. C., RT 669/155.
 - 19. Ap. 434.987-5, 2.* C., RT 672/128.
- 20. Cf. Carlos Maximiliano, Hermenêutica e Aplicação do Direito, 9.º ed., RJ, 1980, n. 270 e ss.
- 21. Cf. Jacques Ghestin, Traité de Droit Civil, t. II, Les obligations, Le contrat, Paris, 1980, n. 117 e ss.
 - 22. Carlos Maximiliano, op. cit., n. 266.
- 23. "It is a curious fact", escreveu F. A. Mann, "that no legislator, however wide he tried to cast his net, has ever succeede in eliminating protective clauses altogether" (op. cit., p. 174).
 - 24. F. A. Mann, op. cit., p. 175.

DOUTRINA

A REFORMA DA LEI DAS FALÊNCIAS E CONCORDATAS *

WALDÍRIO BULGARELLI

- 1. O Ministério da Justiça divulgou recentemente (DOU 27.3.92) anteprojeto de lei sobre falências e concordatas elaborado por um grupo de trabalho (criado em março de 1991), visando à reforma da atual lei, (Dec.--lei 7.661/45). Após ter ouvido as entidades interessadas e especialistas do setor, além de ter avaliado a jurisprudência em vigor, é que elaborou o presente texto submetido agora à opinião pública. Vale lembrar a respeito, que o Instituto dos Advogados de São Paulo, através de comissão especialmente criada, da qual participei, elaborou anteprojeto que remeteu ao grupo de trabalho a título de colaboração (pub. na RDM 83, jul./set./1991) do qual foram aproveitadas algumas sujestões.
- 2. A reforma de uma lei deste porte e com tal importância, certamente justifica a realização de estudos e Seminários, como estes que o IASP e AASP oportunamente estão promovendo.
- 3. Parece-me que a participação do jurista deverá ter em vista suscitar questões que o anteprojeto apresenta, sendo certo que essas questões transformadas em problemas, levam a uma verdadeira compulsão para que se encontrem soluções; é aliás a técnica mais atual no exame dos estudos cien-
- * Transcrição das conferências proferidas no Instituto dos Advogados de São Paulo e na Associação dos Advogados de São Paulo.
- tíficos, principalmente, do direito. Pode-se ver que o estudo pretendido abarca temas fundamentais, razão pela qual não pretendemos oferecer soluções, o que seria até uma temeridade perante os especialistas na matéria; são eles que sabem e que fazem; v., a propósito, que a nossa lei atual de falências o Dec.-lei 7.661/45, vem se sustentando, graças a uma interpretação extensiva e evolutiva proposta, debatida e exigida pelos operadores do Direito - no caso, os advogados e a doutrina - que orientam a Jurisprudência a respeito. Como exemplo paradigmático. aí está a concordata, em que se criou a regra pretoriana de se concedê-la, mesmo havendo protestos, o que chegou a levar um juiz na sentença que a declarou, a observar que "é verdade que a lei impede, mas foi revogada pela jurisprudência". Quanto à interpretação evolutiva, vejam-se os termos da lei, referindo-se exclusivamente a comerciante, o regime de credores, e last but not least, o da continuação de negócio do falido, em que é obrigatório o recolhimento da féria diária (cf. art. 74, Lei 7.661/45).
- 4. Ora, a questão como colocada, põe em causa, naturalmente de um lado, duas questões prévias; a conveniência e a oportunidade de revogar a atual lei. Parece pelo que já afirmamos e sobretudo por não se voltar amplamente para o espectro empresarial que preside a nossa atividade eco-

nômica em nossos dias, que pelo menos alguns acertos devem ser feitos na
lei. O que contribui também para a
questão da oportunidade, pois, como
já o fizeram vários países, como a
França, Itália, Argentina, Inglaterra,
Estados Unidos, etc. já tarda um ajuste
da norma falimentar às realidades empresariais de hoje. Por esse aspecto
ganha vulto a questão da empresa,
que deve ser reconhecida e conceituada inclusive nas suas manifestações de
grupos.

- 5. Mas seria conveniente e oportuno reformá-la em momento de crise? É inegável, a propósito, que o país está atravessando ao menos dois tipos graves de crise; o das empresas e o do sistema econômico. E certamente por uma diplopia muito comum em épocas como estas, acaba-se vendo também crise na lei de falências, falando-se em "falências da falência", em "crise da crise". O que implica numa análise mais profunda do tema, até para se obter uma visão diacrônica capaz de inspirar a decisão a ser tomada.
- 6. A questão de reforma da lei falimentar está na ordem do dia. E significativamente não só no Brasil, mas em praticamente quase todos os países. Fala-se por isso em "falência da falência", da "crise de falência", de que o "direito falimentar faliu", e ainda recentemente Sancinetti escreveu um artigo para a Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones sobre o art. 4.º da Lei de Falências argentinas, no qual se referia a história e histeria da reforma. Os seminários internacionais se sucedem sobre o tema - lembraria o realizado, em 1968, em Bruxelas, cujos debates e proposições foram publicados sob o título de "Idées Nouvelles dans le droit de la faillite", e mais recentemente, em 1980, em Madri, publicados os debates e teses,

sob o título de "La Reforma del Derecho de Quiebra".

7. A razão destas preocupações reside sem dúvida na crise da própria empresa.

Um estudioso revelava recentemente que: "É realmente impressionante o número de empresas que nestes últimos anos ficaram submetidas ao procedimento liquidatório: em 1979. 16.159, em 1980, 17.075; em 1981, 20.359, em 1982 o número chegaria a 20.500. A impressão do desastre econômico-social se agiganta ainda mais quando pelas estatísticas se comprova que a maior parte dos procedimentos dos sistemas judiciais terminam na liquidação dos bens. A situação não é melhor nos demais países da Comunidade Européia.

Quem pensar que me refiro ao Brasil estará enganado; são palavras de Jean Paillusseau, a respeito da situação na França. 1 Mas a que se deve tal situação que se assemelha a uma verdadeira catástrofe? O mesmo autor a explica: "A crise econômica mundial, ou mais exatamente, a violenta instauração de novos esquemas econômicos internacionais que se caracterizam por sua fragilidade e precariedade, é em grande parte responsável por esta penosa situação. O brusco passo de um período de bonança econômica para outro período duro e competitivo agravou ainda mais o processo eletivo natural das empresas. Isto porque se a prosperidade econômica passada favorecia a despreocupação e os erros de gestão, as inversões pouco rentáveis, os financiamentos com baixas taxas de juros, a incorporação de pessoal muitas vezes supérfluo, a atual dureza de competição internacional, a luta pelo mercado, o nível alto das taxas de juros, a regulação do crédito e a gravitação dos custos reclamam uma gestão inteligente, rigorosa, imaginativa e inovadora. Surgiram dificuldades que escapam ao controle das empresas e que não podem ser controladas pelos respectivos governos. No Brasil, quem não conhece a Res. 63, as restrições as exportações brasileiras (calçados, etc.) a alta taxa de juros internos, a inflação devoradora, etc.

8. Por tudo isso parece não haver dúvidas que a empresa está em crise. Mas, é evidente também, que como a crise econômica leva as empresas à quebra e devem se submeter ao regime concursal, tem-se feito confusão entre as deficiências próprias do regime concursal e as reformas da empresa e aquelas do próprio modelo econômico.

Não é difícil verificar assim, que há no fundo, um problema ideológico, pois procura-se ocultar através das tentativas de reforma da lei de falência, as reformas que deveriam se processar em outras áreas; enfim, debitase à lei falimentar o que é devido por outrem.

Razão pela qual afirma Alfredo J. D. Orio (RDCO, pp. 325 e ss., jun./84, n. 99): "Por que o Estado, sendo intervencionista por definição, não assume de maneira frontal e leal o seu papel e o disfarça com remédios alternativos, e que ao invés de assumi-lo como poder administrativo e como questão política, o declara jurisdicional".

Trata-se, portanto, de critério de oportunidade e não de legalidade, daí que acrescenta: "O juiz, por essência, não é empresário, de modo que pretender que obtenha êxito, onde fracassaram outros com mais experiência é uma quimera, nem mesmo ajudado pelo síndico, que não é um administrador de empresas".

Então, segundo a sua conclusão, parece que o que está em crise não é bem o regime falimentar, mas as relações econômicas, os programas e diretrizes político-econômicos.

9. Lembremo-nos a esta altura, das finalidades do direito falimentar o que certamente explica as suas estruturas.

Desde logo nos defrontamos com o regime da sanção do devedor quebrado. Na Idade Média, sendo o valor predominante a propriedade e não o crédito, a insolvência revela-se como um atentado contra todos os que haviam confiado. Não bastava, assim, a proteção do interesse individual dos credores, sendo necessária a proteção dos interesses coletivos afetados, pelo impacto que afetava a segurança do comércio em geral — o ius mercatorum como direito de classe. Essa situação continua na Monarquia, em que os Estados fazem seus os interesses da classe dos mercadores.

Coincide com o liberalismo um tipo de procedimento de execução dos bens do devedor para evitar a precipitação competitiva dos credores e permitir recuperar, de forma a mais ordenada possível, num plano de certa igualdade e com certa eficácia ao menos parte dos créditos.

Portanto, a proteção ao crédito, o castigo e a eliminação dos devedores insolventes e o implemento de um mecanismo de defesa dos direitos e da igualdade dos credores constituíram as finalidades do direito falimentar. Como foi instituído sobre as bases das noções de devedor e credor e suas relações, pois afinal tratava-se de um acerto de contas particulares, o poder público não intervinha senão para fornecer o esquema de organização, vigiar a regularidade e se fosse o caso, castigar o devedor. A esse propósito são muito ilustrativas as concepções sobre

a falência como um crime, conforme as descrevem Napoleão e mesmo Balzac.

As novas realidades introduzidas pelo incremento da revolução industrial, haviam de influir sobremaneira no processo, que já se manifestava emperrado e sujeito a fraudes.

Como prova pode-se invocar no começo deste século a definição de Lord Eldon da falência (citada por Thaller) de que: "é o processo que tem por fim promover a mais equitativa partilha possível do ativo do falido entre os advogados e funcionários que concorrem à liquidação".

Já em relação às fraudes, a doutrina brasileira as vinha denunciando continuadamente, o que levou Trajano Miranda Valverde a predicar: "Uma lei de falência gasta-se depressa no atrito permanente com a fraude. Os princípios jurídicos podem ficar, resistir, porque a sua aplicação não os esgota nunca. As regras práticas, que procuram impedir o nascimento e o desenvolvimento da fraude, é que devem com esta evoluir. Contra a fraude à lei é preciso opor a lei contra a fraude. As brechas que os ardilosos artifícios conseguem com o tempo abrir na lei, por mais fechada que seja, necessitam de reparos" (Comentários, I/17, 1948).

10. Deram-se assim conta os credores de que deveriam reforçar as garantias, pois do contrário não haveria esperanças de pagamento. Para tanto procuraram subtrair-se do princípio da igualdade, criando uma série de privilégios, como: penhor, hipoteca, e ainda com o surgimento da alienação fiduciária, do leasing — ações diretas — e a restituição, como o contrato de câmbio, etc.

Com o que sobraram apenas os quirografários, vala comum em que são alojados os pequenos e médios credores, e basicamente, os fornecedores, sendo que a maioria deles passou a se desinteressar do processo, justamente pela pequenês dos créditos ou pela impossibilidade de obter o seu ressarcimento em confronto com os credores privilegiados.

Não se pode ocultar, por outro lado o fato incontestável que a quebra das empresas põe em jogo não somente os credores, mas, uma série de interesses que gravitam em torno da empresa, como os trabalhadores, os clientes, os fornecedores, os Estados, através dos tributos e da produção econômica e muitas vezes a própria comunidade onde se situa a empresa. Daí por que o direito falimentar, enquanto permanecer referido à regulação do conflito entre devedores e credores será insuficiente para resolver os problemas com dimensão completamente distinta

11. Nesse sentido, a doutrina vem apontando as deficiências do direito falimentar em vigor, as quais passam 1. pela falta de um sistema capaz de detectar a fraqueza de certas empresas (sobre o que já se disse como Cork, a "bankruptcy" neurose); 2. a lentidão; 3. a figura dos síndicos que conseguem descontentar a todos, atuando como verdadeiros coveiros de empresas. Portanto, pede-se a reformulação do direito falimentar, quanto às suas finalidades, aos seus fundamentos e às suas estruturas.

Sugere Paillusseau passar de um direito falimentar para um direito das empresas em dificuldades, com base no fundamento de que se é a crise da empresa que põe em perigo os interesses que giram em torno dela, é a empresa que tem de ocupar o centro do novo direito.

- 12. No Brasil, em termos a bem dizer técnicos, o direito falimentar vem se sustentando, com uma lei de 1945, e os reclamos maiores, se referem sobretudo ao problema da correção monetária dos débitos, principalmente no âmbito da concordata, ao que se acrescem as questões de certos créditos privilegiados, etc. propugnando-se, em muitos casos a chamada recuperação das empresas.
- 13. Retornando ao novo direito falimentar que deveria ser implantado, entende Paillusseau que deveria se organizar em torno de duas funções: a) a prevenção das dificuldades das empresas; b) a cura, ou tratamento dessas empresas; enquanto Iorio, como já visto, exige uma clara definição ideológica, entendendo que perante a realidade cambiante, o legislador falimentar é estático, intervindo o Estado em major ou menor medida para salvar algumas empresas determinadas. propósito, no Brasil, esse processo já foi implantado várias vezes, como p. ex., no caso do Banco Meridional, na Têxtil Nova América, o Empreendimento jari, e em São Paulo, o caso da Frutesp, anotando-se desapropriações e financiamentos pelo BNDES e pelo BC para a salvação de algumas empresas.

Em termos ideológicos, vê-se que o Estado no Brasil, tem intervido mais no sentido de salvar grandes empresas, deixando as médias e pequenas à deriva, podendo-se anotar que o BNDES, p. ex., vem atuando como um verdadeiro coveiro de empresas, dele devedoras, daí já ter sido aventada a idéia da criação de um Banco de salvação das pequenas e médias empresas.

Tendo em vista as várias soluções apresentadas em muitos países, Iorio elaborou um quadro referente a soluções não judiciais para salvar a crise empresarial que assim se delineia: 1. créditos especiais; 2. consórcios bancários; 3. participações públicas; 4. nacionalização; 5. cogestão dos trabalhadores e 6. intervenção legislativa no mercado.

Já em relação às medidas judiciais, como refogem ao âmbito deste estudo, que o tornaria muito amplo, remetemos o interessado às reformas procedidas, na Itália, França, Alemanha, Inglaterra, Estados Unidos, Argentina e Espanha, que se preocuparam com a recuperação das empresas, adotando variados expedientes, inclusive, a administração judicial.

14. O anteprojeto de lei governamental de reforma da lei concursal brasileira, apresenta inovações de monta, como o procedimento da recuperação das empresas, a criação da assembléia dos credores, a extinção dos crimes falimentares, e finalmente, "the last but not least" da consagração da empresa como destinatária direta da lei, o que demonstra, desde logo, uma elogiável ótica empresarial. É que seria inadmissível, em nossos dias, uma lei desse teor, que não levasse em conta as transformações ocorridas na economia nacional, em que desponta como principal agente, a empresa. Por tal aspecto, portanto, o anteprojeto se apresenta como um dos mais avançados diplomas legais a respeito da falência, até porque, diga-se desde logo, soube atentar para a nossa realidade, sem se perder em elocubrações cerebrinas e teóricas ou em importação pura e simples de institutos do direito comparado.

Havemos aqui, em primeiro lugar, de atentar para a consagração da empresa (e grifamos o termo para identificá-lo como categoria jurídica e não apenas econômica), como destinatária da função da norma concursal. É

assim que convém grifar o disposto no art, 1.º do anteprojeto que reza: "submete-se às normas que regem a falência e pode gozar dos benefícios da concordata e da recuperação quem explore, de forma organizada atividade econômica, seja comercial, civil ou de outra natureza", o que é complementado pela exclusão dos profissionais liberais, artistas, cientistas ou escritores, e ainda restringindo sua aplicação em relação às instituições financeiras, à observância das leis próprias que as regem. Assim como o incorporador de imóveis e as cooperativas alcançam as empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades estatais que explorem atividades econômicas e ainda as entidades controladas pelo Poder Público. Tudo completado pelo disposto no art. 3.º. que esclarece que o termo empresa compreende as pessoas abrangidas nos artigos. Certamente se trata de uma inovação das mais modernas embora apareça como peculiar em nosso meio, em que a conotação jurídica da empresa, vem sendo reconhecida a duras penas. Do assunto tratei na minha tese a "Teoria Jurídica da Empresa", em que fica demonstrada a dificuldade de caracterizar certas empresas, ora por sua especialidade, ora por estarem registradas como sociedades civis, etc. Elimina assim com uma penada o anteprojeto uma das fontes de maior complexidade na aplicação da lei falimentar.

15. Em termos de procedimento, a recuperação da empresa que poderá ser proposta por qualquer interessado — o devedor, o Ministério Público, a Assembléia dos Credores, os trabalhadores, outros que tenham interesse legitimado, etc. — será examinada pela assembléia dos credores que opinará a favor ou contra, ficando ao juiz o encargo de decidir a respeito, podendo

mesmo pedir maiores esclarecimentos, e outras medidas. A idéia de que os credores serão os majores interessados em examinar com atenção o plano de recuperação responde àquelas críticas a respeito do procedimento; é que certamente aos credores interessará muito mais a recuperação da empresa, do que a falência pura e simples. A propósito convém ressaltar, que a recuperação poderá ser pedida tanto em sede de concordata como da falência. e deverá ser concedida bastando que haja condição para tanto. Para esse fim o anteprojeto enumera algumas fórmulas (a meu ver, exemplificativamente) que poderão ser utilizadas para a recuperação, como a incorporação, fusão, cisão e outras.

Evidentemente, e nesse sentido a Exposição de Motivos do anteprojeto é bastante realista. Não se trata de medida que vá se sustentar com dinheiro público ou outras benesses dessa natureza, mas que dependerá das próprias forças e capacidade dos interessados na recuperação. Penso a respeito, e nesse sentido, tenho feito sugestão, de que as entidades corporativas, como a Federação das Indústrias. do Comércio e outras criem fundos a serem aplicados na recuperação das suas co-irmãs em dificuldades, o que insere o processo na área da iniciativa privada, sem submissão ao Governo.

16. Outra das inovações aportadas pelo anteprojeto de reforma da lei de falência e concordatas, a merecer a atenção dos estudiosos, é sem dúvida, a assembléia dos credores. Trata-se de instituto novo entre nós — conquanto alguns queiram compará-la àquela existente há muitos anos para aprovar a concordata, o que certamente não procede — com as funções antes reservadas ao síndico e outras o que constitui sem dúvida um significativo avan-

ço nas idéias que têm sido aventadas para aperfeiçoamento do sistema jurídico tanto das falências como das concordatas.

Trata-se, é preciso que bem se compreenda, de uma inovação de maior alcance, com poderes amplos, inclusive de examinar as declarações de crédito e basicamente a situação econômico-financeira dos devedores. Funcionando, sob a presidência do maior credor presente, e com um secretário eleito, pelos presentes, a assembléia decide, nas questões básicas, por meio de voto significando mais da metade do valor dos créditos sujeitos à concordata.

Conquanto criticada a inovação, eu mesmo ao primeiro momento pensei que era retorno às velhas práticas colegiadas e uma verdadeira superestrutura, do que me penitencio após ter ouvido a demonstração do Prof. Geraldo Vidigal, membro do grupo de trabalho que elaborou o anteprojeto - parece-me que apresenta inúmeras vantagens sobre a figura do comissário e do síndico ora vigente. E isto porque, atua com maior desenvoltura, analisa a validade dos créditos apresentados, decide e opina sobre as questões que se apresentam e, pode, por este aspecto, aconselhar o juiz a, p. ex., indeferir ou deferir a concordata quando seja cabível.

Instaura, como bem diz o Prof. Geraldo de Camargo Vidigal, de maneira efetiva, o contraditório, principalmente na concordata, em que, como se sabe, a ouvida dos credores, previamente é praticamente impossível.

Tanto assim é, que se após a verificação dos créditos e o estudo da situação da concordatária, p. ex., entender pelo não seu cabimento, após ter opinado nesse sentido, se o juiz concluir da mesma maneira, não será pre-

ciso converter a pretendida concordata em falência, mas simplificando-se o processo, será decidida a liquidação do ativo, sem mais retardamento. Trata-se portanto de inovação de grande alcance, que vale a pena ser posta à prova.

17. Vimos ainda que sinteticamente as mais chamativas inovações introduzidas pelo anteprojeto de lei governamental, na caracterização e procedimento da falência e da concordata. Inúmeras outras se somam, as quais sendo impossível analisá-las todas implicará em uma eleição.

Assim, convém pôr um relevo, a extinção dos chamados crimes falimentares, capitulados na atual lei, nos arts. 186 a 199 que, inclusive, caracterizam penalmente certos atos ou omissões cometidos durante a vida da empresa. Entretanto, o anteprojeto não deixa sem punição ilícitos penais cometidos pelo devedor, prevendo-a em título próprio justamente denominado o "Dos atos ilícitos". Distingue também para esse efeito, os crimes cometidos durante a falência, caracterizados como peculato como regulado no art. 312 do CP (cf. art. 140 do anteprojeto) a que ficam sujeitos além dos membros do Ministério Público e do Judiciário, ou funcionários, perito, avaliador, leiloeiro e administrador da massa. Para os ilícitos falimentares propriamente ditos, incorrerá também a pena de interdição do exercício da atividade empresarial, por um período mínimo de cinco anos. Como se vê, sem descartar a punição, inclusive civil, através de perdas e danos, o anteprojeto eliminou a longa lista constante da atual lei, o que certamente era excessiva.

É também de realçar, a figura do administrador nas concordatas — que

não se confunde com o administrador transitório ou o administrador da massa, nas falências, que atuará junto aos demais administradores da concordatária, se o juiz não os excluir. O administrador será escolhido entre os integrantes dos quadros de administradores com títulos universitários e deverá satisfazer as exigências a que estão sujeitos aqueles das instituições financeiras. Também, conforme já mencionamos, nas falências, será nomeado um administrador transitório da massa, até

que a Assembléia dos Credores e sua mesa diretora assumam a administração da massa, elegendo também um agente fiduciário para os fins que especifica. Trata-se, portanto, de controles bem concebidos para que ambos os institutos cumpram a sua finalidade, sem desvios, nem demoras.

NOTA

1. "Del Derecho de la quiebra al Derecho de las empresas em dificultades", trad. esp. RDCO, n. 101, pp. 655 e ss., out./84.

A MUDANÇA DO OBJETO DA COMPANHIA E O DIREITO DE RECESSO

STF — RE 104.895 — 2.* T. — Rel. Min. Carlos Madeira — J. 21.10.86.

ACÓRDAO — Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em rejeitar os embargos de declaração.

Brasília, 21 de outubro de 1986 — DJA-CI FALCÃO, pres. — CARLOS MADEIRA, relator.

RELATORIO — O Sr. Ministro CARLOS MADEIRA: Acionistas irresignados com as alterações ocorridas na empresa Ughini S.A. — Indústria e Comércio, ajuizaram interpelação, para que lhes fosse reembolsado o valor de suas ações. Por sua vez, a empresa moveu ação declaratória, visando ao reconhecimento da inexistência do direito de retirada dos dissidentes.

O juiz de Direito julgou procedente a ação dos dissidentes e improcedente a da

empresa.

Na 2.º instância, revendo os processos, decidiu a 4.º CC do TJ: "Sociedade Anônima. Mudança do objeto da companhia e "direito de retirada".

Litígio entre a S.A. e os acionistas dissi-

dentes

Ações conexas propostas, respectivamente, pela sociedade e pelos acionistas minoritários.

Reunião obrigatória das ações "a fim de que sejam decididas simultaneamente".

Falha suprida na segunda instância, com a unificação do julgamento das apelações interpostas.

Interpretação do art. 105 do CPC.

Só a mudança ou transformação do objeto substancial da sociedade confere ao acionista dissidente o "direito de retirada".

Se, ao invés disso, só houve restrição do objeto, com a transferência para empresas do mesmo grupo, nas quais a sociedade é titular de mais de 90% do capital de uma das atividades da empresa, não se configura

"mudança do objeto", que autorize o exercício do direito de retirada previsto no art. 137 da LSA.

Apelação provida, rejeitada a preliminar de nulidade da sentença.

Decisão unânime" (fls.).

Os vencidos interpuseram recurso extraordinário, dando como vulnerado o art. 137 da Lei 6.404/76.

Julgando o recurso, esta Turma decidiu provê-lo, por maioria, na conformidade da seguinte ementa: "Sociedade Anônima. Direito de recesso. Não exige a Lei 6.404/76, art. 136, V, que a alteração estatutária importe mudança de objeto essencial da empresa. Basta que prejudiquem interesses de acionistas minoritários, para dar ensejo ao recesso.

A irresignação com a alteração estatutária só pode ser manifestada pelos dissidentes após a publicação da Ata da Assembléia Geral Extraordinária, no prazo de trinta dias, sendo irrelevante que, concretamente, já tenha se verificado a mudança do objeto."

Restou vencido o Min. Francisco Rezek, que não conheceu do recurso, por entender

aplicável à espécie a Súmula 283.

A empresa opõe embargos de declaração. apontando contradições e omissões no acórdão. Depois de comparar o voto do Min. Francisco Rezek com os dos Mins. Aldir Passarinho e Djaci Falcão, que seriam contraditórios, e de especificar omissões no voto do Relator, conclui que a maioria foi omissa quanto ao julgamento da preliminar suscitada na impugnação e nas contra-razões do recurso extraordinário, por isso que, não aplicou a Súmula 283 à espécie, apesar dos embargados não haverem rebatido o fundamento do acórdão recorrido, referente à legitimidade da alteração estatutária. Também, no mérito, deixou a maioria de aplicar o § 3.º do art. 2.º da LSA.

De outra parte, omitiu o acórdão o reconhecimento da presunção juris tantum de prejuízo para o acionista dissidente, em virtude da alteração estatutária. Aponta a embargante contradição entre os votos do Relator e do Min. Aldir Passarinho e conclui: "... a tese desenvolvida pela ora embargante, não só em suas contra-razões de extraordinária (fls.), como, também, em suas razões de apelação, mais especificamente à fls., razões essas que levaram o e. Tribunal a quo a decidir pela improcedência do pleito dos embargados à luz de que a ocorrência de prejuízo a legítimo interesse constitui pressuposto legal implicito (presunção juris tantum) no exercício do direito de recesso pelos acionistas dissidentes de deliberação assemblear, restou sem julgamento".

Dai pedir a apreciação desses pontos omissos.

É o relatório.

VOTO — O Sr. Min. Carlos Madeira (relator): Como se viu, os embargos visam a dois pontos: a) o acórdão deixou de aplicar a Súmula 283, apesar de não haver sido impugnado, no recurso extraordinário, o fundamento do acórdão recorrente relativo à legitimidade da alteração estatutária e a aplicabilidade à hipótese do § 3.º do art. 2.º da Lei 6.404/76; b) o acórdão deixou de examinar a ocorrência de prejuízo decorrente da alteração das atividades da empresa, como pressuposto necessário ao exercício do direito de recesso.

No julgamento da apelação, votaram os Des. Oscar Gomes Nunes, relator (fls.), Edson Alves de Souza (fls.) e Nelson Oscar de Souza (fl.).

Reproduzo a parte do voto do Relator que diz com as objeções da embargante.

"Compreendido o direito de recesso sob essa óptica, no sentido do resguardo dos interesses dos minoritários, interesse que obviamente, pela própria natureza da sociedade, há de ser econômico, patrimonial — é de se exigir do retirante a prova do prejuízo, se a mudança, como no caso, consiste em especial na exclusão de um ramo de atividade, dentre múltiplos que compõem o objeto da companhia.

Na espécie, data máxima vênia, firmei convicção no sentido de que desassiste aos apelados o pretendido "direito de retirada".

A apelante, Ughini S.A. desde 1979 já havia cessado sua atividade industrial, tendo transferido a maquinaria e depois a matéria-prima para outra empresa, a Usacon, com sede em Tapejara, tendo como objeto específico o ramo de confecções (camisas, calças, etc., importação e exportação), empresa essa da qual Ughini S.A. é acionista majoritária, com mais de 90% do capital.

Outra empresa que também opera no ramo de confecções. Sinty-Sil, está sob o controle de Ughini S.A., com participação majoritária, de quase a totalidade das ações. Essa situação de cessação da atividade industrial no ramo de confecções, transferindo essa atividade para outras empresas que integravam o mesmo grupo, já perdurava desde fevereiro de 1979.

A assembléia que mudou a redação dos estatutos é de 9.9.80. Mas, a rigor, o que a assembléia geral fez, ao dar nova redação a esse artigo que diz com o objeto da sociedade, foi pôr a letra do estatuto em conformidade com a realidade existente, com os fatos. A atividade no setor industrial já havia sido de fato excluída do objeto da sociedade. E, de outra parte, dada a participação extraordinariamente majoritária em outras duas empresas, a de Tapejara, berço da Ughini, e a Sinty-Sil, em Cachoeirinha, a rigor se pode dizer que a Ughini S.A. continua no setor industrial de confecções, através dessas empresas subsidiárias.

Entendo, data vênia, que dessa alteração não nasce, para os sócios dissidentes, o direito de retirada, cujo exercício está condicionado a pressupostos que não vejo, data vênia, configurados na espécie.

A mudança do objeto, para autorizar o direito de recesso, há de se referir ao objeto

essencial da companhia.

Além disso, a lei, pelas conseqüências seríssimas que podem decorrer para a estabilidade da empresa, do exercício pelos dissidentes do direito de retirada, faculta à sociedade rever a sua posição. Exercitado o direito de recesso, é facultado aos órgãos da administração convocar, nos 10 dias subseqüentes ao término do prazo estabelecido no art. 137, da Lei 6.404/76, "a assembléia-geral, para reconsiderar ou ratificar a deliberação, se entenderem que o pagamento do preço de rembolso das ações aos acionistas dissidentes, que exerceram o direito da retirada, porá em risco a estabilidade financeira da empresa".

Na espécie, o próprio magistrado, na sentença, entendeu que a situação de fato que se criou na empresa era irreversível.

Mas, como já disse, não me parece que se configure na espécie a mudança de objeto. Houve uma restrição do objeto da empresa, com a transferência para suas subsidiárias do ramo da indústria de confecções, sem que disso resultasse prejuízo para os acionistas, de modo a autorizar a retirada dos dissidentes.

A meu sentir, Ughini S.A. continua com o objeto que tinha, mais restrito apenas, mas não houve a mudança do objeto, pois a S.A. continua a operar naquele ramo em que tradicionalmente operava desde a sua fundação" (fls.).

Já no voto do Des. Edson Alves de Souza se lê que: "A empresa Ughini o que fez

foi, num determinado momento, constituir uma subsidiária, com noventa e nove e tantos por cento de capital dela própria e transferir para essa subsidiária o setor industrial. Ora, sequer se poderia dizer que ela tivesse cessado de operar. Ela cessou de operar naquela razão social, mas o interesse continuou sendo dela. Quer dizer, houve, de certo modo, um desdobramento, uma bipartição, pois quem continuou operando no setor industrial da Usacon foi a própria Ughini, com outra razão social. Na prática, em termos econômicos ou de interesse pecuniário, foi a própria Ughini, lá presente com 99% do capital. Simplesmente, com uma outra razão social. De outra parte, se ela, Ughini, estava com 99% do capital, lá estavam também os sócios dissidentes, com a mesma porcentagem com a qual participavam na Ughini S.A. Então, sequer se poderia cogitar de suspensão de um ramo; nem isso aconteceu. Simplesmente houve uma transferência do ramo. Ao invés de operar esse ramo, englobadamente com os demais, na antiga razão social, na antiga empresa, houve um desdobramento, uma bipartição, a cédula se partiu em duas, e o outro ramo, ramo industrial, passou a ser operado na outra empresa.

Nessas condições, não só não está caracterizada a situação de mudança de objeto, que poderia legitimar a pretensão dos dissidentes, como sequer se poderia cogitar da possibilidade de prejuízo. Como poderia haver prejuízo com essa situação que resultou de nova firma? Não vejo, nem foi demonstrado isso, porque Ughini simplesmente deixou aquele ramo para a nova subsidiária, que ela constituiu e que, na realidade, é dos mesmos interessados, dos mesmos acionistas" (fls.).

Os recorrentes ora embargantes, abordaram, nas razões do apelo extremo a parte do voto do Des. Relator relativa à demonstração de prejuízo para o exercício do direito de recesso. Dizem eles, à fls. que "a legislação em vigor nem exige a prova do prejuízo de parte dos acionistas dissidentes para efeitos de conferir-lhes o exercício do direito de recesso". E adiante, pediram a exegese dos arts. 136, 137 e 2.º, § 2.º da Lei 6.404/76, "que dizem respeito à mudança do objeto social e consequente surgimento do direito de retirada dos acionistas dissidentes, eis que afetam uma massa enorme de acionistas, que em manobras do tipo caracterizado nesta ação serão prejudicados" (fls.).

Como se vê, não se omitiram os recorrentes quanto à questão de prejuízo decorrente da mudança de objeto da sociedade. O Des. Relator entendeu exigível a prova desse prejuízo (fls.) e os recorrentes sustentaram, no recurso, que a lei em vigor não exige essa prova, embora pedissem a esta Corte que considerasse esse aspecto, no julgamento da causa.

Bem por isso, disse no meu voto: "Ora, ainda que mantido no Estatuto o antigo objeto do comércio de mercadorias de variada natureza e o de cereais, acrescido de outros, bem é de ver que a exclusão do objeto industrial é de irrecusável relevância, tanto que atingiu o interesse dos acionistas dissidentes".

E adiante: "De outra parte, cabe notar que a lei atual não exige que a alteração diga respeito a objeto essencial da companhia, como o fazia a legislação anterior. Basta que, por sua importância, a alteração prejudique interesses dos acionistas dissidentes (art. 136, V da Lei 6.404/76)" (fls.).

Não havia, pois, porque aplicar a Súmula 283. Afasta-se, assim, a omissão apontada no voto do Relator.

No que concerne à legitimidade da alteração estatutária, é ler-se ainda na petição do recurso extraordinário: "Os recorrentes jamais concordaram com esse estado de coisas, com essas transferências de maquinarias, de matéria-prima, de criação de novas sociedades, enfim, nunca concordaram com a cessação da atividade industrial da Ughini S.A. no ramo de confecções. Evidentemente, ocorrera decisão discriminatória de parte dos acionistas majoritários controladores do capital social da empresa, discriminação essa que caracteriza um alijamento dos acionistas minoritários, configurando nitidamente, uma das modalidades de abuso de poder mencionadas e condenadas pela Exposição de Motivos antes mencionadas" (fls.).

Não é ilícita a alteração estatutária para incluir no objeto da sociedade a participação em outras sociedades. O que foi ilícito, por caracterizar abuso de poder, foi suprimir o objeto industrial da empresa, transferindo o maquinário para outra empresa, organizada sob a forma de sociedade de responsabilidade, com vários sócios excluídos os embargados, que ficaram subsumidos na participação da própria Ughini S.A. É de ressaltar que a alteração estatutária autorizadora da mudança de objeto da empresa foi feita depois de transferido o maquinário, com esvaziamento total de sua atividade industrial.

Mais ilícito ainda é negar o direito de retirada dos acionistas dissidentes, expressamente assegurado no art. 136, V, da Lei 6.404/76. Esse direito é a proteção do acionista minoritário, que vê transformada a estrutura da empresa, esvaziada sua atividade,

ficando de mãos atadas ante a vontade da maioria.

No exercício desse direito, portanto, o que está implícito o prejuízo do acionista minoritário, não só pela transformação da empresa, como pela forma abusiva com que essa transformação foi feita.

Quanto às alegadas contradições entre o voto do Min. Aldir Passarinho e o do Relator, há certa imprecisão na petição de embargos.

Na realidade, quanto ao prejuízo na mudança de objeto, disse o Min. Aldir Passarinho: "Entretanto, e diferentemente do que pareceu ao nobre Min. Francisco Rezek, o argumento posto no v. acórdão impugnado referentemente a não ter havido prejuízo para os acionistas dissidentes foi rebatido no extraordinário" (fls.).

E adiante: "Como se vê, a par de ter sido discutida a questão do prejuízo, na asseguração de que não havia provas de ter ele ocorrido ou não, veio a afirmativa de que a legislação em vigor não formula a existência de prejuízo para que possam os acionistas dissidentes exercer o direito de recesso, com o que, em última análise, tudo se cingiria à aplicação das normas insertas nos dispositivos legais invocados no extraordinário e objeto de exame no voto do Relator" (fls.).

Cabe realçar que o Min. Aldir Passarinho anotou, em duas passagens, que quanto ao mérito, não houve discordância do Min. Francisco Rezek.

O voto do eminente Min. Djaci Falcão concordou com os dos Mins. Relator e Aldir Passarinho. Basta ler esta passagem: "Tenho para mim que, a rigor, não se acha caracterizado a ocorrência de fundamento bastante em si, e não atacado no apelo derradeiro conforme bem ponderou o voto do e. Min. Aldir Passarinho. O aresto recorrido assentou em que não houve uma mudança do objeto essencial da sociedade, pois a mesma manteve o rumo em que operava desde a sua fundação, embora havendo restrição de seu objeto (fls.). Acontece que à vista dos arts. 137 e 136, V, da Lei 6.404/76, a mudança do objeto da Companhia é o suficiente para justificar o exercício do direito de retirada" (fls.).

Dei maior extensão ao presente voto, para que não reste dúvida quanto ao entendimento da Turma, a respeito da própria decisão majoritária de mudança de objeto da companhia, e da questão de prejuízo da minoria, que não é pressuposto do direito de recesso.

Não vejo contradição ou omissão no acórdão embargado, que se enriqueceu com as objeções trazidas pelo douto Min. Francisco Rezek, aos quais fizeram luz sobre temas que a maioria da Turma entendeu não influir no desate do recurso.

Rejeito os embargos.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA -- RE 104.895 (EDcl) — RS — Rel.: Ministro Carlos Madeira. Embte.: Ughini S.A. - Indústria e Comércio (Advs.: Ricardo Goulart Jahn, Antonio Carlos Gonçalves e outros). Embdos.: Antonio Ughini e outros (Adv.: Peter Walter Ashton e outro).

Decisão: Rejeitados os embargos de declaração. Unânime.

Presidência do Sr. Min. Djaci Falcão. Presentes à Sessão os Srs. Mins. Aldir Passarinho, Francisco Rezek, Carlos Madeira e Célio Borja. Subprocurador-Geral da República, o Dr. Mauro Leite Soares. Brasília, 21 de outubro de 1986 — Hé-

lio Francisco Marques, Secretário.

COMENTÁRIOS

Embora tal acórdão faça referência a julgamento de embargos de declaração, seu conteúdo traz considerações sobre a mudança do objeto da companhia e o direito de recesso.

As linhas desse julgamento trazem à tona aspectos jurídicos relevantes, em matéria societária, que nos convidam discorrer sobre as mesmas, visando trazer a discussão pormenores ainda, talvez, não plenamente unívocos na doutrina, na jurisprudência.

Desse modo ponham-se a luz essas particularidades, e façamos confronto com o que diz o v. acórdão.

O primeiro destaque fica por conta do objeto da Companhia.

No v. acórdão há três referências ao objeto da companhia: objeto essencial ou substancial; § 3.º do art. 2.º da Lei 6.404/76 e sua mudança.

Para a Lei das Sociedades Anônimas, § 2.º do art. 2.º, o objeto social da companhia será definido em estatuto de modo preciso e completo.

Esse objeto indicará a atividade ou as atividades, que a empresa exercerá, e para a qual ou para as quais ela se constitui. No objetivo social está o motivo, a razão para qual se constitui a companhia.

Segundo Miranda Valverde o objeto da sociedade é o fim para o qual é constituída, que pode ser ou não econômico.

Para Modesto Carvalhosa "objeto social pode ser definido como a exploração a que se dedica ou pretende se dedicar a sociedade".

Diante desse § 2.º a definição do objeto social deve ser completa não exemplificativa, que implica por consequência que há de ser sempre interpretado restritivamente, sobretudo pelos administradores da companhia.

Entre a lei antiga 2.627/40 (arts. 2.° e 105-a) e a nova 6.404/76 (art. 2.°, § 2.° e art. 137) há alteração que se deve destacar, pela 2.627/40 havia possibilidade da companhia no seu estatuto, ter um ou vários objetos essenciais e outros secundários ou conexos com o essencial ou essenciais, a 6.404/76, por sua vez, impondo definição de modo preciso exaustivo e completo, exige que todos objetos da companhia sejam essenciais, não há acessórios, conexos ou secundários.

Esta alteração traz efeitos jurídicos diferentes em relação ao direito de retirada, pois em sendo todos os objetos essenciais qualquer alteração de um deles dá margem ao aparecimento do direito de retirada, o que não acontecia com o 2.627/40.

Pela 6.404/76 para a definição do objeto não se devem utilizar termos genéricos e amplos, mas precisos, toda definição do objeto se refere às atividades específicas da companhia.

De acordo com Miranda Valverde o objeto da sociedade limita, em regra, os poderes dos administradores.

Pela explicação contida na exposição de motivos do projeto da Lei das S.A. a definição precisa e completa do objeto, conforme § 2.º, art. 2.º dá a possibilidade de caracterização do abuso de poder e desvio de atividade.

O § 3.º desse art. 2.º da 6.404/76, menciona que a companhia pode ter por objeto a participação em outras atividades, e completa: ainda que o estatuto não tenha essa previsão, essa faculdade é possível desde como meio, de realizar o objeto social ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

Diante dessas disposições a estipulação, no estatuto, da participação em outras sociedades, como objeto social, será necessária se não houver conexão entre o objeto social da companhia com aquelas, das quais participará.

Em razão disso Modesto Carvalhosa, diz: "será de inteira prudência que as companhias façam constar de seus estatutos a faculdade de participação em outras sociedades, tendo em vista o risco de não o fazendo tal fato ser considerado desvio de objeto. O desvio de objeto constitui o principal instrumento para tipificação do abuso do poder econômico".

O objeto social definido de modo preciso e completo motiva o acionista, no ato da constituição ou em atos posteriores, a participar da sociedade, esta motivação constitui, quase sempre a condição de ser de acordo para participar com outros sócios da sociedade; é esta razão, que conduz a participação em sociedade, poderá ser ferida se houver modificação, por qualquer forma ampliação, ou restrição do objeto social da sociedade, ou seja, mudanças, por qualquer circunstância do objeto social.

A mudança do objeto social é ato que dará à sociedade a condição de exercer atividade diversa daquela para qual a mesma foi constituída, e essa atividade diversa pode não suprir a expectativa de alguns acionistas que entraram para a sociedade justamente em razão do objeto anterior.

Contudo essa mudança do objeto social, além de outros efeitos legais, implica em um de relevância, que às vezes leva a disputas judiciais acirradas que é o direito de recesso, direito de retirada. Vivante Tratatto di Diritto Commercialle — v. 2 — Diritto de recesso: "come un rimedio introdutto per ragioni di ordine pubblico a defesa degli azionisti..."

Esse direito de recesso está previsto no art. 2.437 do Codice Civile italiano: 2.437: Diritto di recesso: "I soci dissenzienti dalle deliberazioni riguardanti il cambiamento del'ogetto o del tipo societá, o il trasferimento della sede sociale all'estero hanno diritto di recedere dalla societá e di ottenere il rimborso delle proprie azioni..."

Mas que direito é esse? Quais são suas características e condições de exercício?

Tal direito de recesso, para alguns na Alemanha, é um direito formador, o acionista que tivesse esse direito teria um direito autônomo a tutela jurídica, contra o Estado, que tem obrigação de prestar aquela tutela, e contra o réu, em relação a quem aquela tutela deve ser dada.

Esse mesmo direito, na Itália é classificado como Direito Potestativo, lembrando Chiovenda (Instituições) "é o direito que nos assiste em face do adversário, em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei, mas a quem não incumbe nenhuma obrigação diante deste poder, estando simplesmente sujeito a ele".

Esse direito de recesso, direito de retirada, que surge pela primeira vez no Código de Comércio da Itália, em 1882, entre nós foi introduzido pelo Dec. 21.536/32, e incluído no Dec. 2.627/40, art. 107, e finalmente no art. 137 da Lei 6.404/76.

Para Modesto Carvalhosa: "o recesso é a faculdade legal do acionista de retirar-se da companhia, mediante a reposição do valor real e atual das ações respectivas".

"Trata-se de um negócio jurídico, em virtude do qual a companhia é obrigada a pagar aos acionistas dissidentes o valor de suas ações. Constitui uma resilição, unilateral ou denúncia. É, portanto, reminiscência da concepção contratualista da sociedade anônima, que ainda subsiste em diversas esferas de sua estrutura". Comentários a Lei de Sociedades Anônimas, 4.º/307.

O art. 137 com redação da Lei 7.958/89, c/c o art. 136, ambos da Lei 6.404/76, dão as características básicas desse direito de retirada: a) para surgir o direito de retirada deve antes de tudo existir deliberação eficaz de assembléia-geral sobre as matérias do art. 136, Lei 6.404/76. É um direito do acionista que dissentir, não concordar com aprovação das matérias previstas nos itens I, II, III, IV, V e VIII do art. 136, da Lei 6.404/76, ou seja, primeiro é necessária a qualidade de ser acionista, com comprovação na forma do art. 126 da Lei 6.404/ 76. segundo não concordar com a aprovação das matérias antes citadas; b) Essa discordância deve ser consubstanciada em reclamação dirigida a companhia, no prazo de trinta dias contados da publicação da ata da assembléia-geral. Esse prazo é de decadência, o não exercício desse direito, até o fim desse espaço de tempo, ocasio-

nará a caducidade desse direito; c) Não se exige a presenca do acionista na assembléia, como faz necessário o direito italiano, não há também necessidade em comparecendo a assembléia votar contra a aprovação dessas matérias, pode simplesmente se omitir: d) Esse direito alcança os acionistas que tenham o direito de voto, e também os que não tenham; e) É direito que protege os acionistas que ainda não integralizaram suas ações; f) Acionistas em mora, desde que sejam constituídos em mora, não podem exercer tal direito; g) Não há recesso parcial, o acionista, uma vez utilizando tal direito, o exercerá em relação a todas as suas acões, de qualquer espécie e ou classe.

Esse direito com esses pormenores é um direito essencial e ou individual do acionista, e decorre da lei.

O que fundamenta esse direito, segundo Modesto Carvalhosa, op. cit., p. 307. "Formaram-se duas teorias em torno do direito de recesso. A teoria da lei, que entende basear-se tal prerrogativa na vontade do legislador, considera a matéria como de ordem pública e, por isso, irrenunciável por parte do acionista e inderrogável pelo estatuto ou pela assembléia-geral.

Já para a teoria do contrato, o direito de recesso implica uma rescisão parcial do contrato de sociedade, tendo como causa a não-permanência das cláusulas que motivaram o consentimento do acionista.

"Em conseqüência, a norma legal seria mera disposição de caráter subsidiário ou supletivo da vontade das partes. Admite, pois, essa teoria que o direito de recesso, por ser contratual, seria renunciável ou alterável, notadamente pela superveniência de circunstâncias e de fatos que modificariam as estipulações iniciais".

"Na realidade, o direito de recesso origina-se do reconhecimento legal dos fundamentos contratuais da companhia. Trata-se, portanto, de direito que visa a conciliar os interesses da companhia e dos acionistas. A lei, de um lado, dá poderes à maioria para modificar as bases essenciais do contrato social e, de outro, garante ao acionista discordante dessas modificações a possibilidade de denunciar parcialmente o pacto social a que aderiu".

"Trata-se, com efeito, de corretivo do princípio majoritário, no sentido de que, frente a algumas modificações mais importantes do estatuto social, a lei protege o acionista individual que se considere prejudicado por tais modificações. Dá-se-lhe o direito de liquidar sua parte no capital social, sem necessidade de, para tanto, encontrar comprador para ceder as respectivas acões".

"O fundamento, portanto, do direito de recesso encontra-se na proteção aos interesses do sócio individual que não quer ficar vinculado à companhia. Constitui instrumento legal de proteção aos não controladores. Ademais, compõe o conflito de interesses representado, de um lado, pela permanência da pessoa jurídica e a preservação do princípio majoritário e, de outro, o direito de ressarcimento aos acionistas inconformados com decisões contrárias aos seus interesses."

"Permite, dessa forma, a lei que o acionista, por sua vontade manifestada oportunamente, deixe de suportar determinados efeitos jurídicos decorrentes da decisão majoritária, sobre matérias específicas."

"O acionista, portanto, retira-se não da sociedade a cuja estrutura jurídica aderiu. Afasta-se, isto sim, por antecipação, da companhia modificada."

"Trata-se de um contrapeso à regra geral da decisão majoritária, no tocante à modificação das bases essenciais da companhia".

Para nós o direito de retirada tem seu fundamento na proteção que a lei dá ao acionista individual que não quer ficar vinculado para sempre à sociedade.

Esse direito está entre os direitos essenciais dos acionistas, por força do art. 109, item V, da Lei 6.404/76. Sendo portanto direito essencial, nem os estatutos, nem assembléia-geral, nem quaisquer acordos de acionistas poderão privar os acionistas.

Segundo Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro, 1/278 "os direitos dos acionistas perante a sociedade podem ser agrupados em duas grandes categorias: os direitos individuais e os direitos sociais".

"Assim os direitos individuais tem sua origem na lei ao passo que os sociais tem sua origem nos estatutos".

"Esses direitos individuais tem sua origem no § 35 do CC alemão onde são denominados direitos próprios do membro de uma pessoa jurídica".

Tais direitos próprios do acionista não podem, sem o consentimento do mesmo (o que poderia ocorrer com aprovação da matéria do art. 136 — na assembléia) ser violado, atingido por qualquer forma por deliberação de assembléia, estatutos, acordo de acionista.

Neste ponto é de se ressaltar importante questão: sendo o direito de retirada direito essencial do acionista, direito que lhe é reservado pela lei, será esse direito de recesso reservado para certos acionistas, ou a uma classe ou grupo deles? Ou ainda, esse direito de recesso pode ser exercido da mesma forma, com a mesma amplitude por quaisquer acionistas?

O direito de retirada entra na categoria de direitos que são assegurados à totalidade dos acionistas, não podendo portanto ser atingido, alterado pela maioria, e nem renunciado pelo acionista. É um direito que cabe a todos, independentemente de classe, grupo etc... Ele é reservado a todos, ele é direito intangível. É um direito, o de retirado, conectado a qualidade de acionista.

Por outro lado esse direito ao contrário, p. ex.; do de participar dos lucros sociais (onde a participação não é igual a generalidade dos acionistas), pode ser exercido, desde que se obedeçam os requisitos da lei, pelos acionistas, independentemente, de classe, grupo etc., da mesma forma e com a mesma amplitude. Este fato contraria o princípio da igualdade, pela qual a isonomia opera entre titulares de ações da mesma classe.

Como consequência os acionistas, que possuam ações ordinárias, podem, desde que dissidentes, e observadas as disposições legais, exercer o direito de retirada, se determinada assembléia aprovar alteração nas preferenciais, vantagens e condições de resgate de uma ou mais classes de ações preferenciais. Essa alteração diz respeito as ações preferenciais, mas faz surgir a qualquer acionista o direito de retirada, se o quiser utilizar.

Segundo Miranda Valverde — Sociedades por Ações, II/43: "Trata-se, ao nosso ver, de um instituto de ordem pública, que se destina a proteger os acionistas, em minoria, e, ao mesmo tempo, assegurar a continuidade da empresa explorada pela sociedade anô-

nima. É um meio de solução de conflito".

"O Direito de recesso, observa Vivante (in Miranda Valverde, op. cit., p. 12), atua como um freio e um remédio contra os poderes amplos conferidos a assembléia-geral dos acionistas para a alteração ou reforma dos estatutos".

Direito de recesso, anteriormente esboçado, apresenta, ainda algumas questões que merecem destaque: Para o exercício do direito de retirada é necessário que o interesse do acionista tenha sido atingido? Há o acionista de demonstrar seu interesse de assim agir? Ou ainda é indispensável provar a ocorrência de prejuízo?

Parte dos doutrinadores nacionais entende que o exercício do direito de recesso está vinculado a que o interesse do acionista tenha sido atingido.

Entre eles destacam-se: Wilson de Souza Campos Batalha: "Não basta apenas a ocorrência de qualquer das hipóteses taxativamente enunciadas na lei: é indispensável a possibilidade de prejuízo." É evidente, porém, que o direito não pode legitimar esse tipo de retirada, achando-se seu exercício subordinado a existência do prejuízo efetivo, ou, pelo menos potencial, Comentários à Lei das S.A., II/645. Modesto Carvalhosa, op. cit., p. 310 "A regra de que o direito cabe a qualquer acionista não deve, no entanto, ser entendida como absoluta. Há o pressuposto de que o interesse do acionista foi atingido".

"Dessa forma, em todas as hipóteses, deve haver direito atingido, não se pressupondo, portanto, que todo e qualquer acionista possa retirar-se da companhia, tão-somente invocando modificações decididas em assembléiageral que, por ação ou omissão discordou, mas que, no entanto, não atingem, desfavoravelmente, os seus interesses patrimoniais".

Prof. Luiz Gastão Paes de Barros Leães — Comentário à Lei das S.A., 2/225, "há o pressuposto de que o interesse do acionista foi atingido, para o exercício desse direito, podendo a companhia exonerar-se do dever de reembolsar o acionista dissidente se provar a inexistência de dano".

Outra parte de doutrinadores entende que o acionista não precisa provar o seu interesse, nem demonstrar que sofreu prejuízo para o exercício do direito de recesso.

Assim, Fábio Konder Comparato (RT, 563/50, set./82) (valor do Reembolso no Recesso Acionário — Interpretação do art. 45 da LSA). "A doutrina reconhece, portanto, sem discrepância, que o direito de recesso do sócio dissidente da deliberação social não constitui uma sanção de ato ilícito praticado pela maioria, não representa uma forma de indenização. Se o fosse, o sócio recedente seria obrigado a provar o prejuízo sofrido para exercer a retirada, quando na verdade, o recesso atua como uma espécie de denúncia vazia".

"Os únicos pressupostos para o exercício desse direito consistem na deliberação pela assembléia, sobre matéria especificada em lei como ensejadora do recesso e a manifestação de vontade do acionista no prazo legal".

Acompanham essa tendência Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro — Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro, 1/426-427. "Inscreve-se ele entre os direitos essenciais do acionista (art. 109, V) a título de contrapeso ao poder decisório das maiorias deliberantes, em matérias que atingem de forma substancial a vida da sociedade, como

aquelas que enumeramos anteriormente".

"E, em segundo lugar, ainda quando atue em benefício da sociedade, sujeitando a minoria à prevalência de suas decisões, é preciso que o controle não obste a que essa minoria manifeste sua discordância, separe-se da sociedade, reembolsando-se do valor de suas ações".

"O recesso coloca-se, assim, como prerrogativa individual do acionista minoritário vencido por uma decisão válida da maioria tomada no interesse da companhia".

Diante dessas citações entendemos que o acionista não precisa provar seus interesses nem prejuízo para exercer seu direito de retirada pois: a) se houvesse a necessidade dessa prova a lei a estabeleceria, contudo ela é silente quanto a esse aspecto.

A lei, por outro lado, impõe apenas três condições para o exercício desse direito: que haja, em assembléia-geral, aprovação das matérias previstas no art. 136; que o acionista, comprovando ser acionista, na época, manifestese contra a aprovação de quaisquer dessas matérias; que apresente essa sua reclamação a companhia no prazo de trinta dias contados da publicação da ata da assembléia-geral. De modo que não há como se falar de prova de interesse, ou demonstração de prejuízo; b) O Prof. Fábio Konder Comparato dá a solução: o direito de recesso não constitui sanção de ato ilícito praticado pela majoria. Somente no caso de sanção de ato ilícito da maioria haveria necessidade de provar o prejuízo sofrido. O recesso atua como espécie de denúncia vazia.

Outrossim examinando-se bem essa questão, o fato de a maioria aprovar em assembléia quaisquer dos itens do art. 136 — sobretudo a mudança do

objeto da companhia, já faz surgir o interesse do acionista individual, minoritário, uma vez que as deliberações da assembléia alteram, substancialmente, as condições de existência da sociedade.

O acionista, nesse caso, vê aquele seu motivo, aquela sua razão que o levou a participar da sociedade prejudicada, e nesse momento aparece seu interesse de se retirar da companhia, e como a venda ou a transferência das ações, nas hipóteses previstas em lei, e no caso de companhia fechada, pode ser difícil ou prejudicial, utiliza-se o acionista de seu direito de recesso, devendo a sociedade reembolsá-lo do valor de suas ações.

Daí o próprio Trajano Miranda Valverde ser categórico — op. cit., p. 42: "Ninguém, com efeito, poderá negar, que a resolução da assembléia-geral, que mudou objeto essencial da sociedade..." "não seja um ato grave, capaz de ferir legítimos interesses dos acionistas em minoria, ou ser mesmo um golpe contra eles desferido".

Pelo exposto, e é o que entendemos, a resolução da assembléia que muda o objeto da sociedade, ou qualquer um dos objetos da sociedade, já é um ato capaz de ferir legítimo interesse do acionista, e independe de qualquer prova ou demonstração de prejuízo.

Existem outras questões, que também merecem considerações, como o direito de recesso em companhia com ações em bolsa (companhias abertas), o reembolso ou ressarcimento das ações, o direito de recesso e a rescisão do contrato de sociedade.

Esse tema direito de recesso em companhia aberta, é muito bem colocado pelo Prof. Waldírio Bulgarelli: "embora se entenda descabido quando as ações estejam cotadas em bolsa, pois que assim, o acionista insatisfeito

poderia negociá-las, sem necessidade de recorrer ao pagamento das ações da companhia".

De fato se a companhia é de capital aberto, com ações em bolsa, no mercado principal, o acionista que não mais quiser continuar na companhia, ou não concordar com aprovação dos itens do art. 136 — em assembléia, bastaria pura e simplesmente vender suas ações no pregão da bolsa, sem necessidade de apelar para o direito de recesso.

Todavia o art. 137 não cria exceção em relação as companhias abertas, com ações em bolsa, no mercado principal, só este fato já bastaria para solucionar tal tema.

Acresça, ainda, que o fato de uma companhia ser aberta, ter ações em bolsa no mercado principal não significa que as ações da mesma possam a qualquer dia ou a qualquer hora ser vendidas em bolsa. Para que isso acontecesse seria necessário que as ações de todas as companhias abertas, com ações na bolsa, tivessem liquidez, ou seja a qualquer dia, e a qualquer hora, no pregão, houvesse comprador.

E é de conhecimento que isso não ocorre, em todas as bolsas, e com todas as companhias abertas. Em períodos de euforia, quase todas ações de companhias abertas tem liquidez, mas em períodos de crises poucas companhias abertas tem suas ações com liquidez.

Em vista disso, dessa falta de liquidez, falta de comprador, em certas ocasiões, talvez a lei não abra exceção do direito de recesso em relação as companhias abertas.

E é essa nossa posição, pois a falta de liquidez pode prejudicar e obstar ao acionista, retirante da companhia, em vender as suas ações, quando quiser utilizar e exercer seu direito individual de retirada.

Outrossim a maioria controladora tem meios para tornar as ações da companhia aberta, nas bolsas, ilíquidas, sem atrativos, e com seus preços inferiores ao valor patrimonial.

Assim o acionista de uma companhia aberta, com ações no mercado principal da bolsa, nos casos de aprovação em assembléia dos assuntos citados no art. 136 — Lei 6.404/76, pode optar entre vender as suas ações em bolsa, ou optar, desde que seja dissidente, na forma da lei, pelo reembolso do valor de suas ações, na forma do art. 45 — Lei 6.404/76.

Ligado ao direito de recesso está o reembolso do valor das ações do acionista. Esse direito ao reembolso está previsto nos arts. 137 e 45 da Lei 6.404/76.

Pelo reembolso a companhia paga aos acionistas dissidentes de deliberação, em assembléia geral, o valor de suas ações.

O estatuto pode ter normas a respeito do valor do reembolso, mas tais regras não podem conduzir a um reembolso cujo valor o seja inferior ao do patrimônio líquido, constante do último balanço, aprovado pela assembléia geral.

Segundo o Prof. Fábio Comparato, no trabalho citado, p. 50: "Como não se cuida de ressarcir prejuízos individuais, mas de compensar interesses particulares, sacrificados legitimamente ao interesse social, o valor pecuniário a ser recolhido pelo sócio retirante obedece a um cálculo predeterminado, já de todos conhecido".

E é de sua conclusão, ob. cit., p. 55: "Não hesito, pois em concluir, na linha de longa tradição, tanto no Direito Brasileiro quanto ao estrangeiro do qual recebemos os institutos do direito de recesso, que o reembolso das ações dos acionistas dissidentes,

no teor do disposto no art. 45 da Lei 6.404/76, salvo previsão diversa do estatuto, deve ser estabelecido com base no valor do patrimônio contábil da companhia; e que o "balanço especial" referido nesse artigo de lei tem por finalidade, unicamente, a atualização monetária das contas do patrimônio líquido".

O acionista que exerce esse direito de retirada, e tem direito ao reembolso do valor de suas ações, na forma alinhavada, no ato desse exercício rescinde o contrato de sociedade, ou denuncia o mesmo, tornando-se credor da companhia?

Modesto Carvalhosa, ob. cit., pp. 308-9, expõe: "Já para a teoria do contrato, o direito de recesso implica uma rescisão parcial do contrato de sociedade, tendo como causa a não permanência das cláusulas que motivaram o consentimento do acionista".

"Constitui um direito de natureza patrimonial, na medida em que tutela o interesse do acionista, no que respeita à sua participação no capital da companhia. Tem por outro lado a natureza de uma liquidação antecipada e parcial dos haveres do sócio na sociedade. Configura, ainda, uma resilição ou denúncia unilateral.

"O poder de resilir é exercido mediante declaração de vontade da parte a quem o contrato não mais interessa. Por outro lado, é resilição parcial, porque não extingue o contrato, mas, simplesmente, a relação jurídica entre o acionista denunciante e os demais acionistas remanescentes. Daí a importância da teoria do contrato plurilateral que permite a resilição parcial".

"O exercício do direito de recesso, por constituir uma denúncia ou resilição unilateral e parcial, é negócio jurídico, produzindo a extinção da relação jurídica entre acionista e a companhia".

"Ademais a eficácia da resilição ou denúncia unilateral e parcial do acionista produz efeito a partir da própria declaração de vontade manifestada, independentemente de pronunciamento judicial ou administrativo ou de qualquer procedimento extrajudicial".

A resilição é um modo de se extinguir contrato por vontade bilateral ou unilateral, resilir, latim resilire, tem a significação de voltar para trás. Assim resilir é a dissolução do contrato mediante declaração de vontade de uma ou das partes contratantes.

Segundo a lei as partes não querem se obrigar para sempre, e portanto tem para si o direito de resilir, sempre, o contrato; a resilição assim ocorre, sobretudo, nos contratos por prazo indeterminado.

Para Orlando Gomes — Contratos, p. 189 — "O fundamento do poder de resilir seria assim à vontade presumida das partes".

"A faculdade de resilição unilateral é suscetível de ser exercida: a) nos contratos por tempo indeterminado; b) nos contratos de execução continuada ou periódica; c) nos contratos em geral, cuja execução não tenha começado".

"A natureza do poder resilir unilateralmente o contrato não sofre contestação: trata-se de um direito potestativo.

"A resilição unilateral dos contratos por tempo indeterminado produz efeitos para o futuro".

Contudo diante dessas ponderações é necessário observar o seguinte: Embora o exercício do direito de recesso implique em resilição unilateral do contrato de sociedade, ele não é absoluto, e não produz efeito de imediato, ele é condicionado.

Essa condição está no § 2.º do art. 137 da Lei 6.404/72, ou seja:

§ 2.º: É facultado aos órgãos da administração convocar, nos 10 dias subseqüentes ao término do prazo de que trata este artigo, a assembléia-geral, para reconsiderar ou ratificar a deliberação, se entenderem que o pagamento do preço de reembolso das ações aos acionistas dissidentes, que exerceram o direito de retirada, porá em risco a estabilidade financeira da empresa.

Desse modo, a aprovação das matérias contidas no art. 136, em assembléia-geral, faz surgir para o acionista, recendente, o direito potestativo de resilir unilateralmente o contrato de sociedade de modo parcial, para exercer o seu direito de retirada, mas só tornará efetivo o exercício desse seu direito, se os órgãos da administração da sociedade não convocarem assembléia-geral e reconsiderem a aprovação daquelas matérias.

Assim esse direito tem seu exercício subordinado a vontade dos administradores da companhia de, através de assembléia-geral, reconsiderar a deliberação feita em relação as matérias do art. 136.

Pelo que o direito de recesso, direito potestativo do acionista é condicional aquela não reconsideração.

Ainda, não decorridos os dez dias estipulados no § 2.º do art. 137, o acionista, apesar de ter remetida a sua reclamação, apesar de ter emitido sua vontade de resilir, parcialmente, o contrato de sociedade, ainda continuará acionista, com todas suas obrigações.

Decorridos o prazo de dez dias citados, o acionista que exercer seu direito de resilir, seu direito de retirada, deixará de ser acionista, será ex-acionista, e se tornará credor da companhia, pelo valor do reembolso de suas ações.

Outrossim há de se referir aos casos de sociedades de prazo determinado. Ao contrário do que estabelecia o Dec.-lei 2.627/40, art. 40, II, a Lei 6.404/76, não determina, de modo expresso, que o estatuto contenha normas sobre a duração da companhia.

Como dissemos, anteriormente, a resilição unilateral e parcial seria própria dos contratos de prazo indeterminado, e o próprio Orlando Gomes, ob. cit., pp. 408-409, quando discorre sobre a dissolução da sociedade na letra f, é peremptório: "f) pela vontade de um dos sócios quando seja por prazo indeterminado".

Nos contratos por tempo determinado os efeitos cessam normalmente com o advento do termo, enquanto dura nenhuma das partes pode desvincular-se da outra, nesse contrato as partes tem em mente prender-se mutuamente.

Mesmo no contrato de prazo determinado é possível dissolvê-lo pela vontade de um dos contratantes, com fundamento ou não, contudo entendemos que nesse caso haveria cabimento de indenização das perdas e danos em razão dessa ruptura.

Levando-se essas linhas sobre o contrato de prazo determinado para o caso da companhia, em um primeiro momento poder-se-ia entender que não haveria possibilidade de se aplicar, ou melhor exercer o direito de retirada, o direito de resilir o contrato de sociedade, do mesmo modo como se o exerceria na companhia de prazo indeterminado, pois naquele (o determinado) haveria o cabimento de indenização.

Poder-se-ia pensar que no caso de companhia com prazo certo de duração, a majoria aprovando em assembléia-geral, as matérias do art. 136. no nosso caso mudança do objeto social, estaria promovendo inexecução de parte do contrato de sociedade. pois mudaria, alteraria parte substancial do mesmo. Nesse caso o contrato da companhia foi celebrado para a consecução de certos fins, o que deveria ser cumprido pelas partes os acionistas, contudo a maioria, altera o objeto da sociedade, os fins ou fins do contrato é outro, e esse fato daria condições para a parte prejudicada, o acionista individual ou minoritário de resolver parcialmente o contrato de sociedade.

As implicações ainda sobre a resilição, resolução sobre contrato de prazo determinado, são muitas, havendo inclusive referências ao sistema francês e alemão.

Todavia nosso objetivo, no momento, foi e é de chamar a atenção para essa questão do direito de recesso nas companhias por prazo determinado.

Diante de tais ponderações, analisemos o v. acórdão:

Não há notícia do citado acórdão sobre se Ughini S.A. seria companhia de prazo determinado e ou indeterminado, no silêncio tendemos achar que seria de prazo indeterminado, com seus efeitos legais, portanto admissível o direito de recesso, com rescisão unilateral e parcial do contrato de sociedade.

Andou bem e muito bem a 2.ª T. do STF em, reformando a decisão de 2.ª instância, prover o recurso, estabelecendo: "não exige a lei que a alteração importe mudança essencial da

empresa. Basta que prejudiquem interesses de acionistas minoritários..."

Ora vimos no início deste trabalho que a divisão de objeto da companhia em essenciais e secundários era matéria do Dec.-lei 2.627, arts. 2.º e 105, já na nova Lei 6.404/76, não há essa distinção, todos os objetos são essenciais.

Outrossim qualquer restrição ao objeto da companhia importa em alteração e mudança do mesmo e como consequência faz surgir o direito de retirada, o direito de resilir unilateralmente e de modo parcial o contrato de sociedade.

E mais a restrição, a mudança do objeto da companhia fere o interesse do acionista individual e ou minoritário, pois por ocasião da constituição e ou posteriormente foram o objeto e ou os objetos que criaram o interesse do mesmo em vir participar da companhia, e se este muda, por obra da maioria, prejudicado está aquele interesse que o levou a ser acionista.

Quanto ao prejuízo que constitui pressuposto legal implícito do exercício do direito de recesso, permanecemos com o Prof. Fábio Comparato: "o direito de recesso do sócio dissidente não constitui sanção de ato ilícito" "não é forma de indenização".

E mais o acionista não precisa provar esse prejuízo e nem o mesmo é pressuposto do direito de recesso, pois:
a) a lei não estabelece esse pressuposto, exige apenas deliberação da assembléia sobre matéria do art. 136, e manifestação de vontade no prazo legal; b) o direito de resilir unilateralmente e parcial o contrato de sociedade, no caso de mudança do objeto social, é direito potestativo: direito que assiste ao acionista recendente em face da maioria, em relação a qual se pro-

duz o efeito jurídico da atuação da lei, mas a quem maioria, não incumbe nenhuma obrigação diante desse poder.

Está a maioria, em relação ao direito de recesso, simplesmente sujeito a ele.

De todo o exposto e trazendo as próprias palavras do acórdão, em evidência, podemos concluir: "A mudança do objeto da companhia (por quaisquer meios — alteração, acréscimo,

restrição) é suficiente para justificar o exercício do direito de retirada".

"A questão de prejuízo da minoria (ou do acionista) não é pressuposto do direito de recesso".

E trazendo: Enneccerus, Tratato del Derecho Civil — "... o direito de recesso é um direito formador, pois extingue uma relação jurídica por ato unilateral de vontade..."

São Paulo, 28 de abril de 1992 MAURO DELPHIM DE MORAES

ATUALIDADES

JURISPRUDÊNCIA DA CORTE DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL

CARLOS NEHRING NETTO

Por ocasião de Seminário organizado pelo Comitê Brasileiro da Câmara de Comércio Internacional (CCI) em 13.5.91, em São Paulo, a respeito de Arbitragem, o tema que me foi conferido obedecia ao título acima, possivelmente em razão do fato de que tenho a honra, ainda que não o mérito, de ser o representante do Brasil na Corte de Arbitragem Internacional que funciona dentro da CCI, em Paris.

Cumpre-me esclarecer, de início, que as decisões, de resto apenas de administração processual, tomadas pela citada Corte, são de cunho absolutamente confidencial, razão pela qual não há como divulgá-las.

Pude confirmar, todavia, que o desejo da organizadora era o de que eu abordasse a jurisprudência resultante das arbitragens realizadas sob os auspícios institucionais e o regulamento da CCI.

Devo acentuar que mesmo sob tal prisma a confidencialidade é de rigor, nesse organismo, só sendo publicados os laudos arbitrais que as partes interessadas admitam, o que por evidência diminui o elenco de consulta, para um trabalho desse gênero.

Algumas publicações existem, todavia, coligindo não só os laudos divulgados, como outros, em que apenas o número do caso, mas não os nomes das partes, são citados, permitindo

assim ao mundo jurídico tomar conhecimento, mesmo que relativo, da orientação dos Tribunais Arbitrais, com relação a determinados assuntos.

Para finalizar o preâmbulo, lembro que a composição altamente diferenciada dos referidos Tribunais, envolvendo juristas e técnicos do mundo inteiro, e abordando sistemas jurídicos os mais diversos, torna praticamente impossível que se logre destacar uma "jurisprudência predominante", sob esta ou aquela matéria. Ainda assim, consegui concentrar-me sobre alguns tópicos em que é possível sustentar uma orientação serena e uniforme, que passo a abordar em notas separadas.

Na medida possível, englobei algumas decisões sob cada um dos títulos que julguei mais relevante examinar, como segue:

Autonomia da cláusula arbitral

Um tema que, independentemente da multiplicidade étnica das sentenças que atravessam a Corte Internacional de Arbitragem da CCI, tem sido objeto de orientação una e pacífica é o da autonomia da cláusula que estabelece a jurisdição arbitral, com relação ao restante do contrato.

Vez por outra, alguns dispositivos de um ajuste entre partes são cunhados de nulidade. Em raras ocasiões, é o contrato no seu todo um documento nulo (por tratar, p. ex., de matéria que por força de ordem pública não pudesse ser objeto de exploração por entidades privadas, justamente como as participantes do negócio). Conflitos podem surgir entre os interessados, apesar dessa mancha. A pergunta posta é saber se a nulidade do instrumento ou de cláusulas vizinhas contamina o dispositivo arbitral, e a resposta tem sido serenamente negativa.

Um bom exemplo do que vem de ser dito está, p. ex., na sentença que ultimou o caso 1.526, de onde convém citar as seguintes considerações: "C'est aussi une régle maintenant admise en matière d'arbitrage internationale, ou en voie de l'être généralement que, selon la formule de la Cour de Cassation de France, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionelles, une complete autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une eventuelle invalidité de cet acte".

Ao apreciar o caso n. 2.694, determinados árbitros não só citaram o mesmo precedente judicial que alude a sentenca anterior, conhecido como o acórdão Gosset, mas acrescentaram: "Attendu que la portée de l'autonomie ainsi reconnue à la clause compromissoire a été encore accrue par l'arrêt HECHT de la Première Chambre Civile de la Cour de Cassation en date du 4 juillet 1972; que la Cour Suprême y affirme "qu'ayant relevé le caractère international du contrat qui liait les parties et rappelé qu'en matière d'arbitrage international l'accord compromissoire présente une compléte autonomie, l'arrêt attaqué en a justement déduit que la clause litigieuse devait, en espéce, recevoir application: Attendu que cette régle, qui est aujourd'hui considérée, à la suite de l'arrêt HECHT, comme indépendente de la loi applicable au contrat, apparaît comme une régle matérielle du droit du commerce international; qu' en écartant toute incidence de la contestation de la validité du contrat sur la clause compromissoire, du moins lorsqu'il s'agit d'un contrat international, elle a pour conséquence de permettre aux arbitres de se prononcer sur les contestations relatives à la validité du contrat."

De notar que a partir de então a menção à ressalva de "circunstâncias excepcionais", constante do acórdão Gosset, foi tida como definitivamente eliminada.

Competence/Competence

Em múltiplas ocasiões, uma das partes suscita a incompetência do Tribunal Arbitral constituído sob os auspícios da CCI (baseada em argumentos legais ou contratuais).

Ao longo do tempo fixou-se claramente o princípio de que a competência para a decisão a tal respeito é do próprio Tribunal Arbitral — de onde o uso duplicado da palavra.

Cito, p. ex., trecho da sentença liminar do caso 1.512: "Whereas, in international arbitration, the arbitrator's power and duty to decide on the question of his own jurisdiction is firmly established in law... Whereas this "well established principle" — to quote the words used in the accompanying report with regard to Article 41 of the Washington Convention of March 18, 1965, a treaty ratified by many states, among which Pakistan has been expressly followed in the Rules of many arbitration organizations and is clearly affirmed, for instance, in Article 13 of the Rules of Conciliation and Arbitration of the ICC (of 1955) *, rules accepted by both parties. Whereas this principle or custom is based on obvious reasons of justice and convenience, and on the needs of the international business community..."

No mesmo sentido várias decisões adicionais podem ser citadas, posto que publicadas, em confirmação de tratar-se de jurisprudência uniforme no seio da CCI.

Caso 1.803: Além do regulamento, o árbitro se apoiou no art. 8 do chamado "Swiss Concordat on Arbitration".

Caso 3.493: Publicado com permissão das partes, envolvendo como réu a República Árabe do Egito, que suscitou a incompetência com base em suas próprias leis, levantando ainda a questão de ônus de prova (que seria dos autores).

O Tribunal, presidido por Giorgio Bernini, decidiu à unanimidade sua competência para declarar-se competente, como o fez.

Caso 4.131: Trata-se de outro aresto divulgado sob permissão, e dos mais famosos na CCI, pela multiplicidade de temas abordados, conhecido como o caso Dow Chemical (x Saint Gobain).

Sentença tão mais ilustre porque firmada por árbitros de reconhecida autoridade, tais como os Profs. Pieter Sanders, Berthold Goldman e Michel Vasseur.

Neste caso lapidar o Tribunal Arbitral após exame minucioso da Negociação, Execução e Terminação dos contratos e da teoria de Grupo de Companhias, assumiu expressamente a jurisdição para decidir sobre as reclamações dos quatro autores e rejeitou a

* No regulamento atual essa regra está no art. 8.3, in fine.

contestação dos réus quanto à presença de Dow Chemical AG e Dow Chemical Europe, ambas Suicas.

Caso 2.476: Da motivação da sentença convém registrar: "Le Tribunal Arbitral se reconnaître donc compétent pour connaître du présent litige, après avoir constaté qu'aucune stipulation de l'accord des parties ne s'oppose à l'affirmation de sa propre compétence et ce, d'autant que le défaut et les vices de consentement allégués par la defenderesse ne concernent en rien la clause d'arbitrage, n'affectant que le fond même du contrat. Cette solution ne correspond pas seulement au Règlement de la Cour d'Arbitrage de la CCI mais aussi au droit suisse qui, ainsi que l'a exposé fort justement la demanderesse dans ses conclusions en réplique, affirme que la nullité du contrat principal n'a aucune incidence sur la validité de la clause d'arbitrage".

Caso 2.558: É relevante mencionálo, pois que aí o poder de decidir
sobre sua competência foi utilizado
pelo árbitro por entender ser ele incompetente, com base no direito positivo francês (tratando-se de contrato
de trabalho, e não de representação
autônoma, a ordem pública excluía a
competência de qualquer tribunal arbitral).

Caso 3.987: O Tribunal se decidiu competente com base no Regulamento, no direito francês e na "convicção jurídica internacional" (parte austríaca contra empresa grega).

Casos 1.507, 2.114 e 4.402: Todos dentro do princípio geral ora historiado.

Ordem pública

É fácil presumir que a imposição da "Ordem Pública" é matéria que vem com frequência à tona, nas decisões submetidas ao crivo formal da Corte de Arbitragem.

Caso recente chamou o meu particular interesse, dado guardar relação com soluções práticas que muitas vezes ouvi praticadas entre partes contratantes, tanto localmente, quanto no exterior.

O caso 6.142 envolve um contrato de licença celebrado entre uma empresa francesa, proprietária de marca assaz conhecida no seu particular setor de indústria e comércio, e firmas espanholas que se dispunham a fabricar e explorar em seu país, artigos de tal natureza e qualidade, sob a égide de referida marca (que sou obrigado a não denunciar, ante o já citado caráter confidencial das decisões CCI).

Ocorre que as partes celebraram seu ajuste em duas versões — uma na língua de Molière, outra na de Cervantes — e somente na primeira introduziram a chamada cláusula de royalties mínimos (equivalendo dizer que se as vendas de um período não atingissem determinado limite, a permanência da licença pelo restante do prazo do acordo dependeria do pagamento, pelas licenciadas, da remuneração que seria devida se tal cifra tivesse sido alcançada).

Como só a via em espanhol foi levada, no país das licenciadas, a registro governamental, é evidente que a ausência dessa regra, proibida pelos regulamentos ibéricos (à semelhança, de resto, com o nosso antigo Ato Normativo 15, do INPI), não impediu fosse o contrato devidamente chancelado.

O volume mínimo acertado no segundo papel não foi atingido e o montante a ele correspondente não pago, abrindo-se o conflito.

Pela arbitragem, ousava a licenciante reclamar lucros cessantes e perdas e danos decorrentes do fato de as licenciadas terem obtido ordem judicial para que a empresa da França se abstivesse de vender e distribuir na Espanha os artigos de sua fabricação e marca, e uma declaração do árbitro obrigando as licenciadas a se abster de continuar fabricando e comercializando os artigos objeto do contrato.

Não preciso, creio, acrescentar que por um side letter as contendoras haviam confirmado que o ajuste primordial entre elas era o vazado em francês.

O julgador único fez, é claro, prevalecer a noção de ordem pública da legislação espanhola que interditava a fixação de remunerações mínimas, e considerou totalmente improcedente a reclamação postulada na peça que inaugurou a arbitragem.

Pessoalmente, se de um ponto de hermenêutico legal considero hem lancada a sentenca arbitral proferida, de outro sugiro que os debatedores que me seguirão se indaguem se o defensor da autora agiu com o cuidado profissional que seria de se esperar, pois quer me parecer que ambas as partes praticaram, conscientemente, uma evidente simulação, o que talvez abrisse lugar a uma alegacão de "estoppel", caso em que me pergunto, sem saber identificar a resposta, qual teria sido a decisão final mais condizente com a justiça.

A lei substantiva aplicável à essência do litígio

O art. 13.3 do Regulamento de Arbitragem reconhece às partes o direito de ter ajustado, no contrato, a lei substantiva sob cujo império o conflito será interpretado e julgado, e atribui ao Tribunal Arbitral a missão de, tendo as partes silenciado a respeito, escolher aquela que lhe pareça a mais apropriada.

Não é difícil concluir, ante o universo dos problemas trazidos a julgamento sob a vigilância da Corte da CCI, a multiplicidade dos temas abordados e a infinita variedade de composição dos Tribunais arbitrais, que é a rigor impossível presumir a existência de uma jurisprudência uniforme, nesse campo.

O que se pode dizer é que, ao longo do tempo, uma linha mestra de raciocínio veio a ser estabelecida, pelo menos como criadora de um certo número de constantes em que se apóiam os árbitros, na árdua tarefa de promover essa escolha.

As diversas estipulações adotadas pelas partes contratantes ao longo de instrumento que tenham criado, os usos e costumes que delineiam o comércio internacional, o local da celebração do pacto, o da respectiva execução, as soluções comparativamente concordantes das várias leis de possível escolha, o respeito aos tratados internacionais de que os países cujos sistemas jurídicos possam estar envolvidos sejam signatários, são alguns exemplos desses princípios básicos que constituem uma espécie de rol de hermenêutica nesse trabalho de escolha. por parte dos julgadores.

A análise casuística dos arquivos da CCI demonstra que, algumas vezes, a solução encontrada é antes a adoção dos chamados "princípios gerais de direito, comuns às nações civilizadas", que a indicação precisa das leis de um determinado país, mesmo quando o Tribunal não esteja autorizado a agir como amiable compositeur. É a prevalência da lex mercatoria, uma espécie de supercodificação comercial de cunho internacional, que estaria em posição hierarquicamente superior aos códigos nacionais.

Exemplos típicos do que estamos alegando são as sentenças que encerraram os processos de n. 1.641 (entre um autor francês e um réu sueco) e 4.338 (conflito suscitado por um fabricante e fornecedor norte-americano de casas pré-fabricadas contra um ministério sírio que as encomendara).

Outras vezes, porém, agarrando-se mais fortemente a este ou aquele dos parâmetros básicos a que fizemos menção, os Tribunais, no uso de seus poderes decidiram-se pela escolha da legislação de determinado país, para, nela apoiados, analisar o fundo dos problemas a eles trazidos.

Tentaremos ilustrar essa afirmativa, com alguns precedentes escolhidos a esmo:

1.°. Caso 1.526: Reclamação postulada por determinado Estado africano contra pessoa física residente na Bélgica, à qual o governo de tal país outorgara contratualmente o direito de comprar recursos minerais produzidos no território daquele mesmo Estado.

O Tribunal optou pela escolha da lei do país africano em questão, já que nele existia uma regulamentação especial, de cunho praticamente monopolístico, quanto à extração e venda de sua riqueza mineral; já que a questão se afigurava assim como de ordem pública e de direito administrativo interno, relegando-se a um segundo plano os fatos de ter o instrumento sido passado em Bruxelas, de tratar-se de exportação e da adoção de divisas estrangeiras como moeda contratual.

2.º. Caso 1.717: Postulações formuladas por um vendedor iugoslavo contra comprador iraniano.

Baseados em que a mercadoria deveria ser entregue no Irã, os árbitros não hesitaram muito ao decidir que seria iraniana a lei aplicável. 3.°. Caso 2.735: Trata de exigências feitas por um fabricante iugoslavo de alumínio contra o respectivo adquirente, este norte-americano.

O Tribunal colocou num prato da balança, em prol da adoção da lei iugoslava, o argumento de ser essa a nacionalidade do vendedor e de ter o instrumento sido celebrado em Belgrado. No outro prato, porém, jogaram-se a nacionalidade do comprador e a língua do instrumento, que era o inglês. Entendendo que os pesos eram equilibrados, o Tribunal terminou optando pela lei francesa, ao constatar que ditas partes mantinham relações semelhantes e contínuas desde há muito. tendo firmado negócios em múltiplas línguas e locais, e sobretudo apoiado no fato de que os interessados tinham, nesse documento, tido a precaução de indicar Paris como sede da arbitragem.

4.°. Caso 2.745: Nesse processo, oriundo de contratações extremamente complexas no seu histórico, o Tribunal terminou o seu trabalho de pesquisa detectando o que denominou de vontade implícita das partes, e decidiu aplicar as leis belgas.

Para melhor compreensão do exemplo, acrescentamos apenas que o conflito reunia um adquirente alemão de mercadorias vendidas por empresa búlgara, com repasse do direito à compra pelo primeiro a uma sociedade belga, a qual por sua vez cedeu dito direito a outra entidade belga, que por sua vez o transmitiu a uma pessoa jurídica francesa, que se encarregaria, encerrando a cadeia, de expedir os produtos para um porto grego, em nome de consumidor mexicano que se descobriu figurar apenas aparentemente, já que o verdadeiro destinatário final era um estabelecimento grego.

O entendimento do julgador esteve sobretudo apoiado em que o vendedor alemão não se opôs abertamente à aplicação da lei belga, e chegou mesmo a usar dela na sua argumentação, o mesmo tendo, de resto, feito as rés, belgas na sua maioria.

- 5.°. Caso 2.886: Aqui o Tribunal agiu tanto sábia quanto curiosamente, pois ao deslindar as diferenças surgidas entre uma firma alemã que havia concedido um contrato de representação comercial a uma sociedade iugoslava, aplicou as regras jurídicas dos dois países envolvidos, que lhe permitiam chegar a resultados idênticos.
- Caso 3.130: Numa disputa oriunda de um contrato de venda de carne celebrado entre duas empresas suícas, mas tido como ajuste de caráter internacional já que o produto era de origem turca e se destinava a entrega para consumo final na França, o árbitro único entendeu aplicável a lei francesa, baseado pelo menos nos argumentos do local de assinatura do ajuste, no local do destino final da mercadoria, na aplicação indiscutível da regulamentação francesa sobre importação, na moeda contratual eleita (franco francês), na sede escolhida para a arbitragem (Paris) e na nacionalidade, também francesa, dele próprio, árbitro, posto que nomeado por acordo mútuo entre os litigantes.
- 7.°. Caso 3.894: Aqui, a lei utilizada foi a do vendedor (na hipótese, alemã), sob o argumento de que esta é a mais reconhecida prática no campo do comércio internacional, sobretudo em se tratando de transação C & F, comumente classificada como "vente au départ".
- 8.°. Caso 4.132: Trata de uma reclamação feita por sociedade italiana contra pessoa jurídica coreana a quem a primeira houyera concedido um con-

trato de licença de know how para fabricação e venda, na Coréia, de determinados produtos. O Tribunal, ao adotar a lei corcana, enquanto obviamente o autor pugnava em prol do sistema jurídico peninsular, ateve-se ao argumento básico do centro de gravidade do contrato, alegando que a sua execução básica, dada a própria natureza do assunto e o detalhamento do conteúdo das contribuições a que as partes se haviam obrigado, ocorreria, por evidência, no território asiático. É importante notar que os árbitros, em sua perfunctória análise, instituíram interessante teoria da hierarquia entre a execução principal e uma série de execuções secundárias, fazendo, obviamente, prevalecer a primeira.

9.º. Caso 4.145: Outra peça interessante, pelo desenvolvimento da racional escolha desta ou daquela lei. Duas firmas do Liechtenstein e uma árabe reclamavam, solidariamente, determinadas somas a uma empresa coreana, a título de comissões devidas por força de contrato em que as primeiras tinham sido engajadas sob o título (eufêmico, já se vê) de "consultantes".

O mais curioso está no fato de que o instrumento não silenciava, mas previa a utilização da lei suíça ou da do país árabe envolvido.

O Tribunal terminou por entender a plicável a lei helvética, não só porque e la vinha citada em primeiro lugar, mas também por ser ela mais sofisticada e completa (se comparada com a lei árabe), e sobretudo porque a adoção do sistema jurídico do país árabe em questão poderia lançar sérias dúvidas quanto à validade jurídica do próprio ajuste, sendo então de se concluir que é sempre o desejo óbvio das partes que se utilize o regime legal onde a validade do pacto não possa ser objeto de discussão.

A lei processual aplicável à arbitragem é a do local de sede desta, e só opera quando o Regulamento da CCI for omisso a respeito.

Penso que o título, pelo menos por sua extensão, deixa claro o princípio ora abordado, que tem sido também uma constante, nas sentenças arbitrais que transitam pela Corte Internacional de Arbitragem.

Pode-se dizer que, na grande maioria dos casos, muito embora as partes adotem a cláusula de jurisdição arbitral e indiquem a lei aplicável à substância do litígio, deixam elas de mencionar a lei processual cabível e até mesmo de fixar a praça onde ocorrerá a arbitragem.

Nessas hipóteses, cabe à própria Corte Internacional de Arbitragem, em decorrência do art. 12 de seu Regulamento, fixar a sede arbitral.

O artigo 11 do mesmo diploma dispõe, a seu turno, que as regras processuais de que os julgadores se utilizarão serão as constantes do Regulamento, e no silêncio destas, as escolhidas pelas partes ou as indicadas pelo próprio Tribunal. É nesse campo que as sentenças ditas "CCI" adotaram, de modo uniforme, a solução, de resto lógica, de fazer uso das normas processuais do próprio país onde for situada a sede arbitral.

É o que confirma em claros comentários meu colega Sigvard Jarvin, que em nossa Corte representa a Suécia, no livro intitulado "Recueil des sentences arbitrales de la CCI", em parceria com Yves Derains (ex-secretário da Corte), que me permito citar abaixo: "Considering the parties" absence of choice, the arbitrator followed in the event of no provision being made in the Rules, the law of the country in which the proceedings are taking place, that is to say, in fact, the Code of Civil Procedure of the Canton of Geneva, Switzerland". (Comentários à sentença do caso 1.512).

Idêntica explanação é feita quanto ao caso 2.272, onde Jarvin aduz: "The arbitrator decided with regard to the procedural law that, as the arbitration took place in Paris, the normal solution of the conflict of laws under French law leads to the application of French law, as being the law of the place of arbitration".

Grupo de Sociedades e desconsideração da pessoa jurídica

Os Tribunais brasileiros, sobretudo na última década, têm admitido, em hipóteses específicas, "romper o véu societário" (se me é lícito nacionalizar a expressão "pierce the corporate veil", utilizada nos países anglo-saxões). Os exemplos legais abundantes acham-se no direito trabalhista e fiscal, com a responsabilização, pelo menos solidária com a pessoa jurídica, dos gerentes. sócios, administradores, liquidantes, diretores, quando a sociedade a que se acham ou achassem vinculados não tiver como liquidar débitos judicialmente reconhecidos. Mas já encontrei alguns arestos que adentram o campo das obrigações comerciais ou civis, daí resultando reconhecer-se que o Brasil começa a aceitar a doutrina da "desconsideração da pessoa jurídica" ("disregard doctrine"), o que, é claro, não pode ser tido como generalizado, posto que fique tudo na dependência das circunstâncias de cada caso concreto.

Uma das formas de "desconsideração" mais fascinantes de estudar é a questão da responsabilização de uma ou mais empresas componentes de um "grupo de sociedades", entendida tal expressão no alcance que lhe atribui a classe jurídica.

Nesta matéria, uma das sentenças aprovadas pela Corte de Arbitragem Internacional da Câmara de Comércio Internacional, pela sua profundidade de análise e exemplar construção, passou a figurar como autêntico divisor de águas. Trata-se do caso 4.131, já antes abordado, cuja divulgação as partes interessadas vieram a permitir, envolvendo de um lado a Saint Gobain (da França) e, no outro pólo, a Dow Chemical France, a Dow Chemical Company, a Dow Chemical A.G. e a Dow Chemical Europe, sediadas estas, pela ordem, na França, nos Estados Unidos da América do Norte, e na Suíca (as duas últimas).

O Tribunal Arbitral — constituído por três respeitabilíssimos juristas (os Profs. Pieter Sanders, Berthold Goldman e Michel Vasseur) — exarou sentença preliminar, datada de 23.9.1982, em que abordou justamente o assunto, ao responder à indagação posta nestes termos: "a cláusula arbitral existente em certo contrato obriga outras pessoas jurídicas do grupo, que não assinaram dito contrato, mas participaram na negociação, execução ou rompimento do mesmo?"

Ocorreu, na hipótese, o seguinte: a Dow Chemical da Venezuela e a Boussois Isolation, da França, celebram um ajuste de distribuição comercial que depois foi cedido, de um lado, para a Dow Chemical A.G. e, do outro, para a Saint Gobain.

Um pacto similar e paralelo existiu mais tarde entre a Dow Chemical Europe e diversas outras entidades, que o cederam à mesma Saint Gobain. Ambos os instrumentos continham cláusula de arbitragem CCI.

Um procedimento arbitral único foi instituído pelas quatro Dow (supracitadas), contra a Saint Gobain, e esta, em sua defesa, alegou ilegitimidade de

parte quanto às *Dow* francesa e americana, ante o fato de não serem partes contratantes.

O Tribunal arbitral, após exaustiva análise dos fatos e do direito - como é de regra, aliás, nesse campo - concluiu que as quatro autoras eram partes legítimas. O esteio do raciocínio que levou a essa posição deflui de uma série de razões, que procuro aqui resumir: a) negociação dos contratos: houve farta demonstração documental de que a Dow francesa, com a indispensável aprovação da sua controladora norte-americana, esteve no centro nervoso das discussões que ensejaram a formação dos vínculos contratuais afinal instituídos; b) indiferença para as partes quanto a quem viesse efetivamente a contratar: a mesma documentação demonstrava que ao nível das negociações preparatórias, pouco importava, aos que falavam pelas interessadas, qual ou quais entidades figurariam nos contratos resultantes: c) execução dos ajustes: apurou-se que, no concreto, a Dow France foi quem sempre entregou os produtos ao distribuidor nomeado. Por outro lado, os contratos permitiam expressamente o cumprimento "por qualquer subsidiária" da holding norte-americana; d) licença de marca: os árbitros verificaram que a marca comercial figurante nos produtos distribuídos era de propriedade de Dow Chemical Company, o que fazia concluir pela existência de uma autorização de uso, ainda que tácita, por tal pessoa jurídica, em favor da Saint Gobain: e) resilição dos contratos: novamente, foi possível extrair das provas a certeza de que a Dow francesa, sempre com o apoio indispensável, estatutariamente, de sua acionista principal, participou ativa e ostensivamente das medidas que culminaram no desfazimento dos aludidos contratos; f) uma realidade econômica única — o Tribunal louvou-se ainda no fato de ter sido feita ampla comprovação de que as diversas unidades jurídicas distintas do grupo Dow, constituíam sem sombra de dúvida uma constelação una, com a consequência de que a manifestação de vontade por qualquer delas valia também para as demais e não poderia lhes fugir ao conhecimento, correspondendo, ademais, à intenção de todas.

ATUALIDADES

O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: DISCUSSÕES SOBRE O SEU ÂMBITO DE APLICAÇÃO *

NEWTON DE LUCCA

Diferentemente do que ocorreu com o Relatório anterior, no qual a Dra. Maria Elizabete deu tratamento sistemático e abrangente acerca da matéria relativa à publicidade no novo Código de Defesa do Consumidor, limitar-meei apenas a apresentar um único problema — o que se refere, especificamente, ao âmbito de aplicação dessa nova disciplina normativa — sem a pretensão, é claro (e era escusado dizêlo...) de contribuir com solução definitiva para ele.

Afasto-me, desde logo, de questões extremamente interessantes — apaixonantes mesmo, diria eu — relativas ao novo Código, como, p. ex., aquelas que foram superiormente discutidas pelo nosso Prof. Fábio Konder Comparato, em recente conferência a respeito da matéria, objeto de publicação em um dos últimos volumes de nossa Revista de Direito Mercantil. 1

Tal afastamento não se justificaria, na verdade, não fossem os limites de tempo e de espaço do presente relatório, pois que algumas daquelas questões — pelo caráter intrinsecamente propedêutico que possuem — influem necessariamente nos destinos da discussão que aqui se propõe.

* Texto resumido do relatório oral apresentado pelo autor no dia 9.10.91 em reunião ordinária do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca "Tullio Ascarelli". Apenas de passagem, diria eu que o referido professor, no retro-aludido artigo, teve a oportunidade de ferir vários aspectos importantes relativos à defesa do consumidor, dois dos quais, em especial, têm sido objeto de minhas considerações nas palestras que tenho pronunciado sobre a matéria.

Diz respeito o primeiro deles — e sobre ele devo dizer, desde logo, que estou irrestritamente de acordo com a afirmação do Prof. Fábio — que a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, não obstante o inegável mérito que se tem apregoado em torno de sua significação, não terá representado, efetivamente, o inteiro cumprimento do princípio constitucional estabelecido em favor desse mesmo consumidor.

Seja-me, permitido, a propósito, fazer a leitura do seguinte trecho desse artigo do Prof. Fábio onde essa idéia desponta de forma absolutamente cristalina: "Por outro lado, a defesa do consumidor é, indubitavelmente, um tipo de princípio-programa, tendo por objeto uma ampla política pública (public policy). A expressão designa um programa de ação de interesse público. Como todo programa de ação, a política pública desenvolve uma atividade, i.é. uma série organizada de ações, para a consecução de uma finalidade, imposta na lei ou na Constituição. A imposição constitucional ou legal de políticas é feita, portanto, por meio das chamadas "normas-objetivo", cujo conteúdo, como já se disse, é um "Zweckprogramm" ou "Finalprogramm" (cf. Koch-Rüssmann, Juristiche Begründungslehre, Munique, 1982, pp. 85 e ss.). Quer isto dizer que os Poderes Públicos detêm um certo grau de liberdade para montar os meios adequados à consecução desse objetivo obrigatório. É claro que a implementação desses meios exige a edição de normas - tanto leis, quanto regulamentos de Administração Pública: mas essa atividade normativa não exaure. em absoluto, o conteúdo da policy, ou programa de ação pública. É preciso não esquecer de que esta só se realiza mediante a organização de recursos materiais e humanos, ambos previstos e dimensionados no orçamento-programa".

E, em seguida, na linha do que foi afirmado, conclui o ilustre Prof. Fábio Comparato: "Parece claro, nessas condições, que a promulgação do Código de Defesa do Consumidor não representou, de forma alguma, o inteiro cumprimento do princípio constitucional".

Já no tocante ao segundo aspecto — e que diz respeito ao eventual conflito entre a proteção do consumidor e a livre iniciativa — parece-nos que a questão é bastante mais complexa e a posição que temos sustentado (embora sem qualquer preocupação de maiores aprofundamentos doutrinários...) não coincide, efetivamente, com a que é defendida, nesse mesmo artigo, pelo retrocitado professor.

Parece que, diante de um eventual conflito de normas, a opinião do grande jurista é a de que deverá prevalecer o princípio de defesa do consumidor. É o que se conclui da seguinte passagem que me permito reproduzir:

"Será possível afirmar que a proteção ao consumidor deve subordinar-se ao princípio da liberdade empresarial? Não é, pelo contrário, o inverso que deve ser sustentado, como advertiu lucidamente Adam Smith? Faz sentido defender-se, ainda hoje, que a livre concorrência é garantida pelo Estado em benefício dos próprios concorrentes e não do mercado como um todo e do consumidor em especial, como razão de ser e objetivo dessa liberdade empresarial? Contra o que deve o consumidor ser protegido, senão contra os interesses próprios dos produtores e distribuidores de bens, ou prestadores de serviços? De que maneira se pode dar algum sentido concreto e coerente a mandamento constitucional de defesa do consumidor, se este há de se submeter ao interesse dos empresários?"

Claro está que, como disse de início, afastei-me deliberadamente de questões tão apaixonantes, seja pelo fato de extrapolarem elas os limites do presente relatório, seja pela circunstância de que, sobre as mesmas, ainda não terei refletido o suficiente.

De toda sorte, não posso deixar de registrar — ainda que o faça de forma absolutamente pálida e canhestra — que assumi posição diversa no tocante ao retro-aludido conflito de normas.

Tal posição, contudo, decorre das disposições constitucionais vigentes ou, melhor dizendo, da forma pela qual ditas disposições foram estabelecidas. Sob o ponto de vista axiológico, ou, em outras palavras, de lege ferenda, eu não teria dúvida em considerar irrecusável a retrotranscrita conclusão do Prof. Fábio. Mas, à luz do que efetivamente acha-se escrito na Constituição, parece-me dificilmente sustentável a tese de prevalência do princípio da proteção do consumidor.

É que, se é verdade que essa proteção é um princípio da ordem econômica, tal como se acha estampado na Constituição Federal (art. 170, V), não é menos verdade que a livre iniciativa, além de ser um dos fundamentos dessa mesma ordem econômica (caput do art. 170), é também um dos fundamentos da própria República, tal como está expresso no n. IV do art. 1.º da nossa Magna Carta.

Vale isto dizer que, para mim, certas disposições da Lei 8.078 não podem ser interpretadas em sentido que conduza à conspurcação pura e simples do princípio da livre iniciativa retroaludido. Assim, p. ex., não vejo como possa o dispositivo do art. 49 do Código — que só pode ter tido como escopo evitar os males da chamada "compra por impulso" na qual o consumidor se vê praticamente privado da faculdade de exercer o seu livre arbítrio — ser aplicado aos contratos bancários, em geral, e ao contrato de seguro, em particular.

Retomaremos, porém, logo mais adiante, essa questão referente ao âmbito de aplicação do Código e que se constitui no tema do presente relatório.

Por ora, Sr. Presidente, ainda estou nas justificativas (aliás pobres...) de não ter enfrentado muitas das questões que os nobres companheiros desse Instituto provavelmente considerariam pertinentes ou até mesmo indispensáveis...

Distancio-me, igualmente, de alguns problemas diretamente relacionados com o tema proposto (os quais, com pertinência, poderiam e mesmo deveriam ser enfrentados...) pela mesma razão apresentada acima. É o caso, p. ex., de estarem ou não os meios de comunicação de mensagens propagandísticas abrangidos pela disciplina

da responsabilidade estabelecida pelo Código, tal como foi discutido em uma de nossas últimas reuniões desse Instituto e também objeto de recentíssimo artigo publicado no n. 81 da RDM.

À p. 112 dessa *RDM* n. 81, com efeito, conclui o Dr. João Luiz Coelho da Rocha que: "Finalmente, acreditamos estarem os meios de comunicação da mensagem propagandística, a mídia - seja impressa, radiodifundida, televisada ou outra qualquer — excluídos da responsabilidade no Código estipulada, eis que não têm a seu cargo nem o produto, o objeto da propaganda (fornecedor), nem os meios de expressão das qualidades do produto (a agência encarregada), cingindo-se seu papel a um mero e passivo transmissor de mensagens sem participação ideológica no processo".

Na verdade, propendo para entendimento diverso desse que foi esposado pelo articulista, conforme terá ficado salientado em nossa última reunião em que a matéria foi largamente exposta pela Dra. Maria Elizabete Vilaça Lopes. Penso que os meios de comunicação também deverão ser responsabilizados na hipótese de culpa, vale dizer, se em sua ação ou omissão agirem com negligência, imprudência ou imperícia, inadmissível seria o declínio de sua responsabilidade. Mas. como disse, não será esse o momento para volvermos ao tema já discutido com tanta proficiência pela Dra. Maria Elizabete.

Abstenho-me, finalmente, de discutir alguns possíveis equívocos, embora conexos com o nosso tema, que levam a supor tenha o Código de Defesa do Consumidor protegido uma grande empresa estatal ou multinacional do serviço defeituoso de alguma faxineira...

Seria positivamente bizantino ocupar o tempo de meus preclaros companheiros para insistir na idéia de que o novo Direito do Consumidor não se destina, à evidência, a proteger todas as relações de consumo, mas tão-somente aquelas nas quais desponta, como parte mais fraca, aquela que se apresenta como simples adquirente de produtos ou usuária de serviços.

Nosso tema, enfim, cinge-se a apenas um aspecto do problema do âmbito de aplicação do novo Código: diz ele respeito aos serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária que estariam contemplados na definição de serviço constante do § 2.º do art. 3.º da Lei 8.078.

Como se sabe, a partir da definição de "serviço" como sendo "qualquer atividade fornecida no mercado de consumo", no dispositivo legal retrocitado, e tendo em conta a referência expressa às atividades retro-aludidas, surgiu, desde logo, a questão de se saber, no âmbito dessas últimas, quais os serviços cogitados pela lei em tela.

Autores de nomeada foram chamados a pronunciar-se a respeito da matéria e, não obstante o brilho de alguns desses pronunciamentos, parece evidente que já se acha instalada, entre nós, uma longa parlenda doutrinária.

Passemos em revista, rapidamente, alguns desses posicionamentos.

O ilustre Prof. Arnoldo Wald, p. ex., sustentou que: "Em relação aos produtos, não se aplica a nova regulamentação de defesa do consumidor às instituições financeiras, por não se conceber a possibilidade de ser usado o dinheiro ou o crédito por destinatário final, pois os valores monetários se destinam, pela sua própria natureza, à circulação. Consequentemente, a nova lei não determina a sua aplicação ao setor bancário, quanto aos produtos, e não abrange os empréstimos, descontos, avais, aberturas de crédito

e demais operações bancárias nas quais há entrega imediata, diferida ou até condicional, de um produto, mas, ao contrário, manda que sejam aplicadas as suas normas exclusivamente aos serviços bancários. Como tais devem ser entendidas as obrigações de fazer como, por exemplo, as que os Bancos assumem na guarda de bens e valores, desde que caracterizada a relação de consumo. Assim, desde a locação de caixa-forte, considerada, pela doutrina, como contrato sui generis de guarda, que implica em manter o cofre à disposição do cliente e garantir o não acesso, ao mesmo, de terceiros, e até o eventual fornecimento oneroso de informações aos seus depositantes ou investidores, sempre que caracterizada a oferta do serviço aos consumidores, a prestação de serviço ensejará, eventualmente, a responsabilidade do fornecedor com base na lei de defesa do consumidor. É este o sentido que atribuímos à referência à atividade de natureza bancária e financeira mencionada no art. 3.°, § 2.°, da Lei 8.078".2

Igualmente o nosso ilustre Prof. Luiz Gastão Paes de Barros Leães, em sua autorizada análise, escreveu que: "Os serviços oriundos das atividades bancárias, financeiras, creditícias e securitárias, que são objeto da proteção da lei em foco, são assim, exclusivamente aqueles que são prestados no específico campo do mercado de consumo de bens e serviços, não se estendendo aos outros segmentos do processo econômico onde essas atividades são desenvolvidas". 3

Referido professor, ao cabo de seu acurado estudo, extrai as seguintes conclusões, que nos permitimos reproduzir: "a) o fenômeno da produção e do consumo em massa tornou imperiosa a atribuição de caráter jurídico às relações de consumo; b) até há pouco tempo, essas relações de consumo

não eram reconhecidas pela ordem jurídica, que apenas consideravam as relações jurídicas singulares, não atingindo as relações de massa, instauradas entre os centros produtores e o público consumidor; c) a Lei 8.078. de 11.9.90, confere juridicidade às relações de consumo, fixando os elementos estruturais dessas relações, dentre os quais o sujeito ativo e o sujeito passivo, e o objeto da relação de consumo; d) nesse sentido, a lei define o fornecedor e o consumidor, assim como a prestação - o consumo final objeto da relação em pauta; e) nessas definições, a lei afasta do âmbito de sua proteção o chamado consumo intermediário, de modo a conceituar como consumidor apenas a pessoa física ou jurídica que adquire os bens de consumo para uso privado, fora da sua atividade profissional; f) por consequência, os serviços prestados pelo fornecedor, que são objeto da tutela da lei, se limitam apenas aqueles que se vinculam aos produtos fornecidos no mercado de consumo; g) os servicos oriundos das atividades bancárias. financeiras, creditícias e securitárias. que são objeto da proteção da lei em foco, são assim, exclusivamente aqueles que são prestados no específico campo do mercado de consumo de bens e servicos, não se estendendo aos outros segmentos do processo econômico onde essas atividades são desenvolvidas".

As retro-aludidas manifestações, conquanto respeitáveis, seja pelo caráter genérico de que se revestem, seja pela insuficiência da verdade que apresentam na solução do problema proposto, vitimam-se pela sua própria inconclusão. De que adianta, com efeito, deixar patenteado que a proteção do consumidor não se aplica ao chamado "consumo intermédio" se, ao mesmo tempo, não se identifica, na atividade bancária, o que seria consumo "intermédio" e consumo "final"?

Ninguém duvida do aspecto especial que caracteriza a proteção ao consumidor e do caráter peculiar do mercado de bens e de serviços que determina por justificar essa proteção.

Em estudo absolutamente pioneiro, entre nós, o insigne Prof. Fábio Konder Comparato já tivera a oportunidade de afirmar:

"O consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários. É claro que todo produtor, em maior ou menor medida, depende por sua vez de outros empresários, como fornecedores de insumos ou financiadores, p. ex., para exercer a sua atividade produtiva; e, nesse sentido, é também consumidor. Quando se fala. no entanto, em proteção do consumidor quer-se referir ao indivíduo ou grupo de indivíduos, os quais, ainda que empresários, se apresentam no mercado como simples adquirentes ou usuários de servicos, sem ligação com a sua atividade empresarial própria. A recente lei sueca de 1973, sobre as vendas a consumidor, define este último como "a pessoa privada que compra de um comerciante uma mercadoria, principalmente destinada ao seu uso privado, e que é vendida no quadro da atividade profissional do comerciante."

É nessa perspectiva que faz sentido falar-se em proteção do consumidor". 4

Todas essas considerações servem para demonstrar inequivocamente, com efeito, que, não obstante a extrema dificuldade que a doutrina em todo o mundo tem encontrado na fixação de um conceito jurídico preciso de consumidor, o chamado "consumo intermédio", isto é, aquele que é utili-

zado pelas empresas dos bens e serviços necessários para o processo produtivo, na célebre definição de Denize Flouzat, ⁵ não é agasalhado pela nova proteção jurídica que se pretende dar ao consumidor.

São inumeráveis, sem dúvida alguma, as manifestações em tal sentido. Vejamos, portanto, algumas delas.

Para L. Bihl, p. ex., somente deverá ser considerado consumidor "a parte que adquire bens ou serviços para consumir, sem ser ele mesmo um produtor, nem distribuidor" ("Vers un droit de la consommation", in Gazette du Palais, 1974, p. 754).

Gérard Cornu, na mesma linha, conceitua o consumidor como um "adquirente não-profissional de bens de consumo destinados ao seu uso pessoal" (Relatório apresentado nos trabalhos da Associação Henri Capitant sobre a proteção do consumidor e execução do contrato em direito francês, t. XXIV, 1973, pp. 131 e ss.).

Carlos Ferreira de Almeida, em sua conhecida obra, no mesmo sentido, sustentou que: "Já se viu que o consumidor é um não-profissional ou quem como tal actua, isto é, fora do âmbito da sua actividade profissional. Daí que se conclua que o chamado consumo intermédio, em que o utilizador é uma empresa ou um profissional, não é consumo em sentido jurídico. O consumidor, nesta acepção, é sempre consumidor final (Endverbraucher, Letzverbraucher, ultimate consumer)". 6

As citações poderiam, efetivamente, multiplicar-se. Não se quer dizer, com isso, que o problema da conceituação jurídica do consumidor se resolva com essa aparente simplicidade. Na verdade, definir-se quais sejam as pessoas potencialmente consumidoras e quais delas devam ser albergadas pelas nor-

mas de proteção especial constitui uma das mais difíceis tarefas.

Se considerarmos, p. ex., a orientação inglesa, que se apresenta muito clara no tocante a considerar os negócios de consumo como negócios com empresas, havendo, como nos relata o Prof. Carlos Ferreira, um entendimento implícito no mesmo sentido, sempre que o consumidor se circunscreve a uma pessoa que não seja ela própria um profissional ou que não atue enquanto tal, iremos verificar que, mesmo assim, surgem questões práticas de solução difícil.

Relembre-se, por exemplo, o caso "Daniels and Daniels v. R. White & Sons Ld.". Consta que o sr. Daniels comprou uma garrafa de limonada num bar, tendo-a levado para casa e a bebido juntamente com sua mulher. Sobreveio para ambos, em virtude da presença de ácido fênico (derivado hidroxilado do benzeno) que é um cristalino incolor, só se tornando avermelhado quando exposto à luz, a conseqüente intoxicação.

Foi decidido pelo juiz do feito que o marido tinha o direito à indenização, independentemente de apuração da culpa do vendedor, posto que ele tinha a qualidade de comprador e o produto não estava em condições de ser comercializado. Relativamente à mulher, porém, a indenização dependeria da prova de ter ocorrido negligência. 7

E no direito alemão, segundo alguns exemplos fornecidos por Schneider, ⁸ embora seja recusada a natureza de consumidores aos revendedores ou industriais, existiria a aplicação de certos textos legais relativos ao consumo a bens de consumo intermédio ou utilizados por parte de empresas.

Não se vislumbre, portanto, na aparente tranquilidade com que se chega à conclusão de que a proteção da le-

gislação especial não contempla o chamado "consumo intermédio", a idéia de que, relativamente à atividade bancária, por ser a moeda um produto fundamentalmente ligado à circulação, não seriam de aplicar-se numerosas disposições — seguramente a maior parte delas — das normas protetoras dos consumidores.

Assim, não obstante o acerto de muitas das afirmações retrocitadas dos Profs. Arnoldo Wald e Luiz Gastão Paes de Barros Leães no sentido de que só o consumo final recebe a proteção da legislação especial, torna-se necessária uma investigação adiante e que não se relaciona com a circunstância de um tomador de empréstimo bancário vir a tornar-se ou não um colecionador de moedas.

A distinção foi deveras engenhosa para demonstrar as funções da moeda e, quiçá, as diferentes acepções em que se desdobra o consumo. Mas ela, data maxima venia, não esclarece inteiramente a questão da aplicabilidade das normas do novo Código de Proteção do Consumidor às atividades bancárias, como, a seguir se demonstra.

Tomemos, p. ex., a questão do empréstimo.

Não estamos, por acaso, diante de um contrato? Alguém negará, em sã consciência, a partir da própria origem, em todo o mundo, das normas de proteção do consumidor, que estaremos diante de um contrato de adesão e, em conseqüência, sujeito à disciplina do art. 54 da Lei 8.078/90?

Ou, por outras vias, se esse mesmo contrato de empréstimo contiver alguma cláusula que se enquadre num dos incisos do art. 51 da lei, não seria ela atingida pela nova disciplina normativa?

Veja-se a que absurdo se chegaria, em termos de Hermenêutica jurídica, se se entendesse que a Lei 8.078 não é aplicável à atividade bancária! O contrato bancário poderia violar escancaradamente um ou mesmo vários dos incisos desse art. 51 do CDC sem que houvesse qualquer conseqüência para a parte infratora!

Que se dirá, de outra parte, das normas relativas à oferta e, especificamente, das referentes à publicidade? Dir-se-á, por acaso, que as instituições financeiras não se acham sujeitas a elas porque as relações de consumo albergadas pelo novo código contemplam apenas os bens de consumo ou de uso adquiridos pelo destinatário final para seu uso próprio e de sua própria família?

Sustentar-se-á que, na cobrança de dívidas, a instituição financeira credora poderá expor a ridículo o consumidor inadimplente?

Teríamos, então, a admitir-se a hipótese afirmativa, que os consumidores de eletrodomésticos não estariam sujeitos a ameaças, a constrangimentos de qualquer tipo e nem seriam expostos a ridículos na hipótese de inadimplemento contratual, mas, de outro lado, se a dívida fosse feita perante um estabelecimento bancário. deixaria ele de ter a condição de "consumidor" e, em tal caso, a ordenação jurídica nacional estaria outorgando iuridicidade ao procedimento desse mesmo estabelecimento bancário que resolvesse expor o seu devedor a ridículo?

Ora, parece de todo evidente que, em todas essas hipóteses que vimos mencionando, ultrapassaria os limites do inacreditável fosse alguém sustentar estarem as instituições financeiras à margem de tais disposições legais, podendo expor devedores a ridículo, redigir cláusulas abusivas, fazer pro-

paganda enganosa ou abusiva e assim por diante.

Não estamos, com tais assertivas, adotando irrestritamente a posição daqueles que afirmam categoricamente a plena aplicação das normas do novo Código às instituições financeiras em geral.

O ilustre Dr. José Geraldo Brito Filomeno, p. ex., em seu Manual de Direitos do Consumidor, assevera que: "Resta evidenciado, por outro lado, que as atividades desempenhadas pelas instituições financeiras, quer na prestação de serviços aos seus clientes (por exemplo, cobrança de contas de energia elétrica, água e outros servicos, ou então expedição de extratos-avisos etc.), quer na concessão de mútuos ou financiamentos para a aquisição de bens, inserem-se igualmente no conceito amplo de serviços e enquadram-se indubitavelmente nos dispositivos do novo Código de Defesa do Consumidor".

E prossegue esse autor em seu pensamento: "Aliás o mencionado código fala expressamente em atividades de natureza bancária, financeira de crédito e securitária, ao definir 'serviços' de modo geral (§ 2.º do art. 3.º), aqui se incluindo também os planos de previdência privada em geral, além dos seguros propriamente ditos, e de qualquer natureza".

Embora apenas de passagem, tivemos a oportunidade de sublinhar, linhas atrás, os perigos de um entendimento tão amplo, sem qualquer reserva a possíveis situações específicas. E exemplificamos com a hipótese do art. 49 do novo código cuja aplicação, no âmbito securitário, conduziria pura e simplesmente a uma completa inviabilização de certos contratos de seguro.

Assim, é de reconhecer-se, destarte, que a natureza absolutamente peculiar

da atividade hancária e securitária leva necessariamente à conclusão de que certas disposições da Lei 8.078/ 90, deverão ser interpretadas restritivamente a fim de não colidi-las com os preceitos constitucionais que estabelecem ser a livre iniciativa não apenas um princípio da ordem econômica — como o é, também, a proteção do consumidor - mas também um dos fundamentos da própria República, consoante se depreende da leitura do inciso IV do art. 1.º de nossa Carta Magna, tal como foi assinalado nas linhas introdutórias do presente relatório.

Daí, porém, a afirmar-se genericamente que a nova disciplina normativa não se aplicaria às instituições financeiras, a partir das inquestionáveis distinções entre consumo "final" e consumo "intermédio", vai uma distância muito grande.

Não posso concordar, igualmente, com a desastrada invocação que se tem feito de certos autores alienígenas na suposição de que o pensamento destes servisse, efetivamente, de supedâneo para aqueles que desejam afastar a proteção ao consumidor na atividade creditícia.

Assim é que Calais-Auloy, seguramente uma das maiores autoridades sobre a matéria em França 9 — tantas vezes invocado num dos pareceres retromencionados — jamais terá vislumbrado qualquer restrição no tocante à aplicação de normas especiais de proteção aos usuários do crédito.

Muito pelo contrário, sempre destacou esse famoso autor a absoluta necessidade de outorgar-se maior proteção aos consumidores do crédito, conforme se depreende facilmente pelos seguintes trechos que nos permitimos reproduzir: "Le crédit présente certes des avantages pour les consommateurs, puisqu'il leur permet d'obtenir des produits ou des services sans attendre d'avoir épargné l'argent nécessaire. Mais il comporte aussi de graves dangers. En face des établissements de crédit (principalement des banques), les consommateurs se trouvent en position de faiblesse. Ils ne savent pas bien résister aux attraits du crédit et ils ne comprement pas toujours la portée des engagements qu'ils prennent. Sensible à ces dangers, le legislateur a posé des regles protectrices". 10

Em outro trecho igualmente significativo, comentando o caráter preventivo das regras de proteção estabelecidas pela lei de 24.1.84 — e destacando, ainda assim, a sua insuficiência — escreveu o ilustre professor francês: "Mais ces regles préventives sont insuffisantes pour protéger les consommateurs contre les dangers du crédit". ¹¹

Eram essas, Sr. Presidente e Prezados Companheiros desse Instituto "Tullio Ascarelli", as breves considerações que quis trazer para a superior análise por parte de todos.

NOTAS

- 1. RDM 80/66-75, "A Proteção ao Consumidor na Constituição Brasileira de 1988".
- 2. Parecer de 14.12.90, publicado na Biblioteca IBCB, pp. 45-63.
- 3. Parecer de 28.11.90, publicado na Biblioteca IBCB, pp. 65-79.
 - 4. RDM 15/16, pp. 89-105.
- 5. "Economie contemporaine", 1, Presses Universitaires de France, 4. ed., 1977, p. 541.
- 6. Os Direitos dos Consumidores, Livraria Almedina, Coimbra, 1982, p. 215.
- 7. Apud Carlos Ferreira de Almeida, ob. cit., p. 216.
 - 8. Idem, p. 215, nota n. 47.
- 9. Além do já clássico Droit de la consommation, o autor é professor da Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas de Montpellier e nomeado pelo Min. Michel Rocard para presidir uma comissão encarregada de propor um Código sobre o direito do consumo. Essa Comissão, que contou com a participação, entre outros, do "Maitre" Luc Bihl, citado no presente relatório e advogado na Corte de Apelação de Paris, apresentou um anteprojeto em abril de 1990, composto de 316 artigos.
- 10. Droit de la consommation, 2.º ed., 1986, Dalloz, p. 319.
 - 11. Idem, p. 335.

ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO "SOFTWARE" UMA ABORDAGEM HISTÓRICA, CRÍTICA E PRÁTICA *

CLÓVIS SILVEIRA

I — Uma visão histórica

O Tao Te Ching

Lao Tse, fundador do Taoísmo, sintetizou sua filosofia no séc. VI a.C., em apenas 81 pensamentos; no quadragésimo-terceiro, encontramos, na tradução inglesa, "The softest thing in the universe overcomes the hardest thing in the universe" ou seja, vence o soft, perde o hard. E, em seu pensamento qüinquagésimo-sétimo, encontramos, "The more laws and restrictions there are, the poorer people become. . . . the more rules and regulations, the more thieves and robbers."

Em 1946 a Convenção Interamericana de Direitos de Autor (da qual o Brasil é signatário) reuniu-se em Washington e definiu os campos de aplicação dos direitos autorais (em seu art. III). Nessa época o termo software ainda não era utilizado. Na década de 50 quando as primeiras máquinas tabuladoras e os primeiros "computadores" comerciais foram colocados no mercado, não havia nenhum problema com o software, porque até então, nesse campo, tudo era corpus mecanicum.

* Palestra proferida no Seminário "novos Rumos da Propriedade Industrial no Brasil" (20-24.5/91). Realização do Centro Acadêmico XI de Agosto e Associação dos Advogados de São Paulo. Na década de 60, quando a "programação" dos computadores já deixava de ser feita através de pinos e cabos elétricos e começava a ser realizada através de linguagens de programação, tipo Fortran etc., o termo software passou a ter especial destaque e começou a ter o significado de conjunto ou de seqüência de instruções etc. utilizadas para produzir resultados de uma máquina.

Só em 1963 é que o computador e suas criações, pela primeira vez, se defrontaram com os juízes e tribunais devido a ter ficado claro ao Patent Office americano que um "método de conversão de números de notação decimal para notação binária" não era patenteável, por entenderem os examinadores estar a reivindicação no campo da matemática e não no das chamadas artes-úteis. Foi o conhecido caso Benson.

Algum tempo depois, o mesmo Patent Office aceitava o pedido de privilégio de invenção para "uma solução de otimizar o uso do computador em ambiente de multiprogramação". Foi o caso Chatfield. O Patent Office acolheu essa reivindicação porque tratava a questão como sendo de um novo método para operar um sistema particular de máquina, de um modo também particular.

Assim foi se firmando uma jurisprudência nos EUA acerca da privilegibilidade das invenções denominadas Computer Implemented.

Os casos Benson, Christiensen, Waldbaum, Richman e outros não obtiveram sucesso: os inventores tiveram negada sua proteção por patente porque não reivindicaram aplicações práticas para seus novos algorítmos; enquanto que nos casos Chatfield, Dentsch e Flok, p. ex., seus requerentes obtiveram sucesso: conseguiram os privilégios, porque os inventores reivindicaram "novos algorítmos aplicados para controle de máquinas".

Sucede que em 1964, o Copyright Office comunicou que passaria a aceitar copyrights para programas de computador.

Em 1969 a IBM iniciou a sua política comercial, denominada unbundling, ou seja, de separar, em seus negócios, a comercialização do hardware da comercialização do software, que antes era entregue gratuitamente aos clientes que adquiriam seu hardware.

Esses fatos levaram a considerável grau de confusão, controvérsias e debates a respeito de ser ou não ser a programação de computadores digitais entendida como pertencente ao campo das "artes-úteis".

As discussões envolveram Tribunais Federais, a Suprema Corte dos EUA, os criadores de hardware e de software, o Congresso Americano, o Executivo e, particularmente, o Patent Office.

Depois de longos debates, ações judiciais etc., parece que o entendimento vigente foi o de que programas de computador seriam patenteáveis dentro de certas circunstâncias (e, portanto, enquadráveis no Patent Act) (Tít. 35 do USC).

Em 1976 o Copyright Office emitiu circular definindo o que é um pro-

grama de computador e estabelecendo requisitos básicos para seu registro.

Esses fatos ocorriam nos EUA em paralelo — e se antecipando — às diferentes conclusões que iriam resultar das iniciativas da OMPI e da UNESCO que, já desde 1971, iniciavam estudos com a colaboração de um Grupo Internacional de Experts Governamentais, cujos trabalhos tendiam à indicação de que o software mereceria um regime especial de proteção jurídica.

Como resultado de 6 anos de trabalho, um Grupo de Experts Não Governamental, — que deu continuidade aos trabalhos - concluiu, em 1977, pela necessidade de uma Proteção Especial para o software (entendido o termo como compreendendo os programas, as documentações, o mejo físico, etc.) e também concluiu pela incorporação de um sistema de registro e de depósito específico do software: foi também debatida a idéia de um Tratado Internacional para proteção do software. Além disso, o Grupo produziu um Modelo de Provisões Jurídicas para a Proteção do software, que foi distribuído aos países membros da OMPI.

No mesmo ano, a Presidência dos EUA designou uma comissão especial, denominada CONTU (Comissão Nacional de Novos Usos Tecnológicos de Trabalhos de Direito Autoral) que, em seu relatório final sugeriu que o sistema de copyright seria o mais adequado à proteção dos programas de computador. O relatório foi encaminhado aos diversos países e é interessante aqui notar que, no ano seguinte, na chamada Letter from Japan, o Vice-Presidente do Copyright Council, referindose ao relatório do CONTU, embora tendo concordado com a idéia de ser

o copyright o mecanismo mais adequado à proteção do software, comunicou não considerar urgente a modificação da legislação japonesa de copyright, por razões sociais, econômicas e legislativas.

Em 1977 ainda, a nova lei da Propriedade Industrial inglesa elencou expressamente não privilegiáveis como invenções os programas de computador, possibilitando, todavia, proteção ao software quando se enquadrasse na figura das "computer-inventions".

Em junho de 1979, o "Grupo de Trabalho sobre Problemas de Direito de Autor Decorrentes da Utilização de Computadores", formado pela OMPI/UNESCO publicou trabalho em que discutiu a utilização de computadores na criação de obras artísticas e literárias, em particular a composição musical automática e os aspectos jurídicos das traduções automáticas. O grupo de trabalho recomendou uma revisão da Legislação de Direitos do Autor.

No Brasil, em outubro de 1979 foi criada a SEI — Secretaria Especial de Informática, órgão complementar do Conselho de Segurança Nacional, diretamente vinculada ao Presidente da República. Dentre outras atribuições, caberia ao novo órgão, manifestar-se tecnicamente, na fase de exame, sobre pedidos de patentes que envolvessem informática, sem prejuízo da competência do INPI.

A época, as preocupações principais da SEI eram a implantação de um sistema próprio de registro do software e a limitação das importações de softwares estrangeiros, dentro da nova Política Nacional de Informática vigente.

Em 1982 Ato Normativo da SEI dispôs sobre o cadastramento de pro-

gramas de computador, sendo necessário à sua comercialização no país.

Em 1983 a OMPI preparou minuta de um Tratado Internacional para Proteção do software e já levantava uma nova questão: a da proteção dos circuitos integrados (os chips, ou microchips, que se constituem de hardware e software integrados).

Em março de 83 a SEI impediu a venda no Brasil da conhecida "planilha eletrônica, VISICALC, por considerar existir capacitação nacional para desenvolvimento de software similar no país.

Em maio de 83 a SEI preparou a primeira minuta de anteprojeto sobre a disciplina jurídica do software; estavam previstos direitos por 5 anos para a pessoa física ou jurídica que desenvolvesse o software, sendo necessário seu registro ou cadastramento na própria SEI, além do exame prévio dos contratos de transferência de tecnologia que envolvessem informática.

O Ato Normativo da SEI 23Ñ83 definiu esdrúxulo conceito de Empresa Nacional, que veio a gerar grandes polêmicas no Brasil e no Exterior.

No mesmo ano, nos EUA, o Tribunal Federal de Recursos de Filadélfia decidiu que o software para os computadores APPLE, embutidos em chips, seriam protegidos pela legislação de copyrights: foi ver seu próprio software (75 anos de proteção!).

A inovação, aqui, do tribunal americano foi a de que material não visualizável passou a ser protegido por direito autoral.

A IBM, seguindo diferente estratégia empresarial, tornou públicas as especificações de seus personal computers, dentro de sua chamada "filosofia de máquina de arquitetura aberta", na esperança de estimular as softwarehouses a desenvolverem softwares para seus PC'S, concorrentes dos Apples.

No Japão, em dezembro de 83, o relatório "Aiming Towards Establishment of Legal Protection for Computer Software" preparado pelo Subcomitê para a Melhoria e o Fortalecimento dos Fundamentos do software, do Industrial Structure Council, apresentou importante conclusão: Nova Legislação Especial era Necessária associada aos seguintes grandes objetivos: a promoção do desenvolvimento do software: a prevenção contra a duplicação de investimentos: a promoção do uso do software; a melhoria da qualidade do software; o relatório, com sugestões claras e objetivas, foi encaminhado à OMPI, como contribuição ao Grupo de Experts.

Em janeiro de 84, no Brasil, o INPI começou a se movimentar contra o projeto de Lei de software preparado pela comissão da SEI. O INPI não era favorável ao enquadramento jurídico do software naquele momento, e se a SEI encaminhasse o seu projeto ao Congresso, o INPI prepararia proposta alternativa. Logo em seguida a SEI divulgou sua minuta de Lei do Software (até então mantida reservada) para ouvir as críticas da comunidade brasileira.

Em abril de 84, na Reunião da OMPI em Canberra, o chamado Grupo de Trabalho Encarregado de Questões Técnicas relativas à Proteção Jurídica do Software, ofereceu novas definições para o termo e também considerou necessária a inclusão de proteção para os circuitos integrados.

Em junho de 84 foram lançados os produtos PROLOK, XLOK, LOGI-METRE, na França, que ofereciam as chamadas proteções técnicas aos softwares, a despeito das eventuais proteções jurídicas.

Em junho de 84 a SEI promoveu em Brasília um Seminário Internacional sobre o Tratamento Jurídico do Software, onde estiveram presentes representantes da OMPI, EUA, Alemanha, Japão, Brasil e Hungria.

O objetivo foi fornecer subsídios a uma nova legislação brasileira que atendesse às peculiaridades do novo produto: o software. No mesmo mês, em parecer encaminhado a ASSESPRO, o Dr. Newton Silveira considerava: "o software constitui um meio técnico para a consecução de um resultado. Esse resultado por sua vez, podendo constituir-se em utilidade como também em obra artística, como no caso de certos vídeo-games, pinturas, músicas etc.".

O meio, afirmou, é sempre técnico e portanto deveria estar excluído da incidência da Lei de Direitos de Autor, sugerindo que legislação específica deveria ser desenvolvida para a proteção do software no Brasil.

Em setembro de 84 a FICPI. Federação Internacional dos Consultores em Propriedade Industrial relatou a situação de vários países a respeito da legislação de software. Incluiu, em seu longo comentário, resumo do andamento da questão no Brasil: em suas conclusões encontramos: "Discussões através de todo o mundo demonstram que as leis existentes e as convenções internacionais não são adequadas para cobrir o software em todos os seus aspectos." No Brasil a proteção por patentes parece estar excluída e o tratamento sob os conceitos de trade secret oferecem limitada proteção. No referente aos direitos de autor a proteção é considerada ineficaz e o entendimento final foi o de que uma legislação específica deveria ser desenvolvida.

Em novembro de 1984, o I Seminário Latino Americano sobre o Fomento, Difusão e Proteção do software. em Montevideo, recomendou a criação de um regime especial para a proteção do software. Foi ele considerado como obra tecnológica e sugeriu-se aplicar as mesmas regras do comércio de tecnologia, com um período de proteção similar aos das patentes.

Por outro lado, no Rio de Janeiro, em maio de 1985, o Comitê Executivo do AIPPI, Associação Internacional para a Proteção da Propriedade Industrial, propôs que o software fosse protegido de acordo com os sistemas nacionais e internacionais de direito de autor (diga-se de passagem que, já nessa ocasião, também aprovou resolução na área da biotecnologia, defendendo sua introdução nos inventos protegidos pelo CPI brasileiro).

Em Genebra, no mesmo mês, o subgrupo brasileiro do Grupo de Experts sobre Aspectos Relativos aos Direitos de Autor da Proteção de Programas de Computador e do Suporte Lógico informou estar preparando uma legislação sui generis para o Brasil. A Lei 7.232 promulgada em 29.10.84 já instituíra a Política Nacional de Informática.

Em setembro de 85, no Brasil, uma empresa iniciou sua estratégia de ataque à chamada Pirataria de Software, enviando notificações contra outras empresas, acusando-as de usar cópias ilegais, isto com base na legislação nacional de Direitos de Autor.

Em maio de 86, nos EUA, a Apple notificou a Digital por cópias de telas, alegando, com base na lei de copyright, estar a Digital copiando os outputs de seus programas protegidos.

No mesmo mês, Reagan ordenou retaliações contra o Brasil pela demora brasileira, em incluir o *software* dentro da legislação dos Direitos de Autor.

Muitos outros passos se sucederam no Brasil, até que a Lei 7.646/87 instituiu a proteção da propriedade intelectual para os programas de computador e sua comercialização no Brasil, regulamentada pelo Dec. 96.036/88.

Em linhas gerais ficou instituído o regime de Direitos do Autor conforme a (da Lei 5.988/80), mas com modificações estabelecidas para atender às peculiaridades inerentes aos programas de computador. Quanto ao conteúdo de toda essa legislação para a proteção jurídica do software, no Brasil, resultou, em linhas gerais: o estabelecimento de uma reserva de mercado quase que permanente, baseada em definições subjetivas; uma definição de empresa nacional especial para os fins da reserva; prazo de proteção de 25 anos no regime de direito autoral; registro e depósito do software no INPI, de caráter declaratório; cadastramento na SEI (agora DEPIN) para efeitos de comercialização no país.

Após novo período de pressões externas, a legislação referente à matéria está nesse momento passando por nova revisão, da qual resultarão, provavelmente, se aprovadas, modificações como a eliminação do exame de similaridade, o fim da reserva de mercado na distribuição, o fim do cadastramento na DEPIN (antiga SEI) e novo enquadramento do software, no conceito de serviço.

Parte substancial das sugestões oferecidas pela ABDI — Associação Brasileira de Direito de Informática — deverão ser acatadas.

II — Uma visão crítica

Da natureza da luz

Por séculos se procurou compreender a verdadeira natureza da luz. A conclusão foi a de que não importando qual fosse sua verdadeira essência, suas diferentes manifestações percebidas pelo homem se explicam e se enquadram em teorias antagônicas e coexistentes. O que importa é compreender qual manifestação estamos presenciando.

O próprio título "Enquadramento Jurídico do Software" sempre sugeriu a mim a idéia de se tentar comprimir algo de dimensões indefinidas ou mesmo ilimitadas, dentro de um corpo jurídico de fronteiras bem definidas.

Gostaria de fazer uma analogia com o que eu chamaria, aqui, data venia, de "enquadramento físico da luz" ou poderíamos também propor "Luz: onda ou partícula?"

Assim como no campo jurídico, os físicos desenvolvem suas teorias buscando explicar os fenômenos que percebem, enquadrando-os, digamos assim, na teoria formulada.

As construções teóricas sempre evoluem, existindo até mesmo "modismos" de teorias, em função da evolução do pensamento humano, das ciências, da tecnologia etc.

A novela do "enquadramento físico da luz" teve, muito simplificadamente, o seguinte script: Huyghens, em seu Tratado da Luz (1660), desenvolveu uma teoria ondulatória para explicá-la, porque certas manifestações percebidas por ele não se explicavam pelas anteriormente conhecidas. Algum tempo mais tarde, Einstein desenvolveu nova teoria, desta vez uma teoria corpuscular (concebeu o fóton, a par-

tícula de luz, o átomo de luz, digamos assim) para explicar novos fenômenos que não se enquadravam nas teorias anteriores.

E surgiu então grande controvérsia no plano teórico, luz é onda ou é partícula? O fato é que, o que se entendia por luz ora se comportava como onda, ora como partícula, idéia inaceitável, à época, por sua aparente contradição. Um verdadeiro paradoxo.

Os mais importantes cientistas do mundo, reuniram-se, mais tarde, para debater e decidir sobre a verdadeira natureza da luz. O resultado, revolucionário, foi o de serem estes cientistas compelidos a aceitarem a idéia de que luz não é onda e não é partícula, mas se constitui em um fenômeno físico que se manifesta de maneiras diversas que são explicadas por teorias próprias aparentemente contraditórias.

Poderíamos também imaginar que as teorias é que, por suas limitações intrínsecas, não chegaram, cada uma, a abranger todas as possíveis manifestações do fenômeno.

Quero entender que o processo de compreensão da natureza da luz, se me permitem, transcendeu o próprio desenvolvimento das teorias e que a percepção de seus fenômenos foi mais rápida do que a formulação das próprias teorias que os tentavam explicar.

Aliás, a coisa estava andando tão rápido, que foi o próprio Einstein, que para explicar ainda novos fenômenos observados na natureza, baixou um "decreto-lei" limitando a velocidade da luz ao máximo de 360.000 km/seg (sem o que, aliás, não haveria a sua famosa Teoria da Relatividade).

Mutatis mutandis, o Software é um termo que, para mim, significa um conjunto muito variado, no espaço e no tempo, de manifestações intelectuais e tecnológicas, que tem sido parcialmente percebidas por observadores que tentaram enquadrá-las em teorias ou doutrinas preexistentes e portanto dentro as suas próprias limitações.

Observamos, pelo relato histórico, que as conclusões dos principais organismos internacionais e também aquelas de trabalhos independentes foram no sentido do desenvolvimento de novo regime jurídico para o novo fenômeno do Software.

Apesar disso, tem prevalecido, gradativamente, em cada país, a adoção do sistema de *copyrights* — ou de Direito de Autor.

Constata-se também que esse vetor de pensamento tem tido sua origem nos países econômica e tecnologicamente mais avançados, sendo também fato sobejamente conhecido que a tecnologia avança muito — e cada vez mais rápido, nesses centros. Essa a tendência que nos alcançou, aqui na periferia, dentro do conceito de centro e periferia de Sunkel.

Em complemento aos comentários já feitos considero interessante observar as conclusões independentes de um Colóquio Franco-Soviético para a Proteção de Software, ocorrido em Kiev, em 1975, que foram, em resumo, as seguintes: a) Trata-se de uma questão velha, que necessita de soluções radicalmente novas; b) O software apresenta uma ambigüidade característica, ora se manifestando no campo industrial, ora no intelectual; c) A razão da grande confusão atual parece resultar da falta de um entendimento rigoroso da natureza da técnica informática: d) As máquinas informáticas (entendidas como hardware e software) são máquinas a quatro dimensões (três no espaço e uma no tempo); constituem máquinas de um nível de complexidade superior às máquinas clássicas mecânicas, até então conhecidas, que são as três dimensões, daí resultando a dificuldade de enquadrá-las nas proteções já estabelecidas desde os tempos da termodinâmica; e) Foi sugerida a realização de uma classificação internacional dos tipos de soft-ware.

Para ir encerrando esse capítulo, quero destacar também a abrangente percepção das "manifestações" do software, detectadas pelos grupos de trabalho da OMPI, que entenderam constituir-se o software dos programas propriamente ditos, acrescidos de seu material descritivo e de seus materiais de suporte, ou seja, reconhecendo pelo menos três de seus vários componentes a serem protegidos e, além disso, também reconhecendo o software gravado nos chips.

Finalmente, quero dar grande destaque à visão imparcial e desenvolvimentista, a meu ver, do grupo japonês ligado ao MITI que, com sua viva abordagem estratégica, já considerava as décadas 80/90 como a segunda revolução da informática, dando grande destaque ao uso dos micros para fins domésticos e de lazer em geral e, identificando sua transição "para o mundo das commodities". Além disso, adotou uma definição simples e diferente para o software, a saber: uma tecnologia que torna os computadores utilizáveis. O Grupo considerou também ser o software um bem indispensável ao desenvolvimento industrial do país: este bem, o software, possuindo as seguintes características principais: só tem valor quando em uso; é fácil de copiar a baixíssimo custo; produtos melhores podem ser obtidos através de sua incorporação; esforços independentes podem chegar a resultados idênticos; e por tratar-se de produto de tecnologia avançada tem obsolescência rápida. O Grupo propôs uma legislação que fosse especialmente desenhada para proteger esse novo tipo de tecnologia, tão nova e abrangente, e em constante evolução.

Revendo os passos do enquadramento jurídico do software no mundo, nos deparamos, como vimos, com interessantes estudos; alguns, de um lado, tentaram demonstrar que o software deve ser submetido à proteção das leis do Direito de Autor: por outro lado, estudiosos defenderam a tese de que o software satisfaz à legislação destinada a proteger as invenções, no conceito e nas condições do CPI. Outros ainda, demonstrando que o software, por não se enquadrar no primeiro campo, o da produção das obras intelectuais (artísticas, literárias etc.), enfim, dentro do campo do desenvolvimento cultural e nem no campo das invenções patenteáveis --ou seja, no do desenvolvimento industrial - sugeriram o estabelecimento de novo arcabouço jurídico.

No meu entendimento, a proteção dos direitos de software envolve uma análise técnica mais complexa, dos componentes a serem protegidos. Para se desenvolver uma estratégia de proteção, um software deve ser analisado, tecnicamente, sob vários aspectos, sendo que cada um, ou todos eles, tem um valor particular que merece ser protegido adequadamente quanto à, p. ex., sua funcionalidade (ou seja, o resultado da relação input/output como é percebido pelo usuário), quanto ao uso do sistema (ou seja, a função desempenhada pelo soltware no contexto de um determinado sistema ou processo), quanto à sua arquitetura (ou seja, a modulação ou estrutura geral do programa), quanto aos seus algorítmos (ou seja, a metodologia geral empregada no programa para dotá-lo de funcionalidade), quanto às técnicas de manipulação de dados (ou seja, a determinada maneira de implementar o algorítmo ou de processar

ou armazenar dados, que proporciona, p. ex., economia de tempo de execução ou de armazenamento), quanto ao seu código (ou seja, determinada sequência de símbolos, para leitura mecânica ou humana, a ser operada por hardware computadorizado, tais como código objeto e código-fonte), quanto à base de dados (ou seja, o conjunto de dados organizados, para ser usado junto com o programa não devendo ser confundido com a arquitetura, nem com as técnicas específicas de manipulação empregadas na implementação de base de dados); e, finalmente quanto à sua documentação (ou seja, a literatura explicativa para a leitura humana, como, p. ex., os manuais de usuários).

A título exemplificativo, não me parece terem a mesma natureza softwares como um compilador Fortran; um software que simule um jogador de pôquer; um software para folha de pagamento; um software que tem capacidade de aprender ensinado por uma criança; um expert system que faz diagnóstico médico; um software que compõe músicas em estilos de compositores clássicos: um software que é 5% programa e 95% banco de dados da lista telefônica de NY, p. ex.; um software que dirige um míssil ao seu alvo em constante deslocamento: um que converse em linguagem natural com um interlocutor humano e responda na sua ou em outra língua (francês, japonês, inglês, p. ex.); um software para vídeo-game; um que simule o comportamento humano de um esquizofrênico; um software que jogue xadrez em diversos níveis de inteligência; um software que substitua um professor ou um conferencista sobre qualquer tema; etc.: cada um requereria uma análise técnica adequada para protegê-los, inclusive, em cada etapa de seu desenvolvimento.

Como vemos, o termo software compreende uma grande variedade de criações intelectuais aplicáveis a muitos campos, tanto no das artes-úteis como no das artes culturais.

III — Uma visão prática

Curationes Quinque:

Paracelso, um dos pais da medicina, por volta de 1500, no primeiro "prólogo" de seu Livro dos Prólogos (Libellus Prologorum) elaborado para que, de uma maneira prática formulasse uma solução para o complexo exercício da medicina numa época em que havia acirradas disputas doutrinárias inclusive sobre alquimia e a natureza das doenças, escreveu: "É conveniente que se saiba previamente, que todas as enfermidades têm universalmente cinco tipos de tratamento diferentes e fundamentais. O ponto principal e o primeiro argumento do nosso livro será a afirmação desses cinco tratamentos (curationes quinque), o que deverá se aceitar como se fossem cinco ciências da medicina, cinco artes ou cinco faculdades do entendimento.

Cada uma delas é capaz, per se, de formar um meio terapêutico completo para a cura de todas as enfermidades (facultas medicinae) se nas mãos de um médico hábil, competente e esperto, que deverá escolher a melhor para cada caso. Dessa maneira será possível curar qualquer acidente, sofrimento ou doença, tanto numa como em outra medicina.

Assim sendo, será bom que cada médico se esforce, num estudo cotidiano e constante, para alcançar a máxima ciência e experiência, em qualquer um dos cinco métodos, sem esquecer, que tem tanta ou maior importância o conhecimento da alma do paciente do que do seu corpo. A base

da sua ciência estará nela mesma e não nesta ou naquela subjetividade.

Com isto damos por terminada a exortação do nosso primeiro livro médico".

O software tem sido entendido, ou identificado, quase sempre, como sendo sua expressão escrita e impressa em páginas de papel, por um programador, resultante de sua criação intelectual; dessa visão, que me parece restrita, é que surgiu, provavelmente, a idéia de protegê-lo dentro do regime do direito autoral, por analogia com outras criações do espírito.

Não há única e melhor abordagem. A meu ver, as diversas doutrinas de proteção legal devem ser entendidas como instrumentos disponíveis que devem ser utilizados caso a caso, em função de um diagnóstico técnico dos componentes do software, entendido em seu sentido mais abrangente e em função de seu estágio de evolução.

Quanto à questão do enquadramento, os "cinco tipos de medicinas", quero dizer, de proteção jurídica disponíveis são: a proteção através do sistema de patentes, a proteção através do segredo industrial, a proteção através dos direitos de autor, a proteção pelos contratos e a proteção pelas marcas registradas.

De um ponto de vista pragmático, a melhor estratégia a ser adotada, na aplicação das proteções legais ao software, será: familiarizar-se profundamente com os instrumentos disponíveis, compreendendo a eficácia de cada um e aplicá-las conforme os objetivos pretendidos, utilizando-os, inclusive de forma combinada, de modo a maximizar resultados.

Para encerrar, passo a comentar, rápida e superficialmente cada instrumento:

1. O Sistema de Patentes, como proteção ao software, pode ser apli-

cado em certas condições. Ao contrário do direito do autor, que protege a expressão de uma idéia, a patente protege a idéia propriamente dita.

Sucede que sendo o ciclo de vida de um software ou de um chip muito menor de que o prazo de obtenção da patente, esse método pode não se mostrar muito eficiente, sendo seus custos relativamente altos, e podendo haver atraso na obtenção dos direitos.

2. O Segredo Industrial pode também proteger o software em certas situações.

Programas de computador sempre incorporam informações confidenciais tais como: técnicas de programas originais, métodos mais eficientes para a solução de um problema típico, um novo método de compactação de memória etc., que o autor ou o proprietário quer manter em sigilo.

Como meio de proteção, é abrangente, porque protege idéias e conceitos que não foram e não devem ser materializados, ficando sua proteção independente da forma de expressão do próprio software.

Sempre foi a ferramenta de proteção preferida da indústria de software porque é simples, prática e traz resultados imediatos. Contudo, a proteção pelo segredo industrial implica em manter o segredo realmente "secreto". Há dispositivos legais para a sua implementação como é o caso dos contratos de non-disclosure.

Todavia, duas maneiras de se perder o segredo são a descoberta independente e a utilização da chamada engenharia reversa.

3. O Direito de Autor, é claro, também protege o software.

Se, de um lado, patentes conferem monopólios temporários, a proteção por direito de autor confere direitos por tempo longo, até demais, no caso do *software*. Mas o direito de autor não protege as idéias e os conceitos como também não protege o autor contra criações independentes, mesmo que similares. Além disso, duas criações independentes idênticas poderiam obter proteções independentes para seus respectivos autores. Apesar disso, muitos recomendaram sua utilização como proteção ao software, como vimos.

Trata-se de proteção relativamente pouco onerosa, não havendo despesas para a manutenção do direito. Não há atraso na criação do direito, poucas são as formalidades envolvidas, e há proteção automática em muitos países.

Uma das vantagens na utilização do instituto do Direito de Autor é que, normalmente, desencoraja a feitura de cópias e o comércio pirata.

4. Contratos também podem proteger software, consistindo-se em acordos formais que definem direitos e responsabilidades entre as partes. Não eliminam a pirataria mas podem cobrir grande área de interesse, desde contratos de trabalho com programadores, até contratos de licença de uso de software a distribuidores e usuários finais.

Consistem em meios muito eficazes como método de proteção junto aos usuários, sendo seu único ponto fraco não obrigar terceiros. O importante do contrato é definir as condições em que o licenciado usufrui de direitos referentes à propriedade intelectual do licenciador.

Os contratos, em princípio, podem também incluir limitações de responsabilidades, podem definir a documentação que acompanha o software, e outras cláusulas de interesse.

5. Marcas registradas podem proteger o software, também, como é fácil de se perceber.

O propósito de uma marca é, basicamente, o de identificar origens e distinguir bens e serviços. Embora o regime de direito de autor estenda a proteção do título da obra a ela associado, na prática, o que identifica, no mercado, um software, é sua marca, que deve estar registrada como tal, nas condições do CPI.

Conclui-se que o registro da marca que identifica um software no mercado pode ser de grande utilidade para dar proteção ao próprio software (além de proteger a própria marca), principalmente quando um licenciado para o uso do software seja também um licenciado para utilização da marca correspondente e há mecanismos de controle de sua utilização.

Quanto às doenças, que Paracelso classificava em dois grandes tipos: as que vem "de fora para dentro" e as que vão "de dentro para fora", quero dizer quanto ao software, além de sua enorme variedade de tipos, apresenta também diferentes estágios de desenvolvimento que requerem proteção adequada.

Esse aspecto (que jamais vi mencionado quando se fala em proteção) é o relacionado às etapas de desenvolvimento do software em seu ciclo de vida.

Desde o baby-system ao software adulto, as ferramentas de proteção e seus remédios variam. Quando se fala na utilização da Lei de Software, e do seu registro no INPI, está se falando da obra acabada, pronta para ser depositada e registrada.

Na realidade o software passa, em seu ciclo de vida, por estágios de desenvolvimento que vão desde a idéia básica do autor, à aplicação de knowhow específico para seu projeto, ao estabelecimento de seu campo de aplicação, ao estabelecimento dos parâmetros de projeto, ao desenvolvimento propriamente dito dos programas com-

ponentes, à escolha das linguagens adequadas, ao estágio de verificação e testes, à instalação, à chamada debugagem (ou eliminação de erros), às modificações e adaptações, ao desenvolvimento da documentação, e ao treinamento do pessoal usuário. E como proteger todo um empreendimento ou um projeto do início ao fim, e não apenas um de seus escritos, o programa.

Identificando-se então, tecnicamente, em que estágio se encontra, define-se o pacote de soluções de proteção.

Em resumo, e finalizando: 1. Um software se desenvolve em etapas, num ciclo de vida característico; 2. Há uma variedade muito grande de tipos de softwares classificáveis num grande espectro; 3. Dependendo do tipo e da etapa em que se encontra necessita certas proteções específicas; 4. Estes diferentes aspectos podem ser protegidos legalmente, por métodos diversos, de forma independente ou combinada; 5. O registro do software, embora facultativo, é considerado fundamental para fixar a autoria no tempo e no espaço; 6. Na busca de adequada proteção, seria ideal, em função dos objetivos, realizar, preventivamente, uma análise técnica, e em seguida estabelecer um pacote de proteções, implementando-o em paralelo com o desenvolvimento do software.

A abordagem específica para se proteger um determinado software tem que ser amoldada às suas características e à forma específica como ele será usado e colocado no mercado, bem como a abordagem mercadológica e ao esquema de distribuição a ser considerado.

Em alguns casos, diferentes mecanismos de proteção podem ser usados, ao mesmo tempo, em um único aspecto do sistema.

ATUALIDADES

A VALIDADE DA CESSÃO DE CRÉDITO EXTERNO A RESIDENTE NO BRASIL *

GABRIEL F. LEONARDOS

1. Introdução

- 1.1 Na análise dos aspectos jurídicos da nacionalização de crédito externo, cumpre inicialmente delimitar o tema abordado. Considera-se nacionalização de crédito, para os fins do presente estudo, a cessão de crédito, feita por credor residente no exterior (cedente) para pessoa física ou jurídica residente no Brasil (cessionário) relativa a contrato de empréstimo registrado junto ao Banco Central do Brasil (BACEN).
- 1.2 Para evitar posteriores digressões do tema sob exame, o presente estudo se inicia com a explicação do conteúdo de um contrato de empréstimo externo, a fim de afastar qualquer confusão da cessão de crédito com a cessão de contrato, que é o segundo ponto a ser analisado.
- 1.3 Em seguida, passa-se à análise dos controles cambiais no direito brasileiro e das hipóteses em que a legislação brasileira admite a cláusula de correção cambial, matérias essenciais para que se compreenda a operacionalidade da cessão de crédito externo.
- * O presente estudo foi elaborado como parte de trabalho de pesquisa apresentado no curso de Mestrado junto à Universidade de São Paulo, no primeiro semestre de 1991. O autor agradece especialmente as colaborações e sugestões de seus colegas Nei Schilling Zelmanovits e Eduardo Boccuzzi, autores das demais partes do referido trabalho.

Segue-se o exame dos argumentos em prol da validade da cessão e contra a mesma, finalizando o presente estudo com a apresentação das conclusões alcançadas.

2. Descrição das operações de empréstimo externo

- 2.1 Conforme expõe Durval de Noronha Goyos Jr., as operações creditórias externas podem ser esquematizadas em três grupos: ¹ a) empréstimos; b) créditos e financiamentos à importação; e c) operações de captação de recursos contra títulos e valores mobiliários.
- 2.2 O presente estudo cuida unicamente das operações de empréstimos. Estas, por sua vez, são divididas por Noronha da seguinte forma: a) empréstimos diretos: operações chamadas 4.131; operações chamadas 229; b) empréstimos para repasses: operações chamadas 63 e 64; operações chamadas 231; e operações 351.
- 2.3 As operações acima mencionadas distinguem-se umas das outras em diversos aspectos, inclusive o prazo mínimo pelo qual o empréstimo deve ser contratado. De acordo com o Comunicado FIRCE 10/69 (e normas posteriores), a aprovação prévia do BACEN é necessária à contratação de certos empréstimos externos, a fim de que o mesmo possa ser registrado junto

ao BACEN. O registro no BACEN, como se sabe, é condição essencial para que seja assegurada a remessa do capital estrangeiro aqui ingressado, assim como dos juros e dividendos que o mesmo tenha produzido, através de bancos autorizados a operar em câmbio dos valores referentes à dívida contraída.

- 2.4 Resumindo a caracterização feita por Noronha de cada um desses tipos de empréstimos, pode-se dizer que as operações 4.131 (i. é, feitas com base na Lei 4.131/62 stricto sensu, pois todas as operações de empréstimo externo são contratadas ao seu amparo²) têm por objetivo o aporte de recursos para capital de giro ou capital fixo do tomador; nesta operação, o empréstimo é concedido diretamente pelo credor externo ao tomador. A operação 229 é uma modalidade da 4.131, na qual o tomador pode transferir os recursos a outro tomador.
- 2.5 Quanto às operações para repasse, nas operações 63 e 64 (Res. 63 e 64, de 21 e 23.8.1976, respectivamente), foi autorizado aos Bancos de Investimento, Comerciais, de Desenvolvimento, e ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico — BNDE. contratar diretamente empréstimos externos destinados a repasse a empresas nacionais. Tais operações, geralmente mais onerosas do que o empréstimo direto - pois o banco cobra uma "comissão de repasse" como remuneração pelo risco financeiro (uma vez que, perante o credor externo, o devedor é apenas o banco) —, são úteis às empresas que, por diversos motivos, têm dificuldade em captar recursos diretamente no exterior. O prazo mínimo é de 6 meses e o tomador interno deve ao banco o montante que este lhe repassa em moeda nacional, acres-

cido dos encargos financeiros avençados e da correção cambial.

- 2.6 Nas operações 231, os Bancos de Investimento, bancos autorizados a operar em câmbio e o BNDE tomam empréstimos nos termos da Res. 229 ("operações 229") para efetuar o repasse na conformidade da Circular 180. E as operações 352 dizem respeito ao arrendamento mercantil de bens adquiridos com recursos de empréstimos em moeda estrangeira, caso em que se admite a cobrança da variação cambial do arrendante.
- 2.7 Nesses tipos de empréstimos, em alguns casos é optativo, noutros obrigatório, o depósito junto ao BACEN dos recursos em moeda estrangeira ociosos (disponíveis como no caso das operações 4.131 ou não repassados p. ex., nas operações 63). Tais recursos são remunerados pelos encargos financeiros avençados com o credor externo ou pela "London Interbank Offered Rate LIBOR". Dessa forma, o tomador ou o banco repassador têm um instrumento de "hedge" propiciado pelo BACEN.
- 2.8 Da exposição acima dos tipos de empréstimos externos percebe-se, desde logo, que não se trata, aqui, de dívida originalmente instrumentalizada através de título de crédito. A partir de 1982, porém, nos diversos acordos de reescalonamento da dívida externa brasileira, parte da dívida foi "securitizada" (do inglês "security", título de crédito) sob a forma de "DFAs" (o nome "DFA" deriva do acordo que previu a emissão desse título de crédito, o "Deposit Facility Agreement"). A nacionalização de DFAs é de validade questionável à luz do "Deposit Facility Agreement", quando houver tratamento discriminatório a qualquer dos portadores de tais títulos, face à chamada sharing clause. O presente

estudo cuida unicamente da nacionalização de dívida não securitizada.

Distinção entre cessão de crédito e cessão de contrato

- 3.1 Os contratos de empréstimo firmados diretamente pelo tomador (operações 4.131) ou pelo banco repassador (operações 63) não são, em rigor, contratos de empréstimo, mas sim, contratos de abertura de crédito. Ou seja, não se trata do contrato típico de mútuo, no qual o mutuante entrega a coisa mutuada ao mutuário e. nesse momento, cessam as obrigações do primeiro, subsistindo apenas obrigações para o segundo. 4 No empréstimo externo, o mutuante abre uma linha de crédito para o mutuário, que realiza saques até o limite da mesma, de acordo com prazos e condições fixados no contrato. Assim, até a realização do último saque pelo mutuário, subsiste para o mutuante a obrigação de deixar disponível para o mutuário as quantias avencadas.
- 3.2 O esclarecimento do parágrafo precedente é necessário para que se possa entrar na parte final desta introdução, que trata da natureza jurídica da nacionalização de crédito externo: trata-se ela de uma cessão de crédito ou de uma cessão de contrato? As consequências práticas desta distinção são relevantes pois para a cessão de crédito, em princípio, não é necessária a concordância do devedor, ao contrário do que ocorre na cessão de contrato.
- 3.3 Conforme definido em doutrina, quando as prestações não foram ainda completamente satisfeitas pelos contratantes a hipótese é de cessão de contrato. Caso, porém, o credor não tenha mais qualquer obrigação perante o contrato, cabendo-lhe apenas o direito à contraprestação do devedor,

- a hipótese será de cessão de crédito. ⁵ Neste sentido, a lição de Orlando Gomes: "Não se configura igualmente cessão do contrato se já cumpridas completamente as obrigações de um dos contratantes. É que o outro fica na posição exclusiva de devedor, uma vez que seu crédito se acha esgotado, assemelhando-se a situação à de um contrato unilateral, e, pela mesma razão, assumindo qualquer transferência a natureza de uma cessão de crédito ou de débito." (grifos do original; in Orlando Gomes, 1984, p. 165)
- 3.4 Assim, pode-se concluir que, segundo o direito brasileiro, já tendo se encerrado o prazo durante o qual o credor externo se obrigou a deixar recursos à disposição do devedor para que este efetuasse saques de acordo com o previsto no contrato de empréstimo, o credor poderá, em princípio, transferir sua posição no contrato sem a anuência do devedor, pois a hipótese será de cessão de crédito e não de cessão de contrato. No presente estudo, portanto, será analisada apenas a cessão de crédito e não a hipótese mais rara da cessão de contrato.

4. Controles cambiais no direito bra-

4.1 O controle das operações cambiais, i. é, da troca da moeda nacional pela de outro país, é comum em quase todo o mundo, e constitui uma prática necessária a partir do momento em que a moeda nacional não tem a confiança dos residentes desse país para cumprir suas funções de meio de pagamento, medida de valor e de reserva de valor. Assim sendo, o controle das operações de câmbio no Brasil remonta ao século passado, com a edição do Dec. 2.711/80, tendo sido criados, desde então. diversos instrumentos legais e órgãos governamentais para realizar tal controle, que variava de intensidade de acordo com a situação política e econômica do país. Ao iniciarmos este capítulo, vale lembrar o que disse Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, face à multiplicidade de atos legais e infralegais já editados, sobre o Direito Cambial no Brasil: "(...) as chamas do inferno estão reservadas àqueles que se arriscarem a afirmar taxativamente qualquer coisa no campo sob estudo (...)" (Verçosa, p. 38).

- 4.2 Começaremos por examinar as normas penais referentes ao câmbio, que estabelecem penas restritivas de liberdade, analisaremos, em seguida, as normas de natureza administrativa penal, i. é, normas que criam ilícitos puníveis administrativamente, com multas e outras sanções. A primeira — e por muitos anos a única — lei penal a respeito de câmbio no Brasil foi a Lei de Economia Popular (Lei 1.521/ 51), que dispunha, no art. 4.°, a, sobre um tipo de usura consistente na cobrança de "ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira".
- 4.3 A Lei 1.521/51 penaliza o "doleiro", ou seja, o indivíduo que transaciona com moeda estrangeira a uma taxa superior à estipulada para o câmbio oficial. Pode-se, inclusive, especular se o "fornecedor" do "doleiro", ou seja, aquele que lhe vende moeda estrangeira comete o mesmo crime. O cliente do "doleiro", ou seja, aquele que compra moeda estrangeira, entretanto, não pratica qualquer crime.
- 4.4 Muito embora o art. 4.°, a, da Lei 1.521/51 ainda esteja em vigor, trata-se ele de uma norma penal em branco, i. é, ele contém uma definição de conduta criminosa cujo aperfeiçoamento depende de outras normas, sejam elas de Direito Penal ou de outros

ramos do Direito; no caso, Direito Cambial.

- 4.5 Assim, só haverá o crime previsto no art. 4.°, a, da Lei 1.521/51 se houver "taxa oficial de câmbio". Ora, como se sabe, a Res. 1.690/90. do Banco Central do Brasil (BACEN), determinou, como parte das medidas do "Plano Brasil Novo", que as taxas de câmbio das operações controladas pelo BACEN passariam a ser "livremente pactuadas pelas partes". Ou seja, ainda existem operações oficiais e não-oficiais, mas não se pode mais falar em "taxa de câmbio oficial". Por este motivo, embora permaneça em vigor, o art. 4.°, a da Lei 1.521/51 tem, na prática, sua aplicabilidade suspensa enquanto não existir taxa oficial de câmbio
- 4.6 Posteriormente, a Lei 4.595/64 ("Lei de Reforma Bancária") fixou a competência do BACEN para, entre outras, conceder autorização às instituições financeiras para que possam praticar operações de câmbio (art. 10, IX, d). O art. 17 da mesma lei determina que considera-se instituição financeira a pessoa jurídica que tenha como atividade principal ou acessória, a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros. O art. 17, parágrafo único estabelece que "equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual". E o art. 18 estabelece que as instituições financeiras somente poderão funcionar no país mediante prévia autorização do BACEN.
- 4.7 O art. 44, § 7.º da Lei 4.595/ 64 estipula ainda que é crime sujeito à multa e detenção de 1 a 2 anos atuar

como instituição financeira sem estar devidamente autorizado pelo BACEN.

- 4.8 Com base na Lei 4.595/64 pode-se chegar às seguintes conclusões: a prática de operações de câmbio é privativa de estabelecimentos autorizados pelo BACEN; tais estabelecimentos devem ser instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo BACEN; a realização de operações de câmbio como atividade principal ou acessória (para pessoas jurídicas) ou permanente ou eventual (para pessoas físicas) sem a devida autorização é crime nos termos do art. 44, § 7.º da Lei 4.595/64.
- 4.9 Em contraposição ao que acaba de ser dito, a realização de operações de câmbio, por pessoas jurídicas, de forma esporádica, não será crime. Não obstante, ao tratar das atividades do "doleiro" com relação ao qual se presume a habitualidade forçoso é concluir que o mesmo está sujeito a ser processado pelo crime ora examinado.
- 4.10 Somente em 1986 outra lei penal, a Lei 7.492/86 (a chamada "Lei do Colarinho Branco"), voltaria a tratar de câmbio. Dispõe ela em seu art. 21: "Art. 21. Atribuir-se, ou atribuir a terceiro, falsa identidade, para realização de câmbio: Pena. Detenção, de 1 a 4 anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, para o mesmo fim, sonega informação que devia prestar ou presta informação falsa".
- 4.11 O art. 21 supratranscrito não tem maior interesse para o caso sob análise, constituindo apenas uma hipótese específica do crime de falsa identidade, previsto no art. 307 do CP, que está assim concebido: "atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a

- outrem", e que é punível com detencão, de três meses a um ano. 7
- 4.12 O art. 21 refere-se muito mais à repressão da fraude do que à operação ilegal de câmbio, sendo que esta apenas dá o colorido ao crime para que se possa aplicar pena superior à prevista no art. 307 do CP quando a falsa identidade tiver por fim a realização de operação de câmbio.
- 4.13 Analisar-se-á, agora, o art. 22 da Lei 7.942/86: "Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: Pena. Reclusão de 2 a 6 anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente".
- 4.14 Para saber se ocorre a prática do crime previsto no caput do art. 22 deve-se: a) definir o que é "operação de câmbio não autorizada" aqui, mais uma vez, há o problema da integração da norma penal em branco —; e b) conceituar a "evasão de divisas", pois o crime só ocorre se houver esta finalidade.
- 4.15 Para que exista "operação de câmbio não autorizada", pressupõe-se que haja um órgão responsável pela autorização de tais operações, e que nem todas elas sejam autorizadas. Com efeito, o art. 10, IX, d da Lei 4.591/64 determina que apenas estabelecimentos credenciados pelo BACEN podem operar em câmbio. Assim, não se tratando de operação realizada por estabelecimento autorizado, ou, caso o estabelecimento seja autorizado, mas a operação não se enquadre dentro dos regulamentos em vigor, a operação será "não autorizada" e, consequentemente,

sujeita à penalidade prevista no dispositivo ora comentado.

- 4.16 Resta ainda definir o que seja "divisa". Em seu sentido técnico, divisa não significa simplesmente "moeda estrangeira", mas sim "moeda estrangeira contabilizada como reserva cambial do País". A corroborar este entendimento, cite-se a lição insuspeita de Haroldo Malheiros Duclerc Vercosa: "As moedas conversíveis, dadas em pagamento das operações internacionais formam as divisas do país receptor, ou seja, valores nelas expressos, consubstanciados em espécie ou em títulos que as representem (cheques, letras de câmbio, ordens de pagamento, etc.). O conceito de divisas é menos abrangente do que o de reservas, pois este inclui, também, o ouro de que algum país seja titular" (grifos do original; Verçosa, p. 26).
- 4.17 Assim, desde logo se percebe que o crime previsto no caput do art. 22 visa punir a fraude cambial em operações controladas pelo Governo, ou seja, principalmente, a importação e exportação de mercadorias. 8
- 4.18 Com relação a essas operações, há a obrigatoriedade de entrega da moeda estrangeira ao BACEN (no caso de exportação) ou de compra de moeda estrangeira do BACEN (no caso de importação). Os artifícios de sub e superfaturamento, respectivamente, estão, portanto, subsumidos no presente dispositivo.
- 4.19 Passa-se, finalmente, à análise do crime previsto no parágrafo único do art. 22 retrotranscrito. Ali estão previstos os crimes daqueles que: a) promovem "sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior"; ou b) mantêm depósitos no exterior não declarados à repartição competente.
- 4.20 A parte final do dispositivo, que trata da manutenção de depósito

- não declarado no exterior não interessa à análise ora efetuada. Resta, assim, perquirir do crime de "promover, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior". A redação desse tipo penal corrobora a distinção que feita acima entre "moeda estrangeira" e "divisa". Aqui, penaliza-se a saída (evasão) não apenas de "divisa", mas também de "moeda" (na falta de qualificação, deve-se entender "moeda estrangeira ou nacional").
- 4.21 Mais uma vez encontramos uma norma penal em branco, pois o crime somente existirá se não houver "autorização legal". Ocorre que o art. 17 do Dec. 42.820/57 dispõe: "Art. 17. É livre o ingresso e a saída de papel-moeda nacional e estrangeiro, bem como de ações e de quaisquer outros títulos representativos de valores."
- 4.22 O art. 17 supratranscrito permanece, ainda hoje, em vigor, conforme reconheceu o TFR em ac. un., de 2.4.1984, com a seguinte ementa: "Tributário. Penal. Moeda estrangeira. Apreensão. Dec. 42.820, de 16.12.57. I É livre o ingresso e a saída de papel-moeda nacional e estrangeiro. Dec. 42.820, de 16.12.57, art. 17. A apreensão de moeda estrangeira só se justificaria se fosse ela objeto de crime. II Remessa oficial desprovida" (Relator: Min. Carlos Mário Velloso; 4.ª T.; DJ 26.4.84, p. 6.173). 9
- 4.23 Embora a decisão acima seja anterior à CF/88, o citado dispositivo foi claramente recepcionado pelo art. 5.°, XV da CF: "XV é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens".
- 4.24 Assim, até que se altere a regulamentação legal no campo do Di-

reito Cambial, o crime de "promoção de saída de moeda ou divisa" não ocorrerá jamais. A falta de autorização é elemento integrante do tipo penal e esta foi dada expressamente pelo art. 17 do Dec. 42.820/57.10 Caso se considere, porém, que o art. 17 do Dec. 42.820/57 deva ser interpretado restritivamente, no sentido de autorizar o ingresso e a saída do país unicamente de moeda e títulos que não constituam "divisas" (isto é, que não estejam contabilizados como reserva cambial), neste caso o crime de "promover a saída de divisa sem autorização legal" poderá ocorrer nos casos em que não houver tal autorização de forma expressa. 11

- 4.25 Lembre-se que inexiste norma que obrigue as pessoas a transferirem ao BACEN — ou a qualquer outra repartição — a moeda estrangeira que tenham licitamente adquirido, salvo em casos específicos como exportações. capitais estrangeiros registrados no BACEN etc. Assim, é lícito possuir moeda estrangeira no País. Neste caso, devem ser cumpridos os preceitos da legislação tributária — mormente do imposto de renda -- quanto à declaração da moeda estrangeira na declaração de bens, bem como a percepção de renda compatível com o montante de moeda estrangeira adquirido. 12
- 4.26 Note-se, ademais, que o dólar comprado de um "doleiro" não integra as divisas do País, e nem mesmo é retirado do País, motivo pelo qual não ocorre qualquer dos crimes tipificados no caput e no parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492/86, acima analisados. O "doleiro" estará sujeito, entretanto, às penalidades do art. 44, § 7.º da Lei 4.595/64 e a outras, de caráter administrativo, e, eventualmente, pode ocorrer co-autoria por parte do comprador do "doleiro".
- 4.27 Passando à análise das normas de caráter administrativo penal, deve-se examinar os arts. 23 a 27 da Lei 4.131/62. Os dispositivos mais relevantes de tais artigos dispõem o seguinte: a) art. 23: as operações cambiais no mercado de taxa livre somente podem ser efetuadas através de estabelecimentos autorizados a operar em câmbio; a violação desta regra está sujeita à multa, aplicável pelo BACEN, variável de 20 a 50 vezes o maior salário mínimo (art. 58 da Lei 4.131/ 62); b) art. 24, § 4.°: a classificação incorreta, dentro das normas regulamentares, das informações prestadas pelo cliente no formulário exigido para operações de câmbio, sujeita o estabelecimento bancário e o corretor que intervier na operação à multa de 5 a 100% do valor da operação; havendo reincidência, poderá ser cassada a autorização para operar em câmbio (art. 23, § 5.°); e c) art. 24: os estabelecimentos autorizados a operar em câmbio devem transmitir diariamente informações sobre o montante de compra e venda de câmbio, com a especificação de suas finalidades; a violacão desta norma está sujeita à multa de até 30 vezes o maior salário mínimo, triplicada em caso de reincidência (art. 25), podendo ainda, neste último caso, ser cassada a autorização para operar em câmbio (art. 26).
- 4.28 Ademais, a declaração de falsa identidade no formulário exigido para operações de câmbio é punível com multa equivalente ao triplo do valor da operação para cada um dos infratores, aqui incluído o cliente. ¹³ A declaração de informações falsas no referido formulário é igualmente passível de multa equivalente a 100% do valor da operação, de exclusiva responsabilidade do cliente. ¹⁴ Estes são os únicos casos em que é imposta sanção ao cliente.

- 4.29 Finalmente, cumpre mencionar, ainda, que os não residentes no Brasil podem aqui manter conta bancária em moeda nacional. 15 Tais contas (chamadas "CC5") podem ser livremente utilizadas por seus titulares, independentemente da origem dos recursos, devendo apenas ser registrada a identidade do depositante e a do favorecido; os valores depositados em tais contas não podem, entretanto, ser utilizados para cobrir despesas, no país, em moeda estrangeira, de seu titular, ou para pagar despesas de terceiros (é vedada a chamada "compensação privada"). 16
- 4.30 Os comentários expendidos neste capítulo são necessários para que se compreenda que na cessão de crédito externo, é possível ao cessionário pagar ao cedente em moeda nacional. Este poderá depositar o montante recebido em uma conta CC5 ou levá-lo consigo, para fora do país. Também é possível — e lícito — ao cessionário, pagar ao cedente em moeda estrangeira no exterior, desde que se trate de recursos declarados à Receita Federal e legitimamente obtidos (p. ex., oriundos de prestação de serviços ou comissões de operações de importação e exportação) que o cessionário não tenha obrigação de internar no país (como ocorre no caso de exportação de bens materiais). Caso o cessionário tenha recursos legítimos em moeda estrangeira no Brasil, também estes poderão ser utilizados para efetuar o pagamento ao cedente, o qual, por sua vez, poderá livremente sair do país com eles.
- 4.31 Caso o cedente do crédito, ao receber o valor combinado em moeda nacional (que é a hipótese mais comum) se dirigisse ao "doleiro" mais próximo para efetuar o câmbio, poder-se-ia especular se haveria co-auto-

- ria, uma vez que a venda de dólares pelo "doleiro", porém, seria ilícito penal (segundo o art. 44, § 7.º da Lei 4.594/64), bem como ilícito administrativo (arts. 23 e 58 da Lei 4.131/62).
- 4.32 Entretanto, não há necessidade de utilização de "doleiros" para a realização destas operações, como se verá a seguir. E, a rigor, não ocorre venda de dólares a "doleiros" nas operações sob exame — ou ela ocorre apenas em um número marginal de operações — seja porque o doleiro não propicia ao cedente a documentação que ele necessita para dar suporte à operação de câmbio em sua contabilidade; seja porque o custo do "doleiro" é superior ao custo de outras alternativas, face ao risco em que ele incorre; ou, ainda, porque a operação depende totalmente de uma relação de confiança, em razão da falta de documentação.
- 4.33 O Brasil aderiu ao Acordo de Bretton Woods, de 1944, que determinou a nova ordem econômica internacional ao fim da 2.ª Guerra Mundial, com a ressalva, admitida no art. XIV, item 2 do mesmo, de que, por um período transitório poderia manter e adaptar às circunstâncias restrições aos pagamentos e transferências referentes às operações internacionais. Em consequência a moeda brasileira é, ainda hoje, não conversível. obstante, o volume do comércio exterior brasileiro fez surgir o mercado para a moeda brasileira em outros países, principalmente os limítrofes na América do Sul.
- 4.34 A moeda de um dado país detida fora deste país por não residentes do mesmo é chamada de "euromoeda" (o nome deriva dos recursos em dólares norte-americanos detidos por europeus a partir da 2.ª Guerra Mundial e, principalmente, a partir dos

choques do petróleo da década de 1970, que propiciaram aos países exportadores de petróleo recursos em dólares que eram depositados em bancos europeus). Recentemente, desenvolveu-se como um fenômeno incontestável o mercado de "eurocruzeiros", que tem grande importância na realização de operações financeiras internacionais por residentes no Brasil. 17

- 4.35 Com o surgimento dos eurocruzeiros, é possível ao detentor de cruzeiros realizar diversas operações de troca por outras moedas, perfeitamente legais, de arbitragem de moedas ou de swaps. Segundo a definição de Noronha, câmbio é a compra e venda de uma moeda com pagamento por outra, quando uma das moedas é aquela do país onde o negócio é realizado. Arbitragem é a troca de uma moeda por outra sendo que nenhuma delas é a do país onde o negócio ocorre. 18 E swap é uma troca de direitos contratuais ou de títulos de crédito, com o objetivo de se mudar de condições de juros, de moedas, ou de papéis, no qual a remuneração das partes se dá através de um ágio ou deságio atribuído aos títulos ou direitos. 19
- 4.36 Assim, nenhuma implicação teria para a legislação brasileira a troca (arbitragem) de cruzeiros por dólares, em qualquer país estrangeiro, pois tal operação estaria, inclusive, fora do alcance da jurisdição brasileira. Basta que haja alguém querendo vender dólares e comprar cruzeiros naquele país para que a transação seja realizada. Lembre-se que foi visto acima que pode-se entrar e sair livremente do Brasil com moeda nacional ou estrangeira. E embora para o vendedor de moeda estrangeira a realização de operação não autorizada de câmbio seja um ilícito administrativo, e, se reiterada, um ilícito penal, neste

caso não haveria qualquer operação de câmbio (ou de troca de moedas a qualquer título) no Brasil.

- 4.37 Outra opção legítima seria a compra de ativos no exterior, como, por exemplo, bônus do tesouro norteamericano ou ações cotadas em bolsa nos Estados Unidos com o pagamento em cruzeiros, aqui no Brasil. 20 Basta que haja alguém que tenha legitimidade adquirido tais ativos no exterior e esteja necessitando cruzeiros no Brasil para fazer face a suas despesas ou realizar investimentos de toda sorte. 21
- 4.38 Pode-se encerrar este capítulo por concluir que a nacionalização de crédito externo pode ter objetivos de hedge cambial legítimos e tanto a forma de pagamento ao cedente quanto a utilização de tais recursos pelo cedente, no Brasil ou no exterior, pode ser feita através de diversos mecanismos legais, independentemente da autorização prévia do BACEN ou da interveniência de instituição autorizada a operar em câmbio no Brasil, sem qualquer prejuízo para as reservas cambiais brasileiras. Ao contrário, com a nacionalização do crédito há, isto sim. economia de divisas, uma vez que o pagamento do débito não mais se fará em moeda forte, como se passa a analisar.

5. O Dec.-lei 857/69 e a cláusula de correção cambial

5.1 O Dec.-lei 857/69 consolidou e alterou a legislação sobre moeda de pagamento de obrigações exequíveis no Brasil. O art. 1.º do Dec.-lei 857/69 estabelece que são nulos de pleno direito os contratos e obrigações que, sendo exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso

legal da moeda nacional. Posteriormente, será analisado o art. 2.º desse diploma legal, que estabelece as exceções à regra do art. 1.º.

- 5.2 Analisando o art. 1.º do Dec.lei 857/69, Mauro Brandão Lopes entende que ele não veda a estipulação de cláusula de indexação ou paridade cambial. Lopes extrai essa conclusão da comparação entre o Dec. 23.501/ 33. e o Dec.-lei 857/69, que o revogou. O art. 2.º do Dec. 23.501/33 determinava a nulidade da estipulação de pagamento em moeda que não a corrente "pelo seu valor legal", e. como o Dec.-lei 857/69 omitiu tal regra, entende ele que seria lícita a estipulação de pagamento em moeda nacional com indexação ou paridade camhial 22
- 5.3 Luiz Olavo Baptista, por seu turno, menciona decisão do STF no qual foi admitida a utilização de moeda estrangeira como "moeda de conta", ou seja, validou a cláusula de paridade cambial. Não obstante, o mesmo autor salienta que a mencionada decisão foi anterior à Lei 6.423/77 e que, após a promulgação da referida lei a decisão deveria ser a oposta, 28 com o que concordamos. Sem embargo, porém, a Lei 6.423/77 veio apenas estabelecer bases para a estipulacão de correção monetária — norma de caráter essencialmente transitório. tanto que foi constantemente alterada ao longo de sucessivos planos econômicos — e a questão maior a se esclarecer é se o Dec.-lei 857/69 proíbe ou não a cláusula de paridade cambial.
- 5.4 A decisão do STF citada por Baptista foi proferida em 12.4.1973. 24 Neste acórdão, o plenário do STF decidiu, por maioria, que inocorria nulidade da cláusula de paridade cambial, desde que fosse previsto que o pagamento fosse realizado em moeda na-

- cional. Curioso é que a questão levada ao exame do STF dizia respeito à nota promissória emitida sob a vigência do Dec. 23.501/33. Ora, como visto acima, o Dec. 23.501/33 continha norma ainda mais rígida que a legislação que se lhe seguiu, mormente o vigente Dec.-lei 857/69, pois proibia a estipulação de pagamento em moeda que não fosse a corrente "pelo seu valor legal". Com base neste acórdão, poder-se-ia concluir que sob o regime do Dec.-lei 857/69 a conclusão do STF seria idêntica.
- 5.5 Entretanto, em 8.9.1976, o plenário do STF, por maioria, igualmente com relação a mútuo contratado sob a égide do Dec. 23.501/33, decidiu em sentido diametralmente oposto. 25 Nesta decisão, por considerar que tanto a cláusula de pagamento em moeda estrangeira quanto a de paridade cambial eram vedadas pelo Dec. 23.501/33, o STF decidiu que o mutuário deveria simplesmente restituir ao mutuante o equivalente em moeda nacional à quantia recebida; feita a conversão pelo câmbio da data em que efetuado o mútuo, sob pena de ocorrer locupletamento do mutuário. 26
- 5.6 Filiamo-nos à parte da doutrina que entende que a cláusula de paridade cambial é vedada pelo Dec.-lei 857/69. Alberto Xavier explica que o art. 2.º do Dec. 23.501/33 ao proibir "a estipulação de pagamento em moeda que não seja a corrente, pelo seu valor legal" não pretendeu reportar-se ao ouro e à moeda estrangeira, mas sim a moedas nacionais, impedindo a previsão de moedas não correntes (moedas históricas, p. ex.) ou de moedas correntes por valor que não fosse o legal (inseria-se aqui a proibição a cláusulas de estabilização ou de correção monetária). Assim - prossegue Xavier "a falta de dispositivo equiva-

lente no Dec.-lei 857/69 significa apenas que este último abandonou o nominalismo extremado do primeiro, tendo sido passado a se admitir de uma forma geral em nosso direito a estipulação contratual da correção monetária". 27

- 5.7 Alberto Xavier esclarece, ainda, que "curso legal" da moeda significa o reconhecimento legal de suas funções monetárias, quais sejam: a de medida geral de valores e a de instrumento geral de trocas. 28 Enquanto a primeira função diz respeito à moeda de conta, a segunda função se relaciona com o poder liberatório da moeda, ou seja, a estipulação da moeda de pagamento. Por isso, não é admitida no direito brasileiro o uso da moeda estrangeira como moeda de conta (a cláusula de paridade cambial), considerando-se, ainda, que seu uso aumentaria o perigo de menosprezo e depreciação da moeda nacional. A indexação cambial, portanto, compreende-se na vedação do art. 1.º do Dec .lei 857/69, uma vez que se trata de uma das cláusulas que "por alguma forma restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro". 29
- 5.8 No mesmo sentido se pronunciam Mendes e Nascimento: "o regime comum aplicável à constituição de obrigações monetárias hoje no Brasil, consiste em que a moeda corrente nacional deve ser estipulada como moeda de conta e como moeda de pagamento". 30
- 5.9 Examinada a regra geral, do art. 1.º do Dec.-lei 857/69, resta analisar as exceções, contidas no art. 2.º: "Art. 2.º Não se aplicam as disposições do artigo anterior: I aos contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias; II aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às ope-

rações de exportação 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. Parágrafo único. Os contratos de locação de bens móveis que estipulem pagamento em moeda estrangeira ficam sujeitos, para sua validade, a registro prévio no Banco Central do Brasil".

- 5.10 De especial relevo para o presente estudo são os ns. IV e V do art. 2.°. Não obstante, transcrevemos o inteiro teor deste artigo para que se possa ter uma visão ampla das exceções à regra geral, prevista no art. 1.°, que consiste no curso legal da moeda nacional.
- 5.11 O art. 2.º permite que, nos casos nele relacionados, a moeda estrangeira seja usada como moeda de conta e como moeda de pagamento. No n. IV está prevista a hipótese da contratação do empréstimo externo pelo tomador nacional (operações 4.131) ou pelo banco repassador (operações 63), e, no n. V, está regulada a hipótese do repasse, isto é, a obrigação do tomador do repasse pagar ao banco a variação cambial dos valores recebidos. 31
- 5.12 O real alcance da exceção prevista no n. V, porém, é muito discutido, e a ele ainda retornaremos no presente estudo.

6. Argumentos em prol da validade da cessão

- 6.1 José Roberto Opice defende a validade da cessão de crédito externo a residente no Brasil, dentro de determinadas condições. ³² O autor inicia a análise por verificar se foram satisfeitas as condições do art. 1.065 do CCB, aplicáveis às cessões de crédito em geral: "Art. 1.065. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor."
- 6.2 Quanto à natureza da obrigação, sustenta Opice que ela não se opõe à cessão pois apenas as obrigações personalíssimas, tais como a de prestar alimentos, estariam incluídas na proibição de que a cessão fosse efetuada.
- 6.3 Quanto ao segundo impedimento, o autor aduz que não há nenhuma proibição legal; ao contrário, o Dec. 55.762/65, que regulamentou a Lei 4.131/62, estabelece o seguinte: "Art. 52. Os reinvestimentos de lucros e as transferências ou cessões de capitais, créditos ou cóntratos entre pessoas físicas ou jurídicas, domiciliadas ou com sede no exterior, não estão sujeitos a operações simbólicas de compra e venda de câmbio. Parágrafo único. Quando a cessão ou transferência se fizer a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no País será cancelado o registro".
- 6.4 O dispositivo supratranscrito deixa claro que não apenas inexiste qualquer restrição legal como o regulamento da lei de capitais estrangeiros no Brasil expressamente prevê a hipótese da cessão de crédito a residente no país. O autor prossegue em sua análise, perquirindo se a nacionalização do crédito colide com regras espe-

- cíficas que disciplinam os empréstimos 63.
- 6.5 Nesse sentido, o autor menciona que a Circular do BACEN 230/74, permitiu às instituições financeiras depositar junto ao BACEN o montante em moeda nacional de recursos ociosos (por não terem sido repassados ao mercado), de modo a que elas se protegessem contra a desvalorização cambial. 33
- 6.6 Neste caso, a nacionalização do crédito externo constituiria um sério entrave ao devedor (a instituição financeira), pois, uma vez cancelado o certificado de registro, ele não mais poderia efetuar o depósito, junto ao BACEN, dos recursos ociosos, e ficaria, assim, exposto à desvalorização cambial. Por isso, a nacionalização não seria válida neste caso, sob pena de interferir nas normas de regência da Res. 63.
- 6.7 Não obstante, em duas hipóteses a nacionalização do crédito não constituiria óbice ao devedor e, por conseguinte, seria válida: a) quando a nacionalização é comunicada ao devedor nas vésperas do vencimento da prestação no exterior, pois neste caso, ao banco nacional resta apenas receber do mutuário final os recursos repassados e fazer o pagamento ao credor; e b) quando a nacionalização for efetuada com a concordância expressa do devedor.
- 6.8 Finalmente, deve-se perquirir se a convenção com o devedor no caso de não haver a concordância deste impede a cessão do crédito. Admitindo-se a hipótese mais comum, em que a convenção com o devedor não obsta a cessão, o problema se coloca com relação à moeda e ao local do pagamento, que serão alterados.
- 6.9 Com efeito, o local do pagamento passará a ser o do domicílio

do devedor e, segundo Opice, o devedor não poderá se opor a tanto, uma vez que a alteração lhe beneficia. Quanto à moeda de pagamento, Opice argumenta que o credor pode renunciar a receber a prestação do devedor em moeda estrangeira, para recebê-la em moeda nacional com a paridade cambial.

- 6.10 Nesse sentido, Opice menciona que "em face do sistema de monopólio cambial vigente no Brasil, o credor só pode mesmo receber o contravalor em cruzados da obrigação estipulada em moeda estrangeira", 34 Em nossa opinião, é certo que o credor não pode exigir o pagamento em moeda estrangeira, pois o cancelamento do certificado de registro lhe retirou tal direito, mas caso o devedor possua, no Brasil, licitamente, a moeda estrangeira mutuada, poderá ele saldar seu débito nesta moeda, sem necessidade de trocar a mesma para saldar o débito em moeda nacional. Segundo Opice, a alteração da moeda de pagamento, de moeda estrangeira para moeda nacional com paridade cambial, é indiferente para o devedor, uma vez que o dispêndio do devedor será rigorosamente o mesmo.
- 6.11 Opice conclui que não há qualquer impedimento à nacionalização consistente na convenção com o devedor, caso ocorra a alteração do local e da moeda de pagamento quando tal alteração for benéfica ou indiferente para o devedor.
- 6.12 O autor analisa ainda o dispositivo do art. 2.º, V do Dec.-lei 857/69 e a seguinte é sua interpretação para o dispositivo: "Assim, a autorização para cobrar em moeda estrangeira, ao amparo do inc. V não se aplica apenas quando o tomador brasileiro repassa a terceiros os recursos obtidos pelo seu empréstimo ou com-

pra bens com os recursos oriundos do empréstimo externo e os arrenda a terceiros, casos mais típicos encontrados na vida comercial do país. Mas também abrange todas as cessões de crédito que o mutuante fizer a terceiros, independentemente do domicílio destes" (in Opice, p. 221).

- 6.13 Da mesma opinião de Opice é Mauro Brandão Lopes: "Contudo, com os diferentes efeitos que são próprios à cessão de crédito e à cessão de dívida, permite-as ambas, o n. V, que é amplo, notando-se que tanto crédito como dívida têm o sentido genérico de prestação exigível do devedor ou de prestação devida ao credor. (...) A cessão parcial do contrato de empréstimo de coisa fungível, ou mútuo, prevista no n. V, pode ser feita tanto pelo mutuante como pelo mutuário, e tem por objeto tanto crédito como dívida" (in Lopes, p. 60).
- 6.14 Opice analisa, ainda, a alegação de que a compra e venda de créditos seria atividade privativa de instituição financeira. Segundo o autor, esta operação tem natureza civil e é regida pelas regras estabelecidas pelo CCB, mas ele reconhece que "em certas circunstâncias, a dinâmica de negócios envolvendo compra e venda de créditos faça com que as atividades realizadas possam colidir com as normas que regem o mercado bancário e financeiro". 35
- 6.15 Em suma, na opinião de Opice, a nacionalização de crédito externo não infringe as leis brasileiras, exceto quando, feita sem a concordância do devedor, impede ou dificulta ao devedor brasileiro a utilização de mecanismos de proteção e extensão de crédito previstos na legislação aplicável. Outrossim, a nacionalização não afasta ou restringe a aplicação da correção cambial sobre o débito. E, finalmente, o

cessionário do crédito pode ou não ser empresa financeira; caso não seja, deve tomar cuidado para não realizar operações privativas de instituições financeiras.

7. Argumentos contrários à validade da cessão

- 7.1 Eros Roberto Grau e Ives Gandra da Silva Martins manifestaram-se contrariamente à validade da nacionalização de crédito externo. 36 Eros Grau sustenta que no direito brasileiro não é válida a option de change i. é, a opção de se efetuar o pagamento em outra moeda que não a contratada, e. mais ainda, a option de place, isto é, a opção de efetuar o pagamento em local diverso, dependeria de previsão expressa no contrato. Assim. a mudança da moeda e do local de pagamento somente seriam possíveis com a concordância do devedor e, portanto, importariam em novação do contrato.
- 7.2 Eros Grau defende ainda a tese de que o empréstimo externo é sujeito ao regime jurídico do capital estrangeiro, que é de ordem pública, e, por isto, inalterável ainda que de comum acordo entre as partes. A alteração do regime jurídico seria possível apenas com a anuência do BACEN.
- 7.3 O autor argumenta que o art. 2.°, V do Dec.-lei 857/69 prevê apenas a cessão de obrigações, assim entendida apenas a assunção de dívida, ou seja, a transferência do pólo passivo do contrato. A cessão de crédito não seria permitida por esse dispositivo.
- 7.4 Finalmente, Eros Grau assevera que o cessionário de crédito externo deveria ser necessariamente uma instituição financeira, pois tal negociação seria privativa de instituições financeiras.

- 7.5 Ives Gandra da Silva Martins, por seu turno, sustenta igualmente que a moeda de pagamento referente a empréstimos externos é imutável, pois não é feita em benefício do credor mas sim no interesse da administração do balanço de pagamentos do país; por isso, a cessão do contrato a residente no Brasil não alteraria a moeda de pagamento, mas dependeria de autorização do BACEN.
- 7.6 Finalmente, Ives Gandra argumenta ainda que apenas instituições financeiras podem ser cessionárias de crédito externo, pois esta seria uma atividade privativa de tais instituições e segundo Ives Gandra —, a cessão realizada em desacordo com tal norma seria nula e tanto o devedor caso este concordasse com a mesma como o cessionário poderiam ser punidos com base no art. 44, § 7.º da Lei 4.595/64.

Conclusão

- 8.1 Data venia, os argumentos de Eros Grau e Ives Gandra não convencem. A mudança de local e moeda de pagamento não caracterizam a novacão segundo o art. 438 do CCom. ou o art. 999 do CC. O déhito existe e o devedor não pode se recusar a saldálo por forca da mera alteração de elementos acessórios do contrato de mútuo — como o são o local e a moeda de pagamento —, quando tal alteração for feita em seu benefício ou lhe for indiferente. Foi visto acima 37 que a cessão de crédito independe da anuência do devedor: a anuência do devedor seria necessária apenas no caso da cessão de contrato, quando, então sim, haveria novação.
- 8.2 O registro do capital estrangeiro é um requisito para assegurar ao credor externo diversos direitos; não pode ser usado em seu detrimento.

O regime jurídico do capital estrangeiro, sem dúvida, é elaborado em função dos interesses nacionais, principalmente o balanço de pagamentos, e não pode ser alterado pelas partes de forma contrária ao que dispõe a lei.

- 8.3 Ocorre que em nenhuma lei há proibição à cessão de crédito externo; ao contrário, o que há é a sua autorização expressa em regulamento (o art. 52 do Dec. 55.762/65), que prevê o cancelamento do certificado de registro exatamente porque com a nacionalização deixa de haver qualquer interesse do BACEN em controlar a transação; o empréstimo se transforma em uma operação local. Assim, não procede o argumento de que o empréstimo externo seria imutável após sua contratação.
- 8.4 Quanto ao argumento de que o art. 2.°, V do Dec.-lei 857/69 permite a cessão apenas dos débitos, porque usa o termo "obrigações", parecenos igualmente infundado. Admitir que "obrigação" significa apenas "dívida" equivale a dizer que o Livro III do Código Civil Brasileiro, que se intitula "Direito das Obrigações", cuida unicamente dos devedores. Neste caso, faltaria em nosso Código um livro intitulado "Direito dos Créditos"!
- 8.5 Finalmente, a alegação de que a aquisição de crédito externo seria atividade privativa de instituição financeira tampouco resiste a uma maior análise. Lembre-se que atualmente não há mais dúvidas de que as empresas de factoring, ³⁸ p. ex., não exercem atividade privativa de instituições financeiras.
- 8.6 Da seguinte forma expressou-se Opice em seu parecer a respeito dessa questão: "A compra e venda de créditos não constituem atividade privativa de instituição financeira. Trata-se de operação de natureza civil regida

pelas regras estabelecidas pelo Código Civil Brasileiro. Todavia é possível que, em certas circunstâncias, a dinâmica de negócios envolvendo compra e venda de créditos faça com que as atividades realizadas possam colidir com as normas que regem o mercado bancário e financeiro. Assim, se a empresa brasileira não financeira captar recursos no mercado com habitualidade para adquirir esses créditos e revendê-los com sua coobrigação, tais operações poderão ser vistas como formas de extensão de crédito ou de intermediação financeira próprias das instituições habilitadas" (Opice, p. 223).

- 8.7 Com efeito, se haverá ou não prática de ato privativo de instituição financeira, dependerá da forma pela qual se operacionalizar a cessão de crédito e a habitualidade com que isso for feito. Entretanto, não é correto dizer que a aquisição de crédito externo é, por si só, atividade privativa de instituição financeira e que o cessionário deva ser sempre instituição financeira.
- 8.8 Assim, finalizamos a análise da validade da nacionalização de crédito externo perante o direito brasileiro por concluir que tais operações são, em princípio, válidas e aptas a produzir seus efeitos normais no Brasil, de acordo com as condições expostas ao longo deste estudo.

9. Bibliografia

BAPTISTA, Luiz Olavo, "Aspectos Jurídicos das Transferências Eletrônicas Internacionais de Fundos", tese de livre docência, ed. do autor, SP, 1986, 351 pp.

"A Cláusula-Ouro e a Cláusula de Moeda Estrangeira nos Contratos de Direito Brasileiro", artigo in RF 303/45-49 (jul.-set./88).

DIAS, José Carlos, "Evasão de Divisas", comentários em debate sobre crimes contra o sistema financeiro, publicado in

- Direito Penal dos Negócios, Ed. da Associação de Advogados de SP AASP, São Paulo, 1989, pp. 92-93.
- GOMES, Orlando, "Obrigações", 5.º ed., Ed. Forense, RJ, 1978, 429 pp.
- "Contratos", 10. ed., Ed. Forense, RJ, 1984, 582 pp.
- GRAU, Eros Roberto, "Registro de Capital Estrangeiro — Cessão de Direito de Crédito — Empréstimo Externo — Moeda de Pagamento no Brasil", parecer in RDP 87/205-223 (jul.-set./88).
- LOPES, Mauro Brandão, Cambial em Moeda Estrangeira, Ed. RT, SP, 1978, 86 pp.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva, "Dívida Externa — Competência da União — Poder Disciplinar", parecer in RDA 173/205-220 (jul.-set./88).
- MENDES, Antônio e NASCIMENTO, Edson Bueno, "Estudo de Direito Monetário: A Moeda e suas Funções; Obrigações Monetárias; Estipulação e Indexação de Obrigações Monetárias", estudo de 2.4.91, 24 pp., não publicado, arquivado junto à biblioteca da Câmara Americana de Comércio para o Brasil São Paulo.
- NORONHA GOYOS JR., Durval de, "Empréstimos Externos: Tipos, Regime e Tributação", estudo in Estudos Jurídicos sobre Investimento Internacional, div. autores (coordenação de Alberto Xavier e Ives Gandra da Silva Martins), Ed. RT, SP, 1980, pp. 47-57.
- "O Sistema Financeiro Internacional, o Euromercado e os Eurocruzados", estudo in Paraisos Fiscais Planejamento Tributário Internacional, Observador Legal Ed. Ltda., São Paulo, 1988, pp. 157-168.
- OPICE, José Roberto, "Nacionalização de Crédito Externo", parecer in RDP 90/ /214-224 (abr.-jun./89).
- PIMENTEL, Manoel Pedro, "Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Comentários à Lei 7.492, de 16.6.86)", Ed. RT, SP, 1987, 198 pp.
- RIEHL, H, e RODRIGUEZ, Rita M., Câmbio e Mercados Financeiros As Técnicas das operações em moedas local e estrangeiras, trad. de Flávio Denny Stefen, revisão de Sérgio Alves, Ed. McGraw Hill, SP, 1988, 409 pp.
- RODRIGUES, Sílvio, Direito Civil Parte Geral das Obrigações, 10.º ed., Ed. Saraiva, SP, 1980, 360 pp.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, "Notas sobre o Sistema de Controle de

- Câmbio no Brasil", artigo in RDM 78//24-45 (abr.-jun./90).
- XAVIER, Alberto, "Validade das Cláusulas em Moeda Estrangeira nos Contratos Internos e Internacionais", estudo in Estudos Jurídicos sobre Investimento Internacional, div. autores (coord. de Alberto Xavier e Ives Gandra da Silva Martins). Ed. RT, SP, 1980, pp. 1-21.

NOTAS

- 1. Noronha, 1980, pp. 50-53.
- 2. A Lei 4.131/62 foi alterada pela Lei 4.390/64 e pelo Dec.-lei 2.703/83. Esta lei disciplina a aplicação do capital estrangeiro no país e as remessas de valores para o exterior, e regula não apenas esse tipo de empréstimo ("operações 4.131"), mas igualmente, em diversos aspectos, os demais tipos de empréstimos. Os diversos tipos de empréstimos externos não possuem um nomen juris consagrado por lei e sua denominação é feita simplesmente de acordo com o jargão através do qual as diversas operações ficaram conhecidas no meio bancário, normalmente segundo o número do ato do BACEN (Resolução, Circular etc.) que as regulamentou.
- 3. A LIBOR é a taxa de juros pela qual os principais bancos na praça de Londres concedem empréstimos a outros bancos de grande porte. É tida como a remuneração básica que pode ser obtida pelo dinheiro, e, consequentemente, a melhor taxa possível para o tomador do empréstimo.
- 4. Cf. arts. 1.256 a 1.264 do Código Civil Brasileiro (CCB).
- Neste sentido, Orlando Gomes, 1978,
 p. 247-261 e 1984, p. 163-169, bem como
 Sílvio Rodrigues, pp. 341-350.
- 6. Para uma exposição mais detalhada da evolução dos controles cambiais no direito brasileiro, v. o excelente art. de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, in RDM 78/24-45, pp. 28-36.
- 7. Manoel Pedro Pimentel informa que o anteprojeto elaborado pela comissão de reforma do Código Penal, cujo capítulo sobre crimes contra a ordem financeira serviu de base para o anteprojeto da "Lei do Colarinho Branco", previa a criminalização das atividades do "doleiro" no parágrafo único do dispositivo ora comentado. A seguinte era a redação original do parágrafo único: "Incorre na mesma pena que, habitualmente, vende ou compra moeda estrangeira, sem a devida autorização".

Caso tivesse sido aprovada, esta redação seria bem mais rígida que a do art. 4.º da

Lei 1.521/51, que prevê a punição do doleiro unicamente quando este efetuar operação de câmbio por "taxa superior à legal" e que a do art. 44, § 7.º da Lei 4.591/64, que prevê as penas para quem atuar como instituição financeira sem autorização do BACEN (v. a respeito, Pimentel, pp. 150-154).

- 8. A esta mesma conclusão chegou Verçosa (p. 44).
- 9. Embora não cuide de hipótese idêntica, vale ser mencionado ainda o julgamento no Pedido de Extradição 462-República Italiana, em 25.5.88, no qual o plenário do STF decidiu, por unanimidade, que "exportar dinheiro ou outro meio de pagamento nacionais (...) não é tipificado como delito no sistema jurídico brasileiro" (in RTJ 126//507).
- 10. Manoel Pedro Pimentel não examina a hipótese à luz do Dec. 42.820/57 e provavelmente por esta razão assim comentou este dispositivo: "(...) afigura-se-nos extremamente larga a rede de repressão, porque pode alcançar até mesmo um turista brasileiro, possuidor de moeda estrangeira licitamente adquirida, que pretenda viajar para o exterior, portando quantidade de divisas superior àquela permitida pelas autoridades." (in Pimentel, p. 158).

O comentário do Prof. Manoel Pedro Pimentel possivelmente seria outro, se ele tivesse analisado a questão sob o prisma do Direito Cambial. Mas, ainda que assim não fosse, o texto transcrito acima, data venia, é inexato ao falar em "quantidade de divisas superior àquela permitida pelas autoridades". Não há nenhum dispositivo legal limitando a quantidade de divisas com que se pode sair do país; há apenas limite dentro do qual o turista pode comprar divisas através de banco autorizado a operar em câmbio por ocasião de sua saída do Brasil. Caso o turista tenha licitamente adquirido, por qualquer outro meio, divisas ou simplesmente moeda estrangeira, nada impede que ele saia do Brasil com papel-moeda, traveller-checks, títulos de crédito etc. seja qual for o valor dos mesmos. A respeito, v. Pimentel, pp. 155-161.

11. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa entende que o art. 17 do Dec. 42.820/57 jamais teve qualquer validade: "Em resumo, o art. 17 do Dec. 42.820/57 era ilegal ao tempo de sua edição, na parte em que se referia à livre saída de moeda estrangeira do território nacional, tanto por contrariar a legislação vigente, quanto por ter sido baixado para um campo fora do poder regulamentador do Presidente da República. Daquela data até o presente não houve qualquer mudança nas condições básicas do sis-

tema cambial que pudesse dar validade àquela regra." (Verçosa, p. 40).

Data venia, não concordamos com o referido autor, uma vez que não havia norma legal expressa que impedisse a saída de moeda estrangeira do território nacional à época da edição do Dec. 42.820/57.

Sem lei proibindo, a regra é a liberdade (art. 5.°, II da CF/88: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"), e, neste sentido, não há qualquer ilegalidade em um decreto presidencial declarar o que se considera autorizado. O art. 17 do Dec. 42.820/57, portanto, está em pleno vigor, conforme reconheceu o extinto Tribunal Federal de Recursos. Em suma, não concordamos com a conclusão de Verçosa, de que "existe obrigatoriedade da negociação de toda a moeda estrangeira que entre ou saia do Brasil através do sistema autorizado" (p. 37). Tal obrigatoriedade não existe e, a nosso ver, tampouco

seria desejável.

12. É interessante a análise de acórdão recente (29.8.89) do STJ, no Habeas Corpus 00027-89-SP, em que a 1.º Seção daquele Tribunal, por maioria, concedeu a ordem, para trancar a ação penal contra Edevaldo Alves da Silva, que fora flagrado no Aeroporto de Cumbica (São Paulo), portando quantia superior a US\$ 100.000,00. Consta do voto do Juiz Rel. Souza Pires o seguinte: "7. Nesse passo, é forçoso observar que inexiste norma legal que torne típica a aquisição de moeda estrangeira, em negócio havido entre particulares. E, como conseqüência necessária, o simples porte de tal moeda não induz à configuração delituosa."

Analisando o art. 22 da Lei 7.492/86, assim se pronunciou o Relator: "Ora, a simples troca de mocda nacional por mocda estrangeira, entre particulares, não configura operação de câmbio. E se a análise gramatical (do texto) conduz a outra interpretação, outra não é a conclusão a que impõe a interpretação teleológica da indigitada norma. É que não se vislumbra qual o interesse que o Estado possuiria em que determinada quantia expressada em moeda estrangeira estivesse nas mãos desta ou daquela pessoa. Ao contrário, resulta evidenciado o objetivo de o Estado proteger suas reservas cambiais. A consequência necessária disso é a conclusão de que o caput e o art. 22 da Lei 7.492/86 dirige-se aos que estão autorizados a efetuar operações de câmbio (Dec.-lei 9.863, de 13.9.45, 'art. 1.º).

Sob outro enfoque, a posse de bens móveis induz à presunção de propriedade, não sendo lícito supor a ocorrência de crime, ressalvadas as hipóteses legais de presunção

ficta, incabíveis no caso em espécie" (in LEX — Jurisprudência do STJ, 3/360-377).

- 13. V. art. 23, § 2.º da Lei 4.131/62; lembre-se ainda que o art. 21 da Lei 7.492//86 tornou tal conduta um ilícito penal.
 - 14. V. art. 23, § 3.º da Lei 4.131/62.
- 15. A base legal de tais contas é o Dec.-lei 9.025/46; este Decreto-lei foi regulamentado pelo Dec. 42.820/57; posteriormente, o Dec. 55.762/65 também cuidou da matéria em seu art. 57. Finalmente, a Carta-Circular FIRCE-ISBAN/BACEN 5/69 constitui, ainda hoje, o regulamento em vigor para tais contas, embora algumas normas complementares tenham sido baixadas posteriormente.
 - 16. Cf. art. 10 do Dec.-lei 9.025/46.
- 17. A respeito de eurodoláres, v. Riehl e Rodriguez, pp. 8-10, e Baptista, 1986, pp. 16-17; a respeito do eurocruzeiro, v. Noronha, 1988, p. 164.
- 18. A Circular do BACEN 1.084/86, autorizou as operações de arbitragem às instituições credenciadas a operar em câmbio.
- 19. V. Noronha, 1988, pp. 162-163. Riehl e Rodriguez oferecem a seguinte definição (não jurídica) de swap: "A aquisição de uma moeda contra outra moeda para uma determinada data de vencimento e a operação simultânea inversa a esse contrato para um vencimento diferente. Normalmente, uma transação de swap envolve uma data de vencimento spot contra uma data de vencimento spot contra uma data de vencimento a termo, e seu efeito líquido é o mesmo que duas transações de mercado monetário." (grifos do original; Riehl e Rodriguez, pp. 406-407).
- 20. Os chamados treasury bond swap ou blue chip swap.
- 21. Essas operações de remessas financeiras não são atualmente sequer efetuadas fisicamente, mas sim através das "transferências eletrônicas internacionais de fundos", definidas por Baptista como "operações destinadas a promover, sem a utilização de documentos, mas através de sinais ou impulsos eletrônicos, emitidos e recebidos por computadores, o crédito ou débito de valores em conta-corrente, ou pagamentos e recebimentos entre bancos situados em países diferentes" (Baptista, 1986, p. 104).
- O Prof. Luiz Olavo Baptista, em sua obra pioneira sobre esse assunto, aborda de forma exemplar o desafio que se apresenta às autoridades monetárias de cada país com a expansão das transferências eletrônicas internacionais: "A grande expansão das operações bancárias off shore (o assim chamado

mercado de Eurodivisas), em anos recentes, expandiu consideravelmente a capacidade de criar crédito do sistema financeiro internacional, enfraquecendo o controle das autoridades monetárias internacionais sobre suas próprias moedas, e aumentou a disponibilidade das principais divisas como reservas internacionais" (Baptista, 1986, p. 115).

Não obstante a falta de meios de controle do Estado sobre as transferências eletrônicas internacionais (pois este controle apenas pode se realizar a posteriori), pode-se dizer delas que, em princípio, quando a operação puder, sem violação à lei, ser realizada fisicamente, então a transferência eletrônica será igualmente legítima.

- 22. V. Lopes, pp. 44-54.
- 23. Baptista, 1988, pp. 48-49.
- 24. Acórdão no RE 73.635-GB, rel. Min. Thompson Flores, in RTJ 66/446.
- 25. Ac. RE 80.172-RJ, rel. Min. Moreira Alves, in RTJ 82/491.
- 26. É interessante notar que, neste acórdão, o Min. Bilac Pinto invoca o ac. RE 73.635-GB no qual ele foi voto vencido: para admitir a cláusula de paridade cambial; não obstante, a tese oposta foi vencedora, e, novamente, foi voto vencido o Min. Bilac Pinto.

Por outro lado, o Min. Thompson Flores, sustentou em seu voto neste acórdão que a hipótese nele versada não tinha relação com a matéria discutida no RE 73.635-GB, do qual ele foi relator, pois no RE 73.635-GB estava expressa a cláusula de paridade cambial, e neste caso haveria promessa de pagamento em moeda estrangeira, esta sim, vedada pelo Dec. 23.501/33; por este motivo, o Min. Thompson Flores votou com a maioria neste acórdão.

Data venia, parece-nos que ambas as hipóteses são semelhantes, pois - conforme salientou o Min. Moreira Alves em seu voto se a cláusula de paridade cambial fosse válida, bastaria determinar que o pagamento fosse feito em moeda nacional, ao câmbio do dia do pagamento, e estaria respeitado o Dec. 23.501/33. Ou a cláusula de paridade cambial é válida ou não. Seria ilógico considerá-la válida quando expressamente prevista, e não aplicá-la em casos de promessa de pagamento em moeda estrangeira. Isso demonstra a fragilidade do argumento do Min. Thompson Flores, que se prende à estipulação de nulidade de previsão de pagamento em moeda estrangeira e à falta de previsão — em sua opinião — de tal nulidade no caso da cláusula de paridade cambial.

- 27. V. Xavier, p. 15.
- 28. Xavier alerta para o risco de confusão entre "curso legal" e "curso forçado"; este último significa o atributo monetário do papel-moeda para os residentes, quando suspensa ou proibida sua convertibilidade em ouro (p. 14). No mesmo sentido, Mendes e Nascimento: "curso legal é a obrigatoriedade da moeda, i. é, não pode a moeda ser recusada; curso forçado é a soma do caráter de obrigatoriedade da moeda, i. é, o curso legal, ao caráter de inconversibilidade interna da moeda, isto é, não pode o portador exigir do Poder Público a conversão da moeda em outro ativo, como o ouro p. ex." (grifos do original; p. 17).
 - 29. V. Xavier, pp. 14-15.
 - 30. V. Mendes e Nascimento, p. 16.
- 31. Comentando o art. 2.°, V do Dec.-lei 857/69, assim se pronunciou Alberto Xavier a respeito das Res. 63 e 351 do BACEN (criadoras das modalidades de empréstimos de mesmo nome): "as citadas Resoluções respeitaram escrupulosamente os termos da lei ao facultar a estipulação de cláusulas de paridade cambial" (Xavier, p. 19).

- 32. Os comentários a seguir foram extraídos do parecer de Opice "Nacionalização de Crédito Externo", publicado in RDP 90//214-224 (abr.-jun./89).
- 33. Esta faculdade do devedor já foi exposta acima, in 2.7.
 - 34. Opice, p. 218.
 - 35. Opice, p. 223.
- 36. O parecer de Eros Roberto Grau que passamos a comentar tem o título de "Registro de Capital Estrangeiro Cessão de Direito de Crédito Empréstimo Externo Mocda de Pagamento no Brasil", e está publicado in RDP 87/205-223 (jul-set./88).
- O parccer de Ives Gandra da Silva Martins intitula-se "Dívida Externa Competência da União Poder Disciplinar", e está publicado in RDA 173/205-220 (jul.-set./88).
 - 37. V. Capítulo 3.
- 38. O factoring ou "faturização" consiste na aquisição de créditos comerciais com deságio, antes de seu vencimento, possibilitando ao industrial ou comerciante a antecipação de suas receitas.

CONCORDATA — DA INAPLICABILIDADE DA CORREÇÃO MONETÁRIA

PAULO LEOPOLDO DAHMEP

Questão de grande atualidade, objeto de controvérsias e interpretações divergentes, a incidência de correção monetária sobre os créditos sujeitos aos efeitos da concordata vem sendo propalada sem que ao menos um argumento substancial seja trazido à colação em sua defesa. E por uma razão fundamental: nosso ordenamento jurídico não admite tal incidência. Na verdade, o sistema legal, clara e objetivamente, rechaça a aplicação de correção monetária às concordatas preventivas.

No entanto, em alguns casos, a jurisprudência tem entendido em sentido contrário, louvando-se no aspecto ético, levantando a tese do "enriquecimento ilícito do concordatário."

Data maxima vênia, o presente artigo tem por escopo demonstrar, de forma inequívoca, o descabimento de tal interpretação, posto que o Estado da mesma forma que oferece ao comerciante honesto mal-sucedido, o favor legal da concordata, oferece aos credores a dedução tributária na forma da provisão para créditos de liquidação duvidosa. Desse modo, não há como prosperar a tese do "enriquecimento ilícito" do concordatário, muito ao contrário, a aplicação da correção monetária aos créditos, ensejaria o locupletamento do credor, já beneficiado pela dedução tributária.

Da dedução tributária e da provisão para créditos de liquidação duvidosa

Embora a jurisprudência, em alguns casos, tenha decidido no sentido de conceder a correção monetária de que trata a Lei 6.899/81, às concordatas preventivas, a própria lei especial não a concede, e o faz com razão, vez que o comerciante credor está protegido por dedução tributária ao subtrair de seu lucro valor atribuído justamente para os créditos de liquidação duvidosa.

Ao ensejar ao credor somente vantagens, pela correção monetária, estarse-ia proporcionando-lhe ganhos já recebidos pela dedução tributária sistemática lançada à conta de créditos de liquidação duvidosa.

É mister acrescentar, ainda, que os lançamentos de tais créditos não são feitos eventualmente, mas de forma sistemática como se pode observar pelos exemplos caracterizados nos balanços que se anexam, todos publicados em órgãos de imprensa local. Desta forma, o credor ao invocar prejuízo deverá optar entre um ou outro, mas como aproveita sistematicamente a dedução tributária, não deve colocar-se como vítima do crédito concordatário, já que a dedução tributária funciona como resseguro permanente e automático.

A concordata, em especial a preventiva, é pacificamente entendida como benefício outorgado pelo Estado ao devedor de boa-fé, com o objetivo de permitir-lhe suportar as dificuldades financeiras que se antepõe ao desenvolvimento de sua atividade. Assim, como o Estado legislou ao conceder ao comerciante o favor legal, cuja finalidade é a de salvar o comerciante, de outra banda legislou no sentido de protegê-los, por dedução tributária, de . créditos de liquidação duvidosa. Desta forma, as pessoas jurídicas são obrigadas a constituir provisões para o Imposto sobre a Renda, dele deduzindo quando do encerramento das atividades do exercício, 3% sobre a totalidade dos créditos a receber, a título de provisão para créditos de liquidação duvidosa. Esta provisão, objetiva cobrir perdas estimadas na cobranca de contas a receber.

Neste sentido manifestam-se: "Provisão — Importância retirada do total dos lucros de uma empresa ou estabelecimento, para constituir garantia de sua estabilidade contra certos riscos". (Dicionário de Direito Tributário, Igor Tenório e J. Motta Maia, fls. 340). "Provisão — (Dir. Fin.) É a quantia tirada antecipadamente do total calculado nos lucros de uma empresa, para fazer face a uma eventualidade." (Souza Gomes, in Novo Dicionário Jurídico Brasileiro, José Naufel, fls. 767).

Destarte, são parcelas consideradas despesas, destinadas a cobrir perdas prováveis ou estimadas por não realização de valores registrados em contas do ativo da sociedade.

O Regulamento do Imposto de Renda (Dec. federal 85.450/80) determina o seguinte a respeito da provisão ora enfocada: "Art. 221. Poderão ser registradas, como custo ou despesa ope-

racional, as importâncias necessárias à formação de provisões para créditos de liquidação duvidosa. § 1.º. A importância dedutível como provisão para créditos de liquidação duvidosa será a necessária a tornar a provisão suficiente para absorver as perdas que provavelmente ocorrerão no recebimento dos créditos existentes ao fim de cada exercício. § 2.º. O saldo adequado da provisão fixado periodicamente pela Secretaria da Receita Federal, para vigorar durante o prazo máximo de um exercício, com percentagem sobre o montante dos créditos verificados no fim de cada ano, atendida a diversidade de operação e excluídos os de que trata o § 4.º. § 3.º. Enquanto não forem fixadas as percentagens no parágrafo anterior, o saldo adequado da provisão será de 3% sobre o montante dos créditos, excluídos os provenientes das vendas com reservas de domínio, de alienação fiduciária em garantia ou de operações de garantia real, podendo essa percentagem ser excedida até o máximo da relação, observada nos últimos 3 anos, entre os créditos não liquidados e o total dos créditos da empresa".

Desta forma, somente a título exemplificativo, se o comerciante tiver ao encerramento de seu balanço Cr\$ 500.000,00 em créditos a receber, poderá provisionar 3% sobre este valor para créditos de liquidação duvidosa, ou seja, Cr\$ 15.000,00. No caso de deixar de receber tal valor, efetivamente seu prejuízo estará plenamente coberto, constituindo-se dita provisão, em verdadeiro seguro contra eventuais perdas.

O aspecto filosófico do dispositivo legal consolidado no Regulamento do Imposto de Renda tem suas raízes presas às operações realizadas durante o próprio exercício que se encerra.

Vale dizer que as receitas decorrentes das vendas ainda não recebidas e outros valores a receber, pertinentes às operações da empresa, devem ser representadas por um montante líquido depois de se avaliar o valor provável das perdas que se efetivarão posteriormente em consequência da falta de pagamento.

2. Da correção monetária e da inflação

Apesar do conhecimento jurídico não se limitar apenas aos aspectos formais do Direito e apesar do dogmatismo dos normativistas afirmar justamente o contrário, o fenômeno jurídico apresenta aspectos substanciais, cuja consideração se reclama com a finalidade de comprovar que a concordata é concedida para dar ao devedor proteção e garantias capazes de levá-lo a compor ou mesmo recompor seu universo empresarial.

É neste ponto que devemos chamar a atenção do ilustre julgador.

Os altos índices de inflação têm levado alguns tribunais a questionar da incidência ou não da correção monetária em créditos quirografários de concordatas, louvando-se e apoiando-se sobretudo nos altos índices apresentados antes do mês de março de 1990.

Ora, permissa venia, vivenciou-se nos últimos anos momento histórico peculiar resultante do fracasso dos planos econômicos governamentais, em razão da total anarquia a que foi conduzida a economia nacional. O crescimento da inflação foi inevitável.

De outro lado, vivemos também, momento histórico peculiar ao vermos debelada a hiper-inflação e vê-la conduzida a patamares compatíveis com as necessidades da grande maioria da população.

Desta forma, não há como excluir a lei na entrega da prestação jurisdicional, para modificá-la em razão de situação transitória, passageira, e mais ainda, em razão do desaparecimento do fenômeno.

A Lei de Falências que até a presente data sobreviveu aos ataques de quem sua modificação interessava, não deverá ser modificada nesta hora em razão de inflação anterior e anormalmente criada. Data venia, nesta hora, somente outra lei poderá modificá-la:

Pela aplicação da correção monetária aos quirógrafos concordatários, simplesmente como forma de evitar o enriquecimento sem causa do concordatário, estaremos incorrendo em dois enganos: primeiro, ao presumirmos que a recuperação da empresa acometida de tantos males a ponto de requerer sua concordata, possa ser entendida como forma de enriquecimento, já que a concordata foi criada justamente buscando situação de recuperação, e, segundo, estaremos patrocinando o enriquecimento sem causa do credor, beneficiado duplamente, a primeira, ao valer-se do crédito tributário auferido a partir da provisão para devedores duvidosos, e, a segunda, no caso de receber o valor de seu crédito corrigido monetariamente.

Importante chamar atenção para o fato de que muito embora o concordatário possa ser compelido pela força da lei a efetuar o pagamento de seu crédito corrigido monetariamente, tal não ocorrerá, já que a recuperação do mesmo, se ocorrer, será apenas suficiente para dar continuidade às suas atividades. O que fatalmente ocorrerá será a destruição do mais fraco, conduzindo-o à irremediável falência, com a divisão dos despojos pelos vencedo-

res. É o velho predomínio da força supersticiosa sobre a razão, esta sim, viável.

Ao atrelar-se a correção dos créditos quirografários à concordata estar-se-á buscando a solução pelo milagre, mas neste, como em todos os temas, sejam sociais ou econômicos, os milagres simplesmente não ocorrem.

É mister lembrar ainda, que é a pequena e média empresa, que via de regra vem pelo pedido de concordata buscar a tutela jurisdicional e não os grandes grupos econômicos, capazes, por si só, de gerar e criar suas próprias defesas, recursos e mecanismos de proteção financeira em razão da política econômica que se nos é imposta pelo ministério da área econômica. São as pequenas e médias empresas que, multiplicadoras, representam a força de trabalho desta nação, a geração de empregos e de recursos fiscais, são elas, as pequenas e médias empresas que devem ser defendidas e não o clamor daqueles que praticam e criam suas próprias defesas através da ciranda financeira, pelo verdadeiro cassino de aplicações, mas cujos riscos de insucesso não admitem suportar sem imensa alaúza.

No mais, estaremos diante de uma construção teórica inútil, porque incapaz de atingir seus objetivos, vez que pela concordata preventiva busca-se a continuação do negócio, a recuperação dos problemas, fato esclarecido pela clara licão do eminente Prof. Pontes de Miranda: "Mediante a decretação da concordata preventiva, tenta-se a continuação do negócio, o superamento da crise remediável ou simplesmente transitória. O que se tem em mira é evitar a execução forçada. Posto que, nas regras jurídicas sobre a concordata, se fala de verificação de créditos (Dec.-lei 7.661, art. 173), de relatório do comissário (art. 174) e de prazo para cumprimento (art. 175), a execução é voluntária, e não coativa ou forçada. Quem executa é o próprio devedor, cumprindo a concordata que fora, a seu pedido, decretada" (Tratado de Direito Privado, 30/168).

O contrato unilateral que o Estado impõe aos credores pela concordata, se pode aparentemente parecer injusto, não o é, já que os mesmos índices inflacionários que aparentemente beneficiam o devedor, da mesma forma, e com a mesma intensidade atendem ao credor que se beneficia com o crédito tributário outorgado pelo estado justamente para fazer frente a este tipo de problema, qual seja a "provisão para devedores duvidosos."

Maior injustiça se fará ao contemplar o credor com duplo benefício ao receber os créditos decorrentes da dedução tributária, somados à correção monetária do crédito quirografário.

O reclamo continuado, constitui-se muito mais de situação antiga, desenvolvida pelos credores, subjetiva e emocional, porém, distante da realidade matemática.

Em se dando continuidade à linha de raciocínio pelo qual o concordatário estará obrigado ao pagamento da correção monetária, estar-se-á conduzindo a concordata a uma forma de recuperação inútil e ineficaz, desaparecendo como remédio jurídico, enquanto aquelas ainda em andamento serão fatalmente convoladas em falência. Não há como transformar o enfermo que carece de transfusão de sangue em doador.

3. Da correção monetária e da lei

Embora a atual jurisprudência, em alguns casos, tenha decidido no sentido de estender a correção monetária

de que trata a Lei 6.899/81, às concordatas preventivas, a lei especial própria e criada no espírito da recuperação da empresa necessitada, não a concede.

A discussão, inicialmente, dizia respeito à incidência ou não da correção nos créditos sujeitos aos efeitos da concordata preventiva. Com o advento da Lei 7.274/84, colocou-se cobro a esta discussão, pois o § 3.º do art. 175 determina que "a correção monetária não incidirá sobre período anterior às datas dos depósitos."

No caso, não se trata de processo falimentar, pois nestes não fica estabelecido prazo para o depósito dos valores dos créditos quirografários, já que sujeitos a demoras decorrentes da própria evolução lenta do processo.

Trata-se, isto sim, de concordata a prazo, de empresa honesta que passa por dificuldade passageira, que entretanto, não será vencida se submetida à decisão agravada, acabando por redundar em falência.

É preciso ter em mente que a lei, em última análise, é a expressão da vontade do legislador. Destarte, se o Dec. 7.661/45, não enfeixou originalmente em seu bojo, em seu âmago, a obrigatoriedade da correção monetária, aos créditos sujeitos aos efeitos da concordata, foi por que assim não quis. E não se diga, nem se argumente, que nos idos de 1945 já não grassava inflação neste país. De qualquer forma, o recrudescimento da inflação passou a ocorrer com maior intensidade a partir da década de 60 até nossos dias, fato este que vem corroborar a tese de que a mesma é indevida para corrigir créditos sujeitos aos efeitos da concordata. Ora, a própria Lei de Falências foi alterada pelo legislador por diversas vezes, Lei 3.726/60, Lei 4.983/66, Dec.-lei 858, de 11.9.79, Lei 6.014/73, Dec.-lei 1.477/76, Lei 6.449/77, Lei 6.458/77 e finalmente, em 10.12.84, as alterações trazidas pela Lei 7.274, promulgada a menos de 5 anos, quando a inflação pouco diferia da atual, especificamente exclui a correção monetária, admitindo-a tão-somente na hipótese em que houver atraso nos depósitos das parcelas prometidas.

Está claro que, em sendo a lei a manifestação volitiva do legislador, teria ele naquelas oportunidades ou mesmo posteriormente, expressado sua vontade de maneira diversa. Não o fez, alijando de forma clara e categórica a correção monetária dos créditos sujeitos aos efeitos da concordata.

Ao proceder desta forma, o legislador não quis sobrecarregar os créditos sujeitos aos efeitos da concordata com a correção monetária, por entendimento a nosso ver bastante claro, vez que somente se socorrem do remédio legal empresas cuja situação financeira em determinado momento apresenta-se desequilibrada, não conseguindo atender seus pagamentos nos respectivos vencimentos, portanto, sem correção monetária, como poderão fazê-lo se sobre os mesmos incidir a mesma correção?

Não se diga também que o legislador olvidou-se ao legislar especificamente sobre a matéria. Ao promulgar a Lei de Falências, foram inicialmente excluídos os juros e o prazo de dois anos, para as concordatas preventivas, passava a fluir tão-somente a partir do julgamento dos créditos e após publicado o quadro geral de credores.

Com a Lei 4.938/66, já existindo alta inflação o legislador modificou o que entendeu necessário, passando a contar o prazo para o pagamento das parcelas da data da distribuição e

mandando que fossem acrescidos juros de doze por cento ao ano. Portanto, sem qualquer dúvida também naquela oportunidade foi a correção monetária propositadamente alijada.

Nesta linha de raciocínio é mister não olvidar a diferenca de tratamento legalmente dispensada aos comerciantes devedores, no que tange aos conceitos de inadimplência e insolvência. Em ambas as hipóteses o elemento volitivo tem peso preponderante, conquanto oposto. Na inadimplência o comerciante embora possa, não quer pagar; na insolvência ao contrário, ele quer pagar, mas não tem meios, por razões alheias à sua vontade, muitas vezes setoriais e no caso temporais ou transitórias. Contra os inadimplentes reserva a lei a execução forçada, fato que não ocorre em relação à insolvência, situação na qual encontra espaço a concordata, ou seja, sem execução forçada.

Sampaio de Lacerda enfoca com exímia propriedade a questão da inadimplência. Consoante a distinção de Sheggi, não se confunde inadimplemento com insolvência: "O inadimplemento pode ocorrer por erro, malquerença ou negligência e constitui um fato jurídico próprio da pessoa. A insolvência é, ao contrário, um fato econômico próprio do patrimônio. O inadimplemento é um ato, e a insolvência, um estado: esta é a causa daquele, a menos que o inadimplemento não se produza por objetiva impossibilidade. O inadimplente pode ter, mas não dar; o insolvente não dá porque não tem" (apud J. C. Sampaio Lacerda, Manual de Direito Falimentar, Freitas Bastos, 10.ª ed., p. 16). Grifo nosso.

A aplicação da correção monetária ao processo da concordata, constitui, data venia, uma contradictio interminis. Se à concordatária se agravar a situação, com a ampliação da dívida, obstar-se-lhe-á o próprio cumprimento do remédio legal ao comprometer-se as possibilidades de pagamento de seus créditos pela correção monetária acrescida ainda de juros de 12% ao ano, superiores inclusive àqueles pagos em ações de execução ou pelas próprias cadernetas de poupança.

Se até as dívidas fiscais, que reverterão à população através da ação do Estado, e a quem a lei sempre dispensou tratamento e garantias excepcionais, tem a correção suspensa por um ano, após a sentença declaratória da falência (Dec.-lei 858/69), como é possível pretender sujeitar a concordatária, vítima de situação eventual e normalmente setorial à correção monetária, sem esvair, no próprio nascedouro o instituto da concordata, instituto este que sem pretender ser estatístico manteve neste país muitos milhares de empregos: "A correção monetária é instituto tipicamente patrimonial, sem nenhuma conotação com o direito público; já o instituto da falência, embora vise resolver questões de interesse essencialmente privado, "é instituto marcadamente de ordem pública" (cf. Rubens Requião, Curso de Direito Falimentar, 1980, 1.º vol. p. 22)".

A correção, a rigor, frustrará todo o alcance da concordata e levará a concordatária, indubitavelmente, à falência, não trazendo benefício a ninguém, dificultando ou mesmo obstando o pagamento não só das dívidas como dos encargos dela decorrentes, impedindo de forma peremptória as perspectivas de recuperação que a lei expressamente lhe propicia, ampara e dispõe.

É preciso lembrar ainda que de parte destes mesmos grupos financeiros e outros da espécie controladores

e nunca dos setores produtivos é que surgiu uma verdadeira caça às concordatas onde se busca mostrar a indústria da concordata e o locupletamento dos concordatários tentando, numa inominável afronta à dignidade da Justiça, desenvolver a idéia de que a concordata é mera forma de enriquecimento ilícito.

De qualquer forma, é inegável que o legislador tem repelido através dos tempos a incidência da correção monetária, negando-lhe peremptoriamente a introdução na Lei de Falências, pois se lhe admitisse a existência já teria feito sua adoção nas inúmeras alterações efetivadas na lei. O que se observou foi o oposto.

Aliás quando o legislador quis excepcionar a lei falimentar para conceder a correção monetária de débitos, o fez através de leis explícitas e particularizadas, onde o interesse do direito definido exigia uma tutela extraordinária e prevalente, derrogatória do dogma da pars conditio creditorum (v.g., créditos trabalhistas, Dec.-lei federal 75/66, débitos fiscais, Dec.-lei federal 858/69, dívidas de entidades financeiras, Dec.-lei federal 1.477/76).

Foi com a alteração voluntária e recente (Lei 7.274/84) e com o firme propósito de disciplinar a matéria, já que na época era também grande o clamor dos grandes, que o legislador definiu a incidência da correção monetária no Dec.-lei 7.661. Não há como negar que a matéria está disciplinada na Lei de Falências, pois o art. 175, em seus §§ 3.º. 6.º e 7.º. declara tex-

tualmente: "§ 3.°. Na hipótese do § 1.º deste artigo, a correção monetária não incidirá sobre o período anterior às datas dos depósitos. § 6.º. Não efetuando o depósito no prazo e na forma prevista no n. I do § 1.º. sem prejuízo do disposto no § 7.º, ambos deste artigo, incidirá correção monetária, que será contada a partir do dia imediato ao do vencimento da prestação, se for a prazo; se for à vista, a partir do 31.º dia subsequente ao do ingresso do pedido em juízo. § 7.°. A correção monetária incidirá nos créditos que, por qualquer motivo, não forem incluídos no depósito, observado o parágrafo anterior".

Pretender estender sua aplicação, como querem alguns, na busca de interesses meramente próprios ou setoriais, não pode merecer acolhida.

Assim, a nosso ver, data venia, há frontal incompatibilidade entre o instituto da correção monetária, de aplicação genérica, e o regime especial da falência — ou de seus institutos afins — e por isso entendemos que não é aplicável a disciplina da Lei 6.899/81 ao procedimento falimentar, em qualquer de seus aspectos, salvo naqueles disciplinados por lei especial.

Feita uma análise serena dos textos da lei geral de aplicação da correção monetária e da lei especial do Direito Falimentar, à luz dos conhecimentos básicos da exegese do Direito Positivo, chega-se à indisfarçável conclusão de que constitui uma violência jurídica querer vestir aquela lei geral no corpo da legislação específica falimentar.

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO

A	F
Arnoldo Wald — O mercado acionário e o governo 5	Fábio Konder Comparato — Cláusulas contratuais de indexação de preços 34
c	G
Carlos Augusto da Silveira Lobo e José Ricardo Pereira Lira — Correção monetária pela variação cambial 12	Gabriel F. Leonardos — A validade da cessão de crédito externo a residente no Brasil
Carlos Nchring Netto — Jurisprudência da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional 72	J
Cláusulas contratuais de indexação de preços — Fábio Konder Comparato 34 Clóvis Silveira — Enquadramento jurí-	José Ricardo Pereira Lira e Carlos Augusto da Silveira Lobo — Correção monetária pela variação cambial 12
dico do "software" — Uma abor- dagem histórica, crítica e prática 90	Jurisprudência da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacio-
Código de Defesa do Consumidor: Discussões sobre o seu âmbito de aplicação (O) — Newton de Lucca 81	nal — Carlos Nehring Netto 72
Concordata — Da inaplicabilidade da correção monetária — Paulo Leopoldo Dahmep	Mauro Delphim de Moraes — A mu- dança do objeto da companhia e o
Contrato internacional no direito de empresa (O) — Eduardo Grebler 22	direito de recesso
Correção monetária pela variação cambial — Carlos Augusto da Silveira	Mercado acionário e o governo (O) — Arnoldo Wald
Lobo e José Ricardo Pereira Lira 12	Mudança do objeto da companhia e o direito de recesso (A) — Mauro
E	Delphim de Moraes 57
Eduardo Grebler — O contrato inter- nacional no direito de empresa 22	N
Enquadramento jurídico do "software" — Uma abordagem histórica, críti-	Newton de Lucca — O Código de De- fesa do Consumidor: Discussões so-
ca e prática — Clóvis Silveira 90	bre o seu âmbito de aplicação 81

-	

Paulo Leopoldo Dahmep — Concordata — Da inaplicabilidade da correção monetária	Validade da cessão de crédito externo a residente no Brasil (A) — Gabriel 120 F. Leonardos	01
R	w	
Reforma da lei das falências e concor- datas (A) — Waldírio Bulgarelli	Waldírio Bulgarelli — A reforma da lei 49 das falências e concordatas	49