

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

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

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

SUMARIO

DOCTRINA

- O dano moral, os seus fundamentos jurídicos e o Código de Defesa do Consumidor — Rosvany Terezinha Cordeiro 5
- Dos contratos futuros de taxa cambial — Arnaldo Wald 37
- Alienação do poder de controle compartilhado — Nelson Cândido Motta 42
- Particularidades da “affectio societatis” no grupo econômico — Vera Helena de Mello Franco 47
- A concorrência entre empresas perante o Mercosul (Enfoque específico sobre Brasil e Argentina face à legislação antitruste) — Mauro Grinberg 56
- Interesse social e poderes dos administradores na alienação de controle — Calixto Salomão Filho e Mario Stella Richter Júnior 65

ATUALIDADES

- A correção monetária no valor de reembolso do recesso societário — Vera Helena de Mello Franco 79

JURISPRUDÊNCIA

- Cartão de crédito — Rosvany Terezinha Cordeiro 86

- ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO 93

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTES NÚMEROS

ARNOLDO WALD

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

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Advogado.

MARIO STELLA RICHTER JÚNIOR

Advogado.

MAURO GRINBERG

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco — Advogado em Recife.

NELSON CÂNDIDO MOTTA

Advogado.

ROSVANY TEREZINHA CORDEIRO

Advogada.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Advogada, Professora Assistente Doutora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

DOS CONTRATOS FUTUROS DE TAXA CAMBIAL

ARNOLDO WALD

"Uma moeda eficaz é a condição da liberdade humana. Hoje como ontem, o futuro do homem depende da moeda" (Jacques Rueff, La Epoca de la Inflación. Madri, 1967. p. 23).

1. No tocante aos contratos futuros de câmbio, inexistente qualquer dúvida quanto à licitude dos mesmos, podendo livremente as partes adquirirem e alienarem contratos futuros de índices de câmbio.

2. Sendo legítima a aquisição e alienação de contratos de índices, quando realizada isoladamente, nenhum motivo existe para considerá-la irregular quando contratada pela Distribuidora simultaneamente com outra operação convenionada pelo Banco. A conjugação das duas operações não importa, para as partes, em comportamento ilícito, dentro dos limites em que cada uma delas é legítima e não há objeto não permitido em lei de ordem pública que seja alcançado pela sua conjugação.

3. Na realidade, embora tenha sido uma noção obscurecida no tempo, não há, no Direito Monetário vigente, vedação do recurso, pelas partes, à chamada *cláusula valor-divisa estrangeira*, de acordo a qual o pagamento convenionado deve ser realizado em moeda nacional, aplicando-se a correção cambial. A proibição não existe, nem na letra, nem no espírito da lei, e as interpretações restritivas que prevaleceram, durante muito tempo na matéria, não têm mais razão para que possam perdurar, diante de novas situações que

ocorrerem no plano do direito e da economia, como em seguida veremos.

A) DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

4. Em primeiro lugar, cabe lembrar que a legislação brasileira nunca vedou a cláusula de correção cambial nas operações financeiras. Efetivamente, o Código Civil, na sua versão originária, permitia a convenção de pagamento em moeda estrangeira (art. 947, § 1.º). Idêntica era, aliás, a solução dada pelo Código Comercial no seu art. 431. Posteriormente, o Dec. 23.501, de 27.11.33, determinou nos seus arts. 1.º e 2.º, que:

"Art. 1.º — É nula 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.

"Art. 2.º — A partir da publicação deste decreto, é vedada, sob pena de nulidade, nos contratos executáveis no Brasil, a estipulação de pagamento em moeda que não seja a corrente, pelo seu valor legal."

5. Verificamos assim, pela sua simples leitura que, inspirado na jurisprudência e na doutrina francesa e na *Joint Resolution* norte-americana, Dec. 23.501 só proibiu e considerou nula a cláusula de pagamento efetivo em ouro

ou em moeda estrangeira ou qualquer outra que levasse as partes a recusar ou restringir o curso forçado da moeda nacional, pelo seu valor legal.

6. Ora, a cláusula valor-divisa não afeta o curso forçado do cruzeiro, nem importa em recusá-lo, como meio de pagamento, pelo seu valor legal, o que acontecia ou podia acontecer no passado, quando existia valor legal da moeda nacional em relação ao ouro e/ou às principais divisas estrangeiras.

7. Mesmo na vigência do Dec. 23.501, boa parte da doutrina bem esclareceu que não se proibia a cláusula de pagamento em moeda estrangeira, mas tão-somente aquela na qual as partes tivessem convencionado o pagamento em determinado tipo de moeda.

8. Neste sentido, em excelente estudo, que impressiona pela concatenação dos seus argumentos, *Haroldo Valadão* provou que o Dec. 23.501 não proibira as cláusulas de pagamento em moeda estrangeira, demonstrando que: "A expressão 'particular kind of coin or currency', que no art. 1.º do Dec. 23.501 aparece 'determinada espécie de moeda' (tal como no art. 431 *fine* do Código Comercial e 947, § 1.º do Código Civil) não significa ali, nem pode significar aqui, uma simples dívida em moeda estrangeira, mas certa qualidade de moeda nacional ou estrangeira, como a libra, ouro ou o mil réis da estabilização de Washington Luís."

E continua: "A admitir que o decreto visasse proibir quaisquer dívidas em moeda estrangeira, ter-se-ia, na realidade, proibido o comércio do Brasil com qualquer outra nação." ¹

Concluindo que: "Na prática dos tribunais brasileiros, dúvidas quase não têm surgido a propósito da cobrança dos simples créditos em moeda estrangeira, isto é, desacompanhados de cláusula ouro. Processos executivos, declarações de créditos em falências, ações

de cobrança de tais créditos se vêm fazendo como sempre, normalmente realizada a conversão em moeda brasileira, segundo os princípios gerais já expostos do nosso Direito Comercial e Civil." ²

9. Posteriormente, a matéria foi objeto de vários textos legislativos até que fosse regulada pelo Dec.-lei 857 de 11.9.69, que está atualmente em vigor e que, retomando a terminologia do Dec. 23.501, determinou:

"Art. 1.º — São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, *exequíveis ao Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro.*"

10. Em nenhum dos dois textos acima transcritos, tanto o anterior como o vigente, há vedação de utilização da cláusula de pagamento em moeda nacional, de acordo com a variação da moeda estrangeira, pois a mesma não recusa, nem restringe o curso legal do cruzeiro.

11. No passado, ainda podia haver dúvidas, na matéria, pois as autoridades fixavam o valor da moeda nacional em relação às divisas estrangeiras, existindo, outrossim, valores cambiais distintos que vigiam nos chamados mercado oficial e mercado negro ou paralelo. Atualmente, a taxa do dólar comercial decorre de fixação do mercado e não existe mais um valor legal da moeda nacional determinado, de acordo com a moeda estrangeira, de modo que, para todos os fins, as flutuações do dólar defluem de circunstâncias do mercado e não mais de decisões legais ou administrativas.

12. Por outro lado, deixou de preaver a idéia da manutenção do poder aquisitivo da moeda nacional no tempo, ultrapassando-se, em todos os

países, a “*ilusão da moeda estável*” à qual aludia, no início do século, o eminente economista Irving Fisher.³ Ao contrário, houve uma verdadeira institucionalização da correção monetária que passou a ter respaldo constitucional e legal e vindo até a constituir, no nosso entender, um verdadeiro princípio geral do direito. Ora, a correção cambial não deixa de ser uma forma especializada de correção monetária cujo índice é a moeda estrangeira.

13. Finalmente, não mais se admite que a soberania nacional possa abranger o poder, para a administração, de fixar e de manter no tempo, de modo fictício, a identidade do poder aquisitivo de sua moeda, que, não tendo mais lastro, passou a variar, no plano interno e internacional, de acordo com as flutuações e contingências do mercado.

14. A internacionalização da economia passou a permitir, outrossim, a captação pelas instituições financeiras nacionais de recursos em moeda estrangeira, como ocorre no caso das *export notes*. Por outro lado, as ações e os títulos brasileiros também passaram a ser negociados em moeda estrangeira, no mercado internacional, e os investimentos brasileiros, cujos recursos foram inicialmente transferidos em moeda nacional, puderam ser transformados em divisa no exterior, como tem acontecido, de modo rotineiro, no Uruguai, que passou a acatar a nossa moeda, negociando-a normalmente, do mesmo modo que o dólar, o marco e os demais padrões monetários estrangeiros.

15. Desapareceram assim as razões, já discutíveis no passado, pelas quais parte da doutrina e a jurisprudência então dominante consideraram vedada a cláusula de correção cambial, ao mesmo tempo que aos poucos, na prática, deixaram de existir as restrições gerais legalmente estabelecidas para o seu uso nas operações financeiras internas, nas

quais já era admitida, com certa amplitude, em virtude do art. 2.º do próprio Dec.-lei 857, que adotou uma concepção econômica — e não jurídica — do repasse.⁴

B) DA LIÇÃO DO DIREITO COMPARADO

16. Cabe, outrossim, salientar que, na legislação, na Jurisprudência e na doutrina estrangeiras, sempre se distinguiu a correção cambial do pagamento efetivo em moeda estrangeira, prevalecendo, na maioria dos direitos, nos quais não havia vedação expressa de cláusula valor-divisa, o entendimento de acordo com o qual a mesma era lícita, tanto nos contratos internacionais como nas operações internas.

17. Assim, o Prof. *Tullio Ascarelli*⁵ teve o ensejo de esclarecer que, na Itália, os tribunais reconhecem a liberdade das partes de fixarem o objeto do débito numa soma de moeda estrangeira, a ser liquidada pelo pagamento, correspondente ao respectivo valor, em moeda nacional, conforme o câmbio vigente na data da liquidação, citando, neste sentido, inclusive Jurisprudência da Corte Suprema italiana.

18. Também na Espanha, o Supremo Tribunal teve o ensejo de consagrar a validade da cláusula valor-divisa pelo fato de manter a equivalência das prestações em contratos comutativos.⁶

19. Do mesmo modo, os julgados dos Tribunais belgas validaram a cláusula valor-moeda estrangeira, entendendo que as normas sobre o curso legal e o curso forçado não impedem as partes de se precaverem, por cláusulas apropriadas, contra as eventuais flutuações da moeda. Assim, o Conselheiro *René Piret* pôde afirmar que: “as restrições feitas ao pagamento em moeda estrangeira não se aplicam aos pagamentos que terão de ser feitos em fran-

co-papel, para um quantum determinado de acordo com as modificações sofridas pelo franco e determinada divisa estrangeira".⁷

20. Por sua vez, a doutrina anglo-americana tem entendido que: "The nominalistic principle, concerning the quantum of the obligation, obviously does not affect the question whether a foreign currency may be promised to be paid. Nor is a stipulation to pay in foreign money in any way irreconcilable with ordinary legal tender legislation".⁸

21. Na Inglaterra, a moeda estrangeira sendo considerada quer como uma simples mercadoria, quer como uma medida de valor, admite-se a cláusula valor-divisa, pois não viola as normas referentes ao controle de câmbio e não há justificativa para a sua proibição na falsa idéia de acordo com a qual o prestígio da moeda nacional deve ser defendido.⁹

22. Nos Estados Unidos, a *Joint Resolution* foi interpretada como não permitindo a cláusula valor-divisa, mas a legislação posterior, consubstanciada na *Public Law 95-147*, de 28.10.77, reconheceu a sua validade, ao deixar de aplicar a proibição às obrigações que viessem a ser contraídas a partir da mencionada data.¹⁰

23. Na França, uma interpretação discutível das normas legais vigentes fez com que só se admitisse a validade da cláusula valor-divisa quando beneficiasse os franceses, em detrimento dos estrangeiros, mas não na hipótese inversa.¹¹

24. Em todos os países, a doutrina reconheceu que a cláusula valor-divisa não infringe o princípio nominalista, o curso legal ou forçado da moeda, nem, tampouco, a proibição de contratar o pagamento efetivo em ouro ou moeda estrangeira.¹²

25. Na realidade, se dúvidas ainda pudessem ser suscitadas quanto à validade da cláusula valor-ouro, quando a unidade monetária nacional era definida em relação ao metal precioso, nem mesmo este argumento existia para impedir a cláusula valor-divisa, que não ensejava nem a violação da definição legal do padrão monetário, nem a saída de recursos para o exterior ou a utilização, no território nacional, da moeda de outro país, como instrumento de liquidação dos débitos.

26. Verificamos, pois, que, na maioria dos países, a lei, a Jurisprudência e a doutrina, admitem — e até consagram — a validade da correção cambial diante de textos legislativos análogos aos nossos, justificando, pois, a interpretação atualizada que estamos dando ao Dec.-lei 857, concluindo pela validade da correção cambial, ressalvados os casos de proibição explícita (art. 19 da Lei 8.245/91).

C) DA LICITUDE DA CORREÇÃO CAMBIAL EM TÍTULOS PÚBLICOS E, CONSEQUENTEMENTE, EM TÍTULOS PRIVADOS

27. Estabelecendo a Constituição Federal a uniformidade da nossa legislação comercial, evidencia-se que as normas de Direito referentes à correção cambial devem ser as mesmas para todos os participantes do mercado financeiro, sem qualquer discriminação entre os mesmos, sob pena de inconstitucionalidade e conseqüente nulidade.

28. Ora, acontece que, nos últimos anos, vários títulos públicos têm sido emitidos com opção de correção cambial, o que tem acontecido tanto com os BTN's quanto com as recentes NTN (Notas do Tesouro Nacional), admitindo a lei que o Poder Executivo inclua nas mesmas "cláusula alternativa de opção, por ocasião do resgate, pela va-

riação da cotação de venda do dólar dos Estados Unidos no mercado de câmbio das taxas livres, divulgada pelo Banco Central".¹³

29. Assim, a institucionalização da correção cambial nos títulos públicos evidencia a licitude de sua utilização nas demais operações financeiras, não podendo, salvo melhor Juízo, a lei discriminar em matérias que pressupõem, *ex vi* da Constituição, um regime uniforme aplicável a todos, sem qualquer exceção, como aliás tem entendido a Jurisprudência.

30. Pelo exposto, nenhuma dúvida temos em admitir a correção cambial nos contratos, neles não vislumbrando qualquer violação da letra e do espírito da legislação atualmente em vigor.

31. Por outro lado, entendemos que a melhor interpretação do direito vigente é no sentido de admitir, livremente, a negociação de contratos futuros de câmbio, quer sejam ou não conjugados com outras operações, de qualquer natureza.

32. Efetivamente, diante da interpretação que deve ser dada aos textos legais e a evolução das normas e da política econômica e monetária brasileira, concluímos que *é legítima a cláusula de correção cambial*, pois não é proibida pela letra e pelo espírito da lei e não enseja a recusa ou restrição do curso legal do cruzeiro, tanto mais que este não é mais definido legal ou administrativamente em relação às divisas estrangeiras.

NOTAS

1. Haroldo Valladão, artigo, in *Revista Jurídica* n. 7/88-89 e *Estudos de Direito Internacional Privado*, pp. 256-257.

2. Idem, artigo cit. p. 92 *in fine* e *Estudos* cits. na nota anterior, pp. 260-261.

3. *The Money Illusion*, 1928.

4. Arnaldo Wald, "Da licitude da cláusula de correção cambial nas operações de arrendamento mercantil", in *Revista de Informação Legislativa*, 83/309 a 344.

5. *Studi Giuridice sulla Moneta*, 1952, p. 43.

6. José Bonet Correa, *Las Deudas de Dinero*, Madri, Ed. Civitas, 1981, pp. 311 a 313; e Arnaldo Wald, *A Cláusula de Escala Móvel*, S. Paulo, 1956, n. 27, p. 54.

7. *Les Variations Monétaires et Leurs Répercussions en Droit Privé Belge*, Bruxelles, Fred Lacier Editor, 1955, p. 239 e ss., e, especialmente, o artigo publicado na *Revue de Droit International et de Droit Comparé* núm. especial de 1954 contendo as contribuições para o Congresso da Academia Internacional de Direito Comparado, p. 78 e ss.; e Arnaldo Wald, ob. e loc. cits. na nota anterior.

8. F. A. Mann, *The Legal Aspects of Money*, 3.ª ed., Oxford, 1971, p. 184.

9. Eliyahu Hirschberg, *The Impact of Inflation and Devaluation on Private Legal Obligations*, Ramat Gan, 1976, p. 143.

10. F. A. Mann, ob. cit., p. 187 e nota 4; Arthur Nussbaum, *Derecho Monetário Nacional e Internacional*, trad. em língua espanhola, B. Aires, Arayú Editora, 1954, p. 482 e ss.; Keith S. Rosenn, *Law and Inflation*, 1980, Cap. IV.

11. Além dos autores citados na nota anterior, Arnaldo Wald, *A Cláusula de Escala Móvel*, 1956, p. 51 e ss.

12. Hirschberg, ob. cit. na nota 28, p. 144.

13. Lei 8.249, de 24.10.91.