

## CONCORDATA: RISCO CAMBIAL E CONTRATO DE CÂMBIO

EROS ROBERTO GRAU

1. Dispõe o art. 213 da Lei de Falências: “Os créditos em moeda estrangeira serão convertidos em moeda do país, pelo câmbio do dia em que for declarada a falência ou mandada processar a concordata preventiva, e só pelo valor assim estabelecido serão considerados para todos os efeitos desta lei”.

Pretende-se saber se a correção cambial incidente sobre os débitos decorrentes dos contratos de repasse em moeda estrangeira — “operações 63” — cessa com o despacho judicial que manda processar a concordata preventiva do devedor.

A enunciação da resposta a ser conferida a tal questão supõe uma digressão preliminar a respeito das finalidades dos institutos da falência e da concordata.

2. Como em diversas ocasiões tenho afirmado, a identificação da finalidade dos institutos jurídicos é de importância essencial para o esclarecimento de questões que envolvam a sua consideração.

Relembre-se, a propósito, as palavras de Rudolph von Jhering, no prefácio do *Der Zweck im Recht*: “A idéia fundamental da presente obra consiste em que a finalidade é o criador de todo o Direito e que não existe nenhuma norma jurídica que não deve sua origem a uma finalidade, isto é, a um motivo prático”.<sup>1</sup>

3. A *falência*, notoriamente, constitui um “remédio jurídico” aplicável às empresas que não resistem, com vitalidade, às contingências do mercado. Afir-mou-o Alexandre Marcondes Filho, ao subscrever a Exposição de Motivos do projeto de que resultou a Lei de Falências: “Aliás, o após-guerra iminente submeterá cada empresa comercial a um teste de vitalidade. As que não resis-tirem precisarão de *remédios judiciais* preparados sob as fórmulas que o pro-gresso da ciência jurídica conquistou” (grifos nossos).<sup>2</sup>

4. A *concordata*, em especial a preventiva, é hoje pacificamente entendida como um benefício outorgado pelo Estado ao devedor de boa-fé, através de sentença judicial, com o objetivo de permitir-lhe superar as dificuldades finan-ceiras que se antepõem ao desenvolvimento de sua atividade.<sup>3</sup> Trata-se de um favor legal cuja finalidade é a de reduzir os encargos e onerações do con-cordatário, para que se lhe torne possível a reocupação de sua posição, no mercado, como agente econômico. Daí a afirmação — que faço — de que o deferimento da concordata preventiva, pelo Estado (através do Poder Judi-ciário), configura ato de intervenção na vida econômica,<sup>4</sup> tendo em vista a recuperação do concordatário, para que o maior número de agentes econômicos permaneça em atuação, conferindo vitalidade aos mercados. E isso — enfatize-se — em plena coerência com o modelo de capitalismo de mercado contemplado em nossa Constituição Econômica.

A concordata, assim, consubstancia um *favor legal*, cuja finalidade é a de salvar o comerciante.

Não se restringe a dar satisfação ao interesse do devedor. Mais, muito mais do que isso, objetiva garantir resultado compatível com os valores do sistema capitalista, entre os quais — repita-se o de dar sustentação e correção e assegurar a preservação do regime de mercado. Daí porque tal finalidade — a de salvar o comerciante — assume, nos quadros e valores daquele sistema, o caráter de finalidade social: deve conduzir à salvação do comerciante em detrimento dos credores.<sup>5</sup>

5. Entre os preceitos contidos na Lei de Falências, voltados à redução dos encargos e onerações do falido e do concordatário, o contemplado no acima transcrito art. 213.

Esse preceito não pode ser compreendido desde a análise de aspectos exclusivamente formais. Como já também afirmei em diversa oportunidade, o fenômeno jurídico, apesar do dogmatismo dos normativistas em afirmar justamente o contrário disso, apresenta aspectos substanciais cuja consideração se reclama, para ser empreendida com o mesmo realce que se há de conferir à ponderação de suas facetas formais. Devemos ter bem presente, sempre, a advertência de Sylvio Marcondes: “não é a primeira vez, nem será a última que um trabalho sobre matéria de Direito Mercantil pode, ou deve, começar sob a inspiração do famoso conselho de Vivante aos estudiosos: ‘Jamais se aventurem a qualquer elaboração jurídica sem conhecerem a fundo a estrutura técnica e a função econômica do instituto objeto de seus estudos (...) É deslealdade científica, é falta de probidade, falar de um instituto, para fixar-lhe a disciplina jurídica, sem conhecê-lo a fundo na sua realidade’ ”.<sup>6</sup>

Verifique-se desde logo, pois, que o preceito no art. 213 da Lei de Falências pretende a manutenção dos valores das obrigações no estado em que se encontravam — no caso da concordata preventiva — na data do despacho judicial que a mandou processar. Não se permitem oscilações em tais valores, além dos decorrentes da incidência de juros à taxa de 12% ao ano, ainda que conseqüentes a desvalorização da moeda nacional, no confronto com a moeda estrangeira.

Em outros termos: reconheceu-se aí, de modo inquestionável, que o crescimento dos créditos em moeda estrangeira, produto daquela evolução, levaria, no processo de concordata, a inadmissível oscilação das dívidas do concordatário, com oneração, daí decorrente, do seu patrimônio.<sup>7</sup>

6. Mas não é só. O preceito assegura também a preservação do princípio da *par conditio creditorum*, mercê do qual os credores do concordatário colocam-se, diante dele, em situação de igualdade plena, salvo quanto àqueles beneficiados por privilégios legalmente estipulados. É certo, contudo, que o princípio instala clima de igualdade plena entre os credores da mesma categoria.

Assim, seja em virtude da aplicação do princípio da *par conditio creditorum*, seja porque o montante do passivo do devedor, na concordata preventiva — assim como na falência não há de sofrer oscilação no curso do processo, os créditos em moeda estrangeira transformam-se, na data do deferimento da concordata, em valores expressos em moeda nacional.

Desde esse momento o *risco cambial* passa a correr exclusivamente por conta do credor.

7. Outra razão, ainda, é determinante para a sujeição, no caso de concordata do devedor, das operações — denominadas “operações 63” — instrumentadas por contratos de repasse de moeda estrangeira ao preceito contido no art. 213 da Lei de Falências.

Não se trata mais, neste passo, de considerar a finalidade do instituto da concordata, mas sim de verificar quais as razões que informam os interesses objeto de tutela pelo instituto.

Os interesses objeto de tutela jurídica podem estar informados por razões de ordem exclusivamente particular, que levem em consideração controvérsias com repercussão única e exclusiva na esfera patrimonial, pessoal ou personalíssima dos sujeitos de direito envolvidos na relação jurídica.

Ou, diversamente, os interesses objeto de tutela jurídica podem estar referidos a coletividades ou comunidades, respeitando a situações jurídicas que apresentam propósitos comuns e desempenham funções da mesma natureza no sistema jurídico, econômico e político. Assim, v. g., com a disciplina do Direito do Trabalho, no âmbito da qual coexistem tutelas jurídicas com diversos perfis, cada um deles determinado em razão das peculiaridades de cada setor econômico em que atuem os trabalhadores; ou, v. g., com a disciplina das poupanças populares, destinadas a aplicação no processo produtivo; assim, também, v. g., com a tutela da qualidade de vida (proteção do meio ambiente) e do patrimônio artístico e turístico.

Isso cumpre verificar. Mas também cumpre verificar se as razões que informam os interesses de que se cogita, objeto de tutela jurídica, referem-se à *ordem pública* pretendida pelo Estado, no que estariam incluídas as preocupações com a segurança dos indivíduos, com o desenvolvimento nacional, com a promoção do emprego e da riqueza nacional etc.

Não importa, nesta oportunidade, discutirmos se a expressão “ordem pública” tem valor conotativo suficiente para alcançar, nos dias de hoje, toda as razões de ordem não exclusivamente particular que informam a generalidade dos interesses objeto de tutela jurídica. A expressão tem seguramente, porém, valor denotativo suficiente para tanto.

O que se impõe considerarmos é a circunstância de que, em todas as hipóteses de tutela jurídica de interesses nas quais interfiram *razões de ordem pública*, os ajustes de natureza privada restam submetidos ao regime da *ordem pública*, no qual é prevalente o princípio da supremacia do *interesse do Estado*. Aqui também, sem desbordar para outro campo de debate, aceito — *para os fins desta exposição* — a tese que divisa no Estado legítima representação do interesse social.

8. Visto isso, é fora de qualquer dúvida que a Lei de Falências surge — e assim se mantém — no nosso ordenamento jurídico, como texto normativo informado por autênticos princípios de ordem pública, seja ao disciplinar o concurso de credores, na hipótese de insolvência do comerciante devedor, seja atribuindo regime jurídico diferenciado para o pagamento dos débitos do comerciante que se encontre em crise de liquidez — *desequilíbrio financeiro* — mas com solidez econômica, hipótese de concordata.

As razões de ordem pública que informam os interesses objeto de tutela pela Lei de Falências dizem respeito, na hipótese da falência, à necessidade de se assegurar ao conjunto dos credores do falido o direito de participar do rateio dos seus bens, observadas as condições especiais inerentes à situação jurídica de cada um deles e preservando-se os direitos dos hipossuficientes; na hipótese de concordata — sobretudo de concordata preventiva — uma vez verificada a lisura e licitude da conduta do comerciante em episódica crise de liquidez, à necessidade de assegurar-se a preservação da empresa.

Preservada esta, além de conferir-se vitalidade ao regime de mercado, será mantida como unidade produtiva e geradora de empregos e de riqueza. Essas são matérias que, inquestionavelmente, estão compreendidas no âmbito da assim chamada *disciplina da ordem pública*.

Daí porque não tenho dúvida em afirmar que tanto a falência quanto a concordata são *institutos de ordem pública*.

9. Ora, disso decorre que, prevalentes os dispositivos legais de ordem pública em relação aos interesses particulares — dos credores do falido ou do concordatário — estes são preteridos e o regime jurídico das relações entre falido ou concordatário e seus credores sofre modificações, sob o impacto dos aludidos dispositivos legais de ordem pública.

10. Assim, uma vez deferido o pedido de concordata preventiva do devedor comerciante, as obrigações resultantes dos contratos submetidos aos efeitos da concordata passam a reger-se prevalentemente pelas regras da Lei de Falências, inclusive, no caso de empréstimo mediante repasse de recursos externos, pela regra do seu art. 213.

Esta evidentemente se superpõe à Res. 63 do Banco Central do Brasil, notadamente quando não se vislumbra nos contratos que instrumentem tais empréstimos a inclusão de cláusulas ou garantias previstas na Lei de Falências, que põem a salvo dos seus efeitos os negócios do devedor comerciante.

E tal ocorre — diga-se mais — não apenas em virtude da prevalência da disciplina de ordem pública sobre os ajustes de natureza privada, mas também em razão do princípio da hierarquia das normas jurídicas.

Com efeito, seria absurdamente despropositado admitir-se que a norma regulamentar, expedida pela Administração — a Res. 63, do Banco Central (pouco importa se emanada do Conselho Monetário Nacional e meramente divulgada pelo Banco Central) — possa prevalecer sobre *dispositivo legal* — o art. 213 da Lei de Falências.

11. Insisto, pois, na afirmação anteriormente enunciada: desde a data do deferimento da concordata, o *risco cambial* inerente aos contratos de que cogito passa a correr por conta do credor.

Algumas questões específicas devem contudo, neste passo, ser introduzidas.

Dirá respeito, a primeira delas, ao âmbito de aplicação da norma do art. 213 da Lei de Falências.

Alcançará apenas os créditos quirografários ou a totalidade dos créditos do concordatário?

Estou em que o preceito envolve a generalidade dos débitos do concordatário, visto que constitui norma geral e preceito de ordem pública.

Duas ordens de argumentos, ademais, prosperariam no sentido de dar sustentação a esse entendimento:

a) o legislador não distinguiu, no art. 213, entre créditos quirografários e créditos não quirografários e onde o legislador não distinguiu não é lícito ao intérprete fazê-lo;

b) o parágrafo único do art. 26 da Lei de Falências admitiu como devidos os juros atribuídos aos credores com garantia real, mas por eles respondendo, exclusivamente, o produto dos bens que constituem a garantia; o § 2.º do art. 125 da Lei de Falências definiu que os credores com garantia real, se não ficarem pagos do seu capital e juros, serão incluídos pelo saldo do capital entre os quirografários, independentemente de qualquer formalidade; como nada dispôs a Lei de Falências, na mesma linha, a propósito da correção cambial, nenhuma

exceção admitiria o preceito do seu art. 213, que se aplicará, pois, à totalidade dos débitos do concordatário.

Não é ao debate a propósito dessa matéria, de toda sorte, que ora pretendo dedicar atenção.

12. Uma segunda questão a considerar está relacionada a indevida — no meu entendimento — confusão que se possa estabelecer em torno do sentido e alcance do art. 75 e § 1.º da Lei 4.728, de 14.7.65, cujos termos são os seguintes:

“Art. 75. O contrato de câmbio, desde que protestado por oficial competente para o protesto de títulos, constitui instrumento bastante para requerer a ação executiva.

§ 1.º. Por esta via, o credor haverá a diferença entre a taxa de câmbio do contrato e a da data em que se efetuar o pagamento, conforme cotação fornecida pelo Banco Central, acrescida dos juros de mora”.

No tratamento dessa matéria impor-se-á o alinhamento de algumas considerações a propósito do regime a que se sujeitam as obrigações de pagamento em moeda estrangeira entre nós, bem assim à caracterização das operações de repasse em moeda estrangeira.

Outrossim, o enfrentamento da questão assume relevância e importâncias maiores na medida em que se tenha sob menção o acórdão lavrado pela 1.ª T. do STF no RE 94.203-RJ,<sup>8</sup> que será objeto de alusão.

13. As operações de repasse em moeda estrangeira, embora especificamente reguladas pela Res. 63 do Banco Central, estão subsumidas nas normas da Lei 4.131, de 3.9.62. Nelas estão definidas as condições sob as quais se permite o acesso de nacionais, pessoas físicas e jurídicas, inclusive as instituições financeiras, ao mercado internacional de dinheiro. Em virtude de o credor dos empréstimos assim tomados ser domiciliado no exterior, admite-se seja o seu valor pago em moeda estrangeira. Daí porque o dec.-lei 857, de 11.9.69, ao tutelar o curso legal do cruzeiro, impondo nulidade às estipulações e ajustes contratuais que de qualquer forma pudessem frustrar os efeitos desse curso legal, previu, em seu art. 2.º, as hipóteses em que se admite exceção àquele princípio de tutela, entre as quais cumpre destacar as enunciadas nos seus incs. IV e V.

No primeiro deles incluem-se os contratos, de qualquer natureza, nos quais o credor seja pessoa domiciliada no exterior e, no segundo, os ajustes em virtude dos quais sejam cedidos ou transferidos os direitos e obrigações decorrentes dos contratos abrangidos pelo inc. IV.

Vê-se por aí, desde logo, que as operações de empréstimo externo compreendem negócio jurídico expressamente incluído na exceção do inc. V do art. 2.º do aludido Dec.-lei 857/69. Tais operações compreendem ajuste contratual via do qual a instituição financeira transfere a tomador de recursos no País o direito de utilizar-se de empréstimo em moeda estrangeira originariamente obtido junto a instituição financeira no exterior.

14. Mediante a celebração de tais contratos, a instituição financeira nacional empresta ao devedor, no País, em cruzeiros, parte ou a totalidade dos recursos em moeda estrangeira que obteve com a contratação de empréstimo junto à instituição financeira estrangeira. Daí o vocábulo “repasse”, a significar que do crédito contratado no exterior são transferidos para o tomador, no Brasil, os correspondentes recursos — ou parte deles — sob as mesmas cláusulas de juros e demais encargos avençados no empréstimo originário, acrescida a comissão a que faz jus a instituição financeira nacional pelo próprio “repasse”.

As operações do tipo — chamadas “operações 63” — compreendem dois contratos, notadamente porque a instituição financeira no exterior não cede crédito à instituição financeira nacional para que esta o repasse a *determinado tomador*. Há aí, portanto, dois negócios jurídicos: um entre a instituição financeira no exterior e a instituição financeira no País; outro entre esta última e o tomador dos recursos que lhe são repassados.<sup>9</sup>

A confirmação disso é atestada na verificação de que, nos termos do que define a Circular 180/72, do Banco Central, item VIII, “o repasse do contravalor em moeda nacional a que se refere o item III da Res. 63, de 21.8.67, poderá, em relação a cada operação de empréstimo contratado no exterior, ser feito a uma ou mais empresas e a prazos inferiores aos da operação externa”.

A mesma confirmação é extraída à verificação de que, desde o advento da Circular 230/74, do Banco Central, a instituição financeira nacional está autorizada a não efetuar o repasse dos recursos obtidos no exterior, depositando-os, alternativamente, no Banco Central.

Penso, nestas condições, possa ser serenamente acolhido o entendimento de que, na hipótese, há dois negócios jurídicos distintos. Ao primeiro respeita o inc. IV do art. 2.º do Dec.-lei 857/69; ao segundo, o inc. V deste mesmo art. 2.º.

15. A questão que poderia ser postulada neste passo é a seguinte: aplicam-se às habilitações de crédito decorrentes de empréstimo mediante repasse de recursos obtidos no exterior os preceitos contidos no art. 75 e seu § 1.º da Lei 4.728/65, Lei de Mercado de Capitais?

Em anteriores debates conduzidos à apreciação do Poder Judiciário diversa questão foi levantada.

Nestes se indagava, em relação a *hipótese de contrato de câmbio* — e não de operação do tipo chamado “63” — se o aludido art. 75 teria revogado — derogado ou não o art. 213 da Lei de Falências.

Quanto a esta questão, entendo que, efetivamente, a Lei de Mercado de Capitais não revogou ou derogou o mencionado art. 213.<sup>10</sup>

É inteiramente diversa desta, todavia, a matéria à qual ora devemos deitar atenção. Cuidaremos de saber, aqui, se às habilitações de crédito na concordata, decorrentes de empréstimo do tipo considerado — e não de contrato de câmbio — aplicam-se o mencionado art. 75 e seu § 1.º da Lei 4.728/65.

A resposta a ser conferida a tal questão é obviamente negativa, como demonstrarei a seguir. Antes de fazê-lo, no entanto, vem muito a propósito relembrar a advertência de Sylvio Marcondes, sustentada sobre o conselho de Vivante.<sup>11</sup>

16. O art. 75 da Lei de Mercado de Capitais, ao cogitar do *contrato de câmbio*, deixa desde logo evidenciado que está-se referindo não a contrato de empréstimo, mas sim a *contrato de compra e venda de divisas*.

Inobstante seja necessária, nas chamadas “operações 63”, a celebração de um contrato de câmbio (*contrato de câmbio financeiro*) pela instituição financeira nacional que tome recursos no exterior, a fim de que sejam convertidos em moeda corrente nacional as moedas estrangeiras obtidas por empréstimo — empréstimo no qual é devedora a instituição financeira nacional — e possa, então, ser efetivado o repasse, é evidente que a *venda* que assim se contrata, embora correlata, não se confunde com a própria operação de repasse. Nesta última — relembre-se o tomador nacional apenas se obriga a devolver, sob as regras da paridade cambial, impostas pela Res. 63 do Banco Central, os recursos externos que lhe são transferidos no âmbito do repasse.

A tutela assegurada pelo art. 75 da Lei do Mercado de Capitais tem outro propósito. O contrato de câmbio no qual é de possível configuração a *diferença de taxa* não será aquele que consubstancia as chamadas operações de câmbio manual — v. g., as de *travellers checks*. Nem do tipo daqueles que se referem às chamadas operações de câmbio financeiro — remessas para o exterior, para o pagamento de empréstimo; ingressos de empréstimos ou de capital de riscos no País, entre outras. Pois é certo que, nesses casos, opera-se a chamada *negociação pronta*: a compra e venda resolve-se no momento da celebração do contrato, verificando-se simultaneamente o cumprimento das obrigações do comprador e do vendedor, pela *taxa do dia*.

O art. 75 da Lei de Mercado de Capitais tem por objeto os contratos de câmbio via dos quais são efetivadas as denominadas operações de *câmbio sacado*, isto é, aquelas que decorrem de transações de compra e venda mercantil realizadas no exterior, por pessoas domiciliadas no País. Nestas, o preço a ser pago ou recebido, pelo importador ou exportador, não é liquidado concomitantemente à celebração do ajuste de compra ou venda da mercadoria pretendida. Assim, as pessoas domiciliadas no País recorrem, por imposição legal<sup>12</sup> às instituições autorizadas a operar em câmbio, para negociar as divisas de que necessitam para pagar a compra no exterior — se importadores — ou de que se tornarão titulares em razão da exportação efetuada — se exportadores. Em tal momento celebram o correspondente contrato de câmbio de importação ou de exportação.

17. Impõe-se verificar, nestas condições — dado que o contrato de câmbio a que respeita o art. 75 da Lei de Mercado de Capitais tem por objeto as operações de câmbio sacado — em que hipóteses o aludido preceito normativo e seus parágrafos emprestam a força de título executivo ao contrato de câmbio. Insista-se em que se trata, aí, de *contrato de câmbio sacado*, eis que apenas em relação a estes é possível a verificação de diferenças de taxa cambial ou de adiantamento a serem cobrados a quem quer que seja.

Estas hipóteses, evidenciadamente, respeitam a relações estabelecidas entre a instituição financeira nacional e o importador ou exportador brasileiro.

18. No caso de compra de divisas procedida pelo importador, haverá obrigação decorrente do contrato de câmbio apenas se ele — importador — recusar o cumprimento de suas obrigações, tendo já a instituição financeira, por conta e risco do importador, a este feito a entrega de moeda estrangeira para pagamento antecipado ao vendedor no exterior, através de cartas de crédito ou aceites em saque.

À hipótese aplica-se o art. 75, *caput* da Lei de Mercado de Capitais, c/c o seu § 1.º, em razão disso cabendo à instituição financeira protestar o contrato de câmbio para obter o reembolso da moeda estrangeira utilizada para pagamento no exterior, em cruzeiros, mas a diferença entre a taxa de câmbio do contrato e a da data em que vier a ser efetuado o reembolso.

19. No caso de contratação de câmbio via da qual a instituição financeira nacional adquire do exportador a moeda estrangeira de que este será titular quando do pagamento dos bens ou serviços exportados pelo devedor no exterior, duas hipóteses de aplicação dos preceitos na Lei de Mercado de Capitais podem verificar-se.

Observe-se que a contratação de câmbio é celebrada anteriormente à liquidação do contrato de compra e venda ou de prestação de serviços mediante o pagamento do preço devido pelo contratante no exterior.

20. A primeira de tais hipóteses ocorre quando a instituição financeira nacional, compradora das divisas ao exportador brasileiro, procede ao adiantamento, a este, em cruzeiros, do preço — ou parte dele — ajustado no contrato de câmbio, no ato da assinatura do contrato ou em momento posterior. Entenda-se por preço ajustado no contrato de câmbio a quantidade de moeda estrangeira negociada, multiplicada pela taxa de câmbio de compra do dia da celebração do contrato de câmbio.

Nesta hipótese, dá-se o enquadramento da situação no regime ordinário dos negócios mercantis: o não cumprimento, pelo exportador, da obrigação de entregar a mercadoria vendida (moeda estrangeira) autoriza o comprador dela (a instituição financeira nacional) a exigir a restituição ou devolução dos valores em cruzeiros adiantados ao exportador.

A hipótese aplica-se o § 2.º do art. 75 da Lei de Mercado de Capitais, em virtude do que, protestadas as importâncias correspondentes ao adiantamento, averbadas no contrato com a anuência do exportador, a instituição financeira nacional terá execução forçada para obter a devolução do adiantamento, no seu valor originário em cruzeiros mais a diferença entre a taxa de câmbio do contrato e a da data em que vier a ser efetuada a devolução.

21. A descrição da segunda daquelas hipóteses — na qual não terá havido adiantamento do preço do contrato cambial — exige a introdução de duas ordens de consideração.

Inicialmente relembre-se que, nas operações cambiais, o preço da compra da moeda é fixado no momento da celebração do contrato de câmbio, não importando o fato de que a moeda estrangeira seja entregue no futuro. Daí porque, no âmbito estrito do contrato de compra e venda de divisas, a taxa cambial não sofre qualquer alteração, inobstante o contrato cambial seja celebrado anteriormente à liquidação do contrato de compra e venda mercantil ou de prestação de serviços.

De outra parte, cumpre observar que, descumprindo o exportador sua obrigação de entrega das divisas estrangeiras à instituição financeira nacional — representadas pelo título sacado contra o contratante no exterior — a instituição financeira nacional, quando não operar a “baixa” do contrato, deverá adquirir, no dia do inadimplemento do exportador brasileiro, *pela taxa então vigente*, volume adicional de moeda estrangeira, de modo que esteja em condições de suportar as suas obrigações de vendedor de divisas a futuro.

Tal ocorre em razão de as instituições financeiras nacionais serem meros *agentes autorizados* da realização de operações de câmbio, dado que o monopólio cambial, entre nós, é detido pelo Banco Central. Ademais, é rigorosa a regulamentação das posições compradas e vendidas de moeda estrangeira de cada instituição financeira autorizada a operar em câmbio, com o que se assegura exerçam elas mera intermediação no mercado de moeda e se impede valham-se de expedientes especulativos, que poderiam ser utilizados caso fosse a elas permitida a manutenção em caixa das divisas negociadas.

É em razão de tudo isso que, verificado o inadimplemento da obrigação de entrega das divisas estrangeiras pelo exportador brasileiro, o volume adicional de moeda estrangeira acima referido será adquirido pela instituição financeira nacional, de modo que reste preservado o necessário ajustamento contábil, que esta é obrigada a observar nas movimentações diárias de sua carteira de câmbio.

Não importa, na verdade, qual a via pela qual será obtido pela instituição financeira nacional o volume adicional de divisas de que necessita. Poderá ela,

para tanto, proceder a aquisição nas operações interbancárias, junto a exportadores, ou, simplesmente, tomar recursos por empréstimo no exterior.

O aspecto fundamental a considerar, em toda esta digressão, é o referente à verificação de que, sendo a taxa de câmbio aplicável ao contrato de câmbio a do dia da celebração do respectivo contrato, do inadimplemento deste pelo exportador nacional — ainda que, na hipótese, não se tenha verificado qualquer adiantamento do seu preço, em favor do exportador — poderá resultar prejuízo para a instituição financeira.

A tal hipótese, pois — de inadimplemento do contrato de câmbio pelo exportador — aplica-se o § 1.º do art. 75 da Lei de Mercado de Capitais, cabendo à instituição financeira nacional, então, protestado o contrato, execução para haver a diferença entre a taxa de câmbio do contrato e a da data do vencimento do prazo para a entrega das divisas à instituição financeira.

Observe-se, de toda sorte, que ainda na hipótese de que ora cuidamos poderá a instituição financeira nacional evitar o prejuízo, operando a “baixa” do contrato, nos termos do Comunicado GECAM-331, de 1.11.76, da Gerência de Operações de Câmbio do Banco Central, tal como demonstrou Fábio Konder Comparato, em recente parecer.<sup>13</sup>

Note-se que “baixa” do contrato de câmbio, nos termos do que expressamente definiu aludido comunicado, no seu item 40, “representa mera operação contábil interna, destinada ao saneamento da posição de câmbio do estabelecimento comprador da moeda estrangeira, em nada alterando a relação contratual existente entre este e o exportador”.

22. Às hipóteses acima descritas — itens 18, 20 e 21 — é que tem aplicação o art. 75, e seus §§ da Lei de Mercado de Capitais, que emprestam ao *contrato de câmbio* a força de título executivo extrajudicial, protestável e autorizador da ação de execução forçada.

A finalidade de tais preceitos é a de coibir manobras especulativas eventuais de importadores e exportadores, que ponham em risco as reservas cambiais do País.

Ainda o § 3.º do aludido art. 75 respeita a *contratos de câmbio*, na hipótese de adiantamentos feitos por instituições financeiras nacionais a exportadores, ferida no item 20, acima. Equiparada, então, no caso de falência ou de concordata, cobrança de tais adiantamentos ao pedido de restituição de mercadoria, que, *no caso*, desta forma há de ser intentada: *inclusius unius, exclusius alterius*.

Em nenhuma de tais hipóteses, no entanto, está subsumida a de tomada de empréstimo, pelo concordatário — ou pelo falido — mediante repasse de recursos obtidos no exterior.

23. Com efeito, conhecida a estrutura técnica e a função econômica do contrato de câmbio — em seus maiores traços acima desenhada, em atenção à ênfase posta por Sylvio Marcondes no conselho de Vivante — verificamos não ter sentido o entendimento segundo o qual se aplicam às habilitações de crédito decorrentes de empréstimo mediante repasse de recursos obtidos no exterior os preceitos contidos no art. 75, e seu § 1.º, da Lei de Mercado de Capitais.

Isso é cristalinamente evidente: insustentável a tese de que aos *contratos de empréstimos* por operação de repasse, do concordatário, aplicam-se normas que nada, absolutamente nada referem ou tem a ver com os mesmos *contratos de empréstimo* dos não concordatários ou não falidos.

Insustentável, também, a mesma tese, porque pretende sejam aplicados aos *contratos de empréstimo* preceitos aplicáveis a *contratos de câmbio*. E isso se

torna tanto absurdamente mais grave quanto se verifique que tal aberrante aplicação seria feita em prejuízo do concordatário.

Enfatize-se que o contrato de câmbio cuja celebração se faz necessária ao repasse, a tomadores nacionais, dos recursos obtidos no exterior é *inteiramente distinto* dos contratos de empréstimos celebrados com esses tomadores. Trata-se de contrato de câmbio firmado entre a instituição financeira nacional e terceiro, *que jamais será qualquer dos tomadores dos recursos por "repasse"*. Relembre-se que há, na hipótese, dois negócios jurídicos distintos. Ademais trata-se de *contrato de câmbio financeiro*, via do qual se verifica a chamada *negociação pronta*, e não de *contrato de câmbio sacado*.

Por esta razão — e não apenas porque o art. 75, § 1.º da Lei de Mercado de Capitais não revogou nem derogou o art. 213 da Lei de Falências<sup>14</sup> — tenho como cristalinamente evidente a não aplicação, aos contratos de repasse em moeda estrangeira, do aludido preceito legal (art. 75, § 1.º, da Lei de Mercado de Capitais).

A tese adotada, em sentido contrário, no acórdão lavrado no RE 94.203-RJ, pela 1.ª T. do STF, tenho-a por evidenciadamente incorreta.

24. Daí a conclusão que penso possa enunciar, ao final destas observações: a correção cambial incidente sobre os débitos decorrentes de contratos de repasse em moeda estrangeira — "operações 63" — deve cessar com o despacho judicial que manda processar a concordata; desde esse momento, o risco cambial inerente a tais contratos passa a correr por conta do credor.

#### NOTAS

1. *Druck und Verlag von Britkopf & Hartel*, Erster Band, zweite umgearbeitete auflage, Leipzig, 1884, p. VIII.

2. Apud Trajano de Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falências*, v. III 3.ª ed. Forense, Rio, 1962, p. 295.

3. A propósito, as manifestações de Rubens Requião, *Curso de Direito Falimentar*, 5.ª ed., v. 2, Saraiva, 1982: "O instituto jurídico da concordata visa resolver a situação econômica de insolvência do devedor, ou prevenido e evitando a falência (concordata preventiva), ou suspendendo a falência (concordata suspensiva), para proporcionar a recuperação e restauração da empresa comercial" (p. 1); "A concordata é um benefício que pressupõe as dificuldades econômicas ou financeiras de um devedor, empresário comercial *malheureux et de bonne foi*, como enunciava a lei belga, que pela primeira vez, nos fins do século passado, regulou a concordata preventiva" (p. 2); "A concordata não é um contrato, mas um benefício outorgado pelo Estado, através da lei" (p. 12); "A concordata preventiva, uma das espécies de concordata, constitui um benefício outorgado pelo Estado, através de sentença judicial, ao empresário honesto e de boa-fé, infeliz em seus negócios. Tem ela por finalidade facilitar o pagamento aos credores, com dilações de prazo ou remissão de parte da dívida, e, conseqüentemente, permitir ao empresário evitar a falência, reconstituindo e prosseguindo em sua atividade" (p. 62).

De J. C. Sampaio Lacerda, *Manual de Direito Falimentar*, 11.ª ed., Rio, Freitas Bastos, p. 246: "O principal fundamento do instituto da concordata preventiva vem a ser, no dizer de Navarrini, o de salvar o comerciante desventurado e honesto, momentaneamente em crise, da declaração da falência".

No mesmo sentido, Trajano de Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falências*, 3.ª ed., v. III/5, Rio, Forense, 1962: "A configuração nitidamente processual que a lei vigente imprimiu ao instituto da concordata, quer preventiva, quer suspensiva da falência, não permite mais se duvide de sua função característica — um favor, que o Estado, através do Poder Judiciário, concede ao devedor comerciante, infeliz e de boa-fé".

4. Tome-se o vocábulo "intervenção", aí, como *atuação na área de outrem*.

5. Isso restou afirmado, explicitamente, pelo Des. José Barison, do TJRS, na Ap. cível 39.477, acórdão de 25.11.81.

6. *Questões de Direito Mercantil*, Saraiva, São Paulo, 1977, pp. 149-150. Vide Cesare Vivante, *Trattato di Diritto Commerciale*, v. I, 5.ª ed., Casa Editrice Francesco Vallardi, Milano, 1929, pp. IX-X.

7. Trajano de Miranda Valverde (ob. cit., p. 130) é explícito a tal respeito: "o montante do passivo do devedor, tanto na falência como na concordata preventiva, não deve sofrer oscilação no curso do processo".

8. RTJ 107/1.054 e ss.

9. Vide Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. 52, Rio, Borsoi, 1966, p. 202.

10. A respeito da questão, neste sentido, vide os acórdãos do STF, no RE 76.755 (RTJ 69/523) e no RE 76.458 (RTJ 73/826), e, do TJSP no Ag. Pet. 227.625 (RT 475/51); vide também Heitor Gomes de Paiva, "Crédito quirografário admitido com fundamento no artigo 75, e seu § 1.º, da Lei de Mercado de Capitais", in RT 426/275 e ss.; em sentido contrário, acórdão do TJSP no Ag. Pet. 167.917 (RT 426/95).

11. Item 5, acima.

12. Lei 4.595/62, art. 10, IX, "d", c/c arts. 17 e 18.

13. "Contrato de câmbio", in RT v. 575/54 e ss., especialmente p. 60.

14. Vide nota 10.