



**CONTRATO INTERNACIONAL DE REPASSE DE  
RECURSOS EXTERNOS. LICITUDE DA CLÁUSULA DE  
VARIAÇÃO CAMBIAL. DECRETO-LEI N.º 857/1969  
APLICÁVEL APÓS O PLANO REAL.**

**UNILATERALIDADE DOS CONTRATOS DE REPASSE  
OBSTA A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO.  
OSCILAÇÕES INERENTES AO MERCADO CAMBIAL  
AFASTAM A IMPREVISIBILIDADE.**

**PARECER**

solicitado por

**BUENA COMPANHIA SECURITIZADORA DE CRÉDITOS FINANCEIROS S.A.**

e apresentado pelo

**PROFESSOR ARNOLDO WALD**

São Paulo, fevereiro de 2020



## EMENTA

CONTRATO DE REPASSE DE RECURSOS EXTERNOS. CLÁUSULA DE VARIAÇÃO CAMBIAL. MOEDA COMO UNIDADE DE CONTA. CONTRATO INTERNACIONAL POR ACESSORIEDADE OU EQUIPARAÇÃO. TEORIA DA IMPREVISÃO INAPLICÁVEL. “HARDSHIP”.

O presente recurso especial não reúne condições de ser conhecido, por incidência das Súmulas n.º 05 e n.º 07 do STJ. Trata-se de pretensão de *rejudgamento da causa* mediante nova valoração, por esta Corte, do acervo fático-probatório.

Quanto ao mérito, tampouco deve ser provido o recurso especial, porque não constatadas as supostas nulidades nos acórdãos recorridos. A lide foi adequadamente decidida pelo Tribunal de origem.

A cláusula de variação cambial caracteriza hipótese de uso da moeda estrangeira como mera unidade de conta – não como meio de pagamento, daí porque não vulnera o regime legal de curso forçado da moeda nacional.

Na vigência do Plano Real, permanece válida a pactuação de pagamento com cláusula de variação cambial. A exigência de lei específica para essa modalidade de contratação, prevista no art. 6º da Lei n.º 8.880/94, satisfaz-se pelo teor do Decreto-Lei n.º 857/1969, que foi recepcionado pela Constituição de 1988 como lei federal ordinária e permanece em vigor, sendo aplicável ao caso presente, conforme doutrina e jurisprudência.

A aplicabilidade do Decreto-Lei n.º 857/1969 ao caso concreto dá-se pela qualificação (com base em critério econômico) do contrato de repasses externos como contrato internacional por acessoriedade ou equiparação. Avença que, assim, se insere nas hipóteses dos incisos IV e V do art. 2º do Decreto-Lei.

O caso em apreço não autoriza a modificação do conteúdo do contrato por onerosidade excessiva. Contexto e negócio jurídico inaptos a autorizar a incidência da Teoria da Imprevisão (art. 478, CC/2002). Também sob a ótica da “nova *lex mercatoria*”, não se constata configuração dos pressupostos do “hardship”.

A cobrança cumulada de juros moratórios e remuneratórios não caracteriza abusividade, tanto quanto se afigura regular a cobrança da comissão de repasse.

Remuneração dos recursos captados externamente que se afigura correta, ainda, porque descabe a pretendida qualificação dos Devedores como consumidores, para todos os fins legais.

## ÍNDICE

I.	<b>SÍNTESE DA CONSULTA E DOS FATOS SUBJACENTES AO LITÍGIO</b>	
	(A) Dos fatos .....	4
	(B) Da consulta .....	6
	(C) Dos quesitos .....	6
II.	<b>ANÁLISE JURÍDICA</b>	
II.1.	<b>QUESTÕES PROCESSUAIS</b>	
	(A) Da incidência das Súmulas n.º 05 e n.º 07 do STJ: não conhecimento do Recurso Especial .....	8
	(B) Da ausência de nulidade no acórdão recorrido: inoportunidade de omissões passíveis de correção pelo STJ .....	10
II.2.	<b>QUESTÕES DE MÉRITO</b>	
	(A) Da cláusula de correção cambial .....	12
	A.1. Distinção entre moeda como meio de pagamento e como instrumento valorativo ou unidade de conta .....	12
	A.2. O Direito brasileiro e a distinção entre cláusula de pagamento em moeda estrangeira e de pagamento em moeda nacional, de acordo com o valor da moeda estrangeira .....	13
	(B) Do contrato de repasse de recursos externos .....	19
	B.1. Natureza jurídica: contrato internacional por acessoriedade .....	19
	B.2. Validade da cláusula de variação cambial.....	23



(C)	Da inaplicabilidade da Teoria da Imprevisão ao litígio em exame.....	28
	C.1. Posição tradicional da doutrina privatista brasileira .....	28
	C.2. Repertório jurisprudencial .....	30
	C.3. A incidência do marco jurídico em questão ao caso concreto ...	32
(D)	Da inaplicabilidade da Teoria da Imprevisão ao litígio em exame, no marco do regramento aplicável aos contratos mercantis internacionais .....	33
	D.1. A “nova lex mercatoria” e o pleno cabimento da sua aplicação pelas instâncias judiciais nacionais .....	34
	D.2. O “hardship” na “nova lex mercatoria” e os Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais .....	35
	D.3. A aplicação do marco jurídico em questão ao caso concreto ...	36
(E)	Da remuneração dos recursos captados externamente .....	37
	E.1. Regime de juros .....	37
	E.2. Licitude da cumulação de juros moratórios e remuneratórios ...	39
	E.3. Licitude da comissão de repasse .....	40
	E.4. Licitude das cobranças efetuadas, no caso concreto, em face da inviabilidade de qualificar os Devedores como consumidores .....	42
III.	CONCLUSÃO E RESPOSTAS AOS QUESITOS .....	43

- I -

**SÍNTESE DA CONSULTA E DOS FATOS SUBJACENTES AO LITÍGIO**

---

**(A) DOS FATOS**

1. Na data de 08 de julho de 1997, o BANCO CIDADE S.A. e a empresa NOVA MOEMA EMPREENDIMENTOS LTDA. (“Nova Moema”) celebraram contrato de repasse apoiado na Resolução nº 63 do Banco Central do Brasil (“BACEN”) – a saber, repasse de recursos captados no exterior em moeda estrangeira -, no valor de US\$ 10.000.000,00 (dez milhões de dólares), quantia então equivalente, em reais, ao total de R\$ 10.806.000,00 (dez milhões, oitocentos e seis mil reais).

2. A captação de divisas em questão destinava-se a viabilizar a construção de um Shopping Center no Município de São José dos Campos, tendo sido a dívida garantida por letras de câmbio avalizadas pelos sócios da NOVA MOEMA, dentre os quais o Sr. **RONALD GUIMARÃES LEVINSHON** (em conjunto com a NOVA MOEMA, doravante denominados simplesmente de “Devedores”).

3. Em síntese, o contrato previu taxa de juros de 26% a.a., já incluso o imposto de renda à alíquota de 12,5%, além de juros moratórios. Entre outras avenças, foi instituída, por meio do aludido contrato, cláusula de variação cambial, segundo a qual o pagamento do valor repassado deveria ser efetuado em moeda corrente nacional, com base na taxa cambial vigente na data do pagamento respectivo.

4. Em janeiro de 1998, tendo em vista o inadimplemento pelos Devedores, as partes concordaram em celebrar aditamento do contrato de repasse, com o intuito de viabilizar o resgate da dívida. Contudo, ainda assim houve novos inadimplementos das parcelas posteriores a 20 de fevereiro de 1999.

5. Em 28 de junho de 2000, o crédito detido pelo Banco Cidade S.A. foi cedido à empresa BUENA COMPANHIA SECURITIZADORA DE CRÉDITOS FINANCEIROS S.A., que



atualmente ostenta a condição de credora e que aqui figura como Consulente (doravante denominada simplesmente “Buena” ou “Consulente”).

**6.** Em 18 de julho de 2001, os sucessivos inadimplementos por parte dos Devedores deram ensejo à propositura de ação de execução de título extrajudicial, distribuída à 14ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo.

**7.** Em sede de embargos à execução, os Devedores suscitaram, quanto ao mérito da controvérsia: (i) nulidade da cláusula de variação cambial, por força da regra do art. 6º da Lei nº 8.880/94, ou, ainda, por aplicação da tese de onerosidade excessiva em virtude de fato superveniente, decorrente da desvalorização do real; (ii) impossibilidade de fixação da taxa de juros em 26% a.a., por ausência de paridade com as taxas incidentes na captação dos recursos no exterior; (iii) inadmissibilidade de cumulação de juros remuneratórios com moratórios; (iv) impossibilidade de cumulação do Imposto de Renda com a taxa total de juros; (v) exclusão das taxas moratórias por ausência de culpa dos devedores; e (vi) aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

**8.** Julgados improcedentes os embargos, os Devedores e a Consulente interpuseram recurso de apelação. Em julgamento perante a 17ª Câmara de Direito Privado do TJSP, sob a Relatoria do Des. Afonso Bráz, foi negado provimento ao apelo dos Devedores, bem como foi dado parcial provimento à apelação da Consulente para o fim de majorar a condenação dos Devedores a título de honorários advocatícios para 15% do valor da execução. Após, foram rejeitados os embargos de declaração de ambas as Partes, com a aplicação de multa de 1% sobre o valor da causa, condicionando-se a interposição de eventuais recursos posteriores ao seu depósito prévio.

**9.** Ato contínuo, uma vez obtida liminar em medida cautelar pelos Devedores, junto ao Superior Tribunal de Justiça, foi interposto o Recurso Especial n.º 1.447.624/SP (“Recurso Especial”), distribuído ao Min. Moura Ribeiro.

**10.** Já no âmbito desta Corte Superior, os Devedores opuseram Embargos de Divergência relativamente à admissibilidade de seu recurso especial. Concluído o julgamento respectivo em



agosto de 2018, no sentido do conhecimento do REsp, este retornou à Terceira Turma, para o seu regular processamento.

11. Em agosto do corrente ano, os Devedores juntaram aos autos parecer jurídico do ex-Ministro do STJ, Sidnei Beneti, complementar ao parecer de lavra do saudoso Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, apresentado em 2011, em relação ao qual nós respeitosa e discordamos, conforme apontado em pareceres anteriores.

### (B) DA CONSULTA

12. Nesse cenário, uma vez mais honra-nos **BUENA COMPANHIA SECURITIZADORA DE CRÉDITOS FINANCEIROS S.A.** (“Credora” ou “Consulente”), por intermédio do ilustre Dr. **MARCELLO PANELLA**, do escritório **PANELLA ADVOGADOS**, com consulta referente aos aspectos processuais e de mérito atinentes ao Recurso Especial n.º 1.447.624/SP interposto pelos Devedores em face dos acórdãos proferidos na Apelação Cível n.º 0081731-78.2001.8.26.0100 (“Apelação”), no âmbito da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como acerca do teor do parecer de lavra do Min. Sidnei Beneti, recém-acostado aos autos do aludido Recurso Especial.

### (C) DOS QUESITOS

13. Construída a consulta a fim de corroborar os termos sustentados por este parecerista em três trabalhos anteriores (datados, nesta ordem, de 12 de abril de 2005, 26 de julho de 2011 e 23 de setembro de 2013) e enfrentar os temas suscitados no parecer do Min. Beneti, a Consulente propõe, em linhas gerais, que o presente parecer aborde as questões processuais atinentes ao Recurso Especial, a começar pelo seu conhecimento.

14. Quanto ao mérito recursal propriamente dito, tecer-se-ão adicionais considerações sobre o contrato de repasse de crédito originário de contrato internacional firmado entre o Banco Cidade S.A. e a Nova Moema, visando-se à aferição se (a) os termos do Decreto-Lei n.º 857/69 continuam aplicáveis ao caso concreto em torno da cláusula de variação cambial, mesmo após o advento do Plano Real, (b) continua inaplicável a teoria da imprevisão, inclusive sob a ótica da nova lex mercatória, e (c) as cobranças efetuadas em desfavor dos Devedores são legítimas.



**15.** Nesse passo, o objeto primordial deste parecer consiste em verificar se a novel opinião jurídica do Min. Sidnei Beneti, apresentada pelos Devedores, tem o condão de alterar as conclusões expostas por este parecerista em opiniões anteriores, desdobrando-se, de forma específica, nos seguintes quesitos formulados pela Consulente:

- (1) O presente Recurso Especial preenche os requisitos de admissibilidade?**
- (2) Os acórdãos proferidos pela 17ª Câmara de Direito Privado do TJSP contêm as nulidades arguidas no Recurso Especial?**
- (3) Qual a natureza jurídica da cláusula de variação cambial?**
- (4) É lícita a pactuação entabulada entre as partes, nos moldes da então vigente Resolução n.º 63 do BACEN? Continua sendo válida e eficaz a cláusula de variação cambial após o advento do Plano Real?**
- (5) O contrato de repasse de recursos externos qualifica-se como contrato internacional? Em caso positivo, quais são as implicações jurídicas daí decorrentes?**
- (6) Qual o grau de risco ínsito à modalidade contratual firmada entre as partes? Quais implicações jurídicas daí decorrem?**
- (7) Aplica-se a Teoria da Imprevisão ao contrato de repasse de recursos externos?**
- (8) Caracteriza abusividade, no caso concreto, a cobrança cumulada de juros moratórios e remuneratórios?**
- (9) Os Devedores podem qualificar-se como consumidores, para todos os propósitos legais? Nesse caso, é aplicável o Código de Defesa do Consumidor?**

**16.** Para responder a tais indagações, analisaremos, primeiramente, a admissibilidade do Recurso Especial em comento, seguida da natureza, do propósito e do regime jurídico da cláusula de variação cambial. Passaremos, então, ao exame da licitude da referida cláusula e do contrato de repasse de recursos externos, no marco da Resolução n.º 63 do BACEN e da legislação federal vigente, em particular o Decreto-Lei n.º 857/1969 e a Lei n.º 8.880/1994; abordaremos, após, a inviabilidade da aplicação da Teoria da Imprevisão, na modalidade



contratual em apreço, tanto à luz do Direito Civil Brasileiro quanto com base no marco jurídico aplicável aos contratos mercantis internacionais.

**17.** Por fim, apresentaremos breve esforço histórico em torno do regime dos juros, o qual permitirá demonstrarmos a possibilidade de cumulação entre juros moratórios e remuneratórios e a inexistência de qualquer abusividade, no percentual estabelecido entre as partes e na cobrança efetuada.

– II –

## ANÁLISE JURÍDICA

---

### II.1. QUESTÕES PROCESSUAIS

#### (A) DA INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N.º 05 E 07 DO STJ: NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL

**18.** A tentativa dos Devedores de efetuar verdadeiro *rejudgamento da causa* induziu em erro o Min. Sidnei Beneti, que reproduziu, em seu parecer, o equivocado argumento de que os acórdãos recorridos teriam sido omissos quanto à apreciação da questão relacionada à imprevisão face à maxidesvalorização do dólar.

**19.** No entanto, parece-nos evidente que os Devedores, ao questionaram tão somente a perícia realizada, não obrigaram o Tribunal *a quo* a enfrentar, diretamente, o argumento da onerosidade excessiva. De todo modo, o TJSP confirmou a sentença apelada em sua integralidade e inclusive atestou a legalidade da contratação em moeda estrangeira, o que significa dizer que o argumento foi levado em consideração.

**20.** Com efeito, da leitura das razões recursais percebe-se com nitidez que a argumentação em torno dos fundamentos ditos insuficientes, no acórdão recorrido, pretende ensejar *nova valoração do acervo fático-probatório contido nos autos*, particularmente – no tocante à prova pericial – quanto ao suposto desacerto aritmético dos cálculos constantes da inicial da execução,



em contejo com o conteúdo do contrato firmado entre as partes. E, como cediço, o revolvimento de fatos e provas não é mister deste STJ, atraindo a aplicação das Súmulas n.º 05 e 07 desta Corte, pelo que este Recurso Especial não deve ser conhecido.

**21.** É o caso, flagrante, atinente à existência ou inexistência de mora dos Devedores, por eles questionada em sede especial. A fim de se verificar se de fato houve mora, é imprescindível proceder-se ao reexame integral da prova dos autos, porquanto seria necessário revisitar as amortizações contabilizadas na perícia e todas as parcelas vencidas a partir de 20.09.1998.

**22.** Em situações semelhantes à ora analisada, este STJ acertadamente sequer conheceu dos respectivos recursos que visavam a alterar as conclusões das instâncias ordinárias com base nas provas produzidas nos autos:

*“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO. REQUISITOS DE EXIGIBILIDADE DO TÍTULO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NECESSIDADE DE PERÍCIA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL OBJETO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Rever as conclusões das instâncias ordinárias quanto à necessidade de perícia contábil e quanto ao preenchimento dos requisitos de executividade do título é pretensão que demanda o reexame do conjunto fático-probatório, procedimento vedado na via do recurso especial pelo óbice contido na Súmula n. 7 do STJ. [...]”* (AgInt no AREsp 1157487/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 09/03/2018)” (grifou-se)

*“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FINANCIAMENTO HABITACIONAL. REAJUSTE DE PRESTAÇÕES. APLICAÇÃO DO PES. APRECIAÇÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULAS 5 E 7/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO. [...] 2. O Tribunal a quo, com base no conjunto fático-probatório dos autos, inclusive na prova pericial, concluiu que a parte recorrente não demonstrou nenhuma irregularidade no cumprimento do contrato. Entendimento em sentido diverso, de que as cláusulas contratuais não foram cumpridas e que houve reajustes maiores do que os aplicados à categoria profissional do mutuário, demandaria revolvimento de matéria fática, inviável em recurso especial (Súmulas 5 e 7/STJ). [...]”* (AgInt no AREsp 1044320/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 14/09/2018) (grifou-se)

23. Portanto, assim como a Consulente, somos pelo não conhecimento do Recurso Especial.

**(B) DA AUSÊNCIA DE NULIDADE NO ACÓRDÃO RECORRIDO:  
INOCORRÊNCIA DE OMISSÕES PASSÍVEIS DE CORREÇÃO PELO STJ**

24. A despeito do nítido esforço argumentativo empreendido pelos Devedores, as decisões atacadas não contêm fundamentação deficiente, não se constatando ofensa ao teor dos arts. 130, 131, 165, 437, 438, 439, 485, II, 515, §4º, e 535, I e II, todos do CPC/1973.

25. Ainda que não tenha havido menção expressa a *todos* os argumentos fáticos e jurídicos suscitados pelos Devedores, na apelação, quanto a cada um dos tópicos devolvidos, é certo que a decisão do Tribunal de origem compôs a lide de maneira suficiente e satisfatória. Foram declinadas as razões para a rejeição da tese dos Devedores, ratificando-se a licitude e a exigibilidade do valor subjacente à execução movida em desfavor destes.

26. Exemplo disso é o tópico específico da validade da cláusula de variação cambial, acerca da qual os Devedores sustentam ter havido fundamentação omissa e insuficiente, por falta de referência ao art. 6º da Lei n.º 8.880/94.

27. Ora, ainda que o acórdão não tenha feito menção específica ao dispositivo legal em questão, pontuou a licitude da cláusula com base no art. 2º, V, do Decreto-Lei n.º 857/1969, norma suficiente, por si só, a respaldar o desprovimento do recurso também nesse particular. A mesma suposta “omissão” verifica-se, em verdade, quanto à totalidade dos pontos devolvidos neste Recurso Especial, nos quais, em última análise, houve tão somente decisão contrária aos interesses dos Devedores.

28. Nesses termos, o presente Recurso Especial atrai a aplicação da jurisprudência pacífica do STJ, no sentido de que (a) do Julgador não se exige pronunciamento expresso sobre *cada um* dos fundamentos evocados pela parte, e (b) a negativa de prestação jurisdicional por fundamentação insuficiente não se confunde com a prolação de julgamento contrário à posição do litigante:

*“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO  
PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA. PRETENSÃO DE CONCESSÃO*

*DE EFEITO SUSPENSIVO A APELAÇÃO. COMPETÊNCIA DO DESEMBARGADOR RELATOR DO TRIBUNAL AO QUAL É DIRIGIDO O RECURSO. COMPETÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR AINDA NÃO INAUGURADA. JURISDIÇÃO ORDINÁRIA NÃO EXAURIDA. INEXISTÊNCIA DE RECURSO ESPECIAL A AMPARAR A PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL DESTA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. MANIFESTO DESCABIMENTO DA TUTELA PROVISÓRIA REQUERIDA. INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS ENSEJADORES À OPOSIÇÃO DOS DECLARATÓRIOS. EMBARGOS REJEITADOS.*

*[...] 2. Devidamente analisadas e fundamentadas as matérias suscitadas pelas partes, não há que se falar em inobservância ao disposto nos incisos do § 1º do art. 489 do CPC/2015, não se podendo confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa de prestação jurisdiccional. 3. Embargos de declaração rejeitados”. (EDcl no AgInt na Pet 12.339/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/09/2019, DJe 12/09/2019) (grifou-se)*

**29.** À mesma conclusão se chega no tocante ao argumento da capitalização dos juros, a qual foi introduzida pelos Devedores apenas em sede de apelação. E, como se sabe, o recurso de apelação é regido pelo brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*. Tal argumento é corroborado pelos excertos da exordial dos embargos, deduzidos no parecer do Min. Beneti, dando conta de que o que lá se questionou foi apenas o excesso de execução quanto à possibilidade de cumulação de juros moratórios e remuneratórios.

**30.** Nem se alegue, por derradeiro, que o fato de o anatocismo se tratar de matéria de ordem pública autorizaria seu conhecimento *ex officio* sem prequestionamento prévio.<sup>1</sup>

\*\*\*

**31.** De qualquer sorte, passa-se a expor as razões com base nas quais, se conhecido, o presente Recurso Especial não merece ser provido.

<sup>1</sup> Nesse sentido, vide: STJ, Segunda Turma, REsp 852941/SC, DJe de 23/10/2008, Relator Min. Castro Meira.

## II.2. QUESTÕES DE MÉRITO

### (A) DA CLÁUSULA DE VARIAÇÃO CAMBIAL

#### A.1. Distinção entre moeda como *meio de pagamento* e como *instrumento valorativo ou unidade de conta*

32. A moeda sempre exerceu duas funções básicas, sendo, por um lado, instrumento de câmbio e de pagamento e, por outro, denominador de valores. Como instrumento de câmbio, condiciona a evolução da atividade econômica, facilitando e acelerando as trocas, permitindo a sua substituição por compras e vendas e constituindo um meio de liberação dos débitos e um instrumento de compra geral e imediato. É, pois, *meio de pagamento*.

33. Por outro lado, a moeda serve como denominador de valores, valorímetro, “ponte entre o passado e o futuro”, no dizer de **KEYNES**. Neste sentido, é denominada “moeda de conta” (*money of account*), definindo-se como aquela em que se expressam “as obrigações, os preços e o poder aquisitivo em geral”, e opondo-se à moeda efetiva (*money itself*) “mediante cuja entrega se cumprem as obrigações monetárias e os contratos em geral”.<sup>2</sup>

34. **TULLIO ASCARELLI** faz a distinção entre a moeda de pagamento e a moeda da obrigação, esta equiparada à moeda de conta, ou seja, ao indexador, afirmando que a primeira é real e nela se fará o pagamento, enquanto a segunda, virtual, serve de medida de valor para fixar o *quantum* de moedas reais necessárias à liquidação do débito.<sup>3</sup>

35. No Brasil, há longos anos que as funções de moeda de conta e de pagamento foram separadas, instalando-se em nossa economia o que se denominou “a bigamia monetária”<sup>4</sup>. Desde a década de 1960, chegaram a funcionar como moedas de conta mais de vinte indexadores, entre os quais a OTN, o salário mínimo, a UPC, o salário referência, a URP, o

<sup>2</sup> **NUSSBAUM, ARTHUR**. *Derecho Monetario Nacional e Internacional*. – Tradução espanhola – Buenos Aires: Arayú, 1954, pág. 22, nota 63; **WALD, ARNOLDO**. *A cláusula de escala móvel*. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959, pág. 34 - 41.

<sup>3</sup> **WALD, ARNOLDO**. A Teoria da Moeda de Tullio Ascarelli e suas Repercussões no Direito Brasileiro, *RDM*, n. 38, pág. 47.

<sup>4</sup> A esse respeito, ver: **J. Y. CHANG TONG**, *A Bigamia Monetária*, Rio de Janeiro, Apec, 1980.



IPC, o BTN, a TR, a UFIR, a URV etc., enquanto funcionavam como moedas de pagamento os cruzados, os cruzeiros (antigos e novos) e os reais.

**36.** Atualmente, nos termos da Constituição vigente, cabe à União Federal baixar as normas referentes à moeda, seja ela moeda de pagamento ou moeda de conta, abrangendo, pois, os indexadores, seus limites, critérios e prazos de aplicação. Em relação a estes, admite-se, todavia, uma faixa relativamente ampla de liberdade das partes, de acordo com o princípio da autonomia da vontade assegurada pelo artigo 5º, inciso II, da Constituição, de acordo com o qual “ninguém” será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

**37.** O preço fixado em determinado contrato e a sua indexação, portanto, podem ser determinados prévia e livremente, adotando as partes qualquer índice que não esbarre nas normas de direito monetário, que são de ordem pública. Logo, para que um critério de correção possa ser validamente adotado em determinado contrato é necessária a verificação das normas que disciplinam a matéria na economia nacional, considerando-se válidos e legítimos os índices que não forem vedados ou proibidos por lei.

**38.** No presente caso, passaremos a analisar a evolução legislativa das normas de Direito Monetário que versam tanto sobre a moeda como *unidade de conta* ou *instrumento de valor*, quanto em relação à moeda como *meio de pagamento*, para concluirmos pelo cabimento do uso de moeda estrangeira, no Direito pátrio, como indexador ou moeda de conta.

#### **A.2. O Direito brasileiro e a distinção entre cláusula de pagamento em moeda estrangeira e de pagamento em moeda nacional, conforme o valor da moeda estrangeira**

**39.** Jamais houve, na ordem jurídica brasileira, vedação à utilização da assim chamada cláusula valor de divisa estrangeira, de acordo com a qual o pagamento convencionado deve ser realizado em moeda nacional, aplicando-se, todavia, a correção cambial, ou seja, funcionando a moeda estrangeira como unidade de conta.

**40.** Em primeiro lugar, ressalta-se aqui que o Código Civil de 1916, na sua versão originária, permitia a convenção de pagamento em moeda estrangeira (art. 947, § 1º). Idêntico havia sido,



aliás, o tratamento conferido à matéria, ainda no Século XIX, pelo Código Comercial de 1850 (art. 431). Transcrevem-se os dispositivos legais em questão:

*“Art. 947, Código Civil de 1916: “O pagamento em dinheiro, sem determinação da espécie, far-se-á em moeda corrente no lugar do cumprimento da obrigação.*

*§ 1º É, porém, lícito as partes estipular que se efetue em certa e determinada espécie de moeda, nacional, ou estrangeira”.*

*“Art. 431, Código Comercial de 1850 (revogado): “O credor não pode ser obrigado a receber o pagamento em lugar diferente do ajustado, nem antes do tempo do vencimento; nem a receber por parcelas o que for devido por inteiro, salvo:*

*1 - Sendo ilíquida a quantia restante.*

*2 - Quando se devem somas e prestações distintas, ou provenientes de diversas causas ou títulos.*

*3 - Se a obrigação é divisível por direito, como nas partilhas de credores, sócios ou herdeiros.*

*4 - Nas execuções judiciais, quando os bens executados não chegam para o total pagamento.*

*Se a dívida for em moeda metálica, na falta desta o pagamento pode ser efetuado na moeda corrente do país, ao câmbio que correr no lugar e dia do vencimento; e se, havendo mora, o câmbio descer, ao curso que tiver no dia em que o pagamento se efetuar; salvo tendo-se estipulado expressamente que este deverá ser feito em certa e determinada espécie, e a câmbio fixo”.*

**41.** Posteriormente, o Decreto nº 23.501, de 27.11.1933, estipulou, nos seus arts 1º e 2º:

“Art. 1º. 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. 2º. A partir da publicação deste decreto, 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”. (grifamos)

**42.** Verificamos, assim, que, inspirado na jurisprudência e na doutrina francesa e na Joint Resolution norte-americana, o Decreto nº 23.501/1993 somente 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.



43. Ora, atualmente a cláusula valor divisa não afeta o regime de curso forçado da moeda, nem importa em recusá-lo, como meio de pagamento, pelo seu valor legal. Tal somente ocorria, podia ocorrer, no passado, quando existia valor legal da moeda nacional em relação ao ouro e/ou às principais divisas estrangeiras.

44. Mesmo na vigência do Decreto n.º 23.501/33, parcela substancial da doutrina privatista brasileira advertiu que o diploma legal não proibía a cláusula de vinculação à moeda estrangeira: vedava, isto sim, tão-somente aquela na qual as partes tivessem convencionado o pagamento *efetivo* em determinado tipo de moeda.

45. Nesse sentido, **HAROLDO VALLADÃO** provou que o Decreto n.º 23.501/33 não proibira as cláusulas de pagamento em moeda estrangeira e, *a fortiori*, a cláusula valor divisa:

*“A expressão ‘particular kind of coin or currency’, que no art. 1º do Decreto nº 23.501 aparece ‘determinada espécie de moeda’ (tal como no artigo 431 fine do Código Comercial e 947, parágrafo 1º do Código Civil) não significa ali, nem poderia significar aqui, uma simples dívida em moeda estrangeira, mas certa qualidade na moeda nacional ou estrangeira, como a libra ouro ou o mil réis da estabilização de Washington Luís. (grifamos)*

[...]

*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”.*<sup>5</sup>

46. Já em 1955, defendíamos a licitude da cláusula de escala móvel em raciocínio que se aplica à variação cambial, por entender que ela não restringia o curso forçado da moeda corrente nacional, escrevendo que:

*“Fica pois evidenciado que da ilicitude da cláusula ouro e da cláusula de pagamento em determinada espécie de moeda não se pode deduzir a nulidade da cláusula de escala móvel. Por outro lado, a cláusula de escala móvel não ‘restringe nos seus efeitos o curso forçado do mil réis papel’. Efetivamente, já conceituamos o curso forçado como inconvertibilidade do papel-moeda. Decretando o curso forçado, o Estado dispensa o banco emitente de trocar por ouro as notas emitidas. Não há dúvida que a escala móvel funcionando apenas para fixar o montante da dívida, o pagamento será feito em cruzeiros papel (hoje reais), não havendo violação dos dispositivos legais que impuseram o curso forçado.*

<sup>5</sup> **VALLADÃO, HAROLDO.** Dívidas em moeda estrangeira e cláusula ouro, *Revista Jurídica*, n. 7, pág. 88/89, e *Estudos de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1947, pág. 256-257.



*O artigo 2º do mencionado decreto veda ‘nos contratos exequíveis no Brasil, a estipulação de pagamento em moeda que não seja a corrente pelo seu valor legal’. Ora, na cláusula de escala móvel, o pagamento será feito em cruzeiros, pelo seu valor legal, fixando-se apenas o quantum do débito de acordo com um índice previamente escolhido pelas partes. Não há pois restrição a fazer à cláusula de escala móvel com base na proibição da cláusula ouro pelo Decreto nº 23.501”<sup>6</sup>.*

**47.** Posteriormente, a matéria foi objeto de vários e sucessivos textos legislativos, até que foi regulada por meio do Decreto-lei nº 857, de 11.09.1969, que está atualmente em vigor, e que, retomando a terminologia do Decreto nº 23.501/1933, determinou:

*Art. 1º. “São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro.*

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

*I - aos contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias;*

*II - aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações 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”.*

**48.** Em nenhum dos dois textos legais acima transcritos há vedação de utilização da cláusula de pagamento em moeda nacional de acordo com a variação da moeda estrangeira, pois a mencionada cláusula não recusa, nem restringe, o curso legal do real. Tudo o que existe é a vedação à previsão contratual de efetuação do pagamento em moeda estrangeira, o que de fato estaria em desconformidade com o regime de curso forçado da moeda, contexto no qual a proibição de uso da moeda estrangeira como meio de pagamento (não como unidade de conta) constitui ferramenta essencial.

<sup>6</sup> WALD, ARNOLDO. A cláusula de escala móvel, Op. cit., pág. 145-146.



49. Assim, desapareceram as razões, já discutíveis no passado, pelas quais parte da doutrina e da jurisprudência costumava considerar vedada a cláusula de correção cambial. Ao mesmo tempo, deixaram de existir as restrições administrativas para o seu uso nas operações financeiras internas, sobretudo em virtude do art. 2º do próprio Decreto-Lei n.º 857/1969, que adotou uma concepção econômica – e não jurídica – do repasse<sup>7</sup>, o que será objeto de exame pormenorizado, adiante, no item B.2.

50. Note-se que encontram pleno respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (i) a distinção entre as acima referidas modalidades de pactuação (moeda estrangeira como instrumento valorativo ou unidade de conta e como meio de pagamento) e (ii) o juízo individualizado em torno da licitude, no Direito pátrio, de cada uma destas.

51. É o que se depreende, afinal, do inteiro teor dos julgados deste Egrégio Tribunal – oriundos tanto da Terceira Turma quanto da Quarta Turma – cujas ementas a seguir se transcrevem:

*“AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. IRRESIGNAÇÃO DA PARTE AUTORA.*

(...)

*2. Nos termos da jurisprudência do STJ, são legítimos os contratos celebrados em moeda estrangeira, desde que o pagamento se efetive pela conversão em moeda nacional. Precedentes.*

*3. Agravo interno desprovido.”*

(AgInt nos EDcl no AREsp 1049346/GO, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 27/06/2018) (grifamos)

*“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. PREÇO FIXADO EM DÓLAR AMERICANO. DESVALORIZAÇÃO DO REAL. CONTRATAÇÃO EM MOEDA ESTRANGEIRA. LEGITIMIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. VARIAÇÃO CAMBIAL. REVISÃO DE PROVAS E DE CLÁUSULA CONTRATUAL. SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. NÃO IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. SÚMULA N. 283 DO STF.*

<sup>7</sup> WALD, ARNOLDO. Da licitude da cláusula de correção monetária nas operações de arrendamento mercantil. In: *Revista de Informação Legislativa*, vol. 21, n.º 83, jul./set. 1984, pág. 309-344.



***1. São legítimos os contratos celebrados em moeda estrangeira, desde que o pagamento seja efetuado mediante a conversão em moeda nacional. Incidência da Súmula n. 83 do STJ. (...)***

(AgRg no REsp 1322899/SE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 03/11/2015) (grifamos)

**52.** Aliás, o próprio Min. Sidnei Beneti, subscritor do Parecer apresentado recentemente com o intuito de respaldar a tese central do Recurso Especial dos Devedores, já se posicionou favoravelmente à plena licitude de contratação de pagamento de pecúnia em moeda estrangeira:

***“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. COMPRA E VENDA DE MATÉRIA PRIMA. FORNECIMENTO DE PRODUTO DE MÁ QUALIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE PROVA. DESCABIMENTO. SÚMULA STJ/7. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA STJ/211. CONTRATAÇÃO EM MOEDA ESTRANGEIRA. POSSIBILIDADE. CONVERSÃO EM MOEDA NACIONAL PELA DATA DO EFETIVO PAGAMENTO. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA A PARTIR DO VENCIMENTO DE CADA FATURA.***

(...)

***V - Em se tratando de obrigação constituída em moeda estrangeira, a sua conversão em moeda nacional deve ocorrer na data do efetivo pagamento, incidindo os juros de mora e a atualização monetária a partir do vencimento de dada fatura. Precedentes.***

***VI - Recurso Especial improvido.”***

(REsp 1212847/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 21/02/2011) (grifamos)

**53.** Portanto, a jurisprudência desta Corte reconhece a distinção entre moeda como unidade de conta e moeda como meio de pagamento, assim como chancela o uso da moeda estrangeira como instrumento valorativo, por meio da cláusula de variação cambial.

**54.** Isso posto, passa-se a analisar a validade e a eficácia da cláusula de variação cambial inserta, especificamente, no contrato de repasse de recursos externos. Para tanto, discorreremos, antes, acerca da natureza jurídica e das peculiaridades dessa espécie contratual.

## (B) DO CONTRATO DE REPASSE DE RECURSOS EXTERNOS

### B.1. Natureza jurídica: contrato internacional por acessoriedade. Risco é pressuposto do negócio.

55. O contrato de repasse de recursos externos, que ficou popularmente conhecido como “Operação 63”<sup>8</sup>, caracteriza-se como espécie de mútuo bancário vinculado à captação de recursos no exterior.

56. Nesse sentido, **LUIZ ALFREDO PAULIN** explicita a sistemática dessa modalidade contratual:

“Por meio desta operação, instituição financeira está autorizada a captar recursos no exterior. Em função desta captação, este ente poderá mutuar no mercado interno recursos em moeda nacional equivalentes aos recursos estrangeiros internalizados. Nestes mútuos a instituição está autorizada a cobrar do tomador a variação cambial correspondente, acrescida do custo original da operação, além, obviamente, de sua remuneração”<sup>9</sup>.

57. Tratam-se, aqui, de duas relações contratuais independentes: uma relacionada com o contrato de financiamento entre as instituições financeiras brasileira e estrangeira, que representa o empréstimo no exterior com a finalidade de repasse para as empresas nacionais; e outra referente ao contrato de financiamento entre a instituição financeira brasileira e a empresa nacional tomadora do crédito, que nada mais é senão um contrato de mútuo interno. Forma-se, assim, uma **coligação contratual**, na definição de **COMPARATO**<sup>10</sup>.

58. **DIÓGENES SOBREIRA** bem apontava para a posição contratual do banco repassador, que transfere a terceiros a posição assumida por uma das partes na negociação originária, típico de um processo evolutivo da sucessão de direitos, no caso *inter vivos*<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> O contrato de repasse auferiu referida denominação por ter sido autorizado, pela primeira vez, pela já revogada Resolução BACEN nº 63, de 21.8.67.

<sup>9</sup> **PAULIN, LUIZ ALFREDO**. Breves anotações sobre o contrato de mútuo (empréstimo) bancários, repasse de recursos externos, repasse de recursos internos e financiamento. In: *Revista dos Tribunais*, ano 91, nº 798, abr./2002, pág. 88.

<sup>10</sup> **COMPARATO, FÁBIO KONDER**. O repasse bancário de recursos externos. In: *Revista de Direito Mercantil*, vol. 28, nº 76, out./dez. 1989, págs. 49-53.

<sup>11</sup> **SOBREIRA, DIÓGENES SETTI**. Conceituação jurídica das operações de repasse de recursos internos e externos. In: *Revista dos Tribunais*, nº. 581, mar./1984, pág. 265.

**59.** Importante destacar que a coligação entre os contratos engloba uma ideia mais *econômica* do que *jurídica*. Essa interpretação econômica e realista é importante para que se possa definir e justificar o repasse dos recursos externos para o tomador local. Nesse sentido, **PONTES DE MIRANDA** já ponderava:

*“A expressão 'repasse' é de terminologia de caixas, e não de negócios jurídicos. Não há negócio jurídico de repasse, pôsto que se possa prometer operação de repasse. Quem repassa põe noutra lugar o que passou em algum lugar”*.<sup>12</sup>

**60.** Portanto, é certo que o contrato de repasse guarda vínculo de *derivação* ou *coligação* – repita-se, desde o prisma *econômico* – com o contrato entabulado entre a instituição financeira brasileira e o mutuante externo. E, do mesmo modo e pela mesma ordem de razão, não pairam dúvidas acerca do caráter *internacional* da avença entre o banqueiro brasileiro e o financiador no estrangeiro.

**61.** Afinal de contas, ante a ausência de escolha, pelo legislador brasileiro, de um critério literal e exposto a ser adotado para o fim de identificar a dita *internacionalidade* do contrato, leciona a doutrina internacional-privatista que se deve qualificar como internacional o negócio jurídico que

*“[...] por alguns dos seus elementos ou por algumas das suas circunstâncias se encontre em contato com mais de uma ordem jurídica e que se desenvolva dentro do âmbito de eficácia possível de várias ordens jurídicas”*.<sup>13</sup>

**62.** Nesse contexto, naturalmente, o aspecto *econômico* da transação reveste-se de precedência – relativamente a quesitos tais como, p.ex., o domicílio das partes ou a não coincidência dos locais (i) de assinatura da avença e (ii) da performance das respectivas obrigações –, caracterizando-se como o *mais relevante* critério para a aferição da internacionalidade do contrato<sup>14</sup>. Como ensina **MARISTELA BASSO**,

<sup>12</sup> **PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI**. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, t. LII, § 5.449.2, pág. 204.

<sup>13</sup> **MACHADO, JOÃO BAPTISTA**. Lições de direito internacional privado. – 3. ed. – Coimbra: Almedina, 1997, págs. 11 e ss.

<sup>14</sup> **LEONARDO GOMES DE AQUINO**. A internacionalidade do contrato. In: *Revista de Direito Privado*, vol. 31, jul./2007, págs. 119 e ss.



*“[...] o “efeito internacionalizante” de um contrato dá-se em decorrência da produção de efeitos simultâneos em mais de um ordenamento jurídico e de aspectos econômicos, relativos ao fluxo e refluxo transfronteiriço de bens, valores e capitais”.*<sup>15</sup>

**63.** Ora, o caráter transfronteiriço da circulação de riquezas promovida pelo contrato entre a instituição financeira brasileira e o mutuante externo afigura-se, aqui, evidente.

**64.** Sendo o contrato de repasse um contrato coligado ou derivado de um contrato internacional, verifica-se que **a obrigação entre a empresa tomadora do empréstimo no Brasil e o banco é um contrato internacional por acessoriedade ou equiparação.**<sup>16</sup> Engloba as relações contratuais entre pessoas nacionais, cujo objeto é a alteração de contrato subjetivamente (e economicamente) internacional.<sup>17</sup>

**65.** Note-se, ademais, que essa ampliação do conceito de contrato internacional por acessão ou derivação tem antecedentes, desde há muito, no Direito Comparado, o que aqui se refere, por exemplo, com amparo jurisprudência consolidada pela Corte de Cassação francesa, no sentido de que

*“[...] o caráter internacional de uma transação não depende necessariamente do domicílio das partes, nem do lugar do pagamento, mas da sua natureza e de todos os elementos que podem ser levados em conta para imprimir à transferência de fundos um caráter que ultrapassa o campo da economia nacional.”*<sup>18</sup>

**66.** A bem da verdade, afigura-se correto afirmar que, por força do teor do rol do art. 2º do Decreto-Lei n.º 857/1969, os contratos internacionais tiveram a sua conceituação ampliada, na ordem jurídica brasileira, para abranger: (1) as operações objetivamente internacionais, isto é, exportação, importação, financiamento, garantia de exportações e compra e venda de câmbio; (2) as operações subjetivamente internacionais, nas quais uma das partes é residente ou domiciliada no exterior; e (3) finalmente, os contratos internacionais por acessoriedade, quais

<sup>15</sup> **BASSO, MARISTELA.** Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática. – 2. ed., rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1998, pág. 293.

<sup>16</sup> **CHACEL, SIMONSEN e WALD, ARNOLDO.** Correção Monetária. Rio de Janeiro, Apec, 1970, pág. 25.

<sup>17</sup> **XAVIER, ALBERTO ET ALL..** Estudos Jurídicos sobre Investimento Internacional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, pág. 18.

<sup>18</sup> **WALD, ARNOLDO.** A cláusula de escala móvel, Op. cit., pág. 53.





sejam, abrangentes da cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação dos contratos cuja internacionalidade seja de ordem subjetiva ou objetiva.

**67.** Veja-se o texto legal dos arts. 1º e 2º do referido Decreto-Lei n.º 857/1969:

*“Art 1º. São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro.*

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

*I - aos contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias;*

*II - aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações 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.”*

**68.** Portanto, não há dúvida sobre a categorização do contrato de repasse de recursos externos como contrato internacional por derivação ou coligação, isto é, por acessoriedade, tomando-se, por um lado, o critério econômico de caracterização da internacionalidade do contrato. Por outro, é igualmente clara a qualificação do contrato de repasse de recursos externos como internacional, por equiparação legal, nos termos do art. 2º, IV e V, do Decreto-Lei n.º 857/1969, cuja aplicabilidade ao caso em exame analisa-se no tópico a seguir.

**69.** Por derradeiro, não se pode perder de vista que o **risco** é um elemento essencial de muitos negócios bancários, sobretudo do repasse, até porque, como cediço, o crédito é – e sempre será – volátil.

**70.** Não por outro motivo, o Superior Tribunal de Justiça tem manifestado seu entendimento no sentido de que determinadas operações pressupõem um elevado risco para uma das partes



contratantes, que é de seu pleno conhecimento desde antes da celebração do contrato, de modo que cabe a ela suportar os ônus e bônus que eventualmente decorram do negócio entabulado.

71. É o que sucede, por exemplo, com o mercado de derivativos, cabendo destacar o seguinte excerto do voto condutor do Ministro **MASSAMI UYEDA**, cujos fundamentos e conclusões são aplicáveis ao caso vertente:

“Dessa forma, no investimento em fundos derivativos, **principalmente os vinculados ao dólar-americano, é ínsito o alto grau de risco**, tanto para grandes ganhos, como para perdas consideráveis. **Aqueles que se encorajam a investir em fundos arrojados estão cientes dos riscos do negócio**, caso contrário depositariam suas reservas investimentos mais conservadores, como, por exemplo, na poupança.

(...)

Não se pode olvidar, ainda, que nos idos de 1.999, a economia nacional passava por profundas transformações, o que, por si só, ressalta o conhecimento por parte dos consumidores dos riscos desse tipo de aplicação financeira”<sup>19</sup>.

72. Logo, o risco é ínsito à natureza do negócio de repasse, que, não por outra razão, foi celebrado entre parte qualificadas e instruídas, como sói ocorrer com todos os investidores que atuam no mercado financeiro e de capitais e se utilizam dos instrumentos contratuais de direito bancário.

## **B.2. Validade da cláusula de variação cambial no contrato de repasse**

73. Assim como já havíamos nos manifestado anteriormente em 3 (três) pareceres jurídicos acostados a estes autos, não há nulidade de pleno direito da cláusula de variação cambial no contrato de repasse.

74. Muito ao contrário: **a cláusula de variação cambial inserida no contrato de repasse de recursos externos é, sim, válida e eficaz, porque há norma vigente a respaldá-la, qual seja, o anteriormente mencionado Decreto-Lei n. 857/1969**, o qual foi recepcionado como lei federal ordinária pela atual ordem constitucional, como se verá adiante.

<sup>19</sup> **Recurso Especial 1.003.893/RJ**, Rel. Ministro **MASSAMI UYEDA**, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 08/09/2010.



75. A bem da verdade, como já se demonstrou nas ocasiões prévias, o Decreto-Lei n.º 857/69 apenas cuida de regulamentar as hipóteses de curso forçado da moeda, e não a hipótese de ser adotada a moeda estrangeira como indexador de contratos<sup>20</sup>.

76. De qualquer sorte, **a entrada em vigor do Plano Real**, no ano de 1994, a despeito de ter afetado o regime de indexação da variação cambial, **não acarretou a revogação do Decreto-Lei n.º 857/69**, que permanece plenamente em vigor. De fato, ponderam com acerto Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Sidnei Beneti que, quando da entrada em vigor do Plano Real, a lei que o instituiu, a saber, a Lei n.º 8.880/94, no seu art. 6º, fixou que:

“É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, **exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil** celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior”. (grifamos)

77. Ainda que haja clara distinção entre os contratos de arrendamento mercantil e os contratos de repasse aqui tratados, apontadas em relevante jurisprudência desta Corte que será analisada mais adiante neste Parecer, fato é que a mencionada lei não revogou expressamente o Decreto-Lei n.º 857/69<sup>21</sup>. Consequentemente, a contratação de reajuste vinculado à variação cambial continua sendo válida para os contratos de arrendamento mercantil, bem como para as hipóteses do Decreto-Lei n.º 857/69.

78. Tanto é verdade, que o saudoso Min. Ruy Rosado, parecerista dos Devedores, confirmou a legitimidade de pactos celebrados em moeda estrangeira em precedente julgado em 1997, ou seja, quando o Plano Real já vigorava:

**“MOEDA ESTRANGEIRA. DÓLAR. VALIDADE DO PACTO. ADMITE-SE A VALIDADE DA CLAUSULA QUE UTILIZA A MOEDA ESTRANGEIRA PARA DEFINIR A OBRIGAÇÃO A**

<sup>20</sup> Neste sentido decidiu, já há longo tempo, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n.º 73.635/GB, cuja ementa do acórdão é a seguinte: “I. Notas Promissórias. Pacto Adjetivo, fixando seu valor em conformidade com a estimação do dólar à época do vencimento. II. Nulidade da cláusula. **Inocorre porque se valeram as partes de mero critério, semelhante à correção monetária, não proibido nem pelo D. 21.316-32 e legislação que o seguiu, pertinente à vedação ali estatuída.** III. Recurso extraordinário conhecido e provido”. (grifamos) (STF, Recurso Extraordinário n.º 73.635/GB, Rel. Min. **THOMPSON FLORES**, julgado em 12 de abril de 1973. Disponível em: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n.º 65, jul./set. 1973, pág. 446).

<sup>21</sup> Art. 43 do Decreto-Lei n.º 857/69: “Observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 17, no § 5º do art. 20, no § 1º do art. 21 e nos §§ 3º, 4º e 5º do art. 27 desta lei, ficam revogados o art. 31 e o § 7º do art. 41 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, os arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 7º e 9º da Lei n.º 8.542, de 23 de dezembro de 1992, a Lei n.º 8.700, de 27 de agosto de 1993, os arts. 1º e 2º da Lei n.º 8.676, de 13 de julho de 1993, e demais disposições em contrário”.



**SER PAGA NO EXTERIOR, SENDO PEDIDO, NA AÇÃO DE COBRANÇA, O PAGAMENTO EM MOEDA NACIONAL. ALEM DISSO, A NULIDADE DA CLAUSULA, NO CASO DOS AUTOS, IMPLICARIA O ENRIQUECIMENTO INJUSTO DO DEVEDOR. DL. 857/69. RECURSO NÃO CONHECIDO.**

(REsp 33.992/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 24/06/1997, DJ 25/08/1997, p. 39374) (grifamos)

**79.** Em seu voto, o Min. Ruy Rosado pontuou que a 3ª Turma da Corte havia se debruçado em mais de uma situação parecida e concluíra pela legitimidade desse tipo de avença, *verbis*:

“A eg. 3ª Turma deste Tribunal enfrentou mais de uma vez situação assemelhada e admitiu a legitimidade de pacto celebrado em moeda estrangeira: “legítimo é o pacto em moeda estrangeira, desde que o pagamento se efetive pela conversão em moeda nacional (REsp. 78.838/SP, rel. em. Min. Waldemar Zveiter. No mesmo sentido: REsp. 36120/SP, 3ª Turma, rel. em. Min. Waldemar Zveiter).”

**80.** Outrossim, o Decreto-Lei nº 857/69 consiste justamente na “*autorização por lei federal*” à qual alude o citado artigo 6º da Lei n. 8.880/94.

**81.** Em primeiro lugar porque, como ensinam **CANOTILHO e VITAL MOREIRA**<sup>22</sup>, aplica-se o princípio da continuidade do ordenamento jurídico, de modo que as regras integrantes da ordem jurídica anterior à Constituição vigente são por ela incorporadas e se presumem compatíveis com o texto constitucional, salvo declaração judicial em sentido contrário. E, no caso, a normativa do Decreto-Lei n. 857/1969 em nada confronta com a Constituição de 1988.

**82.** Ademais, por força do art. 59 da Constituição, o citado Decreto-Lei foi recebido pela atual ordem constitucional como lei federal ordinária, mesmo porque seu regramento **não** se insere no âmbito de matérias afetas à lei complementar.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> **CANOTILHO, J. J. GOMES, MOREIRA, VITAL MARTINS.** Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, págs. 253-254.

<sup>23</sup> Vide, a título ilustrativo: “DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ANP – AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA. **RECEPÇÃO DE DECRETO COMO LEI ORDINÁRIA PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988.** OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. **1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o Decreto-Lei nº 395/1938 foi recepcionado como lei ordinária pela ordem constitucional vigente**, de modo que a ANP (Agência Nacional do Petróleo) e o DNC (Departamento Nacional de Combustíveis) podem atuar e aplicar multa. Precedentes. 2.

**83.** Portanto, divirjo do que sustentaram os em. Ruy Rosado de Aguiar Junior e Sidnei Beneti, nos pareceres respectivos, acerca das normas dos arts. 1º e 2º do Decreto-Lei n. 857/1969, que não contrariam a Lei do Plano Real (Lei n. 8.880/94); ao contrário, o Decreto-Lei n. 857/69 complementa a Lei n. 8.880/94. Consequentemente, não há que se falar em nulidade de pleno direito da cláusula de variação cambial no caso em apreço.

**84.** Tendo em vista que o contrato de repasse de recursos no exterior é um contrato internacional por derivação ou acessoriedade, como visto anteriormente, conclui-se que a variação cambial pode e deve ser aplicada, por força de lei (art. 2º do Decreto-Lei nº 857/69, em conjunto c/ o art. 6º da Lei nº 8.880/94, o art. 27 da Lei nº 9.069/95 e o art. 1º da Lei nº 10.192/2001) e das disposições do Conselho Monetário Nacional e do BACEN que cuidam do assunto, tais como a Resolução 63/BACEN, que disciplinava a operação entabulada entre as partes ao tempo da sua pactuação.

**85.** Nesse exato sentido é a jurisprudência deste egrégio Superior Tribunal de Justiça. Veja-se, por exemplo, o Recurso Especial n. 1.363.814/PR, recente julgado de lavra do Ministro Moura Ribeiro, que se amolda precisamente à situação da consulta:

*“[...] Conforme consignado na sentença, o contrato em discussão é um Contrato de Mútuo Para Repasse de Empréstimo Externo Amparado pela Resolução 63 do Banco Central do Brasil, cuja cláusula 04.3 estabelece que a variação cambial deveria ser suportada exclusivamente pela creditada, no caso, LUCYR.*

*Veja-se: se ocorrer elevação da taxa cambial desde a época do depósito prévio até a data de vencimento da obrigação no exterior, a CREDITADA obriga-se a complementar tal depósito, de modo que a importância depositada em Reais (R\$) seja suficiente à cobertura da remessa da moeda estrangeira ao exterior e das despesas e tributos dela decorrentes (e-STJ, fl. 2.624).*

*A instituição financeira, nesse tipo de contrato, atua, portanto, como mera intermediária e, dessa forma, não parece razoável que possa suportar a socialização dos prejuízos decorrentes da maxidesvalorização do real frente ao dólar, tal como acontece nos contratos de arrendamento mercantil.” (grifamos)*

---

Agravo interno a que se nega provimento. (ARE 1039542 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 26/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 07-11-2018 PUBLIC 08-11-2018) (grifou-se)



**86.** *Data concessia venia* do entendimento esposado pelo Min. Sidnei Beneti em seu parecer, não se está a tratar, aqui, de “*overruling de jurisprudência*”; ao contrário, fazendo-se o *distinguishing* entre os julgamentos, tal como apregoado pelo il. jurista, conclui-se que o precedente acima invocado, do Min. Moura Ribeiro, analisou situação idêntica à da Consulta, diferentemente dos demais precedentes aos quais o parecer do Min. Beneti fez referência, que não se amoldam à moldura fática aqui debatida.

**87.** Observe-se que, de forma análoga ao precedente citado, o contrato de repasse que ensejou a disputa entre as partes contém previsões expressas que alocam o risco (i) da variação cambial e (ii) da alteração na alíquota do imposto de renda sobre a remessa de juros ao exterior exclusivamente para o devedor:

*“1.4. (...) Esta assunção de obrigações é contratada com o devedor em moeda estrangeira em que estão denominadas as obrigações assumidas, **respondendo o devedor pela variação cambial sobre o valor do repasse**, ficando entendido que conseqüentemente, o valor da moeda nacional do repasse será automaticamente reajustada conforme variação da taxa cambial norte-americana, observado o disposto na cláusula 1.3. (...)*

*1.6. **Correrão por conta do DEVEDOR quaisquer ônus fiscais decorrentes deste contrato**, inclusive encargos financeiros ou empréstimos compulsórios que vierem a ser exigidos pelas autodiades monetárias sobre a transferência do valor do empréstimo e seus acessórios, bem como, **alteração na alíquota do imposto de renda sobre a remessa de juros ao exterior**”.* (grifamos)

**88.** De se salientar, ainda, que o precedente de lavra do Min. Moura Ribeiro diferencia, textualmente, a situação dos mútuos para repasse e dos arrendamentos mercantis, sendo que apenas no caso dos últimos é possível falar-se em “socialização dos prejuízos” entre os contratantes em virtude de desvalorização cambial. Aqui reside um dos pontos nodais que o Parecer do Min. Beneti, apresentado pelos Devedores, deixou de distinguir, daí porque, como se verá adiante, a teoria da imprevisão continua não tendo lugar.

**89.** De mais a mais, resta, a nosso ver, plenamente demonstrada a validade da cláusula de variação no Contrato examinado.

**(C) DA INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO AO LITÍGIO EM  
EXAME: O DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

**C.1. Posição tradicional da doutrina privatista brasileira**

**90.** A Teoria da Imprevisão, adormecida ao longo do século XIX, ressurgiu no Brasil ao longo do século XX, ainda que de forma tímida. **ARNOLDO MEDEIROS**, em obra pioneira, procurou extrair o fundamento legal para sua aplicação já no Código Civil de 1916<sup>24</sup>.

**91.** Desde então, consolidou-se o entendimento de que a imprevisão e a onerosidade excessiva exprimem “conceitos amortecedores” com o condão de relativizar o princípio *pacta sunt servanda*, e, uma vez verificada situação imprevisível e extraordinária, fica autorizada a readequação judicial do conteúdo da avença<sup>25</sup>. Trata-se, pois, de instrumento de justiça contratual ao permitir a mitigação da insegurança monetária e o cumprimento de futuras prestações.

**92.** Foi nesse sentido também que a edição do Código Civil de 2002 insculpiu no ordenamento jurídico brasileiro previsão *expressa* acerca da resolução e da repactuação contratual por aplicação da Teoria da Imprevisão<sup>26</sup>:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. (grifamos)

**93.** Assim, tem-se que o legislador optou por dar guarida à teoria, estabelecendo, para tanto, dois requisitos elementares para a configuração da onerosidade excessiva: (a) a existência de

<sup>24</sup> A esse respeito, ver: **FONSECA, ARNOLDO MEDEIROS DA**. Caso fortuito e teoria da imprevisão. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

<sup>25</sup> Confira-se nesse sentido: **PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA**. Instituições de Direito Civil. – 19. ed. – São Paulo: Editora Forense, 2015; **WALD, ARNOLDO**. Direito Civil: Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015; **GOMES, ORLANDO**. Contratos. 26. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007; e mais antigamente **CAMPOS, FRANCISCO**. Direito civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956; **PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA**. Cláusula ‘rebus sic stantibus’. In: *Revista Forense*, n.º 92, out./1942, pág. 797-800.

<sup>26</sup> Note-se que a positivação do texto do art. 478 do Código Civil de 2002 operou-se como consagração acerca do regime da cláusula “rebus sic standibus”, que, na vigência do Código Civil de 1916, a jurisprudência brasileira já havia consolidado, a despeito da ausência de previsão a esse respeito.

acontecimento extraordinário e imprevisível; e (b) o embobecimento de uma parte em razão de tal acontecimento e o correspondente enriquecimento injustificado da outra.

**94.** Diante dos parâmetros legais positivados, a verificação de fator extraordinário e também imprevisível é o primeiro requisito ensejador da aplicação da Teoria da Imprevisão. E, a esse respeito, a doutrina nacional, ao enfrentar os requisitos de extraordinariedade e imprevisibilidade como causa de desequilíbrio contratual, tem entendido ser necessário fator modificativo externo à álea normal do negócio pactuado e cuja previsibilidade não era possível no momento da celebração da avença.

**95.** Como leciona **ORLANDO GOMES**:

“Requer-se o concurso de extraordinariedade e da imprevisibilidade. Não basta que o acontecimento seja extraordinário, porque se suscetível de previsão, descabe resolução. Não basta que seja imprevisível, porque, sendo normal, pouco importa que as partes não o tenham previsto. Enfim, se a onerosidade excessiva decorre de acontecimento extraordinário e imprevisível, que dificulte extremamente o cumprimento da obrigação, o devedor, que se sacrificaria com a execução tem a faculdade de promover a resolução do contrato”<sup>27</sup>. (grifamos)

**96.** Acrescenta **CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA** que:

“Nunca haverá lugar para aplicação da teoria da imprevisão naqueles casos em que a onerosidade excessiva provém da álea normal e não do acontecimento imprevisito, como ainda nos contratos aleatórios, em que o ganho e a perda não podem estar sujeitos a um gabarito predeterminado”<sup>28</sup>. (grifamos)

**97.** Ademais, a doutrina nacional sempre reputou necessária a verificação de onerosidade excessiva para uma das partes contratantes em caráter cumulativo com a correspondente extrema vantagem para a outra<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> **GOMES, ORLANDO**. Contratos. – 26. ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, pág. 215.

<sup>28</sup> **PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA**. Instituições de direito civil. Vol. III. – 19. ed. – São Paulo: Forense, 2015, pág. 145.

<sup>29</sup> “O NCC, contudo, inovou ao incluir, como requisito objetivo para aplicação do instituto, o critério da *extrema vantagem* para a parte que não sofre os prejuízos pela alteração imprevisível das circunstâncias do contrato. Para o NCC, portanto, não basta que as obrigações assumidas pela parte prejudicada tenham se tornado excessivamente onerosas. Faz-se necessário, agora, comprovar que a outra parte foi beneficiada de forma excessiva



## C.2. Repertório jurisprudencial

**98.** Nos mais diversos momentos históricos, o STJ tem mantido interpetração coerente quanto à aplicação da Teoria da Imprevisão. Nesse sentido, no período de alteração da política cambial nacional, em que o BACEN deixou de aplicar a estratégia de paridade real-dólar americano, o STJ por diversas vezes foi confrontado com pretensões de revisão contratual fundados na referida teoria.

**99.** Nesse contexto, decidiu esta eg. Corte Superior, em caso no qual buscava-se a responsabilização da União e do BACEN em razão da alteração da política cambial, que esta **NÃO** constituiria fato imprevisível ou extraordinário, como precisamente endereçado por voto do Min. **LUIZ FUX**:

“Trata-se, originariamente, de ação ordinária de indenização ajuizada pela empresa, ora recorrente, objetivando a responsabilização objetiva da União e do BACEN pelos prejuízos sofridos, tendo em vista as obrigações assumidas em moeda estrangeira, em decorrência da maxivalorização do real, frente ao dólar, a partir da liberação de câmbio, ocorrida em 18.01.1999, consubstanciada no Comunicado 6565, da autarquia ré.

[...]

A ciência jurídica-econômica não é mutável e eterna, como não são os ordenamentos voltados à regulação das atividades econômicas sujeitas às mais diversas espécies de injunções internas e internacionais, como guerras, estratégias de proteção de produtos alienígenas, rompimento de relações diplomáticas, etc.

O Estado responde objetivamente pelos seus atos e de seus agentes que nessa qualidade causem a terceiros e, por omissão, quando manifesto o dever legal de impedir o ato danoso, hipótese em que a sua responsabilidade é subjetiva decorrente de imperícia ou dolo.

A ingerência de fatores exteriores aliada à possibilidade de o particular prevenir-se contra esses fatores alheios à vontade estatal, acrescido da mera natureza indicativa da política econômica, revela a ausência de responsabilização do Estado<sup>30</sup>.

**100.** Ilustrativo, ainda, o acórdão de relatoria do Min. **VILLAS BÔAS CUEVA**, datado de 2015, no qual analisou, minudentemente, a questão da maxidesvalorização monetária, afastando a imprevisibilidade em relações contratuais paritárias:

---

pelo mesmo evento imprevisível.” (PUGLIESE, ANTONIO CELSO FONSECA. Teoria da imprevisão e o novo Código Civil. In: **TEPEDINO, GUSTAVO; FACHIN, LUIZ EDSON** (Orgs.). Doutrinas essenciais: obrigações e contratos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. págs. 415-436.)

<sup>30</sup> STJ; REsp nº 549.873-SC; Primeira Turma; Rel. Min. Luiz Fux. J. 10.08.2004; DJe. 25.10.2004.

*“A intervenção do Poder Judiciário nos contratos, à luz da teoria da imprevisão ou da teoria da onerosidade excessiva, exige a demonstração de mudanças supervenientes das circunstâncias iniciais vigentes à época da realização do negócio, oriundas de evento imprevisível (teoria da imprevisão) e de evento imprevisível e extraordinário (teoria da onerosidade excessiva), que comprometa o valor da prestação, demandando tutela jurisdicional específica. 4. O histórico inflacionário e as sucessivas modificações no padrão monetário experimentados pelo país desde longa data até julho de 1994, quando sobreveio o Plano Real, seguido de período de relativa estabilidade até a maxidesvalorização do real em face do dólar americano, ocorrida a partir de janeiro de 1999, não autorizam concluir pela imprevisibilidade desse fato nos contratos firmados com base na cotação da moeda norte-americana, em se tratando de relação contratual paritária”<sup>31</sup>. (grifamos)*

**101.** Mesmo em contextos mais recentes – como a desvalorização do real em razão da crise econômica mundial de 2008 – o STJ tem mantido posição coerente sobre a inaplicabilidade da Teoria da Imprevisão em razão de variações cambiais, como se depreende do seguinte julgado:

*“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. REVISIONAL. COMPRA E VENDA DE FERTILIZANTES. INDEXAÇÃO COM BASE NA MOEDA AMERICANA. RELEVANTE ALTERAÇÃO DO DÓLAR AO FINAL DO ANO DE 2008. TEORIA DA IMPREVISÃO. AFASTAMENTO.*

*[...] A variação ocorrida no valor da moeda americana ao final do ano de 2008, com reflexo no contrato de compra e venda de fertilizantes, indexado com base na variação do dólar americano, não se revela imprevisível a ponto de autorizar o Poder Judiciário, com base na Teoria da Imprevisão, a proceder à sua revisão e alterar o indexador estipulado”<sup>32</sup>. (grifamos)*

**102.** Resta claro, assim, o entendimento da jurisprudência pátria no sentido de que a variação cambial e a desvalorização entre o real e o dólar americano tem se mostrado, ao longo de diversos momentos históricos, acontecimento previsível e ordinário nos contratos indexados em moeda estrangeira, o que afasta o recurso à Teoria da Imprevisão.

<sup>31</sup> STJ; REsp nº 1.321.614-SP; Terceira Turma; Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. J. 16.12.2014; DJe. 03.03.2015.

<sup>32</sup> STJ; AgRg no REsp nº 1.518.605-MT; Terceira Turma; Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. J. 07.04.2016; DJe. 12.04.2016.





**103.** Conseqüentemente, não se está diante de “*juízo que abandonou a numerosa série de precedentes do Superior Tribunal de Justiça*”, muito pelo contrário: se está diante de juízo em consonância com dita jurisprudência, como se logrou demonstrar.

### **C.3. A incidência do marco jurídico em questão ao caso concreto**

**104.** Em face do exposto acima, parece-nos nítido que a pretensão dos Devedores continua sendo descabida. Nada há a alterar o nosso entendimento manifestado anteriormente, muito menos a Resolução nº 6.348, do CMN, conhecida como “63 Caipira”, tão referenciada no Parecer do Min. Beneti e em ulteriores manifestações dos Devedores nos autos, mas que em nada se relaciona ao tema controvertido. Afinal, como cediço, tal resolução instituiu uma linha de crédito com recursos externos direcionados para a agricultura, possuindo conteúdo distinto da Resolução BACEN 63, de 1967.

**105.** Como destacamos, a própria natureza do contrato de repasse tem inerente a si o risco cambial, haja visto ser a cláusula de paridade comumente adotada em contratos deste tipo. Assim, esse fator ínsito ao tipo contratual deve ser considerado quando do exame do preenchimento dos requisitos autorizadores da incidência das referidas teorias.

**106.** Outrossim, é reiterado em nossos tribunais o entendimento de que durante a fase inflacionária vivida pelo país, cujas conseqüências afetaram os mais diversos setores econômicos, não é cabível o pleito de reajuste contratual pautado na Teoria da Imprevisão – como ilustram inclusive os julgados acima colacionados – uma vez que o aumento da inflação não constitui fato imprevisível.

**107.** Essa perspectiva é, inclusive, corroborada por **ORLANDO GOMES**:

*Nos casos de desequilíbrios conseqüentes à depreciação monetária, é impossível justificar a intervenção judicial na economia do contrato sob o fundamento da imprevisão. Quem quer que contrate num país que sofre do mal crônico da inflação sabe que o desequilíbrio se verificará inelutavelmente se a prestação pecuniária houver de ser satisfeita algum tempo depois da celebração do contrato. O desequilíbrio é, por conseguinte, previsível, pelo que à parte que irá sofrê-lo cabe acautelar-se<sup>33</sup>.*

<sup>33</sup> **GOMES, ORLANDO.** Transformações gerais do direito das obrigações. – 2. ed. – Editora Revista dos Tribunais, 1980, pág. 148.



**108.** No mais, a própria engenharia contratual privilegia a disponibilização de linha de crédito com menores encargos pautada em contrato de repasse com captação de valores no exterior, fundando-se justamente na possibilidade de variação cambial. Ou seja, **o risco cambial é inerente e necessário a toda a operação, sendo desde o início de conhecimento do tomador profissional.**

**109.** Da mesma forma, o banco credor não auferiu “extrema vantagem”, requisito positivado no ordenamento jurídico, como anteriormente visto. Isto porque, conforme se verifica do caso em tela, os valores recebidos em decorrência da variação cambial tiveram como destinação a aquisição de moeda estrangeira a fim de honrar o pagamento junto ao credor estrangeiro.

**110.** Assim, tais valores jamais integraram o lucro do banco, tendo apenas transitado por sua coluna de ativos e sendo em seguida empregados no pagamento do débito da instituição financeira. Sua remuneração ficou limitada à comissão de repasse, cuja licitude de cobrança, aliás, já demonstrada nos pareceres prévios, não é matéria devolvida a esta Corte.

**111.** Portanto, não se verificam os requisitos capazes de autorizar a aplicação da Teoria da Imprevisão, seja porque (i) se trata de contrato unilateral; (ii) a variação cambial não pode ser considerada evento imprevisível e (iii) não se verificou a auferição de extrema vantagem, por parte da instituição financeira mutuante.

**112.** Chega-se à mesma conclusão sob a ótica dos contratos mercantis internacionais, como se passa a expor.

**(D) DA INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO AO LITÍGIO EM EXAME: OS CONTRATOS MERCANTIS INTERNACIONAIS**

**113.** Em caráter complementar ao exposto no tópico antecedente, além de o direito civil brasileiro não albergar a pretensão dos Devedores, o enfrentamento da questão à luz da “nova lex mercatoria” conduz à mesmíssima solução jurídica, ou seja, à manutenção do quanto pactuado entre as partes.

### D.1. A “nova *lex mercatoria*” e o pleno cabimento da sua aplicação pelas instâncias judiciais nacionais

114. Acerca da origem e do conceito da assim chamada “nova *lex mercatoria*”, **LUIZ OLAVO BAPTISTA** explica, com absoluta propriedade, que:

“Hoje, “*lex mercatoria*” é o nome que se costuma dar ao conjunto de princípios, instituições e regras com origem em diversos focos, e que se caracterizam por serem inspiradas e voltadas aos relacionamentos dos operadores do comércio internacional. Ela seria, como escreveu Dabin, o renascimento da “*lex mercatoria*” medieval, diretamente nascida dos usos do comércio internacional.

[...] O caráter anacional da “*lex mercatoria*”, ou sua classificação como um direito interestatal, parece predominar hoje, à revelia do pensamento positivista legalista de origem kelseniana, e é recebida como um ordenamento jurídico”.<sup>34</sup>

115. Nesse sentido, a “nova *lex mercatoria*” engloba os princípios gerais de direito, os usos e costumes e as práticas contratuais mercantis internacionais, cujo conteúdo identifica-se e explicita-se, por exemplo, por meio da casuística arbitral, na seara transnacional, tanto quanto em compilações tais como os INCOTERMS, preparados e periodicamente atualizados pela Câmara de Comércio Internacional, ou os Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais, elaborados sob os auspícios do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT)<sup>35</sup>.

116. Quanto aos Princípios UNIDROIT, em que pese haver significativo debate doutrinário em torno da sua exata natureza jurídica, é certo que a larga e crescente aceitação por autoridades doutrinárias, legislativas, arbitrais e judiciárias tem evidenciado sua integração ao direito do comércio internacional<sup>36-37</sup>.

117. Com efeito, a “nova “*lex mercatoria*” pode ser aplicada indistintamente pelos tribunais nacionais e arbitrais. Desde a ótica do Direito Civil Brasileiro positivo, a recepção do conteúdo da “nova *lex mercatoria*” respalda-se, por exemplo, no marco do art. 113 do Código

<sup>34</sup> **BAPTISTA, LUIZ OLAVO**. Arbitragem comercial internacional. São Paulo: Lex Editora, 2011, págs. 72-74.

<sup>35</sup> *Idem*, págs. 76-85.

<sup>36</sup> **BORN, GARY B.** International commercial arbitration. – vol. II – Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, págs. 2243-2244.

<sup>37</sup> **GAMA JR., LAURO**. Contratos internacionais à luz dos princípios do Unidroit 2004: “soft law”, arbitragem e jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, págs. 234-242. No mesmo sentido, ver: **CRAIG, LAURENCE, PARK, WILLIAM, PAULSSON, JAN**. International chamber of commerce arbitration. – 3<sup>rd</sup>. ed. – Oceana Publications, Inc., 2000, págs. 630-634.



Civil, que foi recentemente alterado pela Lei n.º 13.874/2019 para indicar *os usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio* como parâmetros de interpretação das obrigações que deles exsurjam.

**118.** Não por acaso, portanto, já há decisões de diversas instâncias judiciárias brasileiras em que se verifica o emprego de elementos da “*nova lex mercatoria*”<sup>38</sup> com o propósito de interpretar e complementar as leis nacionais aplicáveis ao mérito dos litígios<sup>39</sup>.

**119.** A conclusão inicial a que se chega, portanto, é no sentido de ver aplicada a “*nova lex mercatoria*” também para refutar a tese dos Devedores de onerosidade excessiva.

## **D.2. O *hardship* na “*nova lex mercatoria*”**

**120.** Na praxe vigente na seara contratual mercantil internacional, a pactuação de cláusula *rebus sic standibus* constitui autêntico *standard* da “*nova lex mercatoria*”, a qual acolhe o instituto da onerosidade excessiva, ainda que sob denominação distinta: “*hardship*”<sup>40</sup>. À semelhança do regime jurídico da Teoria da Imprevisão, no Direito Civil Brasileiro positivo, são ínsitas ao *hardship*, no âmbito das relações contratuais mercantis transnacionais, os requisitos da inevitabilidade / irresistibilidade, da exterioridade e da imprevisibilidade do evento – esta última, frise-se, relativamente ao momento da assunção do vínculo obrigacional<sup>41</sup>.

**121.** No marco dos Princípios Unidroit, em particular, tal como definido pelo conteúdo do seu art. 6.2.2., o *hardship* se caracteriza por (i) uma condição geral, a saber, a superveniência de eventos que alterem fundamentalmente o equilíbrio das prestações, e por (ii) quatro condições suplementares: (a) que tais eventos tenham ocorrido ou chegado ao conhecimento da parte elçada após a celebração do contrato, (b) que a parte lesada não tenha podido, à época da celebração do contrato, razoavelmente levar em consideração tais eventos, (c) que tais eventos

<sup>38</sup> Vide, por exemplo: **Recurso Especial n. 1.046.453/RJ**, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/07/2013. No mesmo sentido, ver: **Apelação Cível, n.º 70072090608**, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em: 30/03/2017.

<sup>39</sup> **DOLINGER, JACOB, TIBURCIO, CARMEN**. Direito internacional privado (parte especial): arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pág. 104.

<sup>40</sup> **STRENGER, IRINEU**. Contratos internacionais do comércio. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, págs. 230-231.

<sup>41</sup> **CRETELLA NETO, JOSÉ**. Contratos internacionais – Cláusulas típicas. Campinas: Millennium Editora, 2011, págs. 549-550,



escapem ao controle da parte lesada, e (d) que o risco da ocorrência de tais eventos não tenha sido assumido pela parte lesada.<sup>42</sup>

### D.3. A incidência do marco jurídico em questão ao caso concreto

**122.** Em caráter complementar ao texto legal e ao acervo doutrinário e jurisprudencial relativo à Teoria da Imprevisão, também o conteúdo da “nova *lex mercatoria*” enuncia a inviabilidade de se acolher a tese dos Devedores.

**123.** A contratação de mútuo, no valor equivalente, em Reais, à monta de US\$ 10.000.000,00 (dez milhões de dólares norte-americanos), por meio de contrato coligado com avença firmada junto a instituição financeira no exterior, carrega situação de risco assumido de forma deliberada pelos contratantes.

**124.** Afinal, como já se demonstrou nos pareceres prévios, e como se reiterou adrede nesta Consulta, o ambiente de contratos financeiros internacionais é caracterizado por possuir um tipo próprio de risco, inerente às operações realizadas, daí porque descabe alegar-se que a oscilação do câmbio do Real em face do Dólar não tenha sido assumida pelos Devedores, precisamente levando-se em consideração que o contrato continha cláusula de variação cambial.

**125.** Somando-se à impossibilidade de se qualificar a desvalorização da moeda como fato imprevisível, concluímos que o conceito de *hardship* reforça o necessário afastamento da aplicação da Teoria da Imprevisão.

---

<sup>42</sup> A esse respeito: **ALMEIDA PRADO, MAURICIO**. Le « hardship » dans le droit du commerce international. Bruxelles : Emile Bruylant, 2003, págs. 234-237; **GAMA JR., LAURO**. Contratos internacionais à luz dos princípios do Unidroit 2004: “soft law”, arbitragem e jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, págs. 364-366.

## (E) DA REMUNERAÇÃO DOS RECURSOS CAPTADOS EXTERNAMENTE E A LEGALIDADE DA COMISSÃO DE REPASSE

### E.1. Regime de juros

**126.** Como indicamos em nossos pareceres anteriores, o juro é comumente conceituado, na esfera econômica, como “preço pelo uso do dinheiro no tempo” ou “rendimento do capital”.

**127.** Na seara jurídica, trata-se pura e simplesmente de um *fruto civil*, considerado o juro como coisa acessória em relação ao capital (art. 95 do Código Civil<sup>43</sup>), como já tivemos oportunidade de escrever em outras sedes<sup>44</sup>.

**128.** Como apontado pelo saudoso Min. Ruy Rosado, cujo parecer sustenta as teses dos Devedores, as taxas de juros são comumente compostas por quatro componentes básicos: (a) o custo de oportunidade do capital; (b) a expectativa de inflação; (c) o risco de perda do capital emprestado; e (d) os custos operacionais do prestador. Quando se trata de juros bancários, identifica-se, também, um quinto componente: a “sobretaxa” ou remuneração do banqueiro<sup>45</sup>.

**129.** Na sistemática do Código Civil de 1916, não havia limite máximo estabelecido para os juros convencionais, sendo a taxa legal de juros moratórios (6% ao ano) meramente supletiva. Isto é, quando não convencionados entre as partes, os juros moratórios seriam de 6% ao ano, conforme disposto nos artigos 1.062 e 1.063 daquele diploma<sup>46</sup>.

**130.** Foi a partir do Decreto nº 22.626/33, conforme modificado pelo Decreto-Lei nº 182/38 (“Lei de Usura”), que houve vedação quanto a “*estipular em quaisquer contratos taxas*

<sup>43</sup> Art. 95 do Código Civil: “Apesar de ainda não separados do bem principal, os frutos e produtos podem ser objeto de negócio jurídico”.

<sup>44</sup> **WALD, ARNOLDO.** Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. – 20. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 182.

<sup>45</sup> **AGUIAR JR., RUY ROSADO DE.** Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Brasília: CJF, 2003, pág. 79; e **FONSECA, RODRIGO GARCIA DA.** Os juros e o Novo Código Civil. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n.º 26, out./dez. 2004, pág. 70-71.

<sup>46</sup> Art. 1.062 do Código Civil de 1916 (revogado): “A taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de 6% (seis por cento) ao ano”.

Art. 1.063 do Código Civil de 1916 (revogado): “Serão também de 6% (seis por cento) ao ano os juros devidos por força de lei, ou quando as partes se convencionarem sem taxa estipulada”.



*de juro superiores ao dobro da taxa legal (Código Civil, art. 1.062)*” (art. 1º), isto é, superiores a 12% ao ano, sob pena de nulidade (art. 11)<sup>47</sup>.

**131.** Posteriormente, a Lei nº 4.595/64 (“Lei da Reforma Bancária”) disciplinou o Sistema Financeiro Nacional e atribuiu ao Conselho Monetário Nacional a competência exclusiva para disciplinar o crédito e regular e fiscalizar as instituições financeiras, inclusive para limitar as taxas de juros, sempre que necessário<sup>48</sup>.

**132.** A jurisprudência então se consolidou em torno da inaplicabilidade da Lei de Usura às instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional<sup>49</sup>. Posteriormente, o tema chegou ao texto da Constituição, por meio do art. 192, § 3º, que previa a limitação dos juros em 12% ao ano, tipificando como “crime de usura” o desrespeito a tal limite. Todavia, a Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003, deu nova redação ao art. 192 da Constituição Federal e revogou o §3º, deixando de tratar da limitação da taxa de juros<sup>50</sup>.

**133.** Na esfera infraconstitucional, o Código Civil de 2002 acabou com a limitação estabelecida pela Lei de Usura e com a própria lei, que se entende por revogada<sup>51</sup>, tendo em vista que o novo diploma tratou exclusivamente da matéria que constava da lei anterior.

**134.** No entanto, as instituições financeiras continuam sujeitas às regras estabelecidas na jurisprudência consolidada pelo STF, que aplica as regras específicas do Conselho Monetário Nacional<sup>52</sup>.

---

<sup>47</sup>Art. 11 da Lei de Usura: “O contrato celebrado com infração desta lei é nulo de pleno direito, ficando assegurado ao devedor a repetição do que houver pago a mais”.

<sup>48</sup>As competências do Conselho Monetário Nacional estão disciplinadas nos artigos 2º a 7º da Lei nº 4.595/64. A competência privativa para limitar as taxas de juros vem estabelecida no art. 4º, IX.

<sup>49</sup>Como se infere da Súmula nº 596 do Supremo Tribunal Federal, publicada em janeiro de 1977: “As disposições do decreto 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional.”

<sup>50</sup>Vide, a respeito: **WALD, ARNOLDO**. A Emenda Constitucional nº 40. In: Valor Econômico, 26 de junho de 2003. No intuito de limitar as discussões relativas a juros cobrados antes da Emenda Constitucional nº 40, o Supremo Tribunal Federal editou, ainda em 2003, a Súmula nº 648, com o seguinte enunciado “A norma do parágrafo 3.º do art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha a sua aplicabilidade condicionada à edição de Lei Complementar”.

<sup>51</sup>Vide, a respeito: **WALD, ARNOLDO**. Os Juros no Código Civil. In: Valor Econômico, 04 de setembro de 2003.

<sup>52</sup>Conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, “o Sistema Financeiro Nacional já se acha regulamentado pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que foi recebida pela Constituição de 1988 com o status de Lei Complementar”. STF, Tribunal Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.376-9, Rel. Min. **ILMAR GALVÃO**, DJ 31 de agosto de 2001.





**135.** Não obstante, a Medida Provisória nº 1.820, de 05 de abril de 1999, hoje correspondente à Medida Provisória nº 2.172-32, de 23 de agosto de 2001, já havia expressamente excluído as instituições financeiras do alcance de estipulações usurárias, ratificando o entendimento da Sumula nº 596 do Supremo Tribunal Federal.

## **E.2. Licitude da cumulação de juros moratórios e remuneratórios**

**136.** Também já tivemos a ocasião de salientar que o fato de a natureza dos juros remuneratórios e moratórios ser diversa autoriza, em determinadas situações, que o pagamento de ambos seja devido. Tanto assim que, na vigência do Código Civil anterior, ambas as espécies de juros se complementavam para garantir o integral ressarcimento do credor<sup>53</sup>.

**137.** Por outro lado, outro traço que os distingue substancialmente é que a própria existência dos juros devidos pela mora depende necessariamente da ocorrência de atraso culposo<sup>54</sup>. Contrariamente, a existência de culpa ou descumprimento não afeta a existência dos juros compensatórios, senão pelo fato de o devedor se manter na disposição do bem. Há, ainda, que se lembrar que os juros remuneratórios seguirão o destino do principal, de modo que se este não foi devidamente quitado, continua a ser exigível o valor devido a título de remuneração do capital.

**138.** A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça há muito permite a cumulatividade dos juros moratórios e remuneratórios:

CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO FIXO. JUROS REMUNERATÓRIOS E MORATÓRIOS. CUMULAÇÃO. ADMISSIBILIDADE.

É lícita a cobrança de juros remuneratórios, em consonância com o contrato, devidos também após o vencimento, à taxa média de mercado, desde que não supere esta o limite avençado, permitindo-se a cumulação dos remuneratórios com os juros moratórios, até 1% (um por cento) ao mês, tendo em vista a diversidade de origem de ambos.

Recurso especial provido, em parte.

(REsp 402.483/RS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/03/2003, DJ 05/05/2003, p. 215)

<sup>53</sup> **WALD, ARNOLDO.** Do regime jurídico dos encargos moratórios no sistema financeiro após a reforma monetária. In. *Revista de Direito Mercantil*, n.º 63, jul./set. 1996, pág. 6.

<sup>54</sup> “Mora é o retardamento **culposo** no cumprimento da obrigação, quando a prestação ainda é útil para o credor”. (grifamos) (**WALD, ARNOLDO.** Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos, Op. cit., p. 115).





“É pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de permitir a cumulação de juros moratórios e remuneratórios, nas hipóteses de inadimplemento”<sup>55</sup>.

**139.** Nesses termos, afigura-se indubitável a correção do acórdão da 17ª Câmara de Direito Privado do TJSP, que, ao declarar a possibilidade de cobrança cumulada de juros moratórios e remuneratórios, alinhou-se por completo à jurisprudência consolidada sobre a matéria pelo Superior Tribunal de Justiça.

### **E.3. Licidade da comissão de repasse**

**140.** Como dissemos anteriormente, a instituição de comissão de repasse é absolutamente legítima e lícita.

**141.** Quando a instituição financeira capta recursos no exterior, seja mediante contratação de empréstimo, seja pela emissão de títulos, estipula-se o valor a ser pago, o qual abrange, evidentemente, principal mais juros.

**142.** Tais encargos são repassados ao beneficiário do repasse, já que a origem dos recursos recebidos é a transação de captação no exterior. É essa a razão pela qual a taxa de juros do contrato entre a instituição financeira e o beneficiário do repasse não corresponde exatamente à taxa de juros contratada no exterior.

**143.** Assim, considerando-se que o risco assumido junto ao credor estrangeiro é integralmente da instituição financeira (no caso, o Banco Cidade S/A), ela precisa ser devidamente remunerada para cobrir tal risco e garantir o lucro, e isso ocorre por meio da

---

<sup>55</sup> STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 337.572/SP, Rel. para Acórdão Min. NANCY ANDRIGHI, DJ 20 de fevereiro de 2009.



comissão de repasse, encargo autorizado pelo BACEN, na forma das Circulares nº 180/72<sup>56</sup>, 708/82<sup>57</sup> e 2770/2000<sup>58</sup>.

**144.** A doutrina e a jurisprudência que tratam do assunto também reconhecem que o BACEN admite e autoriza a cobrança de comissão de repasse:

*“A legislação em vigor consente que esta última [a instituição financeira], ao realizar operações de mútuo com seus clientes, até o limite da captação de recursos externos, repasse os custos incorridos, a saber: variação cambial e encargos originais. Permite, ainda, que se cobre uma remuneração, denominada comissão de repasse. (...)”*<sup>59</sup>

*“(...) Contrato bancário - Repasse de recursos captados no exterior - Transferência do risco cambial que não é ilegal – Banco réu e embargado que, tendo quitado o empréstimo perante o banco estrangeiro em dólares, sujeitou-se às oscilações cambiais - Justo que os autores e embargantes sujeitem-se também a esse risco, sob pena de a instituição financeira nacional receber menos do que emprestou - **Cobrança da comissão de repasse que é legítima - Caso em que, como houve o efetivo repasse aos autores e embargantes da quantia de US\$ 800.000,00, a comissão é devida, pouco importando a destinação dada a esse valor por eles**”.*<sup>60</sup>(grifamos)

**145.** Logo, ratificamos nossa opinião anterior no sentido de que nada há a ser questionado no que tange à comissão de repasse.

<sup>56</sup> “VI - Além do montante em moeda nacional correspondente à cobertura da dívida em moeda estrangeira (principal, juros e acessórios) e do Imposto sobre Operações Financeiras, o Banco repassador não poderá cobrar do beneficiário da operação, pelos seus serviços, qualquer outro ônus, a qualquer título, além de uma comissão de repasse”.

<sup>57</sup> “5. Tanto nas operações interbancárias quanto nos repasses a clientes, o banco repassador não poderá cobrar do beneficiário qualquer outro ônus além do montante em moeda nacional correspondente à cobertura da dívida em moeda estrangeira (principal e acessórios) e uma comissão pelo repasse”.

<sup>58</sup> “Art. 6º. Para os fins previstos nesta Resolução, entende-se por operação de repasse a concessão de crédito vinculada à captação externa original na qual a instituição repassadora transfere à repassatária, pessoa física ou jurídica no País, idênticas condições de custo da dívida originalmente contratada em moeda estrangeira (principal, juros e encargos acessórios), assim como a tributação aplicável, não podendo ser cobrado, pelos serviços de intermediação financeira, qualquer outro ônus, a qualquer título, além de comissão de repasse”.

<sup>59</sup> **PAULIN, LUIZ ALFREDO.** Breves anotações sobre o contrato de mútuo (empréstimo) bancário, repasse de recursos externos, repasse de recursos internos e financiamento, Op. cit., pág. 89.

<sup>60</sup> TJSP, 23ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 9124781-05.2004.8.26.0000, Rel. Des. **JOSÉ MARCOS MARRONE**, julgado em 29 de junho de 2011. Confira-se, ainda: TJSP, 20ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 991.06.047292-8, Rel. Des. **FRANCISCO GIAQUINTO**, julgado em 08 de fevereiro de 2010.

#### E.4. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos Devedores

**146.** De resto, convém agregar a reiteração do tópico – também já examinados nos pareceres prévios deste signatário – de que, contrariamente ao que sustentam os Devedores, o caso em exame não comporta sua qualificação como consumidores, razão pela qual a plena licitude dos valores cobrados (juros, multa moratória etc.) dá-se, aqui, também por força da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, em especial os seus arts. 29 e 52, § 1º, evocados nas razões de Recurso Especial e, após, reiterados no parecer do Min. Sidnei Beneti.

**147.** O acórdão proferido pela 17ª Câmara de Direito Privado do TJSP, no julgamento da Apelação Cível n.º 0081731-78.2001.8.26.0100, andou bem ao rejeitar a tese dos Devedores de que seriam consumidores no negócio jurídico entabulado com a Consulente. Afinal, não está configurado, no caso, o conceito de consumidor a que alude o art. 2º, “caput”, do CDC, i.e., o de destinatário final do produto ou serviço, já que, como é sabido, há consenso doutrinário e jurisprudencial de que, à luz do dispositivo legal em tela, a conceituação de consumidor é obtida, em regra, por exegese da Teoria Finalista.

**148.** Por outro lado, tampouco ampara a pretensão dos Devedores o teor do Recurso Especial n.º 1.195.642 / RJ<sup>61</sup>. O fato de o precedente em questão assentar a possibilidade, em tese, de mitigação da Teoria Finalista – com a consequente aplicação do regime protetivo do CDC em proveito de pessoa física ou jurídica, no contexto de relação empresarial – em nada

<sup>61</sup> Transcreve-se a ementa do julgado:

CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE.

[...] **3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor.**

4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de **três modalidades de vulnerabilidade: técnica** (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), **jurídica** (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e **fática** (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade **informacional** (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra) [...].

(Recurso Especial n.º 1.195.642/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 21/11/2012) (grifou-se)



socorre os Devedores, neste litígio, porque não se verifica vulnerabilidade alguma apta a qualificá-los como consumidores por equiparação.

**149.** No caso, estiveram envolvidos um empresário e uma pessoa jurídica experimentados no seu âmbito de atuação negocial, com largo e consolidado envolvimento em negócios de grande monta, hipótese do repasse em questão, sendo certo que os US\$ 10.000.000,00 (dez milhões de dólares norte-americanos) captados no exterior serviram ao financiamento da construção de um *shopping center*.

**150.** Fica claro, pois, que nada há no contexto fático que permita colocar os Devedores em situação de vulnerabilidade, afastando, destarte, a aplicação excepcional do Código de Defesa do Consumidor.

– III –

### CONCLUSÃO E RESPOSTAS AOS QUESITOS

---

**151.** Em face de todo o exposto, passamos a responder aos quesitos formulados pela Consulente:

**(1) O presente Recurso Especial reúne condições de conhecimento?**

A resposta é negativa. A pretensão de *judgamento da causa* desdobra-se, precisamente, no intuito de obter nova valoração do acervo fático-probatório produzido nos autos, sobretudo no que diz respeito ao pretense desacerto da prova pericial contábil com relação ao teor do contrato entabulado entre as partes e ao cálculo a aparelhar a petição inicial da execução embargada pelos Devedores e quanto à verificação da (in)ocorrência de mora dos Devedores. Nesse passo, as matérias suscitadas neste REsp atraem, invariavelmente, a incidência das Súmulas n.º 05 e 07 do STJ.

**(2) Os acórdãos proferidos pela 17ª Câmara de Direito Privado do TJSP contêm as nulidades arguidas no Recurso Especial?**

A resposta é **negativa**. Os julgamentos não pecam por fundamentação insuficiente, logo, não se constatando ofensa ao teor do art. 130, 131, 165, 437, 438, 439, 485, II, 515, §4º, e 535, I e II, todos do CPC/1973. Os acórdãos compuseram a lide de forma satisfatória, abordando cada uma das questões controvertidas, porém, por fundamentos e em sentido distinto daqueles que esperavam os Devedores, os quais almejam *rejulgamento da causa*, por meio deste REsp, ao qualificar como omissão e fundamentação insuficiente o que constitui, em verdade, julgamento a eles desfavorável.

**(3) Qual a natureza jurídica da cláusula de variação cambial?**

A cláusula de variação cambial define-se como hipótese de convenção de pagamento de obrigações em pecúnia em moeda nacional, porém, segundo a cotação de moeda estrangeira na data do pagamento, termos em que, por meio da referida cláusula, a moeda estrangeira funciona não como meio de pagamento, mas, isto sim, tão somente como unidade de conta. Desse modo, trata-se de cláusula contratual que, a toda a evidência, não restringe ou vulnera o regime de curso legal forçado da moeda nacional.

**(4) É lícita a pactuação entabulada entre as partes, nos moldes da então vigente Resolução n.º 63 do BACEN? Continua sendo válida e eficaz a cláusula de variação cambial após o advento do Plano Real?**

A resposta é **positiva** a ambas as perguntas. Embora a Resolução n. 63 do BACEN – que disciplinava o contrato de repasse de recursos externos, ao tempo da celebração do contrato entre as partes, e que dispunha sobre a possibilidade de inserção, neste, da cláusula de variação cambial – não se qualifique como “lei federal”, para fins de atendimento da exigência dada pelo art. 6º da Lei n. 8.880/94, é certo que a regulamentação por lei exigida por tal dispositivo cumpre-se pelo teor do Decreto-Lei n. 857/1969, o qual foi recepcionado pela ordem constitucional atual, como lei (federal) ordinária, achando-se em vigor, e no qual se consagra, entre outras hipóteses de licitude da cláusula de variação cambial, aquela em que se insere o contrato firmado pelos Devedores. Validade e eficácia da cláusula de variação cambial, no contrato de repasse, reconhecidas por amplo espectro doutrinário e, não menos, pela jurisprudência do

Superior Tribunal de Justiça. Tese de nulidade de pleno direito da cláusula que, nesses termos, não se sustenta.

**(5) O contrato de repasse de recursos externos qualifica-se como contrato internacional? Em caso positivo, quais implicações jurídicas daí decorrem?**

**A resposta é positiva.** O contrato de repasse de recursos externos celebrado entre a instituição financeira brasileira e os mutuantes define-se como internacional por acessoriedade ou derivação, em face da sua coligação com o contrato firmado entre a instituição financeira brasileira e o financiador externo, conclusão a que se chega com base na adoção do critério econômico como preponderante para identificar a internacionalidade do contrato. Daí decorrem tanto a inserção do contrato de repasse nas hipóteses dos incisos IV e V do art. 2º do Decreto-Lei n. 857/69, por um lado, quanto, por outro, a aplicabilidade, à avença, do referencial normativo supranacional relativo aos contratos mercantis internacionais, a “nova lex mercatoria”.

**(6) Qual o grau de risco ínsito à modalidade contratual firmada entre as partes? Quais implicações jurídicas daí decorrem?**

A coligação de contratos para fins de repasse, ao mutuante, no Brasil, de recursos captados no Exterior, tal como entabulada pelos Devedores perante a instituição financeira credora, caracteriza-se como de risco inerente, dada a volatilidade rotineira do câmbio, nos mercados financeiros internacionais, e tem implícita na sua engenharia contratual a gestão do risco respectivo, nos casos de ônus e bônus potenciais da operação. A previsibilidade e não excepcionalidade do risco subjacente ao negócio compromete a aplicação do instituto da onerosidade excessiva, tal como detalhado na resposta ao Quesito n.º 05.

**(7) Aplica-se ao contrato de repasse de recursos externos a Teoria da Imprevisão?**

**A resposta é negativa.** Descabe a alteração superveniente do conteúdo contratual, por onerosidade excessiva, em se tratando de contrato internacional de repasse de recursos externos, tanto à luz do Direito Civil Brasileiro quanto do referencial jurídico aplicável

aos contratos mercantis internacionais. Modalidade contratual cujo conteúdo e cujo arranjo afastam a Teoria da Imprevisão, sob tais prismas, em face do caráter unilateral do contrato; da ausência de imprevisibilidade e excepcionalidade do evento de alteração cambial; da não auferição de “extrema vantagem”, por parte da instituição financeira mutuante; e, não menos, do risco inerente ao negócio, assumido pelos Devedores.

**(8) Caracteriza abusividade, no caso concreto, a cobrança cumulada de juros moratórios e remuneratórios?**

A resposta é **negativa**. Há franca possibilidade de cobrança cumulada de juros moratórios e remuneratórios, dada a não coincidência da sua natureza e das hipóteses da sua incidência, o que a jurisprudência do STJ reconhece e reitera de forma pacífica.

**(9) Os Devedores podem qualificar-se como consumidores, para todos os propósitos legais? Nesse caso, é aplicável o Código de Defesa do Consumidor?**

A resposta é **negativa**. A qualificação do consumidor obtém-se, como regra, no Direito brasileiro, por aplicação da Teoria Finalista, não se definindo os Devedores, no caso concreto, como destinatários finais do objeto do contrato do qual decorre o litígio, portanto não se pode cogitar da aplicação do CDC. Ademais, o caso não se insere em nenhuma das hipóteses excepcionais, delineadas pela jurisprudência do STJ, de flexibilização do conceito apriorístico de consumidor.

\*

É o nosso parecer.

São Paulo, 07 de fevereiro de 2020.



**ARNOLDO WALD**

Advogado, inscrito na OAB.RJ nº 6.582 e OAB.SP nº 46.560.A

Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro