
NOVOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

AUTOR: JOÃO PEDRO BARROSO DO NASCIMENTO
PESQUISADORES (PARTICIPANTES DA VERSÃO 2014.2): AMANDA PERES; ARNALDO VIEIRA FERREIRA;
GUSTAVO PALHEIRO; LARISSA AGRÉLIO; E PEDRO CASTELAR PINHEIRO.
PESQUISADORES (PARTICIPANTES DA VERSÃO 2015.2): BIANCA DUTRA; E ISABELLA PEREIRA.

Sumário

Novos Contratos Empresariais

I. CONTRATOS EM GERAL	6
II. TEORIA GERAL DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	25
III. VETORES DE FUNCIONAMENTO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	32
IV. CONTRATOS DE INTERCÂMBIO VS. CONTRATO DE SOCIEDADE VS. CONTRATOS DE COLABORAÇÃO	36
V. INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	51
VI. CONTRATOS EMPRESARIAIS EM RELAÇÕES INTERNACIONAIS	55
VII. CONTRATOS EM ESPÉCIE	66
VII. CONTRATOS EM ESPÉCIE	80
VII. CONTRATOS EM ESPÉCIE	95
VIII. CONTRATOS FINANCEIROS	100
IX. DERIVATIVOS — CONTRATOS NO MERCADO FUTURO, OPÇÕES, SWAPS E A TERMO	119
X. SEGUROS	138



PROFESSOR

João Pedro Barroso do Nascimento

EMENTA

Teoria Geral dos Contratos Empresariais. Contratos em Geral *vs.* Contratos Empresariais. Contratos Empresariais em Espécie. O Direito e os Negócios. Análise Prática e Aplicação de Conceitos em Situações Concretas.

OBJETIVOS

Em abordagem interdisciplinar, esta eletiva visa a: (i) proporcionar aos alunos aprendizado de diversos institutos relacionais aos contratos empresariais, com especial enfoque à aplicação prática destes institutos; (ii) provocar o interesse dos alunos para questões jurídicas atinentes ao ambiente empresarial e à dinâmica econômica; e (iii) desenvolver as habilidades dos alunos para identificar e compreender a dinâmica evolutiva dos contratos empresariais, com atenção às modalidades recentes de contratações praticadas pelo mercado.

METODOLOGIA

Suporte teórico, por meio do estudo de material didático (principalmente artigos, pareceres e comentários à legislação). Suporte prático, por meio do estudo de casos concretos. Incentivo ao envolvimento e participação dos alunos, em método socrático.

PROGRAMA

1. Contratos em Geral
2. Teoria Geral dos Contratos Empresariais
3. Vetores de Funcionamento dos Contratos Empresariais
4. Contratos de Colaboração *vs.* Contratos de Intercâmbio
5. Interpretação dos Contratos Empresariais



6. Contratos Empresariais em Relações Internacionais
 - 6.1. Influências de Experiências Internacionais no Direito Brasileiro
 - 6.2. Legislação Aplicável
 - 6.3. Solução de Divergências: Arbitragem e Foro
 - 6.4. Pactos em Moeda Estrangeira
 - 6.5. Idioma dos Contratos

7. Contratos em Espécie
 - 7.1. Compra e Venda Mercantil
 - 7.2. Contratos de Colaboração em Espécie
 - 7.2.1. Representação Comercial
 - 7.2.2. Distribuição
 - 7.2.3. Concessão Comercial
 - 7.2.4. Comissão
 - 7.3. Contratos de Franquia (*Franchising*)

8. Contratos Financeiros
 - 8.1. Empréstimo vs. Financiamento
 - 8.2. Arrendamento Mercantil (*Leasing*)
 - 8.3. Factoring (*Factoring*)
 - 8.4. Cartão de Crédito
 - 8.5. Mútuo Financeiro
 - 8.6. Operações de Financiamento Industrial, Imobiliário e Agrícola.
 - la. Contratos Empresariais e Securitização

9. Derivativos
 - 9.1. Contratos Futuros
 - 9.2. Contratos de opção
 - 9.3. Contratos de *Swap*
 - 9.4. Contratos a Termo
 - 9.5. Contratos de *Underwriting*
 - 9.6. *Short Selling* ou Venda a Descoberto
 - 9.7. *Long Selling*

10. Seguros

MÉTODOS DE AVALIAÇÃO

Serão realizadas 02 (duas) provas, em sala de aula, compreendendo toda a matéria ministrada até a data de cada prova. Os alunos poderão consultar os textos de leis sem comentários ou anotações. Poderão, também, ser feitas ava-



liações baseadas em atividades complementares ou em trabalhos sobre temas específicos a serem indicados pelo professor.

A média aritmética referente à disciplina será obtida com base em tais avaliações. O aluno que obtiver média aritmética inferior a 7 (sete) deverá realizar uma terceira prova, a qual compreenderá toda a matéria do semestre.

ATIVIDADES COMPLEMENTARES

Poderão ser propostas atividades adicionais que valerão pontos para a média aritmética (obtida com base nas duas primeiras provas) referente à disciplina.

WORKSHOPS

Haverá, ao menos, um *workshop* em que os alunos lidarão em sala de aula com situação concreta de negociação de Contrato Empresarial.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. São Paulo: Atlas, 2001.

FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. Revisada e Aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

Será recomendada oportunamente (conforme evolução das aulas).



I. CONTRATOS EM GERAL

A) BIBLIOGRAFIA SUGERIDA

Básica

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 25ª Edição. Págs. 22 a 101.

Complementar

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico — Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato — Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SZTAJN, Raquel. *Função Social: Visões do Direito e Economia*. In. Revista de Direito Empresarial. Vol. 7. Jan-Fev/2015. Págs. 423-428., São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2015.

B) ROTEIRO DE AULA

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Os contratos são, usualmente, conceituados como os mecanismos jurídicos por meio dos quais são estabelecidos vínculos jurídicos entre dois ou mais sujeitos de direito (*i.e.*, negócio jurídico,¹ que será bilateral ou plurilateral²), que corresponde ao acordo de vontades, capaz de criar, modificar e/ou extinguir direitos e/ou obrigações entre as partes contratantes.

2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DOS CONTRATOS: REQUISITOS DE VALIDADE

Os contratos possuem alguns elementos constitutivos obrigatórios, que são usualmente referidos como os *requisitos de validade*. Estes se enquadram em 2 (duas) espécies, quais sejam os requisitos de:

¹ *Ato Jurídico* é uma manifestação da vontade humana que produz efeitos jurídicos, causando o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas (e de seus direitos e obrigações). Os *Negócios Jurídicos* (ao contrário dos atos jurídicos em sentido estrito) condicionam os seus efeitos jurídicos, principalmente, à livre manifestação de vontade dos agentes.

² O negócio jurídico é *unilateral* quando este se completa com apenas uma declaração de vontade (exemplo: testamento). O negócio jurídico *bilateral*, por sua vez, é aquele que precisa de duas declarações de vontades (exemplo: contrato de compra e venda). Há ocasiões em que o negócio jurídico envolve inúmeras pessoas, mas ainda assim apenas dois pólos contratantes, não perdendo a essência de negócio bilateral (exemplo: contrato de compra e venda com mais do que um vendedor e/ou mais do que um comprador). Por fim, diz-se que o negócio jurídico é *plurilateral* quando envolve a composição de mais de duas vontades paralelamente manifestadas por diferentes partes, com um interesse convergente (exemplo: contrato de sociedade).



- (i) ordem geral, que são aqueles comuns a todos os atos e negócios jurídicos, conforme previstos no artigo 104 do Código Civil; e
- (ii) ordem especial, que são aqueles específicos dos contratos.

Sendo assim, exigem-se como requisitos para a validade dos contratos: (a) *capacidade das partes*, conforme prevê o artigo 104, inciso I, do Código Civil; (b) *objeto lícito, possível e determinado ou determinável*, conforme prevê o artigo 104, inciso II, do Código Civil; (c) *forma prescrita ou não defesa em lei*, conforme prevê o artigo 104, inciso III, do Código Civil — sendo os três de forma geral; e (d) *necessidade de consentimento recíproco e/ou acordo de vontade das partes contratantes* — este último de ordem especial.

2.1. Capacidade (art. 104, inciso I, CC/02)

A capacidade dos contratantes é, pois, o primeiro requisito (condição subjetiva) de ordem geral para a validade dos contratos. Sendo assim, os contratos serão nulos (artigo 166, inciso I, do Código Civil) ou anuláveis (artigo 171, inciso I, do Código Civil), se a incapacidade, absoluta ou relativa, não for suprimida pela representação ou pela assistência.

2.2. Objeto (art. 104, inciso II, CC/02)

O objeto do contrato há de ser lícito, isto é, não atentar contra a lei, a moral ou os bons costumes (condição objetiva). Além disto, o objeto do contrato deve ser também possível, determinado ou determinável. Com efeito, o artigo 166, inciso II, do Código Civil, declara nulo o negócio jurídico quando for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto.

2.3. Forma (Art. 104, inciso III, CC/02)

O terceiro requisito do negócio jurídico é a forma, que deve ser prescrita ou não defesa em lei. Em regra, a forma é livre. As partes podem celebrar contrato por escrito, público ou particular, ou verbalmente, a não ser nos casos em que a lei, para dar maior segurança jurídica e solenidade ao negócio jurídico, exige a forma escritura, pública ou particular (Artigo 107 do Código Civil). Em alguns casos, a lei determina, inclusive, o atendimento à publicidade, mediante o sistema de Registros Públicos (Artigo 221 do Código Civil).



2.4. Consentimento Recíproco ou Acordo de Vontades

O requisito de ordem especial, próprio dos contratos, é o consentimento recíproco ou acordo de vontades.

Deve ser livre e espontâneo, sob pena de ter a validade afetada pelos vícios ou defeitos do negócio jurídico, quais sejam: erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude.

A manifestação da vontade nos contratos pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa (Artigo 111 do Código Civil).

A manifestação expressa pode ser exteriorizada verbalmente, por escrito, gesto ou mímica, de forma inequívoca. Algumas vezes a lei exige o consentimento escrito como requisito de validade.

3. ELEMENTOS DO CONTRATO

3.1. Essenciais

São os elementos que, obrigatoriamente, devem constar de todos os contratos, sob pena de nulidade: a capacidade das partes, a licitude do objeto e a forma prescrita ou não defesa em lei.

Além dos elementos essenciais gerais, que são comuns a todos os negócios jurídicos, há também os elementos essenciais especiais, que devem existir somente em alguns contratos (exemplo: no caso dos contratos de compra e venda, também são necessários a *coisa*, o *preço* e o *consentimento*).

3.2. Acidentais

Os elementos acidentais são aqueles que podem figurar ou não no negócio, mas que são dispensáveis à formação do negócio jurídico.

Em regra, os elementos acidentais são adotados nos casos em que as partes contratantes pretendam modificar a eficácia do negócio jurídico, adaptando-a a determinadas circunstâncias futuras.

São eles:

- (i) condição (resolutiva ou suspensiva);
- (ii) termo; e
- (iii) encargo (ou modo).



4. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO CONTRATUAL

Tradicionalmente, o Direito reconhecia os seguintes princípios como sendo os mais importantes em relação ao direito dos contratos:

4.1. Princípio da Autonomia da Vontade

Os contratos decorrem da manifestação da vontade das partes. O princípio da autonomia da vontade se manifesta na (i) ampla liberdade das partes para contratar e (ii) na liberdade de estabelecer entre si os termos e condições do vínculo contratual.

O Código Civil de 2002 traz, contudo, limitações ao princípio da autonomia da vontade, dispondo em seu artigo 421 que a “liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

4.2. Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos (ou Princípio da Força Obrigatória dos Contratos)

O contrato faz lei entre as partes contratantes (*pacta sunt servanda*). De tal princípio se extrai que os contratos devem ser cumpridos. Embora tivesse muita força no passado em decorrência da concepção individualista do Direito Civil, atualmente este princípio deve ser compatibilizado com os princípios da boa-fé e função social do contrato.

4.3. Princípio da Relatividade dos Contratos

O contrato produz efeito apenas entre as partes contratantes, que assumem, modificam e/ou extinguem direitos e/ou obrigações, não prejudicando e/ou aproveitando a terceiros (*res inter alios acta, aliis neque nocet neque potest*).

De forma clássica, tais princípios eram também complementados pelos princípios abaixo:

4.4. Princípio da Supremacia da Ordem Pública

A autonomia da vontade é relativa, sujeitando-se à lei, aos princípios da moral e da ordem pública, bem como à função social do contrato.



4.5. Princípio do Consensualismo

O simples consenso entre as partes contratantes tem força suficiente para fazer surgir o contrato, não se exigindo forma especial para a formação do contrato. A legislação brasileira observa ressalvas apenas a alguns tipos específicos de contrato, em que há formalidades e solenidades a serem atendidas.

5. NOVOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

A Constituição da República de 1988 introduziu novos princípios ao sistema jurídico brasileiro.

Tais princípios implicaram na modificação do sentido e do valor atribuído a alguns dos princípios clássicos do direito dos contratos.

Sendo assim, somaram-se aos 3 (três) princípios cardinais do direito dos contratos (*Princípio da Autonomia da Vontade*; *Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos*; e *Princípio da Relatividade dos Contratos*) e houve a consagração definitiva do *Princípio da Boa-Fé Objetiva*, do *Princípio do Equilíbrio Econômico*; e do *Princípio da Função Social dos Contratos*.

5.1. Princípio da Boa-Fé Objetiva

O Princípio da Boa-Fé Objetiva é cláusula aberta consagrada no Código Civil, que está prevista nos artigos 113 e 422 do Código Civil³, atuando preponderantemente como contraponto ao Princípio clássico da Autonomia Privada.

Funciona como um elo entre o direito contratual e os princípios constitucionais, desempenha 3 (três) funções principais:

(i) Função Interpretativa dos Contratos:

- Garante que os contratos e as suas cláusulas sejam interpretados em harmonia com os objetivos comuns buscados pelas partes contratantes no momento da celebração do contrato, conforme art. 113 do Código Civil.

(ii) Função Restritiva do Exercício Abusivo de Direitos:

- Cria limites para o exercício dos direitos das partes, assegurando que tal exercício se dê de forma regular, não se manifestando, portanto, de maneira abusiva ou contraditória à boa-fé, aos bons

³ No ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 131, inciso I, do Código Comercial de 1850 trouxe a primeira referência à boa-fé como elemento para a interpretação dos contratos firmados sob a sua égide.



costumes ou ao seu fim econômico ou social, conforme art. 187 do Código Civil.

(iii) Função criadora de deveres anexos à prestação principal (nas fases pré-negocial, negocial e pós-negocial):

- Visa a incentivar a cooperação mútua das partes contratantes em todos os momentos contratuais, impondo-lhes alguns deveres, como, por exemplo: o dever de esclarecimento e informação, o dever de lealdade e de cooperação, o dever de proteção e de cuidado.

5.2. Princípio do Equilíbrio Econômico

De forma a limitar o Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos, o Princípio do Equilíbrio Econômico se aplica quando determinada obrigação se torna demasiadamente onerosa para uma das partes.

À sua luz, surgem institutos tais como o da lesão (art. 157, CC/02), da revisão contratual (art. 317, CC/02) e da resolução por onerosidade excessiva (art. 478 e 479, CC/02).

5.3. Princípio da Função Social dos Contratos

Tal princípio se manifesta como limitador do Princípio da Relatividade.

Em prol da sociedade como um todo, torna as obrigações contratuais oponíveis não apenas às partes contratantes, mas também a terceiros, uma vez que as relações jurídicas se manifestam dentro de um contexto social.

Cria também a obrigação aos contratantes de agirem de forma a respeitar os interesses socialmente relevantes que possam ser afetados pelo contrato, afastando, com isso, concepção individualista.

Encontra respaldo no art. 421 do Código Civil:

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”



7. CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

7.1. Forma

Quanto à forma, os contratos podem ser classificados de acordo com as subdivisões abaixo:

Principais vs. Acessórios

Principais	Aqueles cuja existência independe de qualquer outro.
Acessórios	Aqueles que existem em função do contrato principal.

Preliminares vs. Definitivos

Preliminares	Não contemplam todos os elementos essenciais do negócio jurídico (e/ou, embora contemplem todos os elementos essenciais do negócio jurídico, também tenham um elemento accidental aposto ao negócio jurídico). Consequentemente, não estabelecem direitos e obrigações, de forma definitiva, entre os contratantes.
Definitivos	Contemplam todos os elementos essenciais do negócio jurídico. Estabelecem direitos e obrigações, de forma definitiva, entre os contratantes.

Consensuais vs. Reais

Consensuais	Aperfeiçoam-se pelo mero consentimento (e não necessitam de nenhuma solenidade adicional e não pressupõem a entrega da coisa => tradição).
Reais	Aperfeiçoam-se apenas com a entrega da coisa (independentemente da formalização do consentimento).



Solenes vs. Não Solenes

Solenes	Exigem solenidade específica quanto à forma (que está prescrita em lei) e, em alguns casos, também demandam registros adicionais perante órgãos públicos.
Não Solenes	Não há forma prescrita em lei. Não exige solenidade específica.

7.2. Natureza

Quanto à sua natureza, os contratos podem ser classificados de acordo com as subdivisões abaixo:

Unilaterais vs. Bilaterais

Unilaterais	São aqueles que se aperfeiçoam por uma só obrigação.
Bilaterais	São os que se aperfeiçoam por reciprocidade de obrigações.

Onerosos vs. Gratuitos

Onerosos	São aqueles onde há sacrifício patrimonial para ambas as partes.
Gratuitos	São aqueles onde há um sacrifício patrimonial, apenas, para uma das partes.

Comutativos vs. Aleatórios

Comutativos (Sinagmáticos)	São os contratos nos quais as prestações se cumprem simultaneamente. Adjetivação daquilo que é bilateral, recíproco, que importa em igualdade de direitos e deveres para as partes contratantes. Contrato em que as partes assumem obrigações recíprocas. Também denominado bilateral.
Aleatórios	São os contratos onde as prestações são deferidas para o futuro, nos quais há risco incorrido por uma das partes, que, se concretizado, não a exime de suas obrigações.



Paritários vs. Por Adesão

Paritários	As partes estipulam cláusulas em pé de igualdade. A balança está equilibrada.
Por Adesão	Uma das partes apenas adere à proposta da outra, não podendo discutir as cláusulas contratuais. A balança está desequilibrada.

7.3. Tempo

Quanto ao tempo, os contratos podem ser classificados de acordo com as subdivisões abaixo:

Instantâneos vs. Trato Sucessivo

Instantâneos	Aqueles em que as prestações se executam no momento da celebração do contrato.
Trato Sucessivo	São aqueles em que não é possível sua satisfação em um só momento.

7.4. Pessoa

Quanto à pessoa, os contratos podem ser classificados de acordo com as subdivisões abaixo:

Pessoais vs. Impessoais

Pessoais	São realizados em razão da pessoa, com base na confiança recíproca entre as partes e só podem ser executados pelo próprio devedor.
Impessoais	Quando a pessoa do outro contratante não é elemento determinante para a conclusão do contrato.

8. CONCLUSÃO

A fim de que possamos analisar os contratos empresariais, é importante, em um primeiro momento, analisarmos as características dos contratos em geral. Como vimos, seus requisitos de validade podem ser divididos em gerais e especiais. Seus elementos constitutivos podem ser essenciais ou acidentais.



Estudamos então os princípios clássicos e novos do direito contratual, e de que forma eles se complementam e contrapõem. Por fim, elencamos as classificações dos contratos em razão da sua forma, natureza, tempo e pessoa.

LEITURA COMPLEMENTAR

APLICABILIDADE DOS NOVOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS AOS CONTRATOS EMPRESARIAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA FRENTE ÀS PARTICULARIDADES DAS RELAÇÕES COMERCIAIS⁴

Introdução

Com o advento do novo Código Civil, a teoria contratual clássica adquiriu novos contornos, impulsionada, principalmente, pelo contexto axiológico em que se insere o Código Civil de 2002, construído a partir das diretrizes traçadas na Carta Magna de 1988.

O sentido tradicionalmente atribuído à autonomia privada e à teoria contratual passou, deste modo, a sofrer radical mutação, uma vez que o contrato, tido anteriormente como instrumento de pacto de vontades entre as partes da relação contratual, originando obrigações apenas de cunho interno entre estas, passou a ser visto como um instrumento que, não obstante firmado entre as partes da relação, surte efeitos e obrigações também de caráter externo, assim entendido como o meio social no qual se inserem as partes contratantes.

Com efeito, as novas diretrizes traçadas na Constituição de 1988 modificaram, de forma significativa, o entendimento acerca dos princípios contratuais clássicos da disciplina civilista de 1916, quais sejam, (i) autonomia da vontade (liberdade de contratar e livre escolha do teor das cláusulas contratuais), (ii) a força obrigatória dos contratos (o contrato faz lei entre as partes) e (iii) a relatividade obrigacional (o contrato surte efeitos e, da função social dos contratos e do equilíbrio econômico-financeiro, obrigações apenas entre as partes contratantes). Tais princípios adquiriram novos contornos, com advento dos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico-financeiro e da função social dos contratos.

O presente trabalho acadêmico tem por objetivo a análise da aplicabilidade dos novos princípios contratuais às relações contratuais empresárias, próprias das relações negociais privadas entre agentes econômicos que almejam o lucro, aqui entendido em sentido lato, como qualquer espécie de vantagem econômica ou financeira a curto ou longo prazo.

⁴ Texto de autoria de *Pedro Siquara Carvalho* apresentado como trabalho de conclusão da disciplina de Contratos Empresariais em 2014.2.

Os Novos Princípios Contratuais

A boa-fé objetiva: A boa-fé objetiva, insculpida no NCC em seu artigo 422 e 113, pode ser entendida, conforme assevera o doutrinador Gustavo Tepedino, como “O elo entre o direito contratual e os princípios constitucionais”⁵. O artigo 422 do NCC estabelece que: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”. O artigo 113, por sua vez, estabelece que: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. A partir da leitura dos referidos dispositivos legais, constata-se que o legislador erigiu o instituto da boa-fé contratual como verdadeira diretriz de (i) interpretação dos contratos e (ii) atuação dos contratantes. Esta última diretriz, de cunho comportamental, pode ainda ser desdobrada em duas vertentes: a função restritiva do exercício abusivo de direito nas relações contratuais e a função criadora de deveres anexos à prestação principal, nas fases pré-negocial, negocial e pós-negocial.

O instituto da boa-fé objetiva, portanto, ao servir de diretriz de interpretação dos contratos, exige que a interpretação das cláusulas contratuais seja sempre consentânea com os objetivos visados pelas partes, estabelecendo também, deste modo, limites para o exercício dos direitos, constituindo-se como critério diferenciador entre o exercício regular de direitos e o exercício abusivo de direitos.

Por fim, quanto à criação de deveres anexos à prestação principal, a boa-fé objetiva origina, para os contratantes, os deveres de informação, lealdade e transparência, agregando-se ao regulamento dos interesses das partes.

O instituto da boa-fé objetiva age, deste modo, sobre a autonomia privada, tida como o princípio-motriz da teoria contratual clássica. Ao impor deveres anexos à prestação principal às partes contratantes, o instituto da boa-fé objetiva age no sentido de, quando não restringir, ao menos remodelar a liberdade das partes no momento da contratação e até mesmo após consumado o pacto contratual (fase pós-negocial).

O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos: O princípio aqui em tela tem sua origem na massificação das relações negociais, típicas do universo de prestação de serviços do liberalismo econômico, em que há, normalmente, um nítido desequilíbrio de forças entre as partes contratantes (mais à frente, passar-se-á à análise crítica de tal característica nos contratos empresariais), em que uma parte economicamente mais forte da relação impõe um contrato à outra, que se vê desprovida de força para negociar o conteúdo das cláusulas contratuais, podendo apenas aderir às mesmas. Trata-se, como o arguto leitor provavelmente já percebeu, dos famosos “contratos de adesão”. Tais contratos de massa, típicos da relação consumerista, impuseram a necessidade de um

⁵ Tepedino, Gustavo. *Novos Princípios Contratuais e Teoria da Confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers*, p. 13.

dirigismo estatal na relação contratual, para restabelecer o equilíbrio de forças entre as partes contratantes.

Tal princípio, no âmbito do direito privado, permeia a aplicação do instituto da onerosidade excessiva e da teoria da imprevisão, insculpidos no NCC em seus artigos 317 e 478, que estabelecem, respectivamente: “[q]uando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação” e “[n]os 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”.

O equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual altera, de forma substantiva, a força obrigatória dos contratos, uma vez que, diante, do que foi aqui exposto, pode-se concluir que com o advento do novel regime civilista, só haverá obrigatoriedade contratual naquilo que for economicamente equilibrado.

A função social dos contratos: Erigida no artigo 421 do NCC (“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”), o novo princípio contratual em tela é, em muitos casos, incompreendido ou mal compreendido por uma razão muito simples: o legislador não especificou e conceitou claramente o que seria a função social dos contratos. No entanto, pode-se dizer que os contratantes, com o advento deste princípio, ao contratarem, devem sopesar seus próprios interesses com os dos titulares de interesses socialmente relevantes, que potencialmente, são alcançados pela órbita dos contratos. A esfera de impacto dos efeitos originados pelo contrato é, destarte, substancialmente ampliada. Se antes era restrita à zona interna entre as partes contratantes, é, agora, ampliada para uma esfera propriamente social, que deve servir de limite para a atuação dos agentes contratantes.

Tem-se, portanto, que o princípio da função social dos contratos atua, por sua vez, sobre o princípio da relatividade dos contratos, uma vez que o respeito à disciplina contratual se torna oponível a terceiros e que os contratantes devem respeitar os interesses de terceiros potencialmente impactados pelos efeitos dos contratos, em perfeita sintonia com a ideia de justiça social, trazida pela carta magna de 1988.

Passemos, agora, a verificar a aplicabilidade dos princípios supra-expostos no específico âmbito das relações de cunho empresarial:

Estudo de Decisão Judicial

Tendo como objeto a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações negociais, o Superior Tribunal de Justiça analisou o Recurso Especial 1.158.815/RJ⁶, adotando decisão coesa sobre o tema. Em sucinta exposição, o STJ cuidou de um contrato de prestação de serviços de gerenciamento e expansão de um Shopping Center, de acordo com o qual o gerenciamento do Shopping se daria, pelo prestador de serviços, no âmbito da supervisão e direção das áreas técnica e comercial, enquanto que a expansão se daria por meio da locação e venda dos seus espaços comerciais. Tal contrato previa que o pagamento ao prestador dos serviços se daria por meio de um prêmio de produtividade, pago de acordo com o aluguel recebido pelo contratante pela locação dos novos espaços comerciais do Shopping.

Ocorre que o valor dos alugueis teria sido superestimado, originando um alto nível de inadimplemento dos lojistas quanto ao pagamento dos aluguéis dos espaços comerciais. Desta forma, o contratado se viu prejudicado, recebendo menos do que deveria, a título de prêmio, pelos serviços prestados.

O contratado ajuizou, destarte, ação de cobrança em face do contratante, pelos valores devidos a título de prêmio por produtividade, conforme estabelecido no contrato de prestação de serviços pactuados entre as partes.

Em primeira instância, a ação foi julgada improcedente, entendendo o magistrado de primeiro grau que haveria excessiva valoração dos valores do prêmio de produtividade no contrato firmado entre as partes, uma vez que os valores dos alugueis haviam sido firmados acima do valor de mercado. Em segunda instância, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reformou a decisão do magistrado para julgar procedente o pedido da petição inicial, alegando que, com fundamento no princípio da força obrigatória dos contratos (*Pacta Sunt Servanda*), o recorrido não poderia se ver livre de adimplir com sua obrigação contratual pelas razões levantadas pelo magistrado de primeiro grau, uma vez que somente se justificaria uma atenuação do princípio do *Pacta Sunt Servanda* em casos de ocorrência extraordinária e imprevisível, que alterariam as circunstâncias nas quais havia sido firmado o negócio jurídico, com fulcro na teoria da imprevisão e do instituto da onerosidade excessiva dos contratos.

O egrégio TJRJ firmou ainda o entendimento de que, por não haver desequilíbrio econômico entre as partes contratantes, ambas sociedades empresárias, não haveria que se falar em incidência das normas previstas para as relações consumeristas, em que há a necessidade de intervenção estatal nos contratos para o restabelecimento do necessário equilíbrio contratual entre as partes contratantes. No entanto, em sede de embargos de declaração, houve a reforma deste entendimento, em favor da manutenção da sentença de primeiro grau, com fulcro nos novos princípios contratuais da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e da função social dos contratos.

⁶ Recurso Especial nº 1.158.815 — RJ/2009. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Ementa: RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EXPANSÃO DE SHOPPING CENTER. REVISÃO DO CONTRATO. QUANTIFICAÇÃO DOS PRÊMIOS DE PRODUTIVIDADE CONSIDERANDO A SITUAÇÃO DOS FATORES DE CÁLCULO EM ÉPOCA DIVERSA DA PACTUADA. INADMISSIBILIDADE. CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA. NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE (“PACTA SUNT SERVANDA”) E DA RELATIVIDADE DOS CONTRATOS (“INTER ALIOS ACTA”). MANUTENÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS LIVREMENTE PACTUADAS.

Finalmente, em sede de Recurso Especial, o Superior Tribunal de Justiça, analisando a questão, firmou entendimento de que, no âmbito do Direito Empresarial, o princípio da autonomia privada é mais saliente do que em outros setores do Direito Privado, uma vez que a liberdade de iniciativa, neste ramo do Direito Privado, constitui-se como pedra angular do regime jurídico aplicável aos agentes empresariais. A intervenção judicial nos contratos firmados entre agentes econômicos empresários somente deveria se justificar, conforme o entendimento da corte, quando há nítido desequilíbrio entre as partes contratantes. O que, no entendimento do Tribunal, não se aplicava ao caso, sendo absolutamente devidos os valores objeto da ação de cobrança.

Em conclusão, o STJ decidiu que, no âmbito dos contratos empresariais, firmados entre agentes econômicos com paridade de forças, não havendo que se falar em desequilíbrio contratual entre as partes e sem que haja incidência, na hipótese, da Teoria da Imprevisão e do instituto da Onerosidade excessiva, há que se ressaltar o princípio do *Pacta Sunt Servanda*, com vistas ao respeito ao princípio da autonomia privada, verdadeira pedra angular do Direito Empresarial.

Análise de Parecer Jurídico

Em parecer intitulado “Novos princípios contratuais e Teoria da Confiança: a exegese da cláusula *To the Best Knowledge of the Sellers*”⁷, o jurista Gustavo Tepedino, solicitado por escritório de advocacia, cuidou de problemática relativa a um contrato de compra e venda de quotas e ações, representativas do capital social de três sociedades, firmado entre duas sociedades empresárias.

A problemática abordada no parecer do jurista é relativa às (devidas) indenizações previstas no contrato de compra e venda de quotas e ações, em caso de falsidade ou omissão nas declarações e garantias prestadas pela vendedora à compradora.

No caso em exame, como havia pressa por ambas as partes contratantes em consumir o negócio jurídico de compra e venda das ações e quotas das outras três sociedades empresárias, estas haviam acordado, desde a fase de negociações preliminares à celebração do contrato, que não haveria tempo hábil à realização de diligências por parte da compradora quanto aos documentos e condições gerais da compra (*Due diligence*), adquirindo, desta feita, especial relevância para o sucesso da operação as cláusulas de declarações e garantias, uma vez que a sociedade vendedora se comprometera a prestar todas as informações de utilidade e interesse da compradora, como maneira de suprir a ausência de tempo hábil para a realizações das diligências devidas.

No entanto, a empresa compradora verificou que a vendedora não havia prestado algumas informações absolutamente essenciais quanto ao objeto do contrato, relativas às sociedades de cujo capital social as ações e quotas eram

⁷ Tepedino, Gustavo. In: Novos princípios contratuais e Teoria da Confiança: a exegese da cláusula *To the Best Knowledge of the Sellers*.

representativas. Haviam sido deixadas de lado informações como a inexistência de licença ambiental para exploração de uma área que estava sendo utilizada por uma das três sociedades, configurando exploração clandestina.

A sociedade compradora das frações representativas do capital social das três sociedades alvo da aquisição tentou, portanto, obter a indenização prevista no contrato, para os casos de omissão ou inexatidão das informações prestadas pela vendedora nas cláusulas de declarações e garantias.

A sociedade vendedora, por seu turno, alegou que, em razão da previsão da expressão “[a]té onde saiba a vendedora” incluída nas cláusulas do contrato (que, em tese, ensejaria o entendimento de que todas as informações e garantias prestadas se deram no limite do conhecimento da declarante) não haveria o dever de indenizar, pois essas informações não seriam de seu conhecimento.

Se debruçando sobre o assunto, o jurista Gustavo Tepedino, ao analisar a pertinência da indenização requerida pela compradora, adotou o entendimento de que a expressão “[a]té onde saiba a vendedora” não poderia isentá-la da obrigação de prestar as informações omitidas, uma vez que (i) não há possibilidade de tal expressão adquirir extensão tal ampla capaz de atingir mesmo as cláusulas onde ela não estaria literalmente presente e (ii) em razão de terem as partes pactuado o entendimento de que não haveria tempo hábil para a realização das diligências devidas por parte da compradora, as declarações e garantias adquiririam importância especial ao contrato, pois, como contrapartida à celeridade com que a vendedora transferiu suas ações e quotas à compradora, deveria ela estar necessariamente obrigada a fornecer informações relevantes quanto ao objeto da venda de forma especialmente detalhada e precisa.

O jurista adotou entendimento favorável ao dever de indenização, em virtude da omissão de informações essenciais à compradora, expondo que a razão justificadora para o seu entendimento repousa no instituto da aplicabilidade da boa-fé objetiva no contrato empresarial analisado, em virtude dos deveres anexos impostos às partes pelo novo princípio contratual, quais sejam, os deveres de informação, lealdade e transparência impostos à vendedora das ações e quotas representativas do capital social das sociedades alvo.

Em síntese, a expressão “Até onde saiba a vendedora” consistiria, no entendimento do jurista, em uma presunção relativa de boa-fé subjetiva, sendo passível de sofrer prova em contrário. Já a obrigação de cumprir com os deveres anexos à prestação principal, impostos pelo princípio da boa-fé objetiva seria absolutamente oponível à vendedora, não admitindo prova em contrário.

Entendeu o jurista, portanto, pela prevalência, no âmbito do contrato empresarial em estudo, da boa-fé objetiva, em detrimento da presunção de boa-fé subjetiva, incidindo, destarte, o dever de indenizar.



Verifica-se, portanto, que, diferentemente do entendimento anteriormente exposto do STJ, o jurista, em seu aludido parecer, posicionou-se favoravelmente à aplicabilidade de um novo princípio contratual (boa-fé objetiva) no âmbito da relação comercial firmada entre os contratantes, o que demonstra a controvérsia atinente à temática, que demanda exame casuístico e criterioso para sua solução.

Crítica Jurídico-Econômica quanto à Aplicabilidade dos Novos Princípios Contratuais aos Contratos Empresariais

A partir dos conceitos acima expostos e da exposição da jurisprudência e parecer trazidos para ilustrar o objeto do trabalho, passar-se-á, agora, de forma ainda que sucinta, à crítica, propriamente dita, quanto à aplicabilidade dos novos princípios contratuais à seara empresarial em dois aspectos: Primeiramente econômico e, posteriormente, jurídico.

Crítica econômica: Tomando por base a Escola Austríaca de Economia, que tem como expoente Friedrich Hayec, constata-se que os novos princípios contratuais, quando aplicados ao ambiente empresarial, configuram interferência estatal na liberdade individual dos agentes econômicos empresários. Ao mitigar o princípio da autonomia privada dos contratantes em favor de deveres de conduta impostos pelo Estado, o novel regime constitucional-civilista acaba por perfazer verdadeiro dirigismo estatal nos contratos. Portanto, há que se verificarem os benefícios ou malefícios trazidos através de tal ingerência estatal no âmbito privado.

Para tanto, deve-se entender que (cf., Hayec) “Quanto mais o Estado planeja, mais difícil se torna o planejamento para o indivíduo⁸”. Ou seja, ao mitigar, p.ex., o princípio do *Pacta Sunt Servanda*, ou da força obrigatória dos contratos, em favor do princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, o Estado retira do agente econômico a plena capacidade de se planejar, prevendo que o cumprimento do pactuado se dará por parte do outro lado da relação contratual, uma vez que a força obrigatória dos contratos pode ceder espaço à aplicação do citado princípio, reduzindo a segurança jurídica que um agente econômico necessita ter para agir no ambiente negocial, pois este, por si só, já tem como características a incerteza e o risco econômicos.

Ao firmar um contrato, um agente econômico procura justamente a mitigação desse ambiente de incerteza. No entanto, a ingerência estatal nos contratos pode, justamente, vir a retirar do agente essa confiança no cumprimento do pactuado.

Segundo o entendimento dos estudiosos da Escola Austríaca de Economia, o conhecimento dos agentes econômicos sobre as circunstâncias e informações do mercado é amplamente distribuído, de forma desequilibrada

⁸ HAYEK, Friedrich. *O caminho da servidão*.



e desorganizada, entre os players do mercado. Portanto, um dos principais dilemas de cunho social e econômico é descobrir qual o melhor sistema capaz de gerir essas informações, dispersas entre os indivíduos, para que sejam mais bem utilizadas e transferidas entre eles.

Tal sistema, segundo os estudiosos da Escola Austríaca, consiste na propriedade privada dos meios de produção, que demanda, necessariamente, uma economia de livre-mercado, onde os indivíduos, com máxima liberdade de ação, poderão exercer o uso de suas parcelas de informações sobre o mercado de maneira eficiente.

De forma oposta, ao centralizar a gestão dessas informações, não deixando os indivíduos livres para utilizá-las e trocá-las entre si, o Estado acaba por gerar mais desconexão entre os agentes, que não conseguem estabelecer um arranjo interno que atenda, pelo menos de forma mínima, aos interesses de cada um deles. O resultado é a ineficiência do sistema, que origina mais interferência e mais ineficiência, ocasionando um ciclo vicioso que não contribui para bons resultados econômicos, levando os indivíduos a terem pouca liberdade de agir na esfera econômica.

Urge, portanto, verificar de que maneira os novos princípios contratuais devem ser, agora sob a ótica jurídica, aplicados aos contratos empresariais, para que não originem uma interferência estatal prejudicial à liberdade de ação dos empresários. Passemos, destarte, à crítica propriamente jurídica da aplicabilidade dos novos princípios contratuais à esfera negocial dos agentes econômicos.

Crítica jurídica:

Com vistas a tornar os novos princípios contratuais aptos a serem aplicados ao ambiente empresarial, se torna absolutamente imperativo realizar uma leitura deles sob uma ótica própria, típica do ambiente negocial no qual atuam os agentes empresários.

Iniciemos pela análise do princípio da boa-fé objetiva. Ao impor deveres anexos à prestação principal às partes contratantes, o citado princípio atua de maneira a impor às partes contratantes deveres de cooperação e solidariedade. Ocorre que o ambiente empresarial possui standards próprios de conduta, que ensejam uma interpretação diferenciada do que seja “cooperação” e “solidariedade”.

Daí se tira que os deveres de cooperação e solidariedade não podem ser aplicados a um contrato de aquisição do controle de uma dada sociedade da mesma maneira como são aplicados aos contratos de consumo e de trabalho.

No exemplo da aquisição de controle, tem-se que o próprio adquirente é o responsável pela avaliação dos ativos e passivos da sociedade alvo da aquisição (*due diligence*), atenuando a obrigação do alienante em prestar todas

as informações necessárias ao negócio jurídico, que seria, em uma primeira análise, decorrência lógica do dever de cooperação e solidariedade imposto pelo princípio da boa-fé objetiva. Neste exato sentido, vale a pena citar o entendimento da doutrinadora Paula Forgioni, em *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, para quem “para o direito comercial, agir de acordo com a boa-fé significa adotar o comportamento jurídica e normalmente esperado dos comerciantes cordatos, dos agentes econômicos ativos e probos em determinado mercado (ou em certo ambiente institucional), sempre de acordo com o direito”⁹.

Em relação ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, a discussão gira em torno da relação de paridade de forças que normalmente já existe no ambiente empresarial, o que não ocorre com frequência no ambiente consumerista ou trabalhista. Não é razoável pensar em desequilíbrio contratual entre duas multinacionais que atuem no setor de petróleo, devidamente orientadas por seus departamentos jurídicos em todas as fases da relação contratual. Não é razoável, igualmente, pensar em desequilíbrio de forças entre duas empresas, mesmo que de menor porte, que atuem em ramos distintos, mas que possuem força suficiente para negociar o contrato e que tenham, por livre exercício da autonomia da vontade, atingido um acordo quanto ao conteúdo das cláusulas contratuais.

A aplicabilidade deste princípio aos contratos empresariais enseja, portanto, uma análise casuística sobre a relação contratual empresarial, com vistas a verificar cuidadosamente se entre os contratantes existe, de fato, desequilíbrio de forças a ensejar a intervenção estatal nos contratos firmados, de maneira tal que não haja a mitigação do princípio da força obrigatória dos contratos pelo princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos nos casos em que não há que se falar em desequilíbrio contratual.

Deste modo, nestes casos, não se torna razoável que baste a constatação, pelo magistrado, de uma cláusula que repute desequilibrada, para que haja a anulação do pacto contratual firmado entre duas sociedades empresárias que, autonomamente e de forma orientada, haviam acordado quanto ao conteúdo de tal cláusula nas tratativas que antecedem a consumação do pacto contratual. Para tanto, deve haver a criteriosa verificação da existência da (incomum) disparidade de forças entre as sociedades empresárias contratantes.

Já em relação ao princípio da função social dos contratos, cabe aqui uma ponderação de ordem valorativa. No âmbito dos contratos empresariais, não seria de interesse social que os agentes estivessem livres para realizar seus negócios jurídicos, sem sofrer a ingerência do Estado sobre os contratos firmados? Estamos, portanto, diante de uma indagação: Não teriam os contratos empresariais uma função social própria, a que se poderia denominar função social específica dos contratos empresariais?

⁹ FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo. Ed.: Revista dos Tribunais, 2009. p. 99.



Neste sentido, a interpretação do princípio da função social dos contratos empresariais deveria se dar no sentido de que ao exercerem a autonomia privada, pactuando um contrato com vistas à obtenção de lucro, os agentes econômicos estariam também servindo a uma específica função social, de caráter notadamente mais econômico, mas que guarda um particular escopo social, pois ao movimentar o aparato econômico, o contrato tem o condão de gerar benefícios sociais, tais como renda e empregos.

Com efeito, defende-se aqui que os novos princípios contratuais não devem ser aplicados aos contratos empresariais da mesma maneira como o são nas demais espécies contratuais (notadamente nas relações consumeristas e do trabalho), em virtude de os novos princípios contratuais demandarem critérios próprios de aplicabilidade e interpretação no ambiente mercadológico. Neste sentido, não devem ser aplicados em prejuízo da segurança jurídica, da previsibilidade e da confiança entre os agentes econômicos.

Por fim, há que se repensar o papel do Estado como interventor nos contratos empresariais, pois a legislação, nestes casos, deve atuar como instrumento de previsibilidade e de segurança, de maneira a servir de incentivo à atuação dos *players* no mercado e não como instrumento de arbitrária e descriteriosa interferência estatal nas relações comerciais, provocando justamente o efeito perverso de gerar imprevisibilidade e insegurança jurídica aos agentes empresariais, em prejuízo da salubridade do ambiente mercadológico brasileiro.

* * *



II. TEORIA GERAL DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

A) BIBLIOGRAFIA SUGERIDA

Básica

FORGIONI, Paula. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, págs. 23-54.

Complementar

JENSEN, Michael C., *Theory of the Firm: Governance, Residual Claims and Organizational Forms* (Prefácio e Introdução). Harvard University Press, December 2000. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1791761>> Acessado em 01/07/2014.

B) ROTEIRO DE AULA

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Conforme examinamos anteriormente, os contratos estabelecem vínculos jurídicos entre as partes contratantes, criando, modificando e/ou extinguindo direitos e/ou obrigações, que serão convertidos em prestações exigíveis, de acordo com os termos e condições do respectivo contrato.

Na dinâmica empresarial, há intensa necessidade de estabelecimento de relações jurídicas com terceiros (i.e., empresa ó outros agentes). Tais relações jurídicas são estabelecidas por meio de contratos diversos.

Em inúmeros casos, há o estabelecimento de *teia contratual*¹⁰ de modo a viabilizar a consecução de determinada atividade empresarial.

Sob a lógica dos estudos de *Law & Economics*, há também quem sustente a teoria de que as grandes companhias são estabelecidas e organizadas por meio de *nexus of contracts*¹¹, na medida em que os seus negócios e atividades são viabilizados por contratos entre diferentes partes contratantes.

No âmbito do Direito Empresarial, o estudo dos contratos dá atenção especial aos Contratos Empresariais¹² (também referidos como *Contratos Interempresariais*), que são aqueles celebrados entre empresas (i.e., em que somente empresas fazem parte da relação jurídica). Ou seja, não há pessoas físicas e/ou sujeitos de direito organizados sem os elementos de empresa.

¹⁰ FORGIONI, Paula. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pág. 28.29.

¹¹ A acepção *nexus of contracts* é parte de estudo mais amplo, no âmbito da *Theory of the Firm* usualmente atribuída ao doutrinador Michael C Jensen, segundo a qual: “[t]he public corporation is the nexus for a complex set of voluntary contracts among customers, workers, managers, and the suppliers of materials, capital, and risk bearing. This means the parties contract not between themselves bilaterally, but unilaterally with the legal fiction called the corporation, thus greatly simplifying the contracting process. The rights of the interacting parties are determined by law, the corporation’s charter, and the implicit and explicit contracts with each individual.” JENSEN, Michael C., *Theory of the Firm: Governance, Residual Claims and Organizational Forms* (Preface and Introduction) (May 16, 1999). Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1791761>> Acessado em 08/07/2014.

¹² A nomenclatura tradicionalmente aplicada a tais contratos poderá variar nas acepções de “Contratos Empresariais”, “Contratos Comerciais” ou “Contratos Mercantis”. Para fins didáticos, adotaremos como padrão de referência nesta apostila somente a nomenclatura “Contratos Empresariais”, que — sob o nosso ponto de vista — é aquela tecnicamente mais adequada aos tempos modernos.



A este respeito, Paula Forgioni¹³ ensina que:

“A atenção do comercialista recai necessariamente sobre os contratos interempresariais, ou seja, aqueles celebrados entre empresas, i.e., em que somente empresas fazem parte da relação. Ao assim proceder, identificamos os contratos empresariais com aqueles em que ambos (ou todos) os polos da relação têm a sua atividade movida pela busca do lucro. É preciso reconhecer: esse fato imprime viés totalmente peculiar aos negócios jurídicos entre empresários.

Entretanto, adotar esse método de análise da realidade do mercado descortina visão jurídica pouco usual entre nós, porquanto:

- (i) Considera como objeto do direito comercial apenas os contratos celebrados entre empresas (contratos interempresariais, i.e., aqueles em que os partícipes têm sua atuação plasmada pela procura do lucro); e*
- (ii) Coloca em relevo a necessidade do esboço da teoria geral que leve em consideração as peculiaridades dos contratos interempresariais no contexto do mercado (i.e., que considere a empresa na teia contratual em que se insere e que ajuda a construir).”*

Sendo assim, o escopo central deste estudo são os contratos celebrados no universo empresarial apenas entre partes contratantes dotadas de elementos de empresa¹⁴.

2. CONTRATOS EMPRESARIAIS

Os contratos empresariais são aqueles em que ambos (ou, conforme o caso, todos) os polos da relação jurídico-contratual têm sua atividade movida por razões empresariais.

O elemento da empresarialidade é reconhecido na medida em que a organização econômica dos fatores de produção é desenvolvida para a produção ou circulação de bens ou serviços por meio de estabelecimento empresarial que vise ao lucro e à maximização do valor dos investimentos realizados.

O aspecto empresarial atribui características próprias e viés peculiar aos contratos empresariais (e negócios jurídicos entre empresários), que — naturalmente — os distinguem dos contratos em outros segmentos do Direito.

De forma geral, no âmbito de tais contratos, há equivalência de poderes e forças entre as partes contratantes, não havendo relação de hipossuficiência e/ou desequilíbrio no que tange às questões contratuais. Por conta destas carac-

¹³ FORGIONI, Paula. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pág. 29.

¹⁴ De acordo com o *caput* do artigo 966 do Código Civil, “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. O parágrafo único do mesmo dispositivo complementa que: “Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

terísticas, existe uma preocupação usual de esculpir o contexto em que estão sendo realizadas tais contratações, de modo a evidenciar a situação em que a formação e cumprimento do contrato foram e/ou estão sendo realizadas.

Neste sentido, a depender da natureza do contrato a ser celebrado, são usuais cláusulas e regras contratuais tendentes a explicitar a condição e/ou situação específicas das partes contratantes, especialmente quando se pretende caracterizar o equilíbrio de forças e demais características de contextualização no caso concreto. São comuns regras de que as partes contratantes:

- (i) possuem conhecimento e experiência em questões econômico—financeiras e de negócios em geral, sendo capazes de avaliar o negócio jurídico pretendido e, deste modo, identificar vantagens, desvantagens, riscos e potenciais de retorno em relação a tal negócio jurídico pretendido;
- (ii) estão devidamente assessoradas por executivos e profissionais competentes (advogados, contadores e assessores em geral), que são familiarizados com operações semelhantes ao negócio jurídico pretendido; e
- (iii) conduziram investigações independentes acerca do negócio jurídico pretendido (*i.e.*, conforme o caso, realizaram *due diligence*; auditorias técnicas e operacionais; sondagens; pesquisas de campo; planejamentos de negócio em relação ao projeto e *etc.*).

3. CONTRATOS EMPRESARIAIS VS. CONTRATOS CÍVEIS EM GERAL (ESPECIALMENTE CONTRATOS DE CONSUMO):

Se o vínculo estabelece-se em torno ou em decorrência da atividade empresarial de ambas as partes, premidas pela busca do lucro (e, conforme o caso, valorização do investimento realizado), não se deve subsumir este tipo de contrato à lógica jurídica das relações consumerista (*i.e.*, Direito do Consumidor).

Os contratos empresariais devem ser tratados como categoria autônoma em relação aos contratos em geral?

Fábio Konder Comparato¹⁵ ensina que:

“Não há, propriamente, contraposição de dois sistemas jurídicos distintos em matéria de obrigações: o do Código Civil e o do Código Comercial. O que há é um só sistema, no qual os dispositivos do Código de Comércio aparecem como modificações específicas das regras gerais da legislação civil, relativamente às obrigações e contratos mercantis. A duplicidade legislativa aparece, tão-só, no que tange a essas regras de exceção, dentro do sistema global”

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Novos Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial, p. 251



Por sua vez, Waldemar Ferreira¹⁶ sustenta que:

“Não difere, com efeito, essencialmente a obrigação comercial da civil. Não se distingue a relação jurídico-comercial de qualquer outra. A essência é sempre a mesma.”

A unificação do regime jurídico dos contratos, conforme empreendida pelo Código Civil de 2002, trouxe certo descaso à teoria geral dos contratos mercantis, uma vez que a pretensa “coincidência” entre os regimes das obrigações civis e comerciais induz ao **não** estudo separado dos dois grupos de contratos, buscando singularidades no funcionamento e na disciplina de cada um deles.

Entretanto, tradicionalmente, a distinção da teoria geral dos contratos mercantis centrava-se na identificação das diferenças entre os Contratos Civis e os Contratos Mercantis, mas — nos tempos atuais — assumiu nova feição.

O “Direito do Consumidor” aflorou a existência de ramo independente sujeito às especificidades (ou princípios peculiares) que lhe dão forma e conteúdo, tais como a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo e o “direito de não ser explorado”.

A consolidação do direito do consumidor tem levado os contratos empresariais à sua “redescoberta” como categoria autônoma, merecedora de tratamento peculiar e distinto das regras do direito civil e do direito consumerista.

Por razões diversas, diz-se que a tripartição atual da matéria dos contratos deve ser feita entre: (1) Contratos Civis; (2) Contratos com Consumidores; e (3) Contratos Empresariais.

O traço diferenciador dos contratos empresariais é o escopo de lucro bilateral, que condiciona o comportamento das partes. Há uma dinâmica peculiar, que não pode ser negligenciada! A perseguição de vantagem econômica é o “motor” das partes contratantes.

Segundo o autor Antônio Junqueira de Azevedo, os contratos podem ser divididos em “contratos empresariais” e “contratos existenciais”, que incluem os contratos de consumo, os contratos celebrados para viabilizar a subsistência da pessoa humana, a compra da casa própria, os contratos de trabalho e as locações residenciais.

4. ANÁLISE DOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DOS CONTRATOS À LUZ DA DINÂMICA EMPRESARIAL

Se os contratos empresariais são aqueles celebrados entre empresas e nos quais ambos (ou, conforme o caso, todos) os polos da relação jurídico-con-

¹⁶ FERREIRA, Waldemar. Instituições de Direito Comercial, v. 3, p. 12.



tratural têm a sua atividade movida por razões empresariais, faz-se necessário analisar a questão dos elementos constitutivos nos contratos empresariais.

4.1 Capacidade

A fim de evidenciar o atendimento da “*capacidade das partes*”, são usuais cláusulas no sentido de:

Constituição. As partes contratantes estão devidamente constituídas e validamente existentes, encontrando-se em situação regular de acordo com as legislações que lhes são aplicáveis.

Autorização. As partes contratantes possuem plena capacidade e autoridade para intervir no presente Contrato, realizar todas as operações previstas no contrato, exercer os direitos e, conforme o caso, cumprir todas as obrigações assumidas, inexistindo qualquer impedimento legal ou contratual em relação à realização das operações previstas. O cumprimento de suas obrigações nos termos do contrato foi, conforme aplicável, devidamente autorizado pelos atos societários e/ou órgãos societários competentes (i.e., Assembleia Geral, Conselho de Administração e/ou Diretoria).

Não Violação. A celebração do contrato e o cumprimento das obrigações nele previstas: (i) não violam, infringem ou de qualquer forma contrariam disposições de qualquer contrato, compromisso ou outra obrigação relevante às quais tal parte contratante esteja vinculada e que possa dar causa a inadimplemento; (ii) não infringem qualquer disposição de lei, decreto, norma ou regulamento, ordem administrativa ou judicial a que tal parte contratante esteja sujeita; ou (iii) não exigem qualquer consentimento, aprovação ou autorização de qualquer pessoa física ou jurídica com relação a tal parte contratante.

4.2 Objeto

Da mesma forma, no que tange à questão do *objeto lícito, possível e determinado ou determinável*, são usuais disposições contratuais no sentido de detalhar e especificar qual é o negócio pretendido pelas partes contratantes e o que está sendo objetivado com a referida contratação:

Objeto. A [EMPRESA XPTO], neste ato, cede e transfere à [EMPRESA WTO], em caráter total, definitivo, irrevogável e irretroatável, na for-



ma, extensão e aplicação em que o detém, por força das leis, contratos e tratados em vigor ou que no futuro vierem a vigorar, por todo o prazo de duração da Concessão (cf. definição), os direitos de passagem longitudinal sobre toda a Área Geográfica (cf. definição) em geral, que sejam necessários elou convenientes para a instalação e manutenção da Infraestrutura (cf. definição) elou para o desenvolvimento do Negócio (cf. definição), podendo a [EMPRESA XPTO] construir, operar, comercializar elou praticar todas as atividades que se fizerem necessárias ao Negócio (cf. definição).

Prerrogativas Adicionais. A [EMPRESA XPTO], também poderá valer-se de direito de passagem para realizar cruzamentos de vias na Área Geográfica em geral sempre que necessário à instalação e à manutenção da Infraestrutura elou ao estabelecimento de ligações em geral em relação ao Negócio.

Vedações Específicas. A [EMPRESA XPTO] não poderá realizar nenhuma atividade que contrarie os poderes originalmente detidos pela [EMPRESA WTO] em relação à Concessão da Área Geográfica.

4.3 Forma

No que se refere à forma prescrita ou não defesa em lei, nos casos de contratos solenes são usuais regras semelhantes à abaixo:

Os [GARANTIDORES], neste ato e na melhor forma de direito, empenham em favor do [CREDOR], nos termos do artigo 1.419 e seguintes do Código Civil, em caráter irrevogável e irretratável, a totalidade das [AÇÕES] de sua propriedade de emissão da [COMPANHIA XPTO] (“Ações Empenhadas”).

Este Instrumento de Penhor será registrado perante o Cartório de Registro de Títulos e Documentos competente, devendo, ainda, a garantia ora constituída ser averbada no Livro de Registro de Ações Nominativas da [COMPANHIA XPTO], nos termos do art. 39 da Lei nº 6.404/76.

Os [GARANTIDORES] e a [COMPANHIA XPTO] comprometem-se a manter a anotação do penhor no Livro de Registro de Ações Nominativas da [COMPANHIA XPTO] até o momento de sua total liberação.



4.4 Consentimento Recíproco ou Acordo de Vontades

No que tange à questão *necessidade de consentimento recíproco e/ou acordo de vontade das partes contratantes*, são usuais disposições contratuais no sentido de evidenciar que as partes manifestaram a vontade de forma adequada, sem nenhum elemento que pudesse contaminá-la. Como exemplo:

As partes contratantes, neste ato e na melhor forma de direito, no exercício de sua manifestação de vontade de forma livre e manifesta, sem qualquer induzimento ou coação, em caráter irrevogável e irretratável, dão entre si recíproca, plena, rasa, geral e irrevogável quitação, por todos e quaisquer valores a que tenham feito ou façam jus em decorrência de atos e/ou fatos direta ou indiretamente relacionados ao Contrato, para nada mais reclamarem, pretenderem haver ou exigirem uns dos outros, a qualquer tempo e a qualquer título, em juízo ou fora dele.

4. CONCLUSÃO¹⁷

Por razões diversas, os contratos empresariais possuem características próprias e que devem ser devidamente conhecidas, identificadas e aplicadas pelos operadores de Direito.

¹⁷ Outros exemplos de cláusulas e regras contratuais sobre o tema: “Cada uma das Partes declara e garante às demais Partes que: (i) possui plena capacidade e autoridade para celebrar este Acordo, realizar todas as operações aqui previstas e cumprir todas as obrigações aqui assumidas, inexistindo qualquer impedimento legal ou contratual para a realização das operações aqui previstas; (ii) a celebração deste Acordo e o cumprimento das obrigações nele previstas: (ii.a) não violam, infringem ou de qualquer forma contrariam disposições de qualquer contrato, compromisso ou outra obrigação relevante da qual qualquer das Partes seja parte ou a que esteja vinculado e que possa dar causa a inadimplemento; (ii.b) não infringem qualquer disposição de lei, decreto, norma ou regulamento, ordem administrativa ou judicial a que qualquer das Partes esteja sujeita; e (ii.c) não exige qualquer consentimento, aprovação ou autorização de qualquer cônjuge e/ou companheiro a qualquer título. (iii) os negócios jurídicos previstos neste Acordo são existentes, válidos e eficazes, tendo sido celebrados pelas Partes, de forma refletida e informadas, livre de qualquer induzimento e/ou coação, sem a presença de nenhum vício e/ou qualquer outro elemento capaz de contaminar a manifestação de vontade das Partes.”



III. VETORES DE FUNCIONAMENTO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

A) BIBLIOGRAFIA SUGERIDA

FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, págs. 55-151.

B) ROTEIRO DE AULA

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES:

Conforme examinado anteriormente, nos contratos empresariais, ambos (ou todos) os polos das relações jurídicas estabelecidas são movidos pela busca do lucro, têm sua atividade — toda ela — voltada para a persecução de vantagem econômica, sendo o contrato um instrumento para atingir este fim. Sendo assim, analisaremos a seguir algumas das características inerentes aos contratos empresariais.

2. CUSTOS DE TRANSAÇÃO

“A empresa contrata porque entende que o negócio lhe trará mais vantagens do que desvantagens. As contratações são também resultado dos custos de suas escolhas; o agente econômico para obter a satisfação de sua necessidade, opta por aquela que entende ser a melhor alternativa disponível, ponderando os custos que deverá incorrer para a contratação de terceiros.”¹⁸

Em resumo, para que se reduzam os custos de transação, é necessário ponderar os custos de obter um bem ou serviço por meio de contratação com os custos de se obter o mesmo bem ou serviço de outras formas (ex: produção própria). Assim, quanto mais empresas ofertarem um mesmo bem ou serviço no mercado, um empresário, individualmente, terá menos poderes de influenciar o preço da coisa, de modo que, diante de tantas alternativas possíveis, os custos de transação serão diminutos.

¹⁸ FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 60.



3. FUNÇÃO ECONÔMICA DO CONTRATO:

Os contratos empresariais assumem como função precípua a de promover a circulação de mercadorias e serviços no mercado, bem como a circulação de valores, que é intrínseca aos contratos celebrados em âmbito comercial.

“As partes não contratam pelo mero prazer de trocar declarações de vontade. Ao se vincularem, as empresas têm em vista determinado escopo, que se mescla com a função que esperam o negócio desempenhe.”¹⁹

Perspectiva da Contratação => Dinâmica vs. Estática; Objetiva vs. Subjetiva

4. PRÁTICA E CONTRATOS EMPRESARIAIS:

“As partes, quando negociam e contratam, não tomam confortavelmente assento diante de um código e escolhem, entre fórmulas pré-existentes [i.e., tipificadas], aquela que mais lhes apraz. Os contratos empresariais nascem da prática dos comerciantes e raramente de tipos normativos preconcebidos por autoridades exógenas ao mercado.”²⁰

5. OPORTUNISMO E VINCULAÇÃO:

“A parte, ao celebrar um contrato, gostaria de vincular o parceiro comercial, mas também de permanecer livre para deixar aquela relação e abraçar outra que eventualmente se apresente como mais interessante.”²¹

6. INCOMPLETUDE CONTRATUAL:

“Muitos contratos não contêm — e não podem mesmo conter — a previsão sobre todas as vicissitudes que serão enfrentadas pelas partes.”²²

7. AMBIENTE INSTITUCIONAL:

“O negócio jurídico somente pode ser entendido na complexidade de seu contexto, cuja análise requer visão interdisciplinar.”²³

¹⁹ FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 58.

²⁰ FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 65.

²¹ FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 65.

²² FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 71.

²³ FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 73.



8. TUTELA DO CRÉDITO:

Se as partes em um contrato não acordarem sobre os créditos provenientes da relação contratual, o cumprimento da função econômica dos contratos empresariais restará severamente prejudicado pelos inadimplementos dos contratantes.

“A disciplina dos contratos empresariais prestigia a tutela do crédito.”²⁴

9. CONFIANÇA E CUSTOS DE TRANSAÇÃO:

“A disciplina dos contratos empresariais deve privilegiar a confiança, tutelar a legítima expectativa; quanto maior o grau de confiança existente no mercado, menores os custos de transação e mais azeitado o fluxo de relações econômicas.”²⁵

10. USOS E COSTUMES:

“Os usos e costumes geram legítimas expectativas de atuação, probabilidades de comportamento; presume-se que as partes comportar-se-ão de acordo com o modelo usual, de maneira que cada agente é capaz de planejar sua jogada (i.e., estratégia de atuação no mercado) com maior margem de segurança.”²⁶ Os costumes são ainda fonte de direito, sendo aplicáveis pelo juiz quando a lei for omissa, nos termos do artigo 4º da LINDB.

11. FORMA E CUSTOS DE TRANSAÇÃO:

Com vistas a garantir que os contratos empresariais cumpram com a função econômica de fazer circular bens, serviços e valores no mercado, os contratos, na conduta mais diligente, assumem caráter instrumental, de modo a garantir maior segurança em relação ao adimplemento das obrigações estabelecidas para as partes dos contratos.

12. CONTRATO COMO INSTRUMENTO DE ALOCAÇÃO DE RISCOS:

O contrato celebrado entre as partes, ao atribuir responsabilidades e obrigações, aloca riscos do negócio desenvolvido por elas.

²⁴ FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 89.

²⁵ FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 95.

²⁶ FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 117.



13. CONTRATO E INFORMAÇÕES:

“A imposição de padrão jurídico quanto às informações que devem ser prestadas quando da celebração dos negócios permite o incremento do fluxo de relações econômicas.”²⁷ O dever de informar decorre do princípio da boa-fé, de modo que, às partes, cabe prover informação suficiente para a adequada formação do contrato, evitando desequilíbrios.

14. AUMENTO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PELO CONTRATO:

Realizado o devido esforço para alocar os riscos do negócio entre as partes no contrato, pode ser que haja um aumento da dependência econômica entre as partes (ex: cláusula de exclusividade).

15. CONCLUSÃO

Como podemos ver, os contratos empresariais possuem algumas características próprias, que nem sempre se aplicam aos demais contratos. Tais características representam vetores da forma de funcionamento de tais contratos.

²⁷ FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 139.



IV. CONTRATOS DE INTERCÂMBIO VS. CONTRATO DE SOCIEDADE VS. CONTRATOS DE COLABORAÇÃO

A) BIBLIOGRAFIA SUGERIDA

FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, págs. 152-214.

B) ROTEIRO DE AULA

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

De forma geral, pode-se dizer que os contratos concretizam e possibilitam a atuação das empresas no mercado, formando seu substrato. Podem ser classificados em duas categorias:

- Contratos de Intercâmbio; e
- Contratos de Sociedade (*i.e.*, em que há “solidariedade de interesses”)

Há ainda os chamados Contratos de Colaboração, que são negócios mercantis que se encontram em situação intermediária às duas classificações referidas acima (são “Contratos Híbridos”).

2. CONTRATOS DE INTERCÂMBIO:

Nos Contratos de Intercâmbio, o incremento da vantagem econômica de uma parte tende a representar a diminuição do proveito econômico da outra.

Há contraposição entre os interesses das partes contratantes, que se representa pela coparticipação de sujeitos de direito com interesses econômicos contrapostos.

A contraposição é essencial para caracterização do Contrato de Intercâmbio, que é — em última análise — uma composição de interesses.



3. CONTRATOS DE SOCIEDADE:

Agentes econômicos utilizam este instrumento visando à associação ou cooperação com vistas ao desenvolvimento de atividade mercantil comum. Um de seus elementos característicos é a “reunião de esforços”, somado à “álea” do empreendimento (i.e., imprevisibilidade concreta).

Duas instituições foram criadas de forma a tentar harmonizar os interesses das demais partes dos contratos de sociedade e incentivar a colaboração mútua, sendo elas:

- (i) limitação de responsabilidade (com a mobilização de capitais); e
- (ii) proporcionalidade entre o capital investido e o poder *interna corporis* dele decorrente, com a consolidação do princípio majoritário.

4. CONTRATOS DE COLABORAÇÃO:

Os Contratos de Colaboração podem ser definidos como tendo forma híbrida. Significa dizer que se situam entre os Contratos de Intercâmbio e de Sociedade, uma vez que há, ao mesmo tempo, plurititularidade e cooperação. Representam uma nova forma de associação capaz de acomodar interesses comuns de diferentes empresas.

Cada vez mais, diversas empresas têm optado por colaborarem entre si buscando um melhor desempenho das suas atividades.

Exemplo:

Fabricante estrangeiro de artefatos de couro de grande valor agregado, que almeja vender produtos no Brasil. Constituição de subsidiária e/ou filial local não é eficiente (altos custos envolvidos e desconhecimento do mercado local). Esse agente econômico opta, então, pela celebração de contrato de distribuição com empresa brasileira.

- Em tal exemplo, as finalidades das empresas contratantes são interdependentes, na medida em que: quanto maiores as vendas ao consumidor final, maiores os proveitos para ambas as empresas contratantes.
- Os Contratos de Colaboração surgem da necessidade de evitar os inconvenientes que adviriam da celebração de extensa série de contratos de intercâmbio desconectados (custos de transação) e da fuga da ri-



gidez típica dos esquemas societários (ou hierárquicos), por meio de Contratos de Sociedade.

4.1 Características dos Contratos de Colaboração:

- São de trato continuado. De forma geral, tendem a se estender no tempo (Diferentemente dos Contratos de Intercâmbio, onde há esgotamento imediato).
- Ausência de comportamento oportunista. Há “dependência” recíproca entre as empresas contratantes.
- Necessidade de visão interdisciplinar, não limitada somente ao Direito. Exemplo: O agente analisa se, em determinada situação, é mais vantajoso para ele comprar determinado bem que ele necessita ou organizar os fatores de produção de forma com que ele mesmo o produza.
- Alocação dos poderes de decisão nos contratos => Princípio do *pacta sunt servanda*.

Contratos de Colaboração:

Nos Contratos de Sociedade, a solução de problemas (discordâncias) rotineiros entre sócios tende a ser resolvida mais facilmente do que entre empresas contratantes em regimes de contrato de colaboração (relação societária \geq relação contratual).

No ambiente societário, há sempre o princípio majoritário. No ambiente contratual, há necessidade de consenso para a tomada de decisões.

Nos contratos de intercâmbio, a questão se resolve de outra forma. Não há necessidade de alocação de poderes de decisão, pois as partes são totalmente independentes e possuem interesses contrapostos.

Os contratos de colaboração não podem ser tratados como os de intercâmbio e/ou receber o tratamento reservado às sociedades.

LEITURA COMPLEMENTAR

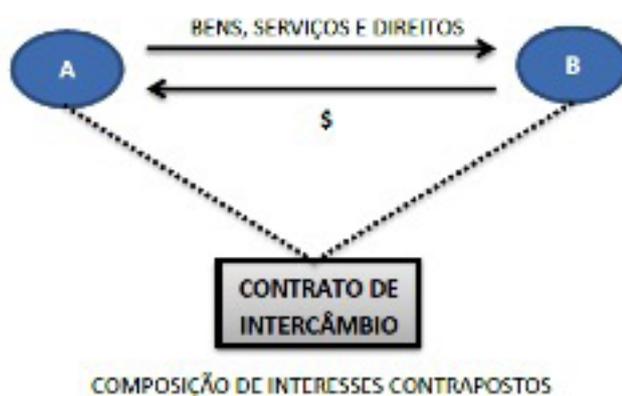
ANÁLISE DOS FATORES DETERMINANTES NA ESCOLHA DA ESTRUTURAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA PARA VIABILIZAÇÃO DE NEGÓCIOS²⁸**Introdução**

As contratações mercantis refletem a dinâmica comercial global, posto que viabilizam a circulação de bens, serviços e direitos como fonte geradora de riquezas. Nesse contexto, as variadas formas e estruturas jurídicas disponíveis constituem instrumento de formação de negócios e implementação de atividades comerciais.

Podemos diferenciar as formas de contratação sob a ótica empresarial em três seções, nas quais estão alocados os contratos de intercâmbio, os contratos de colaboração e os contratos de sociedade, respectivamente.

A primeira seção é composta pelos contratos que visam o intercâmbio de bens e serviços por uma contraprestação, de modo que a característica marcante dos contratos de intercâmbio é composição de interesses contrapostos entre as partes, posto que, em geral, ambas buscam obter a maior vantagem possível na contratação, de modo a maximizar seus lucros ou reduzir custos. Os contratos de intercâmbio encontram seu maior exemplo nos contratos de compra e venda mercantil.

Em geral, os contratos de intercâmbio observam a seguinte estrutura:

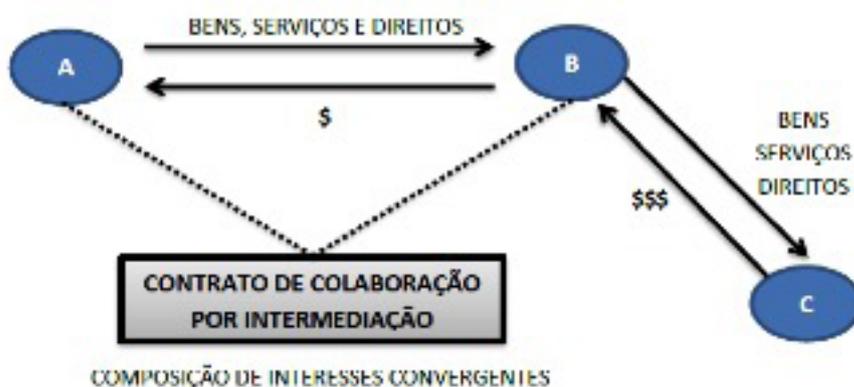


A segunda seção dos contratos empresariais, por sua vez, é ocupada pelos contratos de colaboração, que possuem a convergência de interesses entre as partes como elemento comum. Essa forma de contratação viabiliza a implementação de atividades em conjunto e, em geral, possuem trato continuado, de forma que distribuem deveres e responsabilidades entre as partes no desenvolvimento da atividade, bem como seus ganhos.

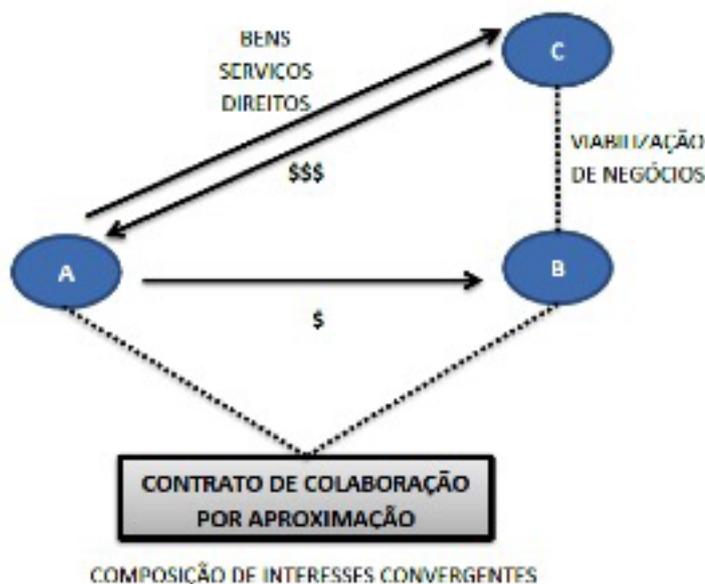
²⁸ Texto de autoria de *Arnaldo Vieira Ferreira* apresentado como trabalho de conclusão da disciplina de Contratos Empresariais em 2014.2.

Os contratos de colaboração se subdividem em contratos de colaboração por intermediação e por aproximação. A primeira subdivisão é composta pelos contratos de franquia e concessão comercial, modalidades nas quais é comum que haja grande investimento por parte do franquiado ou concessionário para a implementação do negócio; a segunda subdivisão, aproximação, portanto, é composta pelos contratos de comissão e de representação comercial, posto que comissionista e representante funcionam como pontes de aproximação entre interessados em obter bens, serviços e direitos e seu fornecedor.

Os contratos de colaboração por intermediação apresentam-se da seguinte forma:



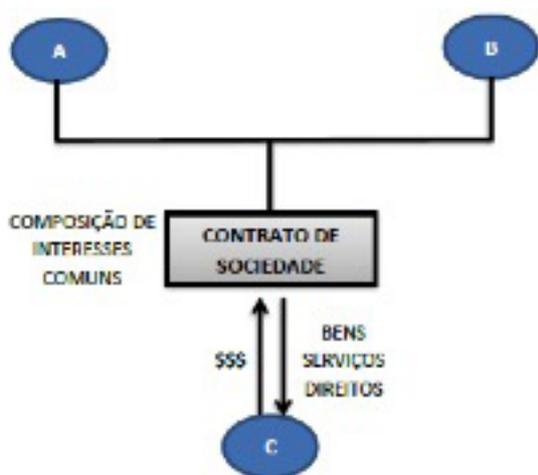
Os contratos de colaboração por aproximação, por sua vez, apresentam-se sob a seguinte estrutura:



Além de franquia, concessão comercial, comissão e representação comercial, os contratos de colaboração ainda contam com o contrato de distribuição, que pode assumir caráter de contrato de colaboração por intermediação, quando o distribuidor adquire os bens, serviços e direitos do fornecedor para revenda; ou aproximação, quando o distribuidor viabiliza a celebração de negócios entre os interessados e o fornecedor, de modo que se assemelha aos contratos de agência, razão pela qual aplicam-se as normas do Código Civil Brasileiro referentes à agência.

Por fim, na terceira seção dos contratos empresariais estão os contratos de sociedade, marcados pela existência do interesse comum entre as partes de desenvolver determinada atividade, sem, necessariamente, possuírem os mesmos objetivos com o desenvolvimento da referida atividade. Os contratos de sociedade são denominados contratos plurilaterais, posto que não atribuem obrigações de entre uma parte e outra, mas de todas as partes entre si e com a sociedade, diferentemente dos contratos de intercâmbio e colaboração que, em geral, são bilaterais.

Os contratos de sociedade apresentam-se da seguinte forma:



Como podemos observar, os contratos de colaboração e os contratos de sociedade possuem vocação para a implementação de empreendimentos de maior duração do que as operações celebradas no âmbito dos contratos de intercâmbio. Além disso, os contratos de colaboração e de sociedade possuem como característica a união de esforços entre partes para o desenvolvimento de determinada atividade em conjunto, de modo que este artigo se presta a comparar as formas de estruturar determinado empreendimento sob mediante o compartilhamento de capacidades financeiras e técnicas, ou seja, contratação por colaboração e contratos de sociedade.

A comparação entre essas duas formas — com muitos pontos de interseção — de viabilizar atividades comerciais se restringirá aos motivos que



levariam os agentes de mercado a optarem por uma forma ou por outra, com observância de suas vantagens e desvantagens.

1. Por que viabilizar uma atividade por meio da celebração de contratos entre partes independentes?

Em geral, os contratos de colaboração são celebrados para que determinado agente de mercado desenvolva suas atividades principais, sem a necessidade de dominar todos os fatores de produção, o que, por óbvio, seria muito custoso a esse agente de mercado, pois seria necessário que se criassem estruturas de monitoramento e de geração de incentivos muito complexas e, portanto, igualmente custosas. Com a ramificação de suas atividades meio em diversos contratos, o agente de mercado consegue empenhar maior dedicação às suas atividades principais e, assim, ser mais eficiente.

A celebração de contratos para ramificar e diversificar as atividades de uma sociedade reduz a estrutura hierárquica criada pelos grupos societários, pois substitui a figura do controlador, ao qual se estaria subordinado em uma cadeia societária, pela relação contratual, na qual as partes conseguem alocar direitos, obrigações e responsabilidades.

Nas relações contratuais as partes estão vinculadas aos direitos e obrigações previstos nos contratos, de modo que o inadimplemento implica em sanções para a parte inadimplente. Nessas situações, as partes de um contrato possuem mais incentivos para adimplir com suas obrigações e, assim, cumprir o contrato com sucesso, do que em relações de subordinação administrativa das vinculações societárias, nas quais estão presentes os riscos de agência pela delegação de poder decisório pelos sócios aos administradores.

De certo que em muitos casos, a depender da dimensão de uma sociedade, os sócios são capazes de tomar as decisões administrativas do negócio, de modo que os custos de monitoramento das atividades e contratações da sociedade ainda seriam reduzidos. No entanto, a maioria dos principais agentes de mercado está organizada sob a estrutura de grupos societários, nas quais os administradores tomam a maioria das decisões estratégicas e realizam as contratações com elevada independência, ressalvados os casos em que estatutos ou contratos sociais prevejam a necessidade de aprovação dos sócios para determinadas contratações.

Ainda que as segregações de atividades controladas pelos administradores das sociedades, no exercício de suas prerrogativas de representar a sociedade perante terceiros, não necessitem a deliberação dos sócios, implicam em maiores custos de monitoramento para os sócios do que as decisões tomadas por estes, em razão das barreiras à circulação de informações sobre os contratos celebrados no âmbito do grupo societário, decorrentes da autonomia



conferida aos administradores, o que se traduz em aumento dos custos de monitoramento.²⁹

Apesar do dilema existente acerca dos custos de agência e monitoramento, a celebração de contratos para a viabilização de negócios, proporciona uma série de benefícios econômicos para as partes, de acordo com a independência e confiança que houver entre eles. As vantagens percebidas pelas relações contratuais, a depender de cláusulas específicas em casos concretos, em geral, apresentam-se em:

- (i) flexibilidade para a formação da força de trabalho designada para um empreendimento específico, posto que é contratada em contratos temporários ou de prestação de serviços, de modo que as partes podem alocar as responsabilidades pela mão-de-obra entre elas e, assim, reduzirem os custos fixos do negócio, a exemplo do representante comercial, que, em geral, possui autonomia para criar estratégias de venda e contratar pessoal próprio;
- (ii) capacidade de remuneração de acordo com a performance das partes, gerando incentivos para que o objeto do contrato seja executado com maior eficiência; e
- (iii) redução de barreiras legais e econômicas para a estruturação de negócios e atividades, quando a contratação é feita de forma eficiente, tendo em vista os custos financeiros e burocráticos de constituição e manutenção de uma sociedade.³⁰

Visto isso, observa-se que uma das principais razões para que interessados em viabilizar negócios e estruturar determinadas atividades celebrem contratos bilaterais entre partes independentes está relacionada à necessidade ou não de absorção do negócio ou atividade pela escala de produção de uma das partes e os custos envolvidos nisso, de modo que, em muitas situações, a contratação entre partes independentes pode representar uma economia de escala para uma das partes ou para ambas, como nos casos das terceirizações de serviços auxiliares, por exemplo.³¹

1.1. O caso das franquias como exemplo de atividade implementada por relação contratual.

A outorga de direitos para o exercício de uma atividade por uma sociedade franqueadora aos franquiados tem como efeito imediato a diminuição da hierarquia interna da estrutura da sociedade franqueadora, criando estruturas mini hierárquicas entre franqueador e franquiados.

²⁹ JINDAL, Rupinder. Reducing the Size of Internal Hierarchy: The Case of Multi-Unit Franchising. 2011. p. 3.

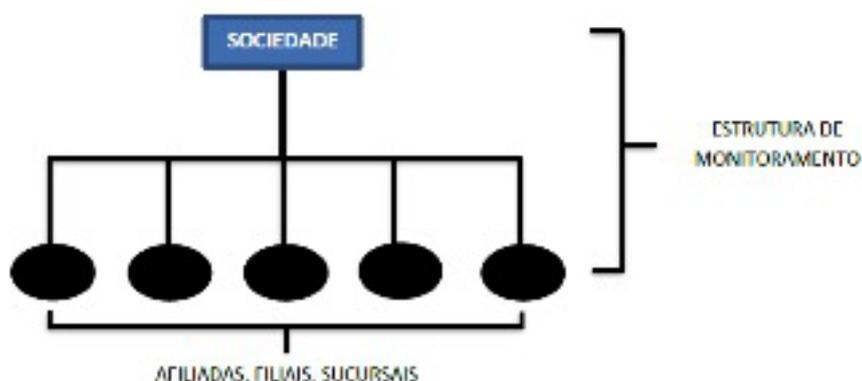
³⁰ EISENACH, Jeffrey A. The Role of Independent Contractors in the U.S. Economy. 2010. p. 1.

³¹ EISENACH, Jeffrey A. The Role of Independent Contractors in the U.S. Economy. 2010. p. 37.

Dos custos de monitoramento: ao diversificar sua estrutura por meio de franquizados, a sociedade reduz os custos de agência e de monitoramento que teria se fosse proprietária de cada estabelecimento que porventura ostente sua marca e exerça sua atividade, hipótese em que seriam administrados por gerentes empregados, de modo que haveria um grande incentivo de que a gerência fosse negligente, tendo em vista a estrutura hierárquica de um grupo societário e a distância que existiria entre a administração central de um grupo societário e a administração de cada unidade comercial.³²

Quando o agente de mercado institui os denominados franqueadores másters ou regionais, estes se tornam os principais agentes de interlocução com os franquizados na estrutura mini hierárquica criada. Dessa forma, os custos de monitoramento da sociedade estariam restritos ao monitoramento do franqueador ou, quando muito, aos franquizados, que, em geral, possuem mais incentivos para empenhar esforços em prol do negócio que os administradores porventura contratados, reduzindo os custos de agência e dividindo os custos de monitoramento com os próprios franquizados.³³

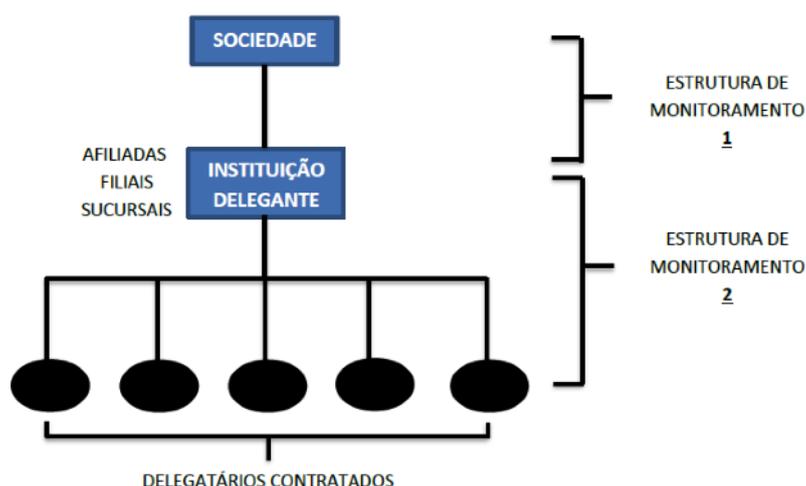
Assim, se a sociedade fosse proprietária de todos os canais de distribuição de seus bens e serviços, a estrutura de monitoramento seria essa:



Por outro lado, quando a sociedade franqueadora regionaliza o poder de franquiar a um franqueador master ou regional, a estrutura de monitoramento se apresenta da seguinte forma:

³² JINDAL, Rupinder. Reducing the Size of Internal Hierarchy: The Case of Multi-Unit Franchising. 2011. p. 5.

³³ JINDAL, Rupinder. Reducing the Size of Internal Hierarchy: The Case of Multi-Unit Franchising. 2011. p. 4.



Da distribuição de incentivos: quando a sociedade divide o potencial de ganho com seus franquizados há a distribuição de incentivos para que eles empenhem seus maiores esforços para que o negócio alcance o sucesso, afastando a tentação imoral de negligenciarem no exercício de suas atividades, de limitarem-se ao mínimo necessário ou ao estritamente e literalmente contratado, posto que seus ganhos estão atrelados ao desempenho da atividade.

Da redução dos passivos trabalhistas: a contratação de empreendedores para o exercício conjunto da atividade em diversas relações contratuais reduz o potencial de aquisição de passivos trabalhistas por parte da sociedade detentora de direitos sobre aquela marca, bens ou serviços oferecidos ao mercado.

As desvantagens de delegar atividades aos contratados:

- (i) O grau de controle da sociedade outorgante de direitos de exploração de sua marca, bens e serviços, sobre a atividade desenvolvida pelo outorgado é reduzido em relação às atividades desenvolvidas pela própria sociedade, tendo em vista a autonomia e independência existente entre as partes nos contratos de colaboração.
- (ii) Perda gradual do poder de barganha entre a sociedade e os contratados para o desenvolvimento das atividades delegadas, tendo em vista o crescimento e domínio desenvolvido pelos contratados sobre a atividade desenvolvida.³⁴

Visto isso, as contratações apresentam-se como forma eficaz de gerar economias de escala no desenvolvimento de atividades comerciais altamente ramificadas ou estratificadas, reduzindo os custos de agência e de monitoramento entre as partes contratantes. Além disso, as eventuais diversificações de atividades alocadas em relações contratuais sucedem de forma mais célere

³⁴ JINDAL, Rupinder. Reducing the Size of Internal Hierarchy: The Case of Multi-Unit Franchising. 2011. p. 6.

e produzem efeitos mais imediatos que a constituição de sociedades ou operações de M&A, pois, em geral, dependem apenas da representação da sociedade, por sua administração, para que contratos sejam celebrados.³⁵

Por que constituir uma sociedade para desenvolver determinada atividade?

Os contratos de sociedades necessitam de uma causa, a qual poderíamos chamar de *affectio societatis*, que une as pessoas contratantes com o interesse comum de coordenar determinada atividade.³⁶

Para que essa causa de contratar seja efetivamente atendida e alcance seu objeto, a sociedade deverá se preocupar em ter:

- (i) um processo de tomadas de decisões bem definido e uma administração encarregada de representar a sociedade perante terceiros e celebrar contratos em nome da sociedade.
- (ii) uma gama de ativos que possam ser oferecidos em garantia aos contratos celebrados e, assim, assegurar aos seus contratantes que a sociedade irá adimplir os contratos celebrados por ela.³⁷

Os possíveis argumentos utilizados para defender a vinculação societária para o desenvolvimento de empreendimentos estariam pautados em:

- (i) segregação patrimonial entre a sociedade e seus sócios, juntamente com a limitação de responsabilidade até o montante integralizado;
- (ii) separação das atividades de um grupo empresarial em outras sociedades gera eficiência administrativa para o grupo; e
- (iii) geralmente, a organização de grandes empreendimentos sem a constituição de sociedades designadas para tal se mostra simplesmente inviável.³⁸

Com isso, a segregação de patrimônio na sociedade, que, por sua vez, poderá oferecê-los em garantia de determinadas operações, facilita a celebração de contratos pela sociedade para a realização de seu objeto, sem a necessidade de estabelecer canais de aproximação e reduz os custos de monitoramento entre as partes na execução de contratos, reduzindo, propriamente, os custos de contratação, posto que a sociedade é capaz de oferecer mais garantias aos seus contratantes do que representantes comerciais, comissionistas ou distribuidores dos bens e serviços de uma sociedade.³⁹

Além disso, a separação entre o patrimônio dos sócios e o da sociedade faz com que a sociedade não precise monitorar a conduta particular de cada um de seus sócios, pois seus credores particulares não alcançaram a sociedade.⁴⁰

Quando as sociedades são partes de contratos, os custos de transação e as chances de inadimplemento são mitigados pelas garantias que elas são capazes de oferecer em uma contratação, se comparadas aos mecanismos contratuais colaborativos, nos quais o principal agente de mercado subcontrata ou terceiriza parte da sua cadeia de produção ou de atividades sobre as quais detenha direitos.⁴¹

³⁵ HERMALIN, Benjamin E. KATZ, Michael L. Corporate Diversification and Agency. University of California at Berkeley, 2000. p. 20.

³⁶ HANSMANN, Henry. KRAAKMAN, Reinier. The Essential Role of Organizational Law. p. 1.

³⁷ HANSMANN, Henry. KRAAKMAN, Reinier. The Essential Role of Organizational Law. p. 3.

³⁸ HANSMANN, Henry. KRAAKMAN, Reinier. The Essential Role of Organizational Law. p. 4.

³⁹ HANSMANN, Henry. KRAAKMAN, Reinier. The Essential Role of Organizational Law. p. 11.

⁴⁰ HANSMANN, Henry. KRAAKMAN, Reinier. The Essential Role of Organizational Law. p. 13.

⁴¹ HANSMANN, Henry. KRAAKMAN, Reinier. The Essential Role of Organizational Law. p. 16.



Em comparação com as relações comerciais que não se estabelecem entre sociedades, as atividades comerciais implementadas por meio de sociedades apresentam as seguintes vantagens:

- (i) redução dos custos de monitoramento, quando comparada com as relações contratuais;
- (ii) processo de tomada de decisões flexível, com regras específicas para determinadas matérias, que, em geral, dispensam a unanimidade, ou seja, o consenso geral, que é característico das relações contratuais; e
- (iii) redução dos custos de governança, por meio da nomeação de administradores profissionais e que tenham incentivos para gerir os negócios da sociedade com a finalidade de gerar resultados.

Além do acúmulo de ativos e do potencial de oferecer bens em garantia de operações, as sociedades dispõem de uma padronização de práticas e estruturas que garantem maior segurança em relação às situações de inadimplemento e obrigações impostas aos seus administradores e seus sócios, pois estabelecem regras rígidas de funcionamento da sociedade para que o seu objeto seja alcançado com sucesso, como por exemplo:

- (i) estrutura de controle e distribuição de poderes decisórios entre os sócios;
- (ii) direito de retirada e forma de desfazimento do negócio (i.e., dissolução), inclusive com previsão do tratamento dado aos credores nessas situações;
- (iii) transferibilidade de participação, que diz respeito à responsabilidade de cada sócio;
- (iv) duração da sociedade e, portanto, da atividade a que se propõe desenvolver e dos contratos que celebrar;
- (v) deveres fiduciários que os sócios e administradores das sociedades devem respeitar, independente de qualquer relação contratual, posto que provenientes da legislação aplicável;
- (vi) natureza de sócios, com direitos e preferências distintos entre si;
- (vii) distribuição ou não-distribuição de resultados em substituição às regras rígidas que os contratos, em geral, possuem sobre remuneração;

Dessa forma, a simples existência desses padrões de conduta e de estrutura organizacional é capaz de reduzir, em muito, os custos de transação para a viabilização de negócios por meio da constituição de sociedades, quando comparado com a celebração de contratos bilaterais.⁴² No entanto, a constituição de sociedades demanda uma legislação coesa para que essas regras sejam aplicadas e cumpridas e ela consiga, então, adquirir qualidades que lhe atribuam o potencial de reduzir custos de transação.

⁴² HANSMANN, Henry. KRAAKMAN, Reinier. *The Essential Role of Organizational Law*. pp. 37-40.



Além dessas qualidades gerais atribuíveis às sociedades, no âmbito de um grupo societário que acumule muitas atividades de grande importância, a constituição de uma sociedade para o desenvolvimento de grandes projetos é capaz de diluir os riscos entre os colaboradores do empreendimento, que porventura aportem capital para a sua implementação, ao revés da livre alocação de riscos presente nas relações contratuais.

Assim, a diluição de riscos por meio da constituição de diversas sociedades para ramificar e individualizar as atividades desenvolvidas por determinado grupo empresarial ocorre pela segregação de patrimônio, resultados e prejuízos em cada uma das sociedades criadas, de modo que o insucesso de uma das sociedades não comprometerá a distribuição de lucros das outras sociedades dentro do grupo.⁴³

Em regra, a diversificação das atividades distribuídas entre distintas sociedades busca reduzir os custos de agência existentes na relação entre a administração do grupo societário e os seus investidores. Assim, se todas as atividades fossem acumuladas pela mesma sociedade, os custos de agência tenderiam a aumentar, pois os riscos de investimento seriam maiores, de modo que os investidores tenderiam a ser mais conservadores ao investir e a sociedade perceberia dificuldades de se capitalizar.

Visto isso, quando uma sociedade quiser diversificar suas atividades ou ramificar as atividades que desenvolve para reduzir seus riscos e responsabilidades, a constituição de sociedades, portanto, vinculação societária, se apresentará como forma de distribuir responsabilidades, segregar riscos e patrimônio que, por fim, levará a uma redução dos custos de agência de determinado investimento, o que aumentará o potencial de captação de recursos pelo grupo societário.⁴⁴ O mesmo não seria possível afirmar se a sociedade celebrasse contratos para delegar a execução dessas atividades, posto que a responsabilidades sobre as atividades ainda recairiam sobre a sociedade.

Ainda que a diversificação e ramificação de atividades em diversas sociedades reduza os custos de agência, é preciso que sejam distribuídos incentivos entre as administrações de cada uma dessas sociedades para que o investimento em cada uma delas se justifique e tenha maior potencial de gerar resultados, justificando a redução dos custos de agência.

A falta de distribuição de incentivos entre as sociedades de um grupo societário causaria um efeito perverso, pois a diversificação em várias sociedades criaria barreiras à circulação de informações dentro do grupo, o que levaria ao aumento dos custos de agência envolvidos nas ramificações e respectivos investimentos⁴⁵.

⁴³ HERMALIN, Benjamin E. KATZ, Michael L. Corporate Diversification and Agency. University of California at Berkeley, 2000. p. 1.

⁴⁴ HERMALIN, Benjamin E. KATZ, Michael L. Corporate Diversification and Agency. University of California at Berkeley, 2000. p.1.

⁴⁵ HERMALIN, Benjamin E. KATZ, Michael L. Corporate Diversification and Agency. University of California at Berkeley, 2000. p.18.

1.2. O caso das *Joint Ventures* como exemplo de vinculação societária para a implementação de empreendimentos comerciais.

Apesar de ser uma forma eficaz para gerenciar grandes empreendimentos, a ramificação de um grupo societário em diversas sociedades pressupõe a necessidade da mobilização dos quotistas ou acionistas (i.e., sócios) de determinado grupo para que a constituição, incorporação, fusão ou cisão de sociedades sejam aprovados, o que representa um entrave burocrático à implementação desses empreendimentos, razão pela qual as relações contratuais se estabelecem de forma mais célere.

Em geral, quando determinados projetos de atividades comerciais pressupõem a comunicação entre setores de mercado distintos, ultrapassam fronteiras nacionais, demandam acesso a ativos estratégicos, tecnologias, capital em grandes proporções, alocação de riscos e estruturas organizacionais não dominadas por uma ou mais partes interessadas na viabilidade do negócio, formam-se sociedades para desenvolver a atividade que estiver em questão. É comum que essas sociedades sejam estruturadas na forma de *Joint Ventures*, com um propósito e período de duração específicos.⁴⁶

Os agentes comerciais formam *Joint Ventures*, estruturadas em sociedades, por diversas razões, sendo as principais:

- (i) acesso a mercados estratégicos, com o fim de quebrar barreiras à entrada e obter poder de mercado ou complementariedade de atividades comerciais;
- (ii) necessidade de capitalização para a implementação de projetos;
- (iii) necessidade de diluir os riscos inerentes às atividades as quais as partes se propuserem a implementar, principalmente quando envolverem grandes investimentos e alta complexidade administrativa ou fatores de produção singulares, como nos setores de alta tecnologia;
- (iv) objetivo de alcançar economias de escala, dificilmente alcançadas por cada uma das partes, individualmente; e
- (v) necessidade de acessar capacidades específicas, ativos estratégicos e gerar sinergias, como compartilhamento de técnicas de produção, tecnologia, parques industriais etc.

A necessidade de capitalização comum à formação de *Joint Ventures* revela que as oportunidades de um determinado agente de mercado são superiores a sua capacidade de exploração dos seus fatores de produção, de modo que é preciso reunir recursos, ativos e técnicas para suplantar a capacidade ociosa e atender o potencial de crescimento de determinado setor do mercado.

Os motivos pelos quais as *Joint Ventures* são formadas podem ser satisfatoriamente atendidos por meio de uma composição orgânica entre as partes,

⁴⁶ JELINEK, Mark; PETTIT, Justin. *The Joint Venture (JV) Handbook*. IHS Consulting, 2012. p. 4.



em contratos bilaterais; em operações de fusões e aquisições; ou pela celebração de alianças e parcerias para o compartilhamento de técnicas e ativos. No entanto, a prosperidade da atividade não está atrelada à forma utilizada para o compartilhamento, aquisição ou formação de ativos e capacidades especiais para o desenvolvimento do negócio, mas dependerá da implementação desses três elementos sob uma mesma estratégia, geralmente viabilizada pela constituição de uma *Joint Venture*.⁴⁷

CONCLUSÃO.

Tendo em vista o exposto até o momento, tanto a vinculação societária quanto a vinculação contratual possuem um potencial redutor dos custos de agência e monitoramento, no entanto, existem ocasiões nas quais uma ou outra forma se mostrará mais adequada, a depender da magnitude e grau de complexidade da atividade a ser implementada.

* * *

⁴⁷ JELINEK, Mark; PETTIT, Justin. *The Joint Venture (JV) Handbook*. IHS Consulting, 2012. p. 11.



V. INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

A) BIBLIOGRAFIA SUGERIDA

Básica

FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, págs. 215-250.

Complementar

FORGIONI, Paula. *A Interpretação dos Negócios Empresariais no Novo Código Civil Brasileiro*. Revista de Direito Mercantil nº 130. São Paulo: Editora Malheiros, abril-junho 2003, págs. 7-38.

B) ROTEIRO DE AULA

Os negócios mercantis merecem tratamento interpretativo diverso daquele reservado às relações entre fornecedores e consumidores.

Os princípios aplicáveis às relações entre empresários são diferentes! Deve ser evitado o risco de “consumerismo” nas relações entre empresários.

Gênese do Direito Empresarial => Dar condições ao melhor fluxo das relações econômicas mediante a redução de custos de transação.

Paula Forgioni⁴⁸, em referência às lições do jurista Robert Joseph Pothier, ensina que os métodos interpretativos dos contratos empresariais precisam ser submetidos a algumas adequações, adotando como parâmetros, por exemplo:

- Nas convenções mais se deve indagar qual foi a intenção comum das partes contratantes do que o sentido gramatical das palavras.
- Qual foi o objetivo das partes ao contratarem?
- Qual a função econômica a ser obtida com o acordo?
- Qual a racionalidade (jurídica) que deve ser considerada como principal elemento interpretativo?
- O que, no mercado, normalmente se busca com tal prática?
- Quando uma cláusula é suscetível de dois sentidos, deve entender-se naquele em que ela pode ter efeito e não naquele em que não teria nenhum efeito.

⁴⁸ FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, págs. 215-250.



- Se as partes não contratam meramente pelo prazer de contratar, o contrato deve ser concebido de acordo com uma função (=> função econômica => causa) e a interpretação da avença deve levar à sua consecução.
- Deve-se examinar a razão de existência do contrato.
- Quando em um contrato os termos são suscetíveis de dois sentidos, devem entender-se no sentido que mais convém à natureza do contrato.
- A “natureza do contrato” está ligada à sua tipificação social, ou seja, aos efeitos que dele normalmente decorrem. A “natureza do contrato” liga-se à sua função econômica (i.e., exame dos efeitos socialmente e mercadologicamente esperados).
- Aquilo que em um contrato é ambíguo, interpreta-se conforme os usos e costumes do país (i.e., “premissas implícitas” de Ascarelli).
- Os usos e costumes servem como pauta de interpretação dos contratos.
- A objetivação social dos efeitos típicos torna-os previamente reconhecidos e desejados pelas partes.
- Os usos e costumes são tão importantes na interpretação dos contratos, que se subentendem presentes nos contratos as cláusulas decorrentes dos usos e costumes, mesmo quando as mesmas não constam do contrato.
- Os usos e costumes assumirão função de integração contratual (preenchendo as lacunas que, eventualmente, forem encontradas nas declarações das partes contratantes).
- Uma cláusula deve interpretar-se pelas outras do mesmo contrato.
- A “unicidade do contrato” deve presidir a interpretação do mesmo.
- O contrato deve ser interpretado em sua integralidade e não apenas em relação a algum aspecto específico.
- Na dúvida, uma cláusula deve interpretar-se contra aquele que tem estipulado uma coisa, em descargo daquele que tem contraído a obrigação.

O credor ter imputado a si o fato de não ter se explicado melhor. Em tese, a pessoa em posição de superioridade na relação contratual deve ter a interpretação menos favorável em caso de dúvida.

Artigo 131 do Código Comercial => Revogado pelo Código Civil de 2002, mas mantidos alguns pontos centrais de tal dispositivo legal como parâmetro interpretativo nos Contratos Empresariais:

- Respeito à boa-fé objetiva (e não subjetiva);
- Força normativa dos usos e costumes;
- Vontade objetiva e desprezo pela intenção individual de cada um dos contratantes (busca pelo “espírito do contrato” e/ou pela “natureza do contrato” e não a intenção de cada uma das partes individualmente considerada);
- Comportamento das partes como forma de chegar à vontade comum (ao “espírito do contrato”);
- Interpretação a favor do devedor; e
- Respeito à autonomia privada.

Questões Fundamentais
em relação à Interpretação dos Contratos Empresariais

Padrão de comportamento
(i.e., “**homem ativo e probo**”)

Racionalidade Econômica
(i.e., busca do lucro e maximização do
valor do investimento)

- Perfil do negócio deriva da função econômica que normalmente é esperada pelos agentes que atuam naquele mercado.
- O parâmetro a ser considerado como de normalidade é aquele dos “comerciantes acostumados a praticar essa espécie de negócio” e não o do cidadão comum, distanciado daquele *business*.

Código Civil de 2002

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.



Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

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.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

VI. CONTRATOS EMPRESARIAIS EM RELAÇÕES INTERNACIONAIS

VI.I INFLUÊNCIAS DE EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO

VI.II LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro traz em seu artigo 9º, caput, a regra do *locus regit actum*, de modo que a lei aplicável ao contrato será a do local onde este foi constituído. Quanto à competência, a LINDB prevê a competência da autoridade judiciária brasileira para julgamento, quando a obrigação for cumprida no Brasil e quando o réu for domiciliado aqui. Assim sendo, a LINDB não parece contemplar o princípio da autonomia da vontade, tão importante no âmbito do Direito Internacional Privado, no que tange à escolha da lei aplicável aos contratos internacionais e o foro para solução de conflitos. O Código de Processo Civil, por sua vez, prevê a competência internacional nos seguintes termos:

Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

I — o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II — no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III — a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no no I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.

Há, portanto, controvérsia acerca da possibilidade de eleger a lei aplicável aos contratos e o foro. Os dispositivos podem ser compreendidos pela inafastabilidade das regras da mencionadas, bem como podem ser interpretados à luz do princípio da autonomia da vontade, de modo que tais regras seriam aplicáveis quando as partes não houvessem elegido foro ou lei aplicável. Cabe ressaltar que o Código Civil, em seu artigo 421, consagra a liberdade de contratar, desde que exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

O STF se alinhou a este segundo entendimento ao elaborar a súmula 335, dispondo que “é válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato”. Quanto à eleição de lei, Dolinger⁴⁹ afirma que:

⁴⁹ Dolinger, Jacob. *Direito Internacional Privado: contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

“É verdade que os tribunais brasileiros não enfrentaram a questão, mas isto porque nunca tiveram que enfrenta-la, porque até hoje não se conhece um contrato firmado no Brasil, contendo cláusula de aplicação de lei estrangeira, que algum tribunal brasileiro tenha desrespeitado. E, por outro lado, é sabido que nossos tribunais têm atuado com cuidadosa atenção para as manifestações doutrinárias, principalmente no campo do direito internacional privado.”

VI.III SOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIAS: ARBITRAGEM E FORO

No procedimento arbitral, a manifestação do princípio da autonomia da vontade é mais evidente. A Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) traz a possibilidade de as partes escolherem, livremente, as regras de direito a serem aplicadas na arbitragem. É possível também que as partes acordem que a decisão será por equidade ou por aplicação dos usos e costumes do comércio internacional (*lex mercatoria*). Caso as partes não convençionem o direito a ser aplicado, cabe aos árbitros decidir sobre as regras mais apropriadas ao caso⁵⁰. A escolha acerca do foro pode ocorrer antes ou após o surgimento do litígio. As partes podem convençionar o juízo arbitral ao qual será submetida a controvérsia no bojo da cláusula compromissória ou ainda podem convençionar a submissão da controvérsia à arbitragem sem definir o juízo, o qual será acordado entre as partes na hipótese de surgimento do conflito. Interessante apontar que as partes podem não apenas escolher a lei material a ser aplicada como também podem escolher as regras procedimentais, podendo adotar regramentos existentes de instituições de arbitragem.

A submissão de uma controvérsia a um tribunal arbitral se dá pela convenção de arbitragem, a qual pode ser de duas naturezas: (i) cláusula compromissória e (ii) compromisso arbitral. No primeiro, as partes acordam em submeter litígios futuros à arbitragem, enquanto, no compromisso arbitral, as partes decidem submeter um conflito existente e concreto à solução arbitral.

A classificação da arbitragem como arbitragem internacional pode se dar por diversos critérios. A legislação brasileira adota o critério geográfico de modo que a sentença arbitral será considerada estrangeira quando for proferida fora do território brasileiro (art. 34, parágrafo único, Lei 9307).

Tem-se como efeito decorrente dessa classificação o procedimento necessário para executar a sentença arbitral. Enquanto a sentença de arbitragem interna gera título executivo equiparável ao judicial, a sentença arbitral estrangeira deve ser homologada pelo STF para produzir efeitos em território brasileiro (arts. 31 e 35 da Lei de Arbitragem). Importante ressaltar que o laudo arbitral não precisa ser reconhecido no país em que foi proferido para que seja reconhecido em território nacional, em decorrência da Convenção

⁵⁰ Dolinger, Jacob. *Direito Internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

da ONU sobre Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais (Convenção de Nova York).

VI.IV PACTOS EM MOEDA ESTRANGEIRA

A princípio, a legislação brasileira veda a fixação e indexação do valor de títulos e contratos em moeda estrangeira, uma vez que uma moeda forte é pressuposto para uma economia estável e o pagamento em moeda estrangeira ou em ouro representa uma ameaça à estabilidade da moeda nacional e um agravo à soberania do País.

Uma vez que esta vedação tem fundamento na proteção, valorização e defesa à moeda nacional, trata-se de uma questão de ordem pública, e, portanto, não pode ser desconsiderada convenções particulares, sob pena de nulidade.

Por isso, assim como é feito em quase todos os países do mundo na sua estratégia de planejamento econômico, no Brasil não há liberdade na escolha da moeda cursada ou comercializada. Atualmente, o Real possui curso forçado por ser a moeda vigente no país.

O Decreto-Lei 857/69 implantou o regime atual, proibindo, de forma genérica, o pagamento em moeda estrangeira, que só é permitido em obrigações internacionais. O primeiro artigo do Decreto-Lei 857/69 traz a regra geral:

“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.”

O segundo artigo do Decreto lista, de forma taxativa, as exceções, que são todas obrigações internacionais. Nestes casos, é lícito tanto a menção de pagamento em moeda estrangeira quanto o pagamento efetivo nesta moeda.

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

I — às obrigações de importação e exportação de mercadorias;

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

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

IV — às obrigações em que uma das partes é residente no exterior (exceto os contratos de locação de imóveis nacionais);

V — às modificações dos contratos citados no item IV.”



O Decreto 24.038/34 já determinava, em seu artigo 1º, que, no caso de operações de importação de mercadorias, seria exigível o pagamento em moeda estrangeira.

A Lei 7.801/89, por sua vez, ao tratar dos índices aplicáveis ao reajuste de preços, determinou no parágrafo 2º do artigo 4º que:

“A cláusula de que trata este artigo (cláusulas de reajuste de preços) não poderá ser vinculada, direta ou indiretamente, a rendimentos produzidos por outros títulos da dívida pública, ao salário mínimo ou à variação cambial, exceto, neste caso, quando se tratar de insumos importados que compoñham os índices previstos no parágrafo anterior.”

A Lei 8.880/94, que dispõe sobre o “Programa de Estabilização Econômica e o Sistema Monetário Nacional e institui a Unidade Real de Valor (URV)”, firmou o posicionamento:

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

Em complementação, a Lei 9.069/95, que trata do “Plano Real” (“Lei do Real”), dispôs que:

“Art. 27. A correção, em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária contratada a partir de 1º de julho de 1994, inclusive, somente poderá dar-se pela variação acumulada do Índice de Preços ao Consumidor, Série r — IPC-r.

1º O disposto neste artigo não se aplica:

I — às operações e contratos de que tratam o Decreto-lei nº 857, de 11 de setembro de 1969, e o art. 6º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994;

II — aos contratos pelos quais a empresa se obrigue a vender bens para entrega futura, prestar ou fornecer serviços a serem produzidos, cujo preço poderá ser reajustado em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados;

III — às hipóteses tratadas em lei especial.

2º Considerar-se-á de nenhum efeito a estipulação, a partir de 1º de julho de 1994, de correção monetária em desacordo com o estabelecido neste artigo.”

Ademais, recentemente, a Lei n. 10.192/2001, que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real, expressamente estabeleceu no parágrafo único do artigo 1º que:

“São vedadas, sob pena de nulidade, quaisquer estipulações de:

I — pagamento expressas em ou vinculadas a ouro ou moeda estrangeira, ressalvado o disposto nos arts. 2o e 3o do Decreto Lei n. 857, de 11.09.69, e na parte final do art. 6o da Lei n. 8.880, de 27.05.94.”

Como se vê, as normas correlatas ao “Plano Real” eliminaram qualquer dúvida em relação à interpretação dos dispositivos legais ao vedar expressamente, sob pena de nulidade, não somente o pagamento em moeda estrangeira, fora das hipóteses legais, como também a própria vinculação ou indexação de pagamento em outra moeda que não a moeda corrente nacional.

É importante ressaltar que a indexação de pagamento em moeda estrangeira, salvo nas exceções previstas na lei, constitui crime contra a ordem econômica nacional.

Portanto, a contratação de obrigações exequíveis no Brasil em moeda estrangeira somente é permitida nas hipóteses excepcionais previstas em lei, sendo nula qualquer estipulação de pagamento em moeda estrangeira, salvo nos seguintes casos:

1. Contratos e títulos referentes à importação ou exportação de mercadorias;
2. Contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens de produção nacional;
3. Contratos de compra e venda de câmbio;
4. Empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja residente e domiciliado no exterior, com exceção dos contratos de locação de imóveis situados no território nacional;
5. Contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, assunção ou modificação das obrigações acima referidas; e
6. Arrendamento mercantil celebrado entre pessoas residentes e domiciliadas no país, com base em captação de recursos provenientes do exterior.

Ressalta-se, ainda, que para os estes casos é preciso observar apenas que o valor a ser pago deve ser convertido para a moeda nacional na data do pagamento.

Apesar do entendimento pacificado anteriormente de acordo com a legislação e corroborando as vedações, as 3ª e 4ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) já decidiram pela validade de contratos celebrados em dólar ou em outra moeda estrangeira, desde que o pagamento dos valores ajustados se efetive em moeda nacional. Os Ministros do STJ afirmam ser legítimo o pacto celebrado em moeda estrangeira, se houver a conversão para a moeda nacional no momento do pagamento.

A título exemplificativo, a Quarta Turma do STJ firmou esse entendimento no julgamento do Recurso Especial n. 57.581/SC, publicado no Diário da Justiça em 18.10.99:

“CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. VALIDADE DE CONTRATO CELEBRADO EM MOEDA ESTRANGEIRA. PAGAMENTO EM MOEDA NACIONAL MEDIANTE CONVERSÃO. CORREÇÃO CAMBIAL.

— Legítimo é o pacto celebrado em moeda estrangeira, desde que o pagamento se efetive pela conversão em moeda nacional. Precedentes do STJ.

— Obrigação do devedor de restituir, em moeda nacional, o equivalente em dólares norte-americanos emprestados. Variação cambial que não constitui, a rigor, correção monetária, mas a expressão do principal devido.”

Esse posicionamento do STJ reflete certa relativização dos artigos mencionados, em um contexto de globalização e de conseqüente aumento da influência internacional no Brasil.

Portanto, conclui-se que a jurisprudência moderna considera válidas as obrigações pactuadas em moeda estrangeira, desde que haja a conversão para a moeda nacional na data do pagamento e este seja efetivamente feito em reais, devendo-se ter especial atenção aos índices de atualização utilizados, pois, muito embora seja juridicamente possível a utilização de índices estrangeiros, há o risco de serem considerados abusivos.

VI.V IDIOMA DOS CONTRATOS

A eficácia dos documentos redigidos em língua estrangeira no Brasil está condicionada à tradução para o português, por força da previsão do artigo 224 do Código Civil. Tal condição também se encontra prevista na Lei de Registros Públicos (artigo 148 da Lei nº 6.015/73):

“Os títulos, documentos e papéis escritos em língua estrangeira, uma vez adotados os caracteres comuns, poderão ser registrados no original, para o efeito da sua conservação ou perpetuidade. Para produzirem efeitos legais no País e para valerem contra terceiros, deverão, entretanto, ser vertidos em vernáculo e registrada a tradução, o que, também, se observará em relação às procurações lavradas em língua estrangeira.” (grifo nosso)

O artigo 129, 6º, da Lei de Registros Públicos prevê a obrigatoriedade de registro de documentos de procedência estrangeira para que os mesmos



tenham eficácia perante terceiros, o que combinado com o artigo 148 resulta na necessidade de realizar tradução.

Ainda no mesmo sentido, o Decreto nº 13.609/43 dispõe acerca da exigência da tradução para a produção de efeitos no âmbito das repartições públicas, das entidades relacionadas aos poderes públicos e de juízos e tribunais. Adicionalmente, esta norma disciplina a atividade de tradução exigida em seu artigo 17, sendo comumente denominada tradução juramentada.

Muito embora o contrato celebrado possa ser regido por lei estrangeira — qual seja, a lei do lugar onde as obrigações foram constituídas —, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro disciplina que, quando a obrigação for executada no Brasil e for dependente de forma essencial, esta será observada.

Há jurisprudência do STJ, contudo, relativizando a necessidade da tradução para eficácia do contrato. A Quarta Turma, no julgamento do REsp 151.079, considerou dispensável a tradução, dado o conhecimento da parte contrária das cláusulas do contrato, justificando a ausência de nulidade pela inocorrência de prejuízo. A Terceira Turma, no julgamento do RO nº 26, entendeu ser prescindível a tradução de documentos, visto que redigidos no idioma nacional do réu. Assim sendo, a exigência da tradução do contrato parece estar associada mais fortemente a um meio de comprovação das avenças contratuais e de demandar seu cumprimento do que à condição de eficácia do mesmo.

LEITURA COMPLEMENTAR

ESTRANGEIRISMOS E NACIONALISMOS EM RELAÇÕES CONTRATUAIS NO DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO⁵¹

Introdução

A adoção de determinada estrutura jurídica, seja ela o *civil law* ou o *common law*, traz enormes peculiaridades para um sistema legal. Enquanto a diferença mais evidente entre os referidos sistemas encontra-se na importância atribuída às diversas fontes do direito, seja o texto da lei ou a jurisprudência, é importante reconhecer que isso também influi imensamente nas relações contratuais existentes em cada uma das estruturas jurídicas. Nesse sentido, o presente trabalho tem por objeto avaliar, de forma comparativa, os pontos comuns e discordantes entre as relações contratuais de Direito Empresarial firmadas no sistema romano-germânico e no sistema de *common law*, utilizando como exemplos o Brasil e os Estados Unidos.

A importância da presente análise está relacionada à atualidade cada vez mais globalizada, o que repercute imensamente na seara contratual, uma vez

⁵¹ Texto de autoria de *Luiza Cattley* apresentado como trabalho de conclusão da disciplina de Contratos Empresariais em 2014.2.

que, muitas vezes, as partes contratantes são de nacionalidades distintas. Na mesma direção posicionam-se Bradson Camelo e Marina Pires:

“...faz-se necessário demonstrar a relevância da perspectiva do direito comparado no cenário atual da sociedade de mercado globalizada, pois no bojo das transformações das instituições contemporâneas, que vêm ampliando suas bases de atuação, os profissionais — inclusive da área jurídica — devem estar aptos a prover soluções cada vez mais diversas diante das novas conjunturas geradas.”⁵²

Cumprir salientar que, considerando a amplitude a que este trabalho poderia se propor a analisar, optei por delimitar o seu escopo de maneira pontual, através da comparação da utilização das seguintes técnicas nos dois sistemas: (i) o impacto dos deveres anexos; (ii) as cláusulas de declarações e garantias; (iii) as definições contratuais; e (iv) as formas de pagamento.

Além disso, cabe ressaltar que os dois sistemas aqui explorados não constituem mundos isolados, havendo diversas influências exercidas entre eles. Exemplo disso é a crescente quantidade de leis promulgadas nos Estados Unidos e o aumento da importância das decisões dos magistrados no direito brasileiro.⁵³

O impacto dos deveres anexos

Primeiramente, o impacto dos denominados deveres anexos aos contratos empresariais firmados no sistema jurídico brasileiro merece destaque. Isto porque, com o advento da Constituição Federal em 1988, diversos princípios contratuais clássicos foram modificados. Surgiu, como por exemplo, o princípio da boa-fé objetiva, em contraposto ao princípio clássico da autonomia da vontade. O referido princípio, expresso nos artigos 113 e 422 do Código Civil, exige que os contratos sejam interpretados em harmonia com os objetivos comuns buscados pelas partes contratantes ao celebrar um contrato. Nesse sentido, há a imposição de certos limites àquilo que foi pactuado, visto que impede o exercício abusivo de qualquer uma das partes, além da afronta aos bons costumes e do fim-econômico social do contrato. Impõe-se aos contratantes, dentre outros, os deveres de cooperação, lealdade e diligência ao conduzir suas relações contratuais.

Neste mesmo sentido, surge o princípio do equilíbrio econômico contratual, que se opõe ao da força obrigatória dos contratos, que ganha força quando determinada obrigação se torna demasiadamente onerosa para uma das partes. O exemplo mais comum é o instituto da resolução do contrato por onerosidade excessiva, previsto no artigo 478 do Código Civil.

De forma muito distinta, o sistema americano preza pelo cumprimento daquilo que foi pactuado, não devendo isso ser alterado em decorrência de

⁵² CAMELO, Bradson; PIRES, Marina. Estudo Comparativo e Análise Econômica do Direito Contratual Estadunidense e Brasileiro. EARL, V. 2, no. 2, p. 322.

⁵³ CAMELO, Bradson; PIRES, Marina. Estudo Comparativo e Análise Econômica do Direito Contratual Estadunidense e Brasileiro. EARL, V. 2, no. 2, p. 322.

quaisquer deveres anexos. O princípio da *pacta sunt servanda* (“os acordos devem ser cumpridos”) é enfoque de decisões das mais variadas:

“...our Nation is one in which the rule of law is cherished in action as well as principle, and the maxim *pacta sunt servanda* has flourished” (206 F. 3d 56 — *United States v. Nai Fook Li*).

Tal posicionamento parece fazer mais sentido se visto sob a prisma dos contratos empresariais, considerando que estes são firmados entre entes dotados de elemento de empresa, em equilíbrio de forças, que buscam pela maximização dos lucros. Dessa forma, considerando que as partes possuem plena capacidade de assumir suas obrigações, realizar auditorias caso entendam necessário, além de contarem com total assessoria jurídica, não haveria motivo para flexibilizar o princípio da força obrigatória dos contratos. Os deveres anexos contribuem, portanto, para criação de um ambiente de certa insegurança jurídica no Brasil, visto que ao firmar um contrato muito vantajoso haverá o receio de este ser, por exemplo, resolvido por onerosidade excessiva.

Dito isso, a interpretação de Gunther Teubner sobre a importação do princípio da boa-fé para dentro do direito inglês, apesar de peculiar, passa a fazer sentido. O jurista classificou tal importação como um “*infecting virus*”⁵⁴ que contaminou os contratos de *common law*.

As Cláusulas de Declarações e Garantias

Há evidências, no entanto, de certa importação de estrangeirismos para dentro do Direito Empresarial Brasileiro. Exemplo disso são as cláusulas de declarações e garantias, de origem norte-americana, que se tornam cada vez mais frequentes em contratos celebrados entre partes brasileiras.

Tais cláusulas objetivam alocar riscos entre compradores e vendedores de uma determinada transação, através de suas duas principais funções: “declarar” à outra parte contratante o status atual da empresa, e “garantir” a veracidade da informação declarada, além do direito à indenização em casos de violação⁵⁵. Naturalmente, o vendedor terá o interesse em assinar um contrato contendo nenhuma ou poucas garantias, sem se responsabilizar pelo surgimento de contingências futuras, enquanto o comprador, para se resguardar, tentará obter o maior número possível de garantias.

A utilização desta técnica no direito contratual brasileiro, no entanto, parece fazer sentido. Independentemente das diferenças entre os sistemas de *civil* e *common law*, o uso das declarações e garantias acrescentam segurança jurídica aos contratos firmados. Estas são de extrema importância para a delimitação dos riscos incorridos entre as partes contratantes, além de exercerem um papel fundamental na precificação da operação pretendida. Isso porque um contrato que assegura ao comprador inúmeras garantias no caso do even-

⁵⁴ TEUBNER, Gunther. *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies*. *Modern Law Review*, 61, 1998, p. 11.

⁵⁵ POTENZA, Guilherme; BRONSTEIN, Sergio. Cláusulas de declaração e garantias, disponível em: <http://www.capitalaberto.com.br/boletins/clausulas-de-declaracoes-e-garantias/#.VEQeXmddWSo>



tual surgimento de contingências por determinado tempo tenderá a ser mais custoso, visto que o vendedor irá avaliar a probabilidade dos problemas aparecerem e embutir isso no preço contratual.

Definições Contratuais

No mesmo sentido, é possível dizer que a técnica americana do uso de definições contratuais também foi incorporada no Brasil. Ao definir determinados termos de grande relevância para o contrato, busca-se reduzir subjetivismos e ambiguidades com a sua interpretação. Ainda assim, a técnica, que ganha expressividade no Brasil, não é tão utilizada como nos contratos do sistema de *common law*. Com relação a estes, não é incomum encontrar definições, por exemplo, do que é um “período de chuva excessiva” ou o que significa “Real brasileiro (BRL)”.

No entanto, trata-se da adoção de uma técnica que não é típica ao sistema romano-germânico. Isso porque, considerando a força dos princípios anteriormente citados, como o da boa-fé objetiva, não há necessidade de se definir contratualmente de forma tão minuciosa. O uso da técnica apenas faz sentido no Brasil para a definição de termos técnicos ou com elevadas margens de interpretação, de forma a reduzir subjetivismos. Dessa forma, entendendo que a delimitação contratual do que é a moeda brasileira, por exemplo, não faça sentido no sistema romano-germânico.

Formas de Pagamento

Os contratos firmados entre partes brasileiras tendem a estabelecer determinada quantia a ser paga, seja de uma única vez ou de maneira parcelada, pelo comprador ao vendedor. Ainda assim, é muito incomum haver um contrato a ser pago de forma condicionada à conclusão de determinadas etapas contratuais. Estes são os denominados *milestone payments*, muito utilizados nos contratos estadunidenses:

“A milestone system whereby the contractor is offered an incentive payment for each portion of the works that is completed on time (useful if the works are to be completed in distinct stages). In this situation, the incentive could be structured so that if one incentive milestone is not achieved on time, the contractor can still “earn” that incentive payment by rolling the payment over into a later incentive payment linked to achievement of a subsequent milestone payment.”⁵⁶

Este sistema de pagamento serve de forma a incentivar o cumprimento das etapas acordadas. Dessa forma, podem-se estabelecer determinados prazos para a conclusão de cada etapa do trabalho, e considerando o seu grau de importância para o objeto do contrato, fixar a quantia devida.

⁵⁶ CORMACK, Andrew; HABERKERN, Nerida. Is there a better alternative to liquidated damages on construction projects? Corrs, Chambers & Wesgarth Lawyers, 2014, disponível em: <http://www.corrs.com.au/thinking/insights/is-there-a-better-alternative-to-liquidated-damages-on-construction-projects/>



Além disso, é possível alocar riscos através da determinação das hipóteses em que uma flexibilização do prazo será permitida. Com relação aos contratos norte-americanos, a flexibilização dos pagamentos costuma ocorrer das mais variadas formas. Há posições mais rígidas, que não permitem haver uma extensão de tempo em nenhuma circunstância, ou apenas em casos de força maior, e posições mais brandas, que permitem uma modificação em casos elencados no corpo do contrato (como mudanças climáticas e alterações significativas na lei).

Conclusão

Ante o exposto, é possível concluir pela importância do estudo comparado no mundo contemporâneo. Através dele, podemos refletir de maneira saudável sobre as limitações e possíveis evoluções que podem ocorrer no nosso ordenamento jurídico. Neste aspecto, cabe pensarmos sobre quais importações de técnicas contratuais norte-americanas fazem sentido no Brasil, e quais não fazem.⁵⁷ Dentre as técnicas estudadas neste trabalho, percebem-se diferenças entre os sistemas brasileiro e norte-americano com relação à força dos deveres anexos e das formas de pagamento utilizadas, e semelhanças na utilização das declarações e garantias e definições contratuais.

* * *

⁵⁷ Nesse sentido, destacam-se Bradson Camelo e Marina Pires: "É certo que o estudo comparado pode possibilitar uma melhor e mais rica aplicação dos institutos jurídicos brasileiros e, até mesmo provocar desejáveis evoluções dentro de nosso ordenamento jurídico, engrandecendo-o como um todo".



VII. CONTRATOS EM ESPÉCIE

VII.1. COMPRA E VENDA MERCANTIL

A) MATERIAL DE LEITURA

Leitura Básica

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, Forense, 2002. pp. 137 — 181.

Leitura Complementar

GILSON, Ronald J. and SCHWARTZ, Alan, *Understanding MACs: Moral Hazard in Acquisitions* (February 2004). Columbia Law and Economics Working Paper No. 245; Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 278; Yale Law & Economics Research Paper No. 292. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=515105>> Acessado em 08/07/2014.

B) ROTEIRO DE AULA

1) Conceito

O Contrato de compra e venda é o contrato mais utilizado no cotidiano comercial, destinado a promover a transferência e a aquisição da propriedade de algum bem e/ou direito.

Orlando Gomes conceitua da seguinte forma:

“Compra e venda é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir a propriedade de uma coisa à outra, recebendo em contraprestação determinada soma em dinheiro ou valor fiduciário equivalente”

Por sua vez, mas na mesma linha, Caio Mário da Silva Pereira diz que:

“Denomina-se compra e venda o pelo qual uma pessoa se obriga a transferir o domínio de uma coisa a outra pessoa, a qual, por sua vez, se obriga, como contraprestação, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”



Por fim, o Código Civil de 2002 define o contrato de compra e venda da seguinte forma:

“Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.”

2) Características e Natureza Jurídica dos Contratos de Compra e Venda

Os contratos de compra e venda são marcados por dois momentos, quais sejam:

- i) a celebração do contrato, constitutiva de obrigações para o vendedor de transferir a coisa para a o comprador; e para o comprador de pagar o preço acordado com o vendedor; e
- ii) a efetiva transmissão da propriedade da coisa objeto do contrato pela entrega da coisa pelo vendedor ao comprador.

Dessa forma, percebe-se que o efeito translático de propriedade proveniente do contrato de compra e venda somente se aperfeiçoa com a entrega da coisa pelo vendedor ao comprador⁵⁸. Nos contratos de compra e venda, na tradição, além de haver a transferência de propriedade do vendedor ao comprador, há, também, a transmissão dos riscos e benefícios inerentes à coisa, de modo que até a entrega da mesma o vendedor suportara o ônus e o ônus de mantê-la e, a partir de sua transferência, quem os suportará será o comprador⁵⁹.

São características do contrato de compra e venda:

- **Sinalagmático (ou Bilateral):** Envolve prestações recíprocas de ambas as partes. O comprador deve pagar o preço acordado enquanto o vendedor deve entregar a coisa;
- **Oneroso:** Tanto o comprador quanto o vendedor têm prestações a cumprir, que envolvem transferência de domínio. A gratuidade da compra e venda, expressa na desproporção manifesta entre o valor da coisa transferida e o preço acordado, desfigura a compra e venda. O correspondente gratuito da compra e venda é a doação;
- **Consensual e (em regra) Não Solene:** Depende apenas da válida e adequada manifestação de vontade das partes. Estando ambas de acordo com o objeto e o preço, o contrato é realizado;
- **Translativo de propriedade:** em verdade, o contrato de compra e venda não é um ato translativo de propriedade por si só, mas gera obriga-

⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Volume III. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 146

⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Volume III. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 164.



ção para o vendedor de transferir a propriedade ao comprador, o que efetivamente ocorre com a entrega da coisa ao comprador⁶⁰.

3) Elementos Caracterizadores do Contrato de Compra e Venda

Consentimento: Comprador e vendedor têm que chegar a um acordo quanto ao objeto e ao preço a ser pago para que o contrato de compra e venda se torne perfeito. O consentimento deverá ser expresso, de modo que o silêncio de uma das partes, comprador ou vendedor, em uma oferta de compra ou de venda não importa anuência em comprar ou vender determinada coisa.

Para que o consentimento seja válido será necessário, ainda, que vendedor e comprador sejam partes capazes, pois, caso contrário, o contrato será nulo/anulável conforme os casos de incapacidade da pessoa contratante⁶¹.

Preço: Deve ser pago em dinheiro (vide artigo 481 do CC); não pode ser irrisório, fictício ou simbólico em relação ao valor da coisa, sob pena de desnaturação do contrato de compra e venda e caracterização de outro tipo contratual; deve ser certo, isto é, determinado ou determinável (vide artigos do CC).

Coisa: “*Todas as coisas que não estejam fora do comércio podem ser objetos do contrato de compra e venda*”. Isso não quer dizer, entretanto, que só podem ser objetos de contratos de compra e venda os bens tangíveis, pois, os bens imateriais ou intangíveis (ex.: fundo de comércio, marcas e direitos de PI em geral) também podem ser alienados.

Com isso, para ser objeto de um contrato de compra e venda, basta que a coisa exista; seja determinada ou determinável; consista em bem disponível e, portanto, alienável; seja de propriedade do vendedor; e não seja propriedade do comprador.

Não obstante, ainda é possível celebrar contratos de compra e venda sobre coisa futura, que ainda não existe, mas que passará a existir e momento futuro (i.e., operação a termo; compra e venda futura; e etc.).

Os três elementos caracterizadores do contrato de compra e venda são elencados no Art. 482 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

“*Art. 482. A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as **partes acordarem no objeto e no preço.** (grifo nosso).”*

4) Da Compra e Venda Mercantil.

Os contratos de Compra e Venda Mercantis, diferentemente dos contratos de compra e venda gerais, são caracterizados por conter pessoa jurídica que pratique atividades comerciais na posição de vendedor.

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Volume III. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 147

⁶¹ MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais, ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, Forense, 2002. p. 120.



Por outro lado, assim como nos contratos de compra e venda gerais, nos contratos mercantis a perfeição é alcançada com o acordo entre as partes sobre preço, forma de pagamento e objeto do contrato.

O objeto pode constituir grande quantidade de mercadoria, hipótese em que o contrato será caracterizado como compra e venda em atacado ou poucas unidades de uma mesma mercadoria, hipótese em que o contrato será considerado varejista. O preço, por sua vez, pode ser pago à vista ou a prazo conforme seja combinado entre comprador e vendedor.

5) Venda com Reserva de Domínio.

As partes poderão, ainda, em contratos nos quais a forma de pagamento for parcelada, convencionar o contrato de compra e venda com cláusula de reserva de domínio, em razão da qual a posse do bem alienado é transferida para o comprador desde o início da vigência do contrato, mas o domínio, e, portanto, a propriedade, somente é transferida ao comprador mediante o pagamento da última parcela. Dessa forma o efeito translatício desse ato obrigacional que é o contrato de compra e venda ocorrerá quando for paga a última parcela acordada entre comprador e vendedor, conforme os artigos 521 e 524 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

“Art. 521. Na venda de coisa móvel, pode o vendedor reservar para si a propriedade, até que o preço esteja integralmente pago.

(...)

Art. 524. A transferência de propriedade ao comprador dá-se no momento em que o preço esteja integralmente pago. Todavia, pelos riscos da coisa responde o comprador, a partir de quando lhe foi entregue.”

A venda com reserva de domínio restringe-se aos bens móveis e exige forma escrita. Afinal, se não há previsão expressa da reserva de domínio, aplica-se a regra geral de que a propriedade do bem móvel transfere-se com a tradição do bem.

Para que seja oponível a terceiros, o contrato deve ser registrado no Registro de Títulos e Documentos, conforme disposto no Art. do Código Civil de 2002, *in verbis*:

“Art. 522. A cláusula de reserva de domínio será estipulada por escrito e depende de registro no domicílio do comprador para valer contra terceiros.”



6) Compra e Venda sob Amostra.

A compra e venda sob amostra caracteriza-se pela manifestação de vontade positiva do comprador pelo conhecimento de uma amostra do produto. Com isso, o contrato somente se aperfeiçoa com a constatação de que o produto entregue ao comprador possui as mesmas características que a amostra oferecida pelo vendedor, de modo que isso configura condição suspensiva para o aperfeiçoamento do contrato.

7) Compra e Venda Pura Vs. Compra e Venda Condicional.

	Compra e Venda Pura	Compra e Venda Condicional
Elementos do contrato	1.Consentimento 2.Coisa 3.Preço	1.Consentimento 2.Coisa 3.Preço 4.Condições
Aperfeiçoamento do contrato	1.Entrega da coisa	1.Acontecimento de condição: 1.1. Suspensiva (aperfeiçoamento do contrato); ou 1.2. Resolutiva (extingue os efeitos do contrato)

8) Venda a Contento e Sujeita a Prova do Comprador.

As vendas a contento estão submetidas à condição suspensiva da aprovação da coisa entregue ao comprador, pelo comprador.

Os contratos de compra e venda a contento podem estar submetidos às condições suspensivas de:

1. Prova ou degustação: sob esta condição o contrato somente se aperfeiçoa com a aprovação do produto pelo comprador após prova ou degustação. Em caso de reprovação, comprador e vendedor tornam ao *status quo ante* à celebração do contrato.
Isto se diferencia da venda sob amostra, pois no contrato de compra e venda a contento sob condição de prova as características que o produto entregue deveria ter foram anteriormente estabelecidas entre comprador e vendedor;
2. Peso, medida e contagem: a perfeição do contrato é alcançada com a constatação de que os pesos, medidas e quantidade combinadas foram entregues ao comprador;



3. Experimentação ou ensaio: a perfeição do contrato está sujeita à satisfação do comprador com a experimentação do produto entregue, podendo ser estipulado prazo de experiência, ao fim do qual o silêncio importará anuência;
4. Exame: a satisfação do comprador se faz com o exame da coisa entregue pelo vendedor⁶².

“Art. 509. A venda feita a contento do comprador entende-se realizada sob condição suspensiva, ainda que a coisa lhe tenha sido entregue; e não se reputará perfeita, enquanto o adquirente não manifestar seu agrado.

Art. 510. Também a venda sujeita a prova presume-se feita sob a condição suspensiva de que a coisa tenha as qualidades asseguradas pelo vendedor e seja idônea para o fim a que se destina.

Art. 511. Em ambos os casos, as obrigações do comprador, que recebeu, sob condição suspensiva, a coisa comprada, são as de mero comodatário, enquanto não manifeste aceitá-la.”

9) Vendas a Termo

Na atividade comercial, quando os contratos de compra e venda realizados envolvem grandes quantidades de produtos e/ou grandes quantias de dinheiro é comum que comprador e vendedor estipulem tempo certo para que determinados fatos ou atos decorrentes da execução do contrato aconteçam. Por essa estrutura contratual comprador e vendedor podem acordar sobre quantidade e preço pelo tempo que durar o contrato e, assim, tornarem-se, em certa medida, independentes das variações de oferta e demanda por determinado produto no mercado.

10) Principais Obrigações do Vendedor

Observado que o contrato de compra e venda é um ato gerador de obrigações, seguem algumas obrigações do vendedor:

1ª Obrigação: A principal obrigação do vendedor inerente à compra e venda consiste na entrega da coisa, com a transferência de propriedade do vendedor ao comprador (evento translático de propriedade).

- O que acontece se o vendedor não transferir a titularidade do bem vendido?
- Sabendo que a compra e venda tem natureza jurídica consensual, o que poderia ser suscitado pelo comprador?

⁶² MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais, ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, Forense, 2002. pp. 142 — 144.



2ª Obrigação: Responsabilizar-se pela efetiva garantia do comprador sobre a coisa. “Assegurar ao comprador a propriedade da coisa com as qualidades prometidas” (i.e., evicção; vícios redibitórios em relação à coisa; posse útil; regras sobre posse mansa e pacífica etc).

- O que acontece se o bem vendido não é de propriedade e/ou posse do vendedor?
- O que acontece se há insuficiência ativa?

3ª Obrigação: Em regra, até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor. Não obstante disposição diversa acordada em contrato entre vendedor e comprador.

- O que acontece se um bezerro morre durante o transporte do vendedor para o comprador?
- O que acontece em relação às superveniências passivas?

11) Principal Obrigação do Comprador.

A principal obrigação do comprador inerente à compra e venda consiste no pagamento do preço no tempo, forma e lugar convenencionados.

Na compra e venda à vista, em regra, o vendedor pode exigir que o comprador realize o pagamento do preço antes de entregar a coisa (i.e., direito de retenção).

Na compra e venda a prazo, na qual a coisa é entregue antes da data de vencimento do pagamento do preço, o vendedor pode sobrestar a entrega da coisa em caso de manifesta insolvência do comprador.

12) Preempção ou Preferência

Ao vender um bem, o vendedor pode vir a resguardar seu direito de preempção ou direito de preferência. Assim, caso o comprador queira vender esse bem a terceiros, ele estará obrigado a oferecer o bem ao vendedor, que se pagar o mesmo valor oferecido pelo terceiro (e demais termos e condições), terá preferência sobre ele.

O direito de preempção ou direito de preferência requer os seguintes elementos para existir:

1. O comprador tem que querer vender o bem adquirido;
2. O vendedor tem que querer recomprar o bem, estando disposto a pagar ao comprador o preço que ele tiver conseguido com terceiros; e
3. O vendedor tem que exercer o direito no prazo.



O prazo máximo legal para exercer o direito de preferência é de 180 dias (se for bem móvel) ou de 2 anos (se for bem imóvel). Na ausência de estipulação, presumir-se-á como sendo 3 dias (para bem móvel) e 60 dias (para bem imóvel).

13) Termos de Comércio Internacional (INCOTERMS) nos Contratos de Transporte

Com a globalização do comércio internacional e a intensa troca de mercadorias e produtos entre países e entre empresas de países distintos, fez-se necessário buscar uma padronização de regras comerciais para viabilizar a celebração de mais contratos em menos tempo e com maior segurança entre as partes contratantes.

Assim, para atender a essa necessidade global de regras de comércio internacional uniformes, a Câmara Internacional de Comércio estipulou as Regras de Comércio Internacional (*International Commercial Terms*) INCOTERMS, lançados em 1936 e reeditados diversas vezes, sendo a última edição a de 2010.

Os INCOTERMS são regras que dizem respeito, sobretudo, a alocação de responsabilidades, direitos e deveres no transporte dos produtos comercializados entre países. Os INCOTERMS 2010 são divididos em quatro grupos de acordo com a letra inicial das siglas, em inglês, de cada regra estabelecida, conforme segue:

Grupo E

- (i) Nos “Contratos de Partida” (**EXW** — Ex Works local da retirada) o comprador assume, com exclusividade, os custos e riscos relativos ao recolhimento das mercadorias do estabelecimento do vendedor, devendo pagar todas as despesas necessárias à tradição dos bens transacionados, inclusive o carregamento no veículo de transporte, seguro e o desembaraço alfandegário.

Grupo F

- (ii) Nos “Contratos de Transporte Principal Não Pago” (**FCA** — Free Carrier — local indicado) o vendedor assume a responsabilidade pelo pagamento do desembaraço para a exportação e a entrega das mercadorias, no local designado, ao transportador contratado pelo comprador, o qual assume, também, todas as demais despesas.
- (iii) Nos “Contratos de Transporte Principal Não Pago” (**FAS** — Free Alongside Ship — porto de embarque indicado) o vendedor se obriga a transportar o bem transacionado até um porto determinado, cabendo ao comprador as despesas com o desembaraço para



a exportação, embarque das mercadorias, seguros e outras necessárias.

- (iv) Nos “Contratos de Transporte Principal Não Pago” (**FOB** — Free on Board — porto de embarque indicado) o vendedor se obriga pelas despesas de transporte da mercadoria até um certo porto e também assume os custos com o embarque da mercadoria no navio e com o desembarço para a exportação. Todos os demais encargos são do comprador.

Grupo C

- (v) Nos “Contratos de Transporte Principal Pago” (**CFR** — Cost and Freight — porto de destino indicado) o vendedor é responsável pelas despesas relativas à entrega da mercadoria no porto de destino convencionado, responsabilizando-se pelo transporte, embarque e desembarço para a exportação, mas transferindo ao comprador os riscos de perda ou dano, em razão de ocorrências havidas após o embarque da coisa vendida no navio atracado no porto de origem.
- (vi) Nos “Contratos de Transporte Principal Pago” (**CIF** — Cost, Insurance and Freight) o vendedor assume todas as despesas com o transporte até um determinado porto, incluindo seguro marítimo e desembarço para a exportação.
- (vii) Nos “Contratos de Transporte Principal Não Pago” (**CPT** — Carriage Paid to... — local de destino indicado) o vendedor fica responsável pelas despesas com o transporte da mercadoria até uma localidade designada, salvo as relativas à perda ou dano destas, que são transferidas ao comprador.
- (viii) Nos “Contratos de Transporte Principal Não Pago” (**CIP** — Carriage and Insurance Paid to... — local de destino indicado) o vendedor arca com as despesas de transporte das mercadorias até uma determinada localidade, inclusive as relacionadas com a perda ou dano durante o transporte.

Grupo D

- (ix) Nos “Contratos de Chegada” (**DAF** — Delivered at Frontier — local indicado) o vendedor entrega as mercadorias na fronteira de dois países, na localidade convencionada, pagando todas as despesas decorrentes, inclusive o desembarço para exportação.
- (x) Nos “Contratos de Chegada” (**DES** — Delivered Ex-Ship — porto de destino indicado) compete ao vendedor todas as despesas até o atracamento do navio no porto de destino acordado, inclusive o seguro, cabendo ao comprador as despesas com o desembarço para importação, custos e riscos de desembarque.



- (xi) Nos “Contratos de Chegada” (**DEQ** — Delivered Ex-Quay — porto de destino indicado) o vendedor se obriga por todas as despesas até o desembarque das mercadorias do porto de destino designado, colocando-as disponíveis ao comprador no respectivo cais, arcando o não com o desembaraço alfandegário para importação.
- (xii) Nos “Contratos de Chegada” (**DDU** — Delivered Duty Paid — local de destino indicado) o vendedor se obriga pelos encargos com o transporte das mercadorias até uma determinada localidade no país de importação, sendo que o pagamento dos impostos e taxas relativos a esta cabe ao comprador.
- (xiii) Nos “Contratos de Chegada” (**DDP** — Delivered Duty Paid — local de destino indicado) o vendedor coloca as mercadorias disponíveis ao comprador no local designado, no país de importação, respondendo, em decorrência, pelas despesas de transporte, seguro e desembaraço para a importação.

LEITURA COMPLEMENTAR

1. *International Commercial Terms*⁶³

Introdução

Os *International Commercial Terms* (“Incoterms”) são regras a respeito de pontos cruciais dos contratos de compra e venda mercantil, em especial, no cenário internacional. A intensificação das relações comerciais entre países diferentes tende a demandar padrões internacionais que superem as diferenças culturais e negociais entre eles. O foco da Câmara Internacional de Comércio, ao elaborar essas regras, são os pontos mais controvertidos no âmbito do comércio internacional.

Os Incoterms vieram, então, para padronizar a prática contratual, possibilitando que as partes celebrem um contrato de acordo com o entendimento mais comum de comércio internacional a partir do uso de palavras reconhecidas internacionalmente, evitando divergências de interpretação. Ainda assim, nem todos os problemas estão superados, pois além do comércio internacional ser extremamente volátil, é possível que os termos definidos não estejam sendo utilizados da maneira mais apropriada. Um exemplo possível é a utilização de uma expressão específica do transporte marítimo, para situações em que os produtos serão transportados por outro modal de transporte.

Como grande parte dos negócios é realizada entre países distantes, as principais dificuldades na negociação se concentram na alocação do risco e no transporte dos produtos. O momento da entrega do produto, os custos al-

⁶³ Texto de autoria de *Caio Moliterno de Moraes* apresentado como trabalho de conclusão da disciplina de Contratos Empresariais em 2014.2, com base em: Ramberg, Jan. ICC Guide to Incoterms 2010. (disponível em: <http://halleycaibles.com/img/cms/Guide%20to%20INCOTERMS%202010.pdf> — acessado em 07/11/2014).

fandegários, e o pagamento dos seguros são algumas das preocupações que se inserem neste contexto.

Os Incoterms buscam estar sempre atualizados com as práticas internacionais. Desde sua primeira edição em 1936 até a última edição de 2010, sempre houve alguma alteração no cenário internacional que motivou a edição de um novo regramento. Os fatores que, normalmente, influenciam a edição de um novo conjunto de regras são: a preferência por modais de transporte diferentes, os tipos de produto mais negociados, as novas apólices de seguro, mudanças no regime alfandegário etc. Nesse sentido, é importante enfatizar que os Incoterms são apenas regras aplicáveis à interpretação das cláusulas relativas ao transporte dos produtos e não abrangem os demais termos que fazem parte dos contratos de compra e venda mercantil. O ponto crucial, portanto, são os fatores que influenciam diretamente a obrigação do vendedor de realizar a entrega da coisa. As consequências de eventual descumprimento das obrigações assumidas não são objeto dos Incoterms.

Como escolher quais regras adotar?

A prática internacional relacionada ao comércio de cada tipo de produto e transporte é capaz de direcioná-lo a determinado conjunto de cláusulas a partir das seguintes características: (i) o vendedor não deseja adquirir obrigações adicionais; (ii) o vendedor tem capacidade para ir além da simples entrega dos produtos; (iii) o poder de barganha do comprador permite que se impute mais obrigações ao vendedor; (iv) o vendedor tem capacidade para adquirir obrigações adicionais e, com isso, poderá buscar aumentar o preço total do negócio; (v) o comprador deseja revender os produtos antes que ele chegue ao local de destino acordado.

Situações em que uma parte tem mais poder de barganha que a outra, ou que o comprador precise receber o produto com agilidade, ou ainda, que uma parte já possua meios de transporte adequado, são hipóteses que influenciam a distribuição dos custos e riscos do negócio.

Cláusulas de Transporte

As principais preocupações com relação ao transporte dos produtos dizem respeito à divisão das responsabilidades entre vendedor e comprador. Os prazos de entrega, bem como o momento em que o vendedor não possui mais responsabilidade sobre os produtos são alvo de intensas negociações.

É possível, por exemplo, que se convençione que o vendedor será responsável pelos produtos apenas até o carregamento do navio, devendo o comprador arcar com os custos do transporte e de eventuais perdas ocorridas no trajeto até o destino final. Por outro lado, existem situações em que fica acordado que o vendedor só cumpre com suas obrigações ao entregar, dentro do prazo, os produtos no porto de destino.



É importante destacar que, por se tratar de grandes volumes de mercadorias, as responsabilidades pelo carregamento e descarregamento do navio também são parte da negociação nos contratos de compra e venda mercantil. Geralmente, quando o comprador se responsabiliza por todo o transporte, fica a cargo do vendedor fazer o carregamento do navio, enquanto que nas hipóteses em que o vendedor deve fazer o transporte até o local de destino, o comprador deve descarregar o navio. Em algumas hipóteses, é possível que fique acordado que o vendedor, além de realizar o transporte até o porto e o descarregamento do navio, também deverá se responsabilizar pelo transporte do porto de destino até o local final de entrega dos produtos.

Por fim, vale mencionar que o desembarço aduaneiro também faz parte das negociações entre vendedores e compradores. Tanto no momento da saída do país de origem, quanto na chegada das mercadorias ao país de destino existem burocracias a serem superadas até que a entrega se concretize. Nesse ponto, estão incluídas as declarações exigidas pelas autoridades governamentais, pagamentos de taxas e possíveis responsabilidades decorrentes do mau cumprimento de alguma regulamentação local. Caso alguma declaração esteja incorreta e, por conta disso, os produtos fiquem retidos no porto por tempo superior ao previsto, caberá a uma das partes incorrer em custos pelo pagamento de eventuais multas, e pelo atraso na concretização do negócio.

Cláusulas de Seguro

A contratação de seguro é outro tema controverso no comércio internacional. Intuitivamente, seria lógico concluir que a parte responsável pelo transporte optará pela contratação de seguro para mitigar os riscos e custos de eventuais perdas ou danos no trajeto. Contudo, nem sempre os contratos de compra e venda mercantil adotam esta lógica. É possível que o poder de barganha de uma das partes permita que a obrigação pela contratação de seguro seja alocada à outra parte, independentemente da responsabilidade pelo transporte. Ademais, as partes podem acordar quais apólices deverão ser contratadas, podendo o vendedor ficar responsável pelo pagamento de uma apólice básica, e o comprador poderá complementar o preço para que o seguro abarque danos mais vultuosos, por exemplo.

Categorias de Incoterms

Para facilitar a compreensão de vendedores e compradores, os Incoterms podem ser divididos em 4 (quatro) categorias, de acordo com as principais características dos contratos negociados. Dentro de cada categoria, existem subdivisões que adequam ainda mais as características gerais às peculiaridades de cada contrato.



1. E (EXW: *Ex works*) — O vendedor se obriga apenas a deixar a mercadoria a disposição do comprador na data acordada. Todos os demais custos e riscos, a partir daí, serão atribuídos ao comprador.
2. F (FAS, FOB: *Free of risk and expense*) — *shipment contracts*: vendedor se responsabiliza pelos riscos e custos até a entrega da mercadoria ao transportador, a partir do momento em que, o comprador assume os demais riscos e custos. Essas cláusulas são mais frequentemente utilizadas quando existe apenas um transportador que preste o serviço no local de origem, ou quando não há grandes diferenças na escolha do transportador. Pode ocorrer também, do vendedor escolher o transportador mais adequado e o comprador pagar o valor do transporte.
3. C (CPT, CIP, CFR, CIF: *Costs*) — *shipment contracts*: o vendedor se responsabiliza pelo pagamento do transporte e pelos riscos até o carregamento do navio no local de origem, mesmo após não estar mais em contato com a mercadoria. É imprescindível que o local de destino das mercadorias esteja bem estabelecido, pois o comprador poderá ser responsabilizado caso o local de destino disposto no contrato não seja o mais adequado, já que o vendedor se desobriga a partir do carregamento do navio. Dentro dessa cláusula, as partes poderão convencionar se o vendedor deverá ou não contratar o seguro.
4. D (DAT, DAP, DDP: *Destination*) — *arrival contracts*: o vendedor se obriga a entregar a mercadoria no local estabelecido, podendo ser responsabilizado pelo descarregamento do navio e pelo desembaraço aduaneiro.

Variações na aplicação dos Incoterms

Como os Incoterms refletem as práticas mais utilizadas, não raro as partes decidem por se afastar do regramento estabelecido ou adicionar dispositivos que melhor se adaptam às peculiaridades daquele contrato. Contudo, é imprescindível que as partes tenham certeza do objetivo almejado e que ambas interpretarão os dispositivos adicionados ou alterados da mesma maneira.

Não se deve esquecer que o objetivo principal dos Incoterms é reduzir as discrepâncias de interpretação dos contratos internacionais, garantindo a boa relação entre compradores e vendedores, e a eficiência no cumprimento das obrigações assumidas. Consequentemente, caso novas obrigações sejam imputadas às partes, por exemplo, é importante que a redação da cláusula abarque o maior número de eventos possíveis, com suas respectivas consequências. O novo dispositivo pode demandar a redistribuição na alocação dos riscos, ou a revisão das penalidades para os casos de inadimplemento.

Antes de alterar o conteúdo de uma cláusula estabelecida pela Câmara Internacional de Comércio vale observar se nenhuma outra opção já existente



é capaz de satisfazer as necessidades dos compradores e vendedores. Dentre as opções expostas acima, é possível perceber que existem modelos que atribuem mais responsabilidades aos vendedores e modelos que oneram mais os compradores, de forma que nem sempre será necessário inovar na redação de uma cláusula do contrato de compra e venda mercantil, correndo o risco de sofrer interpretações distintas por cada uma das partes.

* * *



VII. CONTRATOS EM ESPÉCIE

BIBLIOGRAFIA SUGERIDA

Básica

GOMES, Orlando, *Contratos*. Rio de Janeiro, Forense, 2002, 25ª Edição. Págs. 365-379.

FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, págs. 152-214.

Complementar

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, págs. 729-773.

ORLANDO, Gomes. *Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, págs. 357-379.

ROTEIRO DE AULA

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES:

Os Contratos concretizam e possibilitam a atuação das empresas no mercado, formando seu substrato, podendo ser classificados em duas categorias: (i) Contratos de Intercâmbio; e (ii) Contratos em que há “solidariedade de interesses” (i.e., contratos de sociedade).

Os Contratos de Colaboração são os negócios mercantis que se encontram em situação intermediária às duas classificações referidas acima. São, portanto, contratos híbridos.

De um lado, a Compra e Venda Mercantil consolidou-se na prática comercial como o grande emblema dos assim chamados “**Contratos de Intercâmbio**” (i.e., meio tradicional para relações de troca na exploração da atividade comercial).

De outro lado, outras relações contratuais têm sido desenvolvidas pelo comércio com vistas ao fornecimento de bens, produtos e serviços ao mercado consumidor. São elas a Comissão; a Representação Comercial; a Concessão



Mercantil; a Franquia; e a Distribuição, que usualmente são agrupados na categoria dos “**Contratos de Colaboração**”.

2. CONCEITO.

Os contratos de colaboração empresarial têm como feição característica de atribuir obrigação a um dos contratantes (*colaborador*) a responsabilidade de criar ou ampliar mercado em relação aos bens e/ou serviços do outro contratante (*fornecedor*).

Em termos concretos, o colaborador se obriga a fazer investimentos em divulgação, propaganda, manutenção de estoques, treinamento de pessoal e outros destinados a despertar, em consumidores, o hábito de adquirir os bens, produtos e/ou serviços do fornecedor.

Dependendo da espécie de colaboração contratada, os investimentos na criação ou consolidação do mercado são maiores ou menores; a obrigação de realizá-los, contudo, é inerente aos contratos de colaboração empresarial.

Em não se contratando a obrigação de abrir, consolidar ou desenvolver mercado para os bens, produtos e/ou serviços, o contrato mercantil não se classifica como Contrato de Colaboração.

É este, por exemplo, o caso do Contrato de Fornecimento de Mercadorias (que, ao final das contas, é uma série de Contratos de Compra e Venda Mercantil, em que há interesse de comercialização da maior quantidade possível de bens, produtos e/ou serviços, mas não há a obrigação e/ou preocupação por parte do *fornecedor* em criar mercado para a coisa comprada).

Os Contratos de Colaboração, em razão da obrigação essencial que os caracteriza, possuem por marca comum uma subordinação empresarial estabelecida entre as partes.

O contratado deve organizar-se empresarialmente da forma definida pelo contratante, seguindo as orientações e determinações advindas deste (i.e., subordinação empresarial, mas não subjetiva).

Através de um Contrato de Colaboração, o colaborador contratado (comissário, representante, concessionário, franqueado ou distribuidor) se obriga a colocar junto aos interessados as mercadorias comercializadas ou produzidas pelo fornecedor contratante (comitente, representado, concedente, franquiador ou distribuído), observando as orientações gerais ou específicas fixadas por este.

- **A colaboração empresarial pode ser de duas espécies: (i) por aproximação; ou (ii) por intermediação.**



Na colaboração por aproximação, o colaborador não é intermediário, ou seja, não adquire os bens, produtos e/ou serviços para revendê-los. Apenas identifica potenciais interessados.

- O comitente e o representante comercial são colaboradores por aproximação.
- São remunerados por percentual dos negócios que ajudam a viabilizar.

Na colaboração por intermediação, o colaborador celebra com o fornecedor um contrato de compra e venda; adquire os bens, produtos e/ou serviços para os revender.

- O concessionário e o franquiado são colaboradores por intermediação;
- Não há remuneração por serviços;
- Colaborador ganha com o resultado positivo de sua atividade empresarial;

O Contrato de Distribuição pode classificar-se em outra categoria. Na distribuição-aproximação (às vezes denominada “agência”), o distribuidor não ocupa um elo próprio na cadeia de circulação de mercadorias (isto é, não compra produto do distribuído para revendê-los, mas encontra terceiros com interesse em fazer a compra), enquanto na distribuição-intermediação, ocupa.

3. AGÊNCIA OU REPRESENTAÇÃO COMERCIAL:

O contrato de Agência ou Representação Comercial é o instrumento pelo qual uma das partes (representante comercial autônomo) se obriga, em localidade delimitada, a obter pedidos de compra e venda de mercadorias fabricadas ou comercializadas pela outra parte (representado ou preponente). Na representação comercial, não há, em regra, vínculo societário e/ou empregatício entre o representado e o representante comercial autônomo, sendo esta a principal característica desse tipo de contrato.

Sob o ponto de vista econômico, a representação comercial poderia ser entendida como espécie do gênero mandato, mas, juridicamente, este enfoque estaria equivocado.

3.1 Principais elementos

- Obrigação do representante de promover a conclusão por conta do proponente;
- Recorrência na prestação do serviço;



- Autonomia para organizar suas atividades (i.e. carga horária de trabalho, itinerários);
- Delimitação territorial do local onde deve ser prestado o serviço;
- Direito do representante à retribuição da zona do serviço prestado;
- Exclusividade e independência de ação.

Atividade desenvolvida pelo representante comercial possui disciplina jurídica própria. Trata-se de atividade autônoma. Além disso, o representante comercial não tem poderes para concluir a negociação em nome do representado. Deste modo, cabe ao representado aprovar ou não os pedidos de compra obtidos pelo representante.

Diferentemente da representação comercial, no mandato, o mandatário recebe poderes para negociar em nome do mandante.

3.2 Características do Representante Comercial

- Autonomia com que age na intermediação (i.e. o representante não é um empregado da empresa que serve);
- Habitualidade da prestação de serviços realizada em prol do representado (i.e. caráter não eventual);
- Não é um mandatário (i.e. os negócios agenciados são retransmitidos ao comitente e são por este aceitos).

3.3 Contrato de Representação Comercial

A Lei no. 4.886/1965 (“LRC”), com as alterações introduzidas pela Lei no. 8.420/1992, é a legislação aplicável à Representação Comercial, sendo que o contrato de representação comercial deve ser celebrado por escrito e observar os requisitos do artigo 27 da Lei no. 4.886/1965.

“Art. 27. Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão obrigatoriamente:

- a) condições e requisitos gerais da representação;*
- b) indicação genérica ou específica dos produtos ou artigos objeto da representação;*
- c) prazo certo ou indeterminado da representação*
- d) indicação da zona ou zonas em que será exercida a representação;*
- e) garantia ou não, parcial ou total, ou por certo prazo, da exclusividade de zona ou setor de zona;*



f) retribuição e época do pagamento, pelo exercício da representação, dependente da efetiva realização dos negócios, e recebimento, ou não, pelo representado, dos valores respectivos;

g) os casos em que se justifique a restrição de zona concedida com exclusividade;

h) obrigações e responsabilidades das partes contratantes:

i) exercício exclusivo ou não da representação a favor do representado;

j) indenização devida ao representante pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 35, cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação.”

São, usualmente, as principais obrigações do representante comercial autônomo:

- Obter, com diligência, pedidos de compra e venda, em nome do representado, ajudando-o a expandir o seu negócio e promover os seus produtos (art. 28 da LRC);
- Observar, se prevista, a cota de produtividade, ou seja, um número mínimo de pedidos a cada mês;
- Seguir as instruções fixadas pelo representado (art. 29 da LRC);
- Informar o representado sobre o andamento dos negócios, nas oportunidades definidas em contrato ou quando solicitado (art. 28 da LRC) e prestar-lhe contas;
- Observar as obrigações profissionais (art. 19 da LRC); e
- Respeitar a cláusula de exclusividade de representação, se expressamente pactuada (artigos 31, §ú., e 41).

São, usualmente, as principais obrigações do representado:

- Pagar a retribuição devida ao representante, assim que o comprador efetuar o seu pagamento ou, antes, se não manifestar recusa por escrito no prazo de 15, 30, 60 ou 120 dias, conforme a localização do seu domicílio (mesma praça, mesmo Estado, Estado diverso ou exterior, respectivamente — arts. 32 e 33);
- Respeitar a cláusula de exclusividade de zona, pela qual lhe é obstado vender os seus produtos em uma determinada área delimitada em contrato, senão através do representante contratado para atuar naquela área. Caso um negócio se concretize sem a observância dessa condição, o representante tem direito à comissão correspondente (art. 31).

3.4 Da rescisão contratual e das indenizações

A lei estabelece as indenizações devidas pela rescisão do contrato de representação comercial. Nos contratos com prazo indeterminado, firmados há mais de 6 meses, a parte que denunciar está obrigada a conceder pré-aviso de 30 dias ou, senão, pagar indenização correspondente a 1/3 das comissões referentes aos últimos 3 meses. Trata-se de rescisão imotivada (art. 34).

O representado poderá promover a rescisão do contrato quando o representante incorre em determinadas práticas definidas em lei (desídia no cumprimento das obrigações contratuais, atos que importem em descrédito comercial do representado, condenação definitiva por crime infamante, por exemplo) ou havendo força maior (art. 35). Neste caso, nenhuma indenização será devida ao representante e este ainda poderá ser responsabilizado com base no direito civil (vide art. 475 CC2002) pelos danos que causou ao representado.

Por outro lado, o representante poderá rescindir o contrato quando o representado a isto der causa, incorrendo em certas práticas elencadas em lei (inobservância da cláusula de exclusividade, mora no pagamento da comissão, fixação abusiva de preços na zona do representante, por exemplo) ou quando se verificar a força maior (art. 36).

Nesta hipótese, o representante terá direito à indenização prevista em contrato por prazo indeterminado, nunca inferior a um doze avos do total das retribuições auferidas, monetariamente atualizadas (art. 27, *alínea j*).

Se o contrato tinha sido firmado com prazo determinado, a indenização será equivalente à multiplicação de metade do número de meses contratados pela média mensal das retribuições auferidas.

Também na hipótese de rescisão do contrato por prazo indeterminado feita unilateralmente pelo representado, nos termos do art. 34, tem-se considerado devida indenização em favor do representante.

4. DISTRIBUIÇÃO

A criação, consolidação ou ampliação de mercados, através da colaboração empresarial, podem resultar de atos do colaborador de aproximação ou de intermediação.

- **Aproximação:** O colaborador identifica pessoas interessadas em adquirir (e, no caso da comissão, também vender) produtos do outro empresário contratante.
- **Intermediação:** O colaborador adquire os produtos (e, no caso da franquia, também os serviços) do outro contratante e os oferece de novo ao mercado.



O contrato de distribuição é modalidade de colaboração empresarial que se pode enquadrar em qualquer uma dessas espécies.

4.1 Conceito

O Código Civil de 2002 define o contrato de distribuição da seguinte forma:

“Art. 710. Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.

Parágrafo único. O proponente pode conferir poderes ao agente para que este o represente na conclusão dos contratos.”

Se faltar à distribuição-aproximação o último requisito, isto é, se o distribuidor não tiver em mãos as mercadorias que promove, o contrato é denominado “agência” (vide art. 710 do Código Civil).

A distribuição-aproximação e a agência são contratos típicos (regidos pelo Código Civil e sujeitos às mesmas regras). É-lhes inerente a definição, no escopo do contrato, de uma base territorial para identificação do mercado em que as partes manterão a colaboração (“zona de atuação”).

4.2 Principais Características do Contrato de Distribuição

O contrato de distribuição consiste em instrumento:

- Bilateral;
- Oneroso;
- De prestações sucessivas;
- Consensual;
- Formal; e
- Em geral, de adesão.

O contrato de distribuição tem natureza de contrato típico, posto que a lei atribui direitos e deveres às partes, mas a doutrina também o caracteriza como “*misto*”, com explicação de Rubens Requião em *apud, in verbis*:



“pois conjuga em seu bojo um contrato de compra e venda dos produtos distribuídos, um contrato de fornecimento de estoques e mercadorias específicas, um contrato de prestação de serviço de assistência técnica, um contrato de uso de marca e outros contratos todos a serviço de mais fácil e segura comercialização do produto.”⁶⁴

4.3 Do contrato

O contrato de distribuição tem como objeto, nos termos de Arnaldo Rizzardo,

“... a comercialização dos bens produzidos e fornecidos pelo fabricante, e a prestação de serviços de assistência técnica e mecânica aos bens, sendo que, quanto a esta, bem como quanto à venda de componentes, admite-se a contratação junto a empresa distinta daquela que comercializa a venda...”⁶⁵

Este contrato tem como cláusulas implícitas a de exclusividade de distribuição (pela qual o distribuidor ou agente não pode trabalhar para outros proponentes na zona de atuação) e de exclusividade de zona (pela qual o proponente deve abster-se de realizar negócios na zona de atuação, a não ser com os aproximados pelo distribuidor ou agente).

Em forma de garantia do cumprimento dessas obrigações, a lei assegura ao distribuidor ou agente o direito à remuneração pelos negócios realizados pelo proponente em desrespeito à cláusula de territorialidade, conforme art. 714 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

“Art. 714. Salvo ajuste, o agente ou distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, ainda que sem a sua interferência.”

4.4 As Principais Obrigações das Partes

- Obrigação principal do proponente: Pagar a comissão, podendo o contrato condicioná-la ao efetivo pagamento do preço pelo terceiro adquirente das mercadorias.
- Obrigação principal do distribuidor ou agente: Encontrar interessados em adquirir os produtos do proponente e, encontrando-os, receber deles pedido de compra.

⁶⁴ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2006. pp. 760. *Apud*: Rubens Requião.

⁶⁵ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2006. pp. 758.



O proponente não está obrigado a aceitar todos os pedidos de compra encaminhados pelo distribuidor ou agente, mas também não pode recusar todos imotivadamente, cessando o ritmo da colaboração. Se o fizer, o proponente deve indenizar o distribuidor ou agente conforme o art. 715 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

“Art. 715. O agente ou distribuidor tem direito à indenização se o proponente, sem justa causa, cessar o atendimento das propostas ou reduzi-lo tanto que se torna antieconômica a continuação do contrato.”

4.5 Da Distribuição-Intermediação

Os contratos de distribuição podem ser de distribuição-aproximação e distribuição-intermediação. Na distribuição-aproximação, o distribuidor ou agente são remunerados por um percentual dos negócios que ajudam a realizar (comissão). Por outro lado, a distribuição-intermediação é contrato atípico (não disciplinado em lei). É o contrato celebrado entre distribuidores de combustível e os postos de abastecimento de suas bandeiras; fábricas de cerveja e atacadistas em geral e etc.

A distribuição-intermediação caracteriza-se, independentemente da denominação dada pelo instrumento contratual, pela obrigação que um empresário (distribuidor) assume perante o outro (distribuído) de criar, consolidar ou ampliar o mercado dos produtos deste último, comprando-os para revender.

Quando presente esta última característica no contrato de colaboração, não se aplicam as normas do Código Civil sobre agência ou distribuição-aproximação, pois nem sempre estas são compatíveis com a estrutura e função econômica dos contratos atípicos que vierem a ser formalizados em regime de distribuição-intermediação.

Na distribuição **atípica** (por intermediação), aplicam-se apenas os direitos e obrigações que vierem a ser negociados e acordados entre distribuidor e distribuído, de modo que não há balizamentos legais e/ou consequências específicas previstas para violações de contrato.



	Distribuição-aproximação	Distribuição-intermediação
Elementos Comuns	1. Interdependência (convergência de interesses) a. Ganhos b. Perdas c. Realização de investimentos 2. Subordinação empresarial	
Elementos Específicos	Não adquire bens ou serviços	Adquire bens ou serviços
	Comissão	Concessão
	Representação Comercial	Franquiado

5. CONCESSÃO COMERCIAL:

5.1 Conceito

A concessão comercial trata-se de contrato atípico em que determinado empresário (concessionário) se obriga a comercializar, com ou sem exclusividade, com ou sem cláusula de territorialidade, os produtos fabricados por outro empresário (concedente), nas condições estipuladas pelo último.

Nesses contratos, a cláusula de exclusividade se reflete no dever assumido pelo concessionário de não comercializar com produtos diversos dos fabricados pelo concedente. Por outro lado, a cláusula de territorialidade se reflete na proibição de o concedente comercializar, direta ou indiretamente, na área de atuação reservada ao concessionário.

Arnaldo Rizzardo justifica o uso dessa forma de contratação da seguinte forma:

“O concedente, para fazer chegar até o público os seus produtos, ao invés de constituir ele mesmo uma série de sucursais, agências ou filiais, contrata a concessão com o monopólio de revenda, ou estabelece uma rede de concessionários, submetendo as empresas revendedoras ou distribuidoras ao seu controle, com o escopo de constituir um aparelho comercial integrado aos seus interesses.”⁶⁶

5.2 Da Concessão Comercial da Venda de Automóveis

A concessão comercial da venda de automóveis, diferentemente dos contratos de concessão comercial genéricos, trata-se de contrato típico, disciplinado especificamente pela Lei nº 6.729/79, que engloba automóveis, ônibus, tratores, motocicletas e similares. Essa forma contratual consiste em instrumento pelo qual o fabricante de automóveis (concedente) permite que um

⁶⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Pág. 755.



empresário seja seu concessionário e, assim, venda os produtos do concedente com exclusividade em determinada área e sob as condições estipuladas pelo fabricante de automóveis.

Da lei específica que disciplina os contratos de concessão comercial sobre a venda de automóveis, consta o objeto do instrumento no Art. 3º, *in verbis*:

“Art. 3º Constitui objeto de concessão:

I — a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes fabricados ou fornecidos pelo produtor;

II — a prestação de assistência técnica a esses produtos, inclusive quanto ao seu atendimento ou revisão;

III — o uso gratuito de marca do concedente, como identificação.”

5.3 Características da Concessão Comercial da Venda de Automóveis

Aos contratos de concessão comercial da venda de automóveis são inerentes as seguintes características:

- Consensual;
- Bilateral;
- Oneroso;
- Formal;
- De execução continuada; e
- De adesão.

Essas características se confirmam no artigos 20 e 21 da Lei 6.729/79, *in verbis*:

*“Art. 20. A concessão comercial **entre produtores e distribuidores de veículos** automotores será ajustada em contrato que obedecerá **forma escrita padronizada** para cada marca e especificará produtos, área demarcada, distância mínima e quota de veículos automotores, bem como as condições relativas a requisitos financeiros, organização administrativa e contábil, capacidade técnica, instalações, equipamentos e mão-de-obra especializada do concessionário.*

*Art. 21. A concessão comercial entre produtor e distribuidor de veículos automotores será de **prazo indeterminado** e somente cessará nos termos desta lei.*

*Parágrafo único. O contrato **poderá ser inicialmente ajustado por prazo determinado**, não inferior a cinco anos, e se tornará automaticamente de prazo indeterminado se nenhuma das partes manifestar à outra a*



intenção de não prorrogá-lo, antes de cento e oitenta dias do seu termo final e mediante notificação por escrito devidamente comprovada.” (grifo nosso).

Assim como nos contratos de concessão comercial genéricos, na concessão comercial sobre a venda de automóveis é comum a existência de cláusulas de exclusividade e territorialidade, de modo que o Art. 5º da Lei 6.729/79 as considera inerentes a esse tipo contratual:

“Art. 5º São inerentes à concessão: (Redação dada pela Lei nº 8.132, de 1990)

I — área operacional de responsabilidade do concessionário para o exercício de suas atividades; (Redação dada pela Lei nº 8.132, de 1990)

II — distâncias mínimas entre estabelecimentos de concessionários da mesma rede, fixadas segundo critérios de potencial de mercado. (Redação dada pela Lei nº 8.132, de 1990)” (grifo nosso).

5.4 Das Obrigações de Concedente e Concessionário

Usualmente, as principais obrigações assumidas pelo concedente são:

- Permitir, gratuitamente, o uso de suas marcas pelo concessionário (Lei 6729/79, Art. 3º, inciso. III);
- Vender ao concessionário os veículos de sua fabricação, na quantidade prevista em cota fixada de acordo com a estimativa de produção do mercado interno e a capacidade empresarial, desempenho e potencial de vendas do concessionário (Lei 6729/79, Art. 7º);
- Observar, na definição da área operacional de cada concessionária, distâncias mínimas segundo o critério de potencial de mercado (Lei 6729/79, Art. 5º, inc. II);
- Não vender, diretamente, os veículos de sua fabricação na área operacional de uma concessionária, salvo à Administração Pública, direta ou indireta, ao Corpo Diplomático ou a clientes especiais (Lei 6729/79, Art. 15, inc. II).

Usualmente, as principais obrigações assumidas pelo concessionário são:

- Respeitar a cláusula de exclusividade, se houver (i.e., não comercializar nenhum outro veículo senão o fabricado pelo concedente, caso prevista esta vedação em contrato);
- Observar o índice de fidelidade para a aquisição de componentes que vier a ser estabelecido, de comum acordo com os demais concessionários e concedente, na Convenção de Marca (Lei 6729/79, Art. 8º, parágrafo único, inciso I);



- Comprar do concedente os veículos na quantidade prevista na conta respectiva, sendo-lhe facultado limitar o seu estoque (Lei 6729/79, Art. 10, parágrafo 1º); e
- Organizar-se, empresarialmente, de forma a atender os padrões determinados pelo concedente para a comercialização dos veículos e para a assistência técnica aos consumidores (Lei 6729/79, Art. 20).

6. COMISSÃO MERCANTIL (OU EMPRESARIAL)

Trata-se de vínculo contratual em que um empresário (comissário) se obriga a realizar negócios mercantis por conta de outro (comitente), mas em nome próprio, assumindo, portanto, responsabilidade pessoal pelos atos praticados.

Nesta forma de contratação, o comissário concretiza operações comerciais do interesse do comitente, mas este não participa dos negócios, podendo até permanecer incógnito.

A comissão mercantil consiste em contrato normalmente empregado em operações nas quais o comprador ou vendedor de mercadorias, muitas vezes, prefere não ser conhecido.

O contrato de comissão assemelha-se ao mandato. Em ambos, uma pessoa (comissário ou mandatário) se obriga a praticar atos em nome de outra pessoa (comitente ou mandante). A diferença fundamental da comissão em relação ao mandato consiste na imputação da responsabilidade perante terceiros.

- O mandatário (porque pratica atos e realiza negócios em nome do mandante) não responde se agir nos limites dos poderes outorgados; e
- O comissário (porque pratica atos e realiza negócios em nome próprio) será parte no contrato e responderá nos termos pactuados.

Salvo no que contrariar esta diferença, aplica-se à comissão a disciplina normativa do mandato (artigo 709 e seguintes do Código Civil).

A doutrina entende que, uma vez que o comitente não é parte no contrato celebrado entre o comissário e o comprador, não existe qualquer relação entre ele e o comprador, de forma com que nenhum deles pode exigir do outro obrigação de qualquer espécie⁶⁷. No entanto, uma vez que as negociações levadas a efeito pelo comissário atendem, na verdade, aos interesses do comitente, apesar de o comitente não ser parte direta do contrato celebrado entre o comissário e o comprador, a doutrina tem evoluído no sentido de admiti-lo como sendo titular do crédito, apesar de ser, formalmente, o comissário⁶⁸.

Perante o comitente, o comissário tem a obrigação de observar as instruções expendidas (CC/2002, art. 695 a 704), bem como zelar pelos bens a ele

⁶⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 735.

⁶⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. Editora Forense. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 362.



confiados, agindo com diligência e lealdade (CC/2002, art. 695); e prestar contas do movimento econômico do contrato (CC/2002, art. 668 e 709).

Perante o terceiro, o comissário tem todas as obrigações decorrentes do contrato realizado, posto que inexistente qualquer relação jurídica entre aquele e o comitente.

Por outro lado, o comissário tem direito a comissão (i.e., remuneração pelos serviços). Esta varia de acordo com o valor e natureza do negócio a ser praticado.

A presença do comissário gera um afastamento entre o comitente e os terceiros que negociam com o comissário, em função do encargo contratual. O comissário, salvaguardando o anonimato para o comitente, confere-lhe maior segurança, pois só o comissário realiza as relações jurídicas com os clientes, evitando ao principal interessado nas operações suportar ações da parte dos clientes.

Representação Imperfeita: O comissário não age em nome do comitente, ele apenas representa os interesses deste, de forma que não é seu representante direto. Sendo assim, a comissão traz a figura da Representação Indireta ou Imperfeita.

Podemos dizer que a comissão produz efeitos equivalentes ao mandato, no entanto sem representação, pois na comissão o comissário age em nome próprio, ao passo que no mandato o representante age em nome do representado. A diferença entre estes instrumentos jurídicos está no modo de agir e não pelo modo de produção de efeitos.

Da legalidade: Ao comissário é vedado que ultrapasse os limites estabelecidos no exercício das suas atividades. No entanto, a lei permite e justifica o excesso em dois casos. O primeiro caso quando o excesso gera exclusivamente benefícios ao comitente e o segundo quando a finalização da operação não cabe retardamento. Para ambos os casos a aprovação do comitente sana o excesso, podendo ser expressa ou tácita.

Direitos e Obrigações do Comissário: A principal obrigação do Comissário é concluir o negócio e apesar de agir em nome próprio não tem plena liberdade e deve agir sempre considerando os limites estabelecidos pelo comitente.

Para todas as despesas suportadas pelo comissário com objetivo de conclusão do contrato, atendendo aos interesses do comitente, o comissário terá direito ao reembolso, exceto se estipulado em contrato de forma contrária. Por todos os serviços prestados o comissário terá direito a remuneração, a ser paga pelo comitente na conclusão do negócio. Em caso de sucesso parcial, sua remuneração será proporcional ao êxito dos trabalhos realizados.



6.1 Responsabilidades do comissário

- Pelo prejuízo a que der causa;
- Pela não prestação de contas;
- Pela não conservação dos bens confiados;
- Pelos excessos cometidos no exercício da representação.

6.2 Direitos e Obrigações do Comitente

Ao Comitente caberá o cumprimento e execução do contrato. Por exemplo: se o negócio era a venda de produtos, deverá o Comitente disponibilizá-los ao Comissário no tempo previsto para sua entrega.

Para os casos em que os produtos forem disponibilizados antes do prazo da entrega ao Comissário, este se torna consignatário dos produtos, e esta operação é caracterizada por consignação. Desta forma, os produtos do comitente são postos à disposição do comissário, por meio de uma consignação, que o credencia a vendê-los aos consumidores em nome do próprio. Perante estes, o vendedor é o comissário e não o comitente.



VII. CONTRATOS EM ESPÉCIE

MATERIAL DE LEITURA

Leitura Básica

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais, ed. rev. e aum.* Rio de Janeiro, Forense, 2002. pp. 485 — 495.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, Volume I. 16ª ed.* São Paulo: Saraiva, 2012. PP. 186 — 194; 371.

Leitura Complementar

SAAVEDRA, Thomaz. *Vulnerabilidade do Franqueado no Franchising.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. pp. 1-49; 139-154.

ROTEIRO DE AULA

1) CONCEITO

Regido pela Lei 8.955/1994, o contrato de franquia consiste no instrumento pelo qual um comerciante (franqueador — *franchisor*) licencia o uso de seu nome, sua marca e/ou produtos a outro (franqueado — *franchisee*) e presta-lhe serviços de organização empresarial, com ou sem venda de produtos. A franquia consiste, pois, na conjugação de dois contratos: (1) o de Licenciamento de Uso de Marca; e (2) o de Organização Empresarial.

A Lei 8.955/1994, que disciplina a celebração de contratos de franquia, os define conforme o constante do seu Art. 2º, *in verbis*:

“Art. 2º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.”

Pelo contrato de franquia, com a colaboração do franqueador, o franqueado, com algum capital, pode estabelecer-se sem precisar proceder ao estudo e equacionamento de muitos dos aspectos do empreendimento, basicamente os relacionados com a estruturação administrativa, treinamento de funcionários e técnicas de *marketing*. Isto porque os aspectos encontram-se já suficiente e devidamente equacionados pelo titular de uma marca de comércio, produto ou serviço e fornece ao franqueado os subsídios indispensáveis à estruturação do negócio.

2) NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE FRANQUIA

O contrato de franquia não é um contrato típico, pois, nem a lei que o disciplina nem o Código Civil de 2002 definem os direitos e obrigações de franqueador e franqueado, de modo que o contrato oferece amplo espaço para a alocação de responsabilidades. Sendo contrato atípico, o contrato de franquia acumula características de outros tipos de contratos, como os de concessão exclusiva, os de fornecimento e distribuição⁶⁹.

Não obstante, o contrato de franquia trata-se de instrumento:

Consensual: depende da manifestação de vontade positiva de franqueador e franqueado em celebrar o contrato;

Bilateral: instrumento atípico que gera obrigações para franqueador e franqueado;

Oneroso: gera vantagens e desvantagens para franqueador e franqueado;

Solene: conforme disposição do Art. 6º da Lei 8.955/1994, *in verbis*:

“Art. 6º O contrato de franquia deve ser sempre escrito e assinado na presença de 2 (duas) testemunhas e terá validade independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público.”

Prestação Sucessiva: trata-se de contrato de execução em prestações sucessivas até a data do termo do contrato, posto que deve ter duração por tempo determinado.

Os polos do contrato de franquia são ocupados pelo franqueado e pelo franqueador. De um lado, normalmente, o franqueado dispõe de recursos e deseja constituir uma empresa comercial ou de prestação de serviços. Contudo, na maioria das vezes, não tem os conhecimentos geralmente necessários ao sucesso do empreendimento nem os pretende ter. Do outro lado, há o franqueador (titular de marca já conhecida dos consumidores, que deseja ampliar a oferta do seu produto ou serviço, mas sem as despesas e riscos inerentes à implantação de filiais).

⁶⁹ MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais, ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 490.

Pelo contrato de franquia, o franqueado adquire do franqueador os serviços de organização empresarial e mantém com os seus recursos, mas com estrita observância das diretrizes estabelecidas por este último, um estabelecimento que comercializa os produtos ou presta os serviços da marca do franqueador.

Há vantagens para ambos os lados: (a) franqueador (amplia a oferta da mercadoria e serviço sem aporte de capital); (b) franqueado (desenvolve negócio consolidado perante o público e sem encargos de marketing e criação de produto).

Os serviços de organização empresarial que o franqueador presta ao franqueado são, geralmente, os decorrentes de 3 (três) contratos:

Engineering: Franqueador define, projeta ou executa o *layout* do estabelecimento do franquiado.

Management: Relativo ao treinamento dos funcionários do franqueador e à estruturação da administração do negócio.

Marketing: Pertinente às técnicas de colocação dos produtos ou serviços junto aos seus consumidores, envolvendo estudos de mercado, publicidade, vendas promocionais, lançamento de novos produtos ou serviços e etc.

A franquia é um contrato atípico. Entretanto, no contrato, se costuma atribuir os seguintes encargos típicos aos franqueados:

- Pagamento de taxa de adesão de um percentual do seu faturamento;
- Pagamento pelos serviços de organização empresarial fornecidos pelo franqueador;
- Obrigação de oferecer aos consumidores apenas os produtos ou serviços da marca do franqueador, por ele fabricados, aprovados ou simplesmente indicados;
- Observar, estritamente, as instruções, preço de venda ao consumidor, característica do produto e outros cuidados institucionais, estabelecidos pelo franqueador;
- Por outro lado, o franqueador tem, normalmente, as seguintes obrigações:
 - o Permitir ao franqueado o uso de sua marca; e
 - o Prestar os serviços de organização empresarial.
- A Lei nº 8.955/1994, embora discipline determinados aspectos da franquia, não a tornou modalidade de contrato típico;
- Ao contrário, as relações entre franqueador e franqueado continuam regendo-se exclusivamente pelas cláusulas contratualmente pactuadas;
- Tal legislação visa a assegurar transparência nas negociações que antecedem a negociação da adesão do franqueado à franquia.



3) DA CIRCULAR DE OFERTA DE FRANQUIA.

Nos termos do Art. 3º da Lei 8.955/1994 o contrato de franquia precede de circular de oferta de franquia, que deverá conter:

- Histórico resumido, forma societária e nome completo ou razão social do franqueador e de todas as empresas a que esteja diretamente ligado, bem como os respectivos nomes de estabelecimento e endereços;
- Balanços e demonstrações financeiras da empresa franqueadora relativos aos dois últimos exercícios;
- Indicação precisa de todas as pendências judiciais em que estejam envolvidos o franqueador, as empresas controladoras e titulares de marcas, patentes e direitos autorais relativos à operação, e seus subfranqueadores, questionando especificamente o sistema da franquia ou que possam diretamente vir a impossibilitar o funcionamento da franquia;
- Descrição detalhada da franquia, descrição geral do negócio e das atividades que serão desempenhadas pelo franqueado;
- Perfil do franqueado ideal no que se refere à experiência anterior, nível de escolaridade e outras características que deve ter, obrigatória ou preferencialmente;
- Requisitos quanto ao envolvimento direto do franqueado na operação e na administração do negócio;
- Especificações quanto ao:
 - a) total estimado do investimento inicial necessário à aquisição, implantação e entrada em operação da franquia;
 - b) valor da taxa inicial de filiação ou taxa de franquia e de caução; e
 - c) valor estimado das instalações, equipamentos e do estoque inicial e suas condições de pagamento;
- Informações claras quanto a taxas periódicas e outros valores a serem pagos pelo franqueado ao franqueador ou a terceiros por este indicados, detalhando as respectivas bases de cálculo e o que as mesmas remuneram ou o fim a que se destinam, indicando, especificamente, o seguinte:
 - a) remuneração periódica pelo uso do sistema, da marca ou em troca dos serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado (royalties);
 - b) aluguel de equipamentos ou ponto comercial;
 - c) taxa de publicidade ou semelhante;
 - d) seguro mínimo; e
 - e) outros valores devidos ao franqueador ou a terceiros que a ele sejam ligados;



- Relação completa de todos os franqueados, subfranqueados e subfranqueadores da rede, bem como dos que se desligaram nos últimos doze meses, com nome, endereço e telefone;
- Em relação ao território, deve ser especificado o seguinte:
 - a) se é garantida ao franqueado exclusividade ou preferência sobre determinado território de atuação e, caso positivo, em que condições o faz; e
 - b) possibilidade de o franqueado realizar vendas ou prestar serviços fora de seu território ou realizar exportações;
- Informações claras e detalhadas quanto à obrigação do franqueado de adquirir quaisquer bens, serviços ou insumos necessários à implantação, operação ou administração de sua franquia, apenas de fornecedores indicados e aprovados pelo franqueador, oferecendo ao franqueado relação completa desses fornecedores;
- Indicação do que é efetivamente oferecido ao franqueado pelo franqueador, no que se refere a:
 - a) supervisão de rede;
 - b) serviços de orientação e outros prestados ao franqueado;
 - c) treinamento do franqueado, especificando duração, conteúdo e custos;
 - d) treinamento dos funcionários do franqueado;
 - e) manuais de franquia;
 - f) auxílio na análise e escolha do ponto onde será instalada a franquia; e
 - g) *layout* e padrões arquitetônicos nas instalações do franqueado;
- Situação perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial — (INPI) das marcas ou patentes cujo uso estará sendo autorizado pelo franqueador;
- Situação do franqueado, após a expiração do contrato de franquia, em relação a:
 - a) *know how* ou segredo de indústria a que venha a ter acesso em função da franquia; e
 - b) implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador;
- Modelo do contrato-padrão e, se for o caso, também do pré-contrato-padrão de franquia adotado pelo franqueador, com texto completo, inclusive dos respectivos anexos e prazo de validade.⁷⁰

⁷⁰ Artigo 3º da Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994.



VIII. CONTRATOS FINANCEIROS

BIBLIOGRAFIA SUGERIDA

Básica

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Volume III. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012. pp. 311 — 328; 201 — 206; 586 — 587; 503 — 522.

ROTEIRO DE AULA

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Usualmente, referem-se como Contratos Financeiros aqueles destinados a estabelecer vínculos jurídicos no âmbito do Mercado Financeiro.

O Mercado Financeiro, por sua vez, corresponde ao conjunto de instituições e instrumentos destinados a oferecer alternativas de aplicação e captação de recursos financeiros. De forma resumida, diz-se que o Mercado Financeiro é aquele destinado ao fluxo de recursos financeiros entre poupadores⁷¹ e tomadores⁷².

De forma geral, sustenta-se que, dentre outras funções, o Mercado Financeiro exerce as importantes funções de: (1) aprimorar a utilização dos recursos financeiros; e (2) criar condições de liquidez, fluxo de recursos e administração de riscos econômico-financeiros.

Sendo assim, pode-se dizer que os Contratos Financeiros servem como alguns dos principais mercantismos por meio dos quais o Mercado Financeiro desempenha estas funções.

Analisaremos algumas das principais espécies de Contratos Financeiros neste tópico do nosso curso.

2. EMPRÉSTIMOS VS. FINANCIAMENTOS

Inicialmente, antes de iniciarmos a abordagem técnico-jurídica dos Contratos Financeiros, é importante analisar uma contraposição de significados, cuja percepção é de sutileza inúmeras vezes escapável aos aplicadores do Direito de forma geral.

⁷¹ **Poupadores** (Unidades Econômicas Superavitárias) => Aqueles que apresentam desejo de investir inferior à capacidade de poupança, ou seja, dispõem de recursos financeiros excedentes.

⁷² **Tomadores** (Unidades Econômicas Deficitárias) => Aqueles que apresentam desejo de investir superior à capacidade de poupança, ou seja, demandam recursos financeiros além do que possuem.



O que é um empréstimo?

É o negócio jurídico por meio do qual determinado sujeito de direito recebe (i.e., entrega => tradição efetiva) temporariamente determinado bem, com a obrigação de restituí-lo em determinado prazo.

Sob o ponto de vista jurídico, com base nos conhecimentos absorvidos nas nossas disciplinas de Obrigações e Responsabilidade Civil e de Direito dos Contratos, sabemos — inclusive — que os empréstimos são contratos típicos, que — de forma geral — estão previstos nos artigos 579 a 592 do Código Civil, sendo segregados nas espécies:

- (i) comodato, que é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis (cf. previsão dos arts. 579 a 585 CC); e
- (ii) mútuo, que é o empréstimo de coisas fungíveis (podendo ser gratuito ou oneroso) (cf. previsão dos arts. 586 a 592 CC).

Na dinâmica dos Contratos Financeiros, dedicaremos atenção às operações de mútuo, que são aquelas tendentes a serem inseridas no Mercado Financeiro, promovendo o empréstimo de dinheiro, ações e valores mobiliários em geral, dentre outras coisas fungíveis.

Feita esta reflexão...

O que é um empréstimo bancário?

Diz-se, usualmente, que o empréstimo bancário é contrato entre cliente e determinada instituição financeira, por meio do qual a instituição financeira empresta uma determinada quantia ao cliente, que deverá devolvê-la à instituição financeira, de acordo com os termos e condições acordados (inclusive, mas não apenas, no que tange aos valores, à forma de pagamento e aos juros incidentes no período).

O que é um financiamento?

Da mesma forma que o empréstimo bancário, o financiamento é contrato entre cliente e determinada instituição financeira, por meio do qual a instituição financeira empresta uma determinada quantia ao cliente, que deverá devolvê-la à instituição financeira, de acordo com os termos e condições acordados (inclusive, mas não apenas, no que tange aos valores, à forma de pagamento e aos juros incidentes no período).

Entretanto, no contrato de financiamento, há especificação obrigatória da finalidade para a qual os recursos deverão ser destinados.

Qual a diferença entre empréstimo e financiamento?

Nos contratos de financiamento, há previsão contratual de uma destinação específica para a utilização dos recursos tomados em empréstimo. Por exemplo, financiar os custos e despesas de determinado projeto; adquirir determinado bem; e etc.

Feitas estas considerações gerais e o entendimento mercadológico do tema, passaremos ao estudo de cada uma das seguintes espécies de contratos financeiros: (i) Arrendamento Mercantil (*Leasing*); (ii) Faturização (*Factoring*); (iii) Cartão de Crédito; e (iv) Mútuo Financeiro.

Ao final, também analisaremos algumas modalidades de operações de financiamento destinadas, precipuamente, ao setor industrial, imobiliário e agrícola, que combinam elementos dos Títulos de Crédito com os Contratos Empresariais, quais sejam: (i) CCB — Cédula de Crédito Bancário; (ii) LCI — Letra de Crédito Imobiliário; (iii) CCI — Cédula de Crédito Imobiliário; e (iv) Cédula de Crédito Rural ou Industrial⁷³.

3. ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING)

O *leasing* é um contrato denominado na legislação brasileira como “arrendamento mercantil”.

As partes desse contrato são denominadas “arrendador” e “arrendatário”, conforme sejam, de um lado, um banco ou sociedade de arrendamento mercantil e, de outro, o cliente.

O objeto do contrato é a aquisição, por parte do arrendador, de bem escolhido pelo arrendatário para sua utilização.

O arrendador é, portanto, o proprietário do bem, sendo que a posse e o usufruto, durante a vigência do contrato, são do arrendatário.

O contrato de arrendamento mercantil pode prever ou não a opção de compra, pelo arrendatário, do bem de propriedade do arrendador.

O *leasing* é uma operação com características legais próprias, não se constituindo operação de financiamento. Nas operações de financiamento, o bem é de propriedade do mutuário, ainda que alienado, já no ato da compra.

Principais ocorrências decorrentes do Leasing:

- O arrendatário sugere à arrendadora um bem que deverá por essa ser adquirido;
- Após a aquisição do bem, a proprietária do mesmo arrendo-o a terceiro interessado pela aquisição (ao arrendatário);

⁷³ Embora não seja o escopo deste trabalho, também abordaremos superficialmente as operações de securitização de recebíveis imobiliários, agrícolas e/ou industriais, que usualmente — têm como lastro estes produtos ligados ao crédito imobiliário, agrícola e industrial, que combinam elementos dos *Títulos de Crédito com Contratos Empresariais*.



- Com o término do prazo do arrendamento, o arrendatário possui a opção de comprar o bem, por um preço menor do que o da sua aquisição inicial.

Modalidades de Leasing:

a) *Leasing* Financeiro ou *Leasing* Puro:

O *leasing* financeiro ocorre quando uma sociedade dedica-se exclusivamente a adquirir bens fabricados por terceiros para arrendá-los, através de redistribuição, a outra sociedade que necessite destes bens. As principais características do *Leasing* Financeiro são:

- (i) a arrendadora não é produtora ou proprietária primitiva do bem que será arrendado, o bem é escolhido e indicado pela arrendatária, esta tem liberdade de negociar com o vendedor, inclusive no que tange aos valores. Com a indicação, a empresa de *leasing* adquire o bem e o arrenda ao interessado;
- (ii) nos casos em que o arrendamento é celebrado por tempo determinado, é expresso que, findo o prazo do contrato, o arrendatário terá opção de compra para adquirir o bem, sendo esta irrevogável; e
- (iii) o arrendatário possui a obrigatoriedade de pagar todas as prestações pactuadas do contrato, mesmo em caso de desistência deste antes do período determinado para a vigência do contrato.

As sociedades que praticam o *Leasing* Puro ficam geralmente sujeitas às normas das operações bancárias tendo em vista que para estes casos existem uma operação de financiamento por parte da empresa arrendadora.

b) "*Lease-back*" ou "*leasing*" de retorno:

As operações de *Lease-back* são caracterizadas quando uma sociedade que possui a propriedade de um bem o vende a outra sociedade, esta última adquire o bem e em ato contínuo o arrenda à vendedora. Desta forma, apenas duas sociedades estão envolvidas na operação, não havendo terceiro interessado na aquisição do bem arrendado.

Da mesma forma como no *Leasing* Financeiro, ao final do contrato de *Lease-back* o arrendatário possui uma opção de comprar para reaquisição do bem, pelo seu valor residual.

As operações de *Lease-back* são geralmente praticadas por companhias que possuem grande parte de seu ativo imobilizado, estas utilizam o produto da venda de seus bens de forma a ampliar seu capital de giro.



c) *Leasing* operacional ou *Renting*:

As operações em que certa sociedade é proprietária de bens e os dá em arrendamento à terceiro, por intermédio do pagamento de determinadas parcelas, comprometendo-se, todavia, o proprietário dos bens a prestar assistência ao arrendatário por todo o período do arrendamento, são chamadas de *Leasing* operacional.

A principal diferença entre o *Leasing* operacional e o *Leasing* financeiro está no fato de que nos contratos deste último sempre encontramos a obrigatoriedade do cumprimento da obrigação contraída por todo o período do arrendamento, já no *Leasing* operacional o contrato pode ser rescindido a qualquer momento pelo arrendatário desde que mediante aviso prévio.

Obrigações do Arrendador:

- Dever de adquirir de terceiro o bem para ser dado em arrendamento;
- Colocar o bem à disposição do arrendatário;
- Entregar o bem para pleno uso (transferência da posse), embora a propriedade permaneça sendo sua;
- Findo o contrato, vender o bem ao arrendatário (i.e. se for de interesse do arrendatário adquirir o bem).

Obrigações do Arrendatário:

- Pagar, na forma estabelecida em contrato, as prestações combinadas;
- Responder pelo pagamento das prestações em caso de interrupção do contrato motivada pelo próprio Arrendatário;
- Zelar pela conservação do bem arrendado, respondendo pelos prejuízos que por ventura causar;
- Findo o contrato, devolver o bem ao Arrendador, caso não opte pela compra do mesmo ou renovação do contrato de arrendamento.

4. *Faturização (Factoring)*

O Contrato de Faturização é atividade parabancária, que consiste na aquisição de créditos a curto prazo, derivados da venda de produtos ou da prestação de serviços, no mercado interno e externo. Fran Martins assim o define:



“O Contrato de Faturização ou Factoring é aquele em que um comerciante cede a outro os créditos, na totalidade ou em parte, de suas vendas a terceiros, recebendo o primeiro do segundo o montante desses créditos, mediante o pagamento de uma remuneração.⁷⁴”

4.1 Elementos Pessoais e Objeto do Contrato de Factoring

São três os elementos pessoais dos contratos de factoring:

- (i) o faturizador;
- (ii) o faturizado (ou vendedor, aderente ou fornecedor) e
- (iii) o comprador (ou cliente ou devedor).

Embora o contrato se forme somente entre faturizador e vendedor, é de suma importância também a figura do comprador, uma vez que são os créditos que o vendedor tem contra ele que são cedidos ao faturizador.⁷⁵

Todos os três elementos pessoais podem ser tanto pessoa física quanto pessoa jurídica.

Como objeto, a faturização pressupõe sempre uma venda a prazo, não sendo possível ser feita com relação a vendas à vista. Como há uma cessão de crédito, o comprador deve ser notificado da mesma, devendo efetuar o pagamento ao faturizador. Se por acaso for o faturizado receber os valores relativos ao crédito cedido, deve ele remetê-los ao faturizador⁷⁶.

4.2 Modalidades de Faturização

Os Contratos de *Factoring* podem ser divididos em quatro diferentes modalidades, sendo elas:

(i) **Faturização Interna:** As operações são realizadas dentro de um mesmo país ou dentro de uma mesma região.

(ii) **Faturização Externa:** As operações são realizadas no exterior, como nos casos de importação e exportação.

- A faturização exterior costuma ter maiores riscos e encargos para o faturizador, o que faz com que a sua comissão seja maior do que nos casos de faturização interna. Ainda assim, a maioria das operações de *factoring* são operações com o exterior.

(iii) **Faturização no vencimento (ou *maturity factoring*):** As faturas que representam os créditos do faturizado são remetidas ao faturizador, que por sua vez as liquida somente na data do seu vencimento.

⁷⁴ MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 15ª Edição. Pág. 469.

⁷⁵ MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 15ª Edição. Pág. 476.

⁷⁶ MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 15ª Edição. Pág. 477.



(iv) Faturização tradicional (ou *old line factoring*): As faturas de crédito remetidas ao faturizador pelo faturizado são liquidadas antes da data de vencimento.

- Em todos os casos há a assunção dos riscos pelo faturizador do inadimplemento por parte do comprador/cliente. Desta forma, caso a dívida não seja paga, não tem o faturizador direito de cobrança em face do faturizado.

4.3 Cláusulas Essenciais ao Contrato de Factoring⁷⁷

Algumas cláusulas são essenciais para os contratos de faturização, sendo elas:

- Cláusula de exclusividade ou totalidade das contas do faturizado;
- Cláusula de duração do contrato;
- Cláusula de faculdade do faturizador de escolher as contas que deseja garantir;
- Cláusula de liquidação dos créditos;
- Cláusula de cessão dos créditos ao faturizador;
- Cláusula de assunção dos riscos pelo faturizador;
- Cláusula de remuneração do faturizador.

Naturalmente outras cláusulas poderão ser ajustadas pelas partes, de acordo com a sua conveniência. No entanto, nenhuma delas deve derrogar as cláusulas essenciais.

4.4 Obrigações do Faturizador

São obrigações do faturizador:

- (i) Pagar ao faturizado o valor das faturas;
- (ii) Assumir o risco do inadimplemento por parte do devedor.

4.5 Obrigações do Faturizado

São obrigações do faturizado:

- (i) Pagar ao faturizador as comissões relativas à faturização;
- (ii) Submeter ao faturizador as contas dos clientes, para que ele possa escolher quais deseja aprovar;
- (iii) Remeter as contas ao faturizador da forma convencionada;
- (iv) Prestar informações e assistência ao faturizador com relação aos clientes e ao recebimento das dívidas.

⁷⁷ MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 15ª Edição. Pág. 478.



4.6 Obrigações do Comprador

São obrigações do comprador:

- (i) Pagar no termo convencionado as compras que realizou a prazo.

5. CARTÃO DE CRÉDITO

Os Cartões de Crédito surgiram como forma de (i) diminuir os riscos do transporte do dinheiro em espécie, (ii) garantir que as pessoas consigam adquirir bens ou serviços quando tenham necessidade mas indisponham de dinheiro em mãos, e (iii) democratizar o crédito a curto e médio prazo, permitindo que as pessoas evitem o desembolso imediato de dinheiro. A própria jurisprudência reconhece sua função primordial como sendo a de expansão do crédito, o que impacta diretamente o comércio e que permite o financiamento, com pagamento por bens e serviços em data posterior à de sua aquisição/prestação.

O contrato de Cartão de Crédito conta com três figuras:

(1) O emissor do cartão de crédito

Normalmente uma instituição financeira ou banco. É intermediário entre o titular do cartão e o fornecedor.

(2) O titular do cartão ou aderente ou beneficiário

É a pessoa habilitada pelo emissor a utilizar o cartão de crédito para adquirir bens ou ter serviços prestados. É sempre pessoa física (no caso de pessoa jurídica, deve estar indicado no cartão quem é o seu portador pessoa física — “credenciado”).

(3) O fornecedor

Quem vende a mercadoria ou presta o serviço. Sua relação é eventual e espontânea.

- O emissor se obriga a pagar ao fornecedor as faturas do titular até certo valor; tal valor excedido, ele só se compromete a pagar até os limites de fundos dos quais o titular dispuser.

- O fornecedor se obriga a não recusar o cartão de crédito, a ofertar ao titular o mesmo preço que apresenta aos demais e a pagar determinado ágio ou comissão ao emissor.

5.1. Cartão de Crédito e o Código de Defesa do Consumidor

De forma geral, tendem a ser obtidos mediante contrato de adesão firmado entre o emissor e o titular.

Conforme construção jurisprudencial, sobre tais contratos incide o Código de Defesa do Consumidor, principalmente no que se refere aos seus artigos 52 e 54, §3º, que dispõem:

Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

I — preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;

II — montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;

III — acréscimos legalmente previstos;

IV — número e periodicidade das prestações;

V — soma total a pagar, com e sem financiamento.

§ 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.

§ 2º É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º *Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.*

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Desta forma, busca-se proteger o titular de cartão de crédito principalmente dos juros que possam ser estipulados pelos bancos e instituições financeiras em contratos de difícil compreensão e firmados em situação de disparidade.

5.2. Utilização e Funcionamento

- Normalmente, deve o titular pagar anualmente ao emissor uma taxa de adesão.
- Para que o cartão possa ser utilizado em determinado estabelecimento, deve este estar filiado ao sistema.
- O vendedor/fornecedor receberá, normalmente ao final do mês, o pagamento do emissor.
- O emissor recebe do fornecedor uma taxa percentual a título de remuneração.
- O emissor recebe do titular o valor da dívida. Caso isto não ocorra, pode promover ação de cobrança.
- Mensalmente, deve o titular receber extrato da sua conta, com a indicação de todos os saldos e pagamentos, taxas, juros, etc.



6. MÚTUO FINANCEIRO

Conforme o art. 586 do Código Civil, mútuo é o contrato por meio do qual uma parte transfere coisa fungível à outra parte, que se obriga a restituí-la com coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade:

Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Diferentemente do que ocorre no comodato, na hipótese do mútuo há efetiva transferência de propriedade⁷⁸, do que decorre que o mutuante deve necessariamente ser dono da coisa mutuada. Outra diferença que podemos apontar é o fato de que o comodato tem como objeto bens infungíveis, ao passo que o mútuo dispõe acerca de bens fungíveis.

Ao elencar como objeto do contrato de mútuo os “bens fungíveis”, o Código Civil abarca inúmeras outras coisas que não apenas dinheiro propriamente dito. Assim sendo, podemos exemplificar: metais preciosos, cereais, dinheiro, café e, dentre outros, também os valores mobiliários.

6.1 Juros nos Contratos de Mútuo

Em 1933, a Lei da Usura (Decreto 22.626/33) definiu como ilegal a cobrança de juros que coloquem em risco o patrimônio pessoal do devedor e a cobrança de juros sobre juros, além de limitar a taxa dos juros contratuais a 12% ao ano⁷⁹, na época o equivalente a duas vezes a taxa SELIC.

A taxa SELIC é a taxa de financiamento no mercado interbancário para operações de um dia, ou overnight, que possuem lastro em títulos públicos federais, títulos estes que são listados e negociados no Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC).

Em outras palavras, esta taxa é usada para operações de curtíssimo prazo entre os bancos, que, quando querem tomar recursos emprestados de outros bancos por um dia, oferecem títulos públicos como lastro, visando reduzir o risco, e, conseqüentemente, a remuneração da transação.

Esta taxa não é fixa e varia praticamente todos os dias, mas dentro de um intervalo muito pequeno, já que, na grande maioria das vezes, ela tende a se aproximar da meta da SELIC, que é determinada mensalmente pelo Copom.

A imposição de uma taxa de juros máxima causou um atrofiamento do sistema de créditos no Brasil. As instituições financeiras não possuíam incentivos para conceder empréstimos a uma taxa de juros que não remunerasse o risco desse empréstimo. Por esse motivo, o STF, por meio da Súmula nº 596 de 1976, entendeu:

⁷⁸ Código Civil. “Art. 587. Este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição.”

⁷⁹ De acordo com o caput do Art. 4º da Lei nº 1.521 de 1951, “constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito; b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida”.

STF Súmula nº 596 — As disposições do Decreto 22.626 de 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 nacional⁸⁰.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 elencou, em sua redação original do artigo 192, §3º, que a cobrança de juros estaria limitada ao “juro real” de 12%, inclusive para instituições do sistema financeiro, em uma tentativa de criar um teto para os juros cobrados pelas instituições financeiras. Como não havia definição do que seria “juro real”, a doutrina entendeu que tal disposição constitucional não seria autoaplicável, entendimento posteriormente adotado pelo STF.

Com a Emenda Constitucional nº 40 de 2003, tal dispositivo foi revogado, de forma que, atualmente, não existe qualquer limitação constitucional às taxas de juros. No entanto, isto não significa que as instituições financeiras contem com liberdade total para estipulá-los. Neste sentido, elencou o STJ na Súmula nº 379 de 2009:

STJ Súmula nº 379 — Nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês.

A referida súmula segue o entendimento, dentro da linha da segurança de apuração dos juros remuneratórios legais, de que é prudente a aplicação do §1º do artigo 161 do Código Tributário Nacional, em detrimento da menos defendida taxa SELIC.

Por fim, entendeu o STJ em 2004:

STJ Súmula nº 283 — As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura.

De forma resumida:

- 1933 — Lei da Usura: Limitação de juros contratuais a 12%.
- 1976 — STF, S. 596: A limitação de 12% não se aplica a instituições que integram o sistema financeiro nacional (incluem-se instituições financeiras).
- 1988 — CF/88, art. 192, §3º: Limitação da cobrança de juros no limite do “juros real” de 12% (geral). >> Nunca foi plenamente aplicado. <<
 - o Doutrina + STF: Cláusula não autoaplicável, posto que não há definição de “juros real”.

⁸⁰ Segundo este entendimento, O Ministro Aldir Passarinho Júnior esclarece que nos contratos de mútuo com instituições financeiras: “a pactuação [dos juros] é livre entre as partes, somente se podendo falar em taxa abusiva se constatado oportunamente por prova robusta que outras instituições financeiras, nas mesmas condições, praticariam percentuais muito inferiores” (REsp 915.572/RS, Quarta Turma, DJe 10.03.2008).



- 2003 — EC nº 40: Revogação do art. 192, §3º da CF/88 (Inexistência de limitação constitucional a taxas de juros).
- 2004 — STJ, S. 283: Exclusão da incidência da Lei da Usura a empresas administradoras de cartão de crédito, por equiparação destas a instituições financeiras (ou seja, ausência da limitação de 12% prevista na Lei da Usura).
- 2009 — STJ, S. 379: Limitação dos juros moratórios. Tomou por base o elencado no Código Civil e no CTN, nos seus artigos 403 e 161 respectivamente: (A ausência de limitação constitucional e a não incidência da Lei da Usura não significa permissividade absoluta dos agentes financeiros)

CC/02, Art. 406 — Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

CTN, Art. 161 — O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

7. OPERAÇÕES DE FINANCIAMENTO INDUSTRIAL, IMOBILIÁRIO E AGRÍCOLA

7.1 Operações de Financiamento Industrial:

O financiamento industrial é concedido por instituições financeiras à pessoa física ou jurídica que se dedique à atividade industrial. Este poderá efetuar-se por meio da cédula de crédito industrial.

O emitente da cédula de crédito industrial fica obrigado a aplicar o financiamento nos fins ajustados, devendo comprovar essa aplicação no prazo e na forma exigidos pela instituição financiadora.

7.1.1 Características da Cédula de Crédito Industrial:

- i. Promessa de pagamento em dinheiro;
- ii. Possui garantia real, cedularmente constituída;



- iii. Título líquido e certo; e
- iv. Exigível pela soma constante na cédula ou do endosso, além dos juros, da comissão de fiscalização, se houver, e demais despesas que o credor fizer para segurança, regularidade e realização de seu direito creditório.

Se o emitente houver deixado de levantar qualquer parcela do crédito deferido, ou tiver feito pagamentos parciais, o credor irá descontá-los da soma declarada na cédula, tornando-se exigível apenas o saldo.

Não constando do endosso o valor pelo qual se transfere a cédula, prevalecerá o da soma declarada no título, acrescido dos acessórios, deduzido o valor das quitações parciais passadas no próprio título.

7.2 Operações de Financiamento Imobiliário:

Criado pela Lei n° 9.514, de 20 de novembro de 1997, o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI) é um conjunto de normas legais que visam à regulamentação da participação:

- (i) das instituições financeiras (i.e. caixas econômicas, bancos comerciais, bancos de investimento, bancos com carteira de crédito imobiliário, sociedades de crédito imobiliário, associações de poupança e empréstimo e companhias hipotecárias); e
- (ii) das instituições não-financeiras (i.e. companhias securitizadoras) na realização de operações de financiamento de imóveis, sendo estes residenciais e/ou comerciais, com a efetiva garantia de retorno do capital empenhado.

Tais operações de financiamento são possíveis através da securitização. A securitização é a operação pela qual os créditos imobiliários, adquiridos no mercado primário, junto às entidades financiadoras de imóveis, são expressamente vinculados à emissão de uma série de Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI's). A securitização é formalizada mediante a lavratura, por uma companhia securitizadora, de um “termo de securitização”. A operação se conclui com a venda do CRI aos investidores.

Os recebíveis imobiliários são caracterizados como créditos imobiliários das entidades financiadoras, junto a pessoas físicas e jurídicas, mutuárias dos empréstimos que lhes tenham sido conferidos para obtenção ou produção de imóveis.

As Letras de Crédito Imobiliário (“LCI”) são atualmente o principal título de lastro imobiliário utilizado para captação de recursos pelas instituições financeiras autorizadas a emití-lo. O título, que deve ser lastrado por créditos imobiliários garantidos por alienação fiduciária ou hipoteca, passou a



predominar quase que na totalidade do mercado de Letras Imobiliárias, sobrepunhando inteiramente as Letras Hipotecárias, este último tem tendência de desaparecimento.

7.3 Operações de Financiamento Agrícola:

Os financiamentos rurais efetuados por meio das células de crédito rural são concedidos por agentes que compõem o Sistema Nacional de Crédito Rural (SNCR) e disciplinados pelo Decreto-lei 167/67. O crédito rural abarca financiamentos destinados a custeio, investimento ou comercialização.⁸¹ As cédulas de crédito rural constituem promessas de pagamento, podendo ter ou não garantia real cedularmente constituída. São títulos de crédito rural⁸²:

- (i) Cédula Rural Pignoratícia (CRP), a qual possui garantia real de penhor;
- (ii) Cédula Rural Hipotecária (CRH), a qual possui garantia real de hipoteca;
- (iii) Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária (CRPH), a qual possui garantias reais de penhor e hipoteca;
- (iv) Nota de Crédito Rural (NCR), a qual não possui garantia real;
- (v) Cédula de Crédito Bancário (CCB), a qual pode ter ou não garantia real ou fidejussória.

As cédulas de crédito rurais são títulos líquidos, certos e exigíveis, pela soma dela constante ou endosso, bem como do juros, da comissão de fiscalização, caso houver, e demais despesas que o credor fizer para segurança, regularidade e realização de seu direito creditório, nos termos do artigo 10 do Decreto-Lei nº 167.

São ainda títulos de crédito rurais: a Nota Promissória Rural⁸³ e a Duplicata Rural⁸⁴.

LEITURA COMPLEMENTAR

1. Contratos de empréstimos e financiamentos⁸⁵

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo analisar os contratos de empréstimos e financiamentos em todos os seus aspectos, pois desempenham um papel crucial no mercado financeiro, servindo de instrumento para o fluxo de recursos. Na primeira parte traçamos um panorama dos contratos de emprés-

⁸¹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. FAQ — Crédito Rural. Disponível em: < <http://www.bcb.gov.br/?RED-CREDITORURRALFAQ> >.

⁸² BANCO CENTRAL DO BRASIL. Manual de Crédito Rural (MRC). Disponível em: < <http://www3.bcb.gov.br/mcr/> >.

⁸³ Decreto-Lei nº 167. "Art 42. Nas vendas a prazo de bens de natureza agrícola, extrativa ou pastoril, quando efetuadas diretamente por produtores rurais ou por suas cooperativas; nos recebimentos, pelas cooperativas, de produtos da mesma natureza entregues pelos seus cooperados, e nas entregas de bens de produção ou de consumo, feitas pelas cooperativas aos seus associados poderá ser utilizada, como título de crédito, a nota promissória rural, nos termos deste Decreto-lei.

Parágrafo único. A nota promissória rural emitida pelas cooperativas a favor de seus cooperados, ao receberem produtos entregues por estes, constitui promessa de pagamento representativa de adiantamento por conta do preço dos produtos recebidos para venda."

⁸⁴ Decreto-Lei nº 167. Art 46. Nas vendas a prazo de quaisquer bens de natureza agrícola, extrativa ou pastoril, quando efetuadas diretamente por produtores rurais ou por suas cooperativas, poderá ser utilizada também, como título do crédito, a duplicata rural, nos termos deste Decreto-lei.

⁸⁵ Texto de autoria de *Maria Eduarda Granito de Medeiros* apresentado como trabalho de conclusão da disciplina de Contratos Empresariais em 2014.2.

timo, que se subdividem em duas principais espécies: o mútuo e o comodato. Em seguida, analisamos o contrato de financiamento, suas especificidades e suas diferenças em relação ao contrato de empréstimo. Por último, trazemos um quadro comparativo com as principais cláusulas que devem constar em cada um desses dois contratos.

1. Empréstimo

O contrato de empréstimo é o gênero que comporta duas espécies: (i) o comodato e (ii) o mútuo.

1.1 Comodato

Segundo o disposto no artigo 579 do Código Civil, o comodato é “o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis”, isto é, é o contrato por meio do qual o comodante entrega ao comodatário a coisa para que a utilize e depois o restitua⁸⁶. O comodato pode ser classificado como:

- A. **Contrato unilateral:** gera obrigações apenas para o comodatário⁸⁷;
- B. **Gratuito:** apenas o comodatário auferir vantagem econômica;
- C. **Real:** se aperfeiçoa com a entrega da coisa, conforme o disposto na parte final do artigo 579 do CC;
- D. **Temporário:** é essencialmente concluído por um tempo determinado, caso contrário estaríamos diante de uma doação e não um contrato de comodato;
- E. **Não solene:** a lei não impõe aos contratantes uma forma específica de celebração do contrato;

A principal obrigação do comodatário é a de conservar a coisa, não podendo usá-la senão de acordo com o contrato ou a natureza dela, conforme determina o artigo 582 do CC. Além disso, deve restituir o comodante no prazo ajustado, ou caso não haja prazo determinado, quando se esgotar o tempo necessário que preencha a finalidade para a qual o contrato foi celebrado⁸⁸.

1.2 Mútuo

Diferentemente do contrato de comodato, o mútuo se caracteriza por ser o empréstimo de coisas fungíveis (art. 586 do CC), pelo qual o mutuante transfere ao mutuário uma coisa fungível, obrigando-se este a restituir-lhe a coisa do mesmo gênero, quantidade e qualidade⁸⁹. O mútuo pode ser classificado como:

- A. **Contrato unilateral:** gera obrigações apenas para o mutuário;
- B. **Gratuito:** o mutuante não recebe uma contraprestação do mutuário. No entanto, converte-se em oneroso caso haja a contraprestação, como, por exemplo, o pagamento de juros nos empréstimos em dinheiro;

⁸⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. III, 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012. pp. 311.

⁸⁷ Aqui cabe refletir que a doutrina entende que eventualmente podem surgir obrigações para o comodante, como, por exemplo, despesas extraordinárias e urgentes ou prejuízos sofridos pelo comodatário em decorrência de vícios da coisa que deverão ser ressarcidos pelo comodante. Daí o porquê de alguns autores entenderem que se trata de um contrato bilateral imperfeito.

⁸⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. III, 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012. pp. 315.

⁸⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. III, 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012. pp. 316.



- C. **Real**: se aperfeiçoa com a entrega da coisa;
- D. **Temporário**: é essencialmente concluído por um tempo determinado, caso contrário estaríamos diante de uma doação e não um contrato de mútuo;
- E. **Translatício de domínio**: opera para o mutuário a transferência da propriedade da coisa emprestada⁹⁰;

A principal obrigação do mutuário é o de restituir a coisa no mesmo gênero, quantidade e qualidade.

Cabe ressaltar que, segundo o disposto no art. 591 do CC, destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros e, foi justamente em relação aos contratos de mútuo que se desenvolveu o comércio bancário.

1.3 Empréstimo Bancário

Segundo a orientação do Banco Central, o empréstimo bancário é um contrato entre o cliente e a instituição financeira pelo qual ele recebe uma quantia que deverá ser devolvida ao banco em um prazo determinado, acrescida dos juros acertados⁹¹. Para estabelecer o limite do empréstimo, a instituição financeira dá início a um processo conhecido como “análise de crédito” em que se avaliam os dados e o perfil do cliente. Os tipos mais comuns de empréstimos são os consignados (em que o desconto das parcelas é feito diretamente na folha de pagamento) e os empréstimos com desconto em conta corrente⁹².

2. Financiamento

Do mesmo modo que o empréstimo bancário, o financiamento também é um contrato entre o cliente e a instituição financeira, entretanto, exige uma destinação específica dos recursos tomados, como, por exemplo, a aquisição de veículo ou de bem imóvel⁹³, enquanto nos contratos de empréstimo não há essa obrigatoriedade de especificar a finalidade para o qual os recursos serão utilizados. Geralmente o financiamento possui algum tipo de garantia, como, por exemplo, alienação fiduciária ou hipoteca.

O financiamento pode vir articulado com outras operações. A mais habitual é a abertura de crédito.

Além disso, há situações em que o banco financiador representa o financiado junto aos seus devedores, por meio de um mandato, cobrando uma determinada taxa a título de execução do mandato⁹⁴.

As taxas de juros dos financiamentos costumam ser menores que as dos empréstimos, em razão do grau de risco para a instituição, pois quando é feito um financiamento, o bem em questão fica vinculado ao contrato servindo de garantia para o banco, ou seja, o devedor fica inadimplente e deixar de pagar as parcelas, conforme ajustado no contrato, a instituição fica com o

⁹⁰ Segundo defende Caio Mário (pp. 317), o mútuo não pode ser considerado como contrato de alienação, como a doação ou a compra e venda, pois o efeito translativo não é o seu fim principal, mas o meio de efetivação.

⁹¹ Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?EMPRESTIMOEFINANCIAMENTOF AQ>. Acesso em: 08.11.2014

⁹² Disponível em: <http://bancodeaaz.wordpress.com/2012/03/17/emprestimo-x-financiamento-x-leasing/>. Acesso em 09.11.2014.

⁹³ Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?EMPRESTIMOEFINANCIAMENTOF AQ>. Acesso em: 08.11.2014

⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. III, 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012. pp. 500.

bem e utiliza o valor do mesmo para reduzir o prejuízo. Entretanto, o mesmo não ocorre com os empréstimos, pois não têm nenhum bem vinculado ao contrato, e, justamente por esse motivo que as taxas dos empréstimos costumam ser mais altas que as dos financiamentos⁹⁵.

3. Empréstimo vs. Financiamento

Para ilustrar as semelhanças e diferenças de cada um desses contratos que tratamos acima, segue abaixo, uma tabela com as principais cláusulas que devem constar em um contrato de empréstimo bancário e em um contrato de financiamento.

CONTRATO DE EMPRÉSTIMO (OU MÚTUO FINANCEIRO)	CONTRATO DE FINANCIAMENTO
<p>1. Identificação do mutuante e do mutuário; 2. Objeto e valor do contrato: "Cláusula 1ª. O presente contrato tem como objeto, a transferência da importância de R\$(xxx), do MUTUANTE direta e pessoalmente ao MUTUÁRIO.</p> <p>3. Disponibilidade do crédito: "Cláusula 2ª. O MUTUÁRIO declara-se ciente de que a liberação do crédito solicitada fica condicionada a: sua capacidade de pagamento, a inexistência de dívidas com a (instituição financeira) ou de litígio decorrente de inadimplência".</p> <p>3. Deveres do mutuário: "Cláusula 3ª. O MUTUÁRIO, assinando o presente contrato, nesta data, se obriga a pagar o valor tomado em empréstimo em xxx prestações mensais de R\$(xxx), acrescidas dos consectários ajustados. A primeira parcela vencerá no dia xxx de xxx do presente ano e as restantes no mesmo dia dos meses subsequentes".</p> <p>4. Correção monetária e juros: "Cláusula 4ª. O valor transferido a título de mútuo será corrigido monetariamente e sofrerá a incidência de juros. A correção terá como base o índice xxx. Sobre o valor atualizado incidirá juros compensatórios, no importe de xxx ao mês. O valor da parcela e consectários serão devidamente calculados à época da efetivação de cada pagamento".</p> <p style="text-align: right;">(continua)</p>	<p>1. Identificação do financiado e da instituição financiadora; 2. Natureza, valor e finalidade do contrato: "Cláusula 1ª. O (instituição financeira) abre ao BENEFICIÁRIO, por este contrato, um crédito no valor de R\$(xxx). O crédito ora aberto é destinado a (finalidade específica)";</p> <p>3. Disponibilidade do crédito: "Cláusula 2ª. O crédito será posto a disposição do BENEFICIÁRIO, parcelada ou integralmente depois de cumpridas as condições de liberação estipuladas na cláusula xxx. O total do crédito deve ser utilizado pelo BENEFICIÁRIO até xxx, sem prejuízo de poder a (instituição financeira), antes ou depois do termo final desse prazo, ao abrigo das garantias constituídas nesse contrato, estender o referido prazo, mediante expressa autorização".</p> <p>4. Juros "Cláusula 3ª. Sobre o principal da dívida do BENEFICIÁRIO incidirão juros de xxx ao ano (a título de remuneração)".</p> <p>5. Amortização: "Cláusula 5ª. O principal da dívida deste contrato deverá ser pago em prestação única, no valor do principal vincendo da dívida, vencendo-se no dia xxx."</p> <p style="text-align: right;">(continua)</p>

⁹⁵ Disponível em: <http://bancodeaaz.wordpress.com/2012/03/17/emprestimo-x-financiamento-x-leasing/>. Acesso em 09.11.2014.



CONTRATO DE EMPRÉSTIMO (OU MÚTUO FINANCEIRO)	CONTRATO DE FINANCIAMENTO
<p>5. Inadimplemento: “Cláusula 5ª. O pagamento deverá ocorrer até o vencimento de cada parcela sob pena de multa de xxx incidente sobre a parcela em atraso e juros moratórios de xxx ao mês, calculados até a data do efetivo pagamento. Fica facultado ao MUTUANTE tomar todas as medidas, sejam judiciais ou extrajudiciais para satisfazer o crédito, sendo que todas as despesas, incluindo honorários advocatícios, serão de responsabilidade do MUTUÁRIO”.</p> <p>6. Vencimento antecipado: “Cláusula 6ª. Fica o mutuante autorizado a considerar antecipadamente vencido este contrato e exigível o pagamento da dívida e encargos na data do vencimento antecipado, mediante aviso com xxx dias de antecedência, se: a) houver atraso no pagamento; b) não cumprir qualquer das obrigações; c) houver medida ou evento que afete os direitos creditórios da instituição financeira”;</p> <p>7. Foro: “Cláusula 7ª. Fica eleito o Foro da Comarca do local da celebração deste contrato, podendo a parte que promover a ação optar pelo foro do meu domicílio”.</p>	<p>6. Inadimplemento: “Cláusula 6ª. Na ocorrência de inadimplemento das obrigações assumidas pelo BENEFICIÁRIO, fica a (instituição financeira) autorizado a tomar todas as medidas, sejam judiciais ou extrajudiciais para satisfazer o crédito, ficando o BENEFICIÁRIO obrigado a pagar uma multa de 10%, além de despesas judiciais e extrajudiciais e honorários advocatícios”.</p> <p>7. Vencimento antecipado: “Cláusula 7ª. A (instituição financeira) poderá declarar o vencimento antecipado deste Contrato, com a exigibilidade da dívida e imediata sustação de qualquer desembolso, se forem comprovados que: a. Alteração da finalidade ou do escopo do (projeto, por exemplo, que está sendo financiado), sem a prévia anuência da instituição financeira; b. A existência de ato definitivo de autoridade administrativa ou judiciária que impeça a conclusão do projeto; c. O descumprimento de quaisquer das obrigações presentes no Contrato.”</p> <p>8. Garantia: “Cláusula 8ª. O BENEFICIÁRIO compromete-se a apresentar (xxx fiança, por exemplo), devendo os fiadores obrigarem-se na qualidade de principais pagadores das obrigações decorrentes desse contrato, estabelecendo que qualquer alteração no prazo ou no valor da fiança depende sempre de anuência prévia dos fiadores”.</p> <p>9. Foro: “Cláusula 9ª. Fica eleito o foro de xxx para dirimir litígios decorrentes deste contrato”.</p>

* * *



IX. DERIVATIVOS — CONTRATOS NO MERCADO FUTURO, OPÇÕES, SWAPS E A TERMO

A) BIBLIOGRAFIA SUGERIDA

BÁSICA

ASSAF NETO, Alexandre. Mercado Financeiro. São Paulo: Atlas, 2012. 11ª Edição. Págs. 310 a 323.

COMPLEMENTAR

BESSADA, Octavio; BARBEDO, Claudio; ARAÚJO, Gustavo. Mercado de derivativos no Brasil: conceitos, operações e estratégias. Rio de Janeiro: Record, 2009. 3ª Edição. Págs. 19 a 26.

B) ROTEIRO DE AULA

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Antes de analisarmos os contratos de derivativos em espécie, é importante entendermos, resumidamente, o que são derivativos, quais são os principais agentes econômicos atuantes neste mercado e os benefícios deles para o mercado, de forma que tenhamos uma visão mais completa ao analisarmos cada um dos contratos deste capítulo detalhadamente.

Derivativos são ativos (financeiros ou não) que se baseiam — origem, valor e dependência — em outros ativos (ativos-subjacente ou ativo-objeto). Os derivativos podem ser financeiros, tais como sobre taxa de juros, moeda e índices de bolsa ou não financeiros, como sobre ativos agropecuários (i.e. soja, milho, algodão, boi gordo, etc.).

Por meio deste mercado, os seus participantes apostam/especulam os preços dos ativos no futuro, assumindo compromissos (ou opções) de pagamento ou entrega de mercadorias no futuro, conforme o caso. Importante destacar que os ativos objetos devem ter seus preços estabelecidos pelas forças do mercado (lei da oferta e da procura), não podendo recair sobre ativos com preços regulados pelo Estado.

As operações envolvendo derivativos são, atualmente, negociadas na Bolsa de Mercadorias e Futuros Bovespa (“BM&F”), e podem ser realizadas me-



diantes contratos nos mercados futuros, a termo, de opções e de *swaps*, apresentando este instrumento jurídico, dentre outras vantagens:

- (i) proteção contra variações abruptas nos preços dos ativos negociados (*hedge*);
- (ii) gera maior liquidez no mercado físico;
- (iii) realização de operações/negócios com menor volume de capital.

Os principais contratos negociados na BM&F atualmente são:

- (i) Contratos Futuros: instrumento contratual no qual as partes obrigam-se a realizar a compra e venda de determinado ativo em certa data futura por um preço pré-ajustado. Há um ajuste diário⁹⁶ nas posições tomadas (do comprador e do vendedor) conforme a variação do preço do “ativo-subjacente” e o preço pré-ajustado. Nestes contratos, a maior parte dos elementos contratuais como volume, preço, data de vencimento, etc. são padronizados, facilitando sua negociação no mercado secundário;
- (ii) Contrato de Opções: mediante o pagamento de um prêmio, o detentor de uma opção de compra tem o direito de adquirir ou vender, em determinada data futura, determinado ativo por um preço preestabelecido;
- (ii) Contratos de Swap: são contratos que prevêm, em regra, a troca do índice de referência para determinado ativo-subjacente por outro. Ou seja, se determinado ativo-subjacente está vinculado a uma taxa de juros pós-fixada pode-se firmar um contrato de *swap* para alterar a taxa de juros, prefixando-a.
- (iv) Contratos a Termo: instrumento contratual que permite a compra e venda de determinado ativo com volume e preço em data futura pré-determinada. Esta espécie de contrato diferencia-se dos Contratos Futuros na medida em que (a) não contam com ajustes diários nas posições tomadas e (b) os termos e condições são estabelecidos contratualmente.

2. PARTICIPANTES DO MERCADO DE DERIVATIVOS

Em regra, os participantes do mercado de derivativos são: (i) *hedger*; (ii) especulador; e (iii) arbitrador. Pode-se resumir as características destes participantes da seguinte forma:

- (i) Hedger: são agentes econômicos que visam a salvar-se dos riscos oriundos de flutuações adversas nos ativos-subjacentes (commodities, taxa de juros, ações, moeda, etc.). Em resumo, estes agen-

⁹⁶ Conforme Barbedo, ajuste diário “é o mecanismo de liquidação dos contratos futuros entre os participantes do mercado. Mediante o ajuste diário, as posições mantidas pelos clientes são acertadas financeiramente ao final de todo dia (...). Se os preços sobem, os que possuem posições vendidas pagam suas perdas e os compradores recebem seus ganhos, sempre em D+1 (no dia seguinte)”. BESSADA, Octavio; BARBEDO, Claudio; ARAÚJO, Gustavo. Mercado de derivativos no Brasil: conceitos, operações e estratégias. Rio de Janeiro: Record, 2009. 3ª Edição. p. 30.

- tes tomam uma posição contrária no mercado futuro em relação à sua posição no mercado à vista, buscando minimizar os riscos em caso de uma eventual alteração no valor dos ativos subjacentes.
- (ii) Especulador: são pessoas físicas ou jurídicas que objetivam auferir ganhos econômicos decorrentes de variações nos preços dos ativos-subjacentes. De forma a obter o maior ganho econômico possível, estes agentes econômicos dispendem tempo e recursos para obter, analisar e prever os preços dos ativos-subjacentes. Importante notar a sua função essencial nos mercados futuros, visto que são eles que assumem a posição contrária ao *hedgers*.
- (iii) Arbitrador: são agentes econômicos que, visualizando uma diferença entre os ativos transacionados em mercados diferentes (ex. mercado futuro x mercado à vista ou mercado nacional x mercado estrangeiro), utilizam-se desta discrepância para auferir resultados positivos. Os arbitadores “operam simultaneamente em mais de um mercado para travar um lucro e terminam por alinhar novamente os preços que, momentaneamente, ficaram desalinhados.”⁹⁷

3. CONTRATOS FUTUROS

Os contratos futuros são instrumentos jurídicos pelos quais uma parte obriga-se a vender determinado ativo enquanto a outra se obriga a comprá-lo em determinada data por um preço previamente ajustado.

Nesta modalidade contratual, visto que o preço é acordado previamente, a parte vendedora possui expectativa de queda do preço do ativo-subjacente no mercado. De outro lado, o comprador possui expectativa de alta no preço do ativo-subjacente no mercado. A depender da queda ou do aumento no valor dos ativos, o lucro será auferido pelo vendedor ou pelo comprador, respectivamente.

De forma a facilitar o entendimento, Alexandre Assaf Neto exemplifica este contrato da seguinte forma:

“Observe, nesse exemplo simplificado, que há um compromisso de compra e venda no futuro da ação por preço estabelecido pelas partes, denominado de preço futuro. Em verdade, o investidor da ação aposta na elevação de sua cotação por um preço acordado previamente. O vendedor, por outro lado, acredita na possibilidade de compra da ação no futuro a um preço inferior, o que permitiria realizar um lucro”.

Em regra geral, podemos definir os contratos futuros como contratos bilaterais, consensuais, onerosos, não solenes, aleatórios e atípicos, (apesar de

⁹⁷ BESSADA, Octavio; BARBEDO, Cláudio; ARAÚJO, Gustavo. Mercado de derivativos no Brasil: conceitos, operações e estratégias. Rio de Janeiro: Record, 2009. 3ª Edição, p.26.

serem padronizados pelas bolsas de valores, no tocante ao ativo, volume, data de vencimento), o que facilita a negociação destes contratos entre os investidores, fomentando sua liquidez.

Uma vez formalizado o contrato futuro, as partes não se relacionam mais entre si, visto que, a partir dali a câmara de compensação da bolsa assume o “controle” sobre a aposta, realizando os ajustes diários necessários, bem como verificando a suficiência das margens de garantia existentes.⁹⁸

Entretanto, a maior parte dos contratos futuros não são liquidados pela entrega efetiva dos ativos-subjacentes, já que, (i) a posição pode ser zerada mediante a compra no mercado da posição originalmente assumida; ou (ii) a posição contratual poderá ser alienada no mercado secundário.

3.1. Modelo de Contrato Futuro

4. CONTRATOS DE OPÇÃO

Em regra geral, os contratos de opção garantem ao titular (comprador) o direito, mediante o pagamento de um prêmio ao lançador (vendedor), a seu exclusivo critério, de comprar ou vender determinados ativos por um preço pré-estabelecido durante a vigência do contrato (*opção americana*) ou em determinada data futura (*opção europeia*).

Os contratos de opção podem ser divididos em: (i) opções de compra (*calls*) ou (ii) opções de venda (*puts*), que podem ser resumidamente descritos da seguinte forma:

- (i) Opções de Compra: o titular (comprador) deste contrato possui o direito de adquirir e o lançador (vendedor) da opção tem a obrigação de vender certo ativo por um preço predeterminado em determinada data ou até a vigência do contrato.
- (ii) Opções de Venda: o titular (comprador) possui o direito de vender e o lançador (vendedor) da opção tem a obrigação de comprar determinado ativo por um preço predeterminado em determinada data ou até a vigência do contrato.

Diferentemente dos contratos futuros, no contrato de opção o comprador da opção possui o direito, mas não a obrigação de comprar ou vender, conforme o caso, determinado ativo nos termos e condições estabelecidos no contrato. De outro lado, o lançador da opção tem a obrigação de vender ou comprar o ativo objeto do contrato.

⁹⁸ Os participantes do mercado de futuros, que estão em posição em aberto na bolsa de valores, são obrigados a depositar margem de garantia, primeiramente em dinheiro (ou, conforme o caso, outros ativos aceitos na bolsa como ações, ouro, CDBs, títulos públicos ou através de uma carta fiança).



Em contrapartida ao direito de exercer ou a compra ou a venda de determinado ativo nas condições estabelecidas no contrato, o titular da opção deverá pagar ao vendedor da opção um prêmio. O valor do prêmio será determinado pelas condições de mercado, isto é, de acordo com as forças da oferta e da demanda. Sendo certo que o valor pago a título de prêmio não será devolvido ao titular da opção caso esta não seja exercida.

O exercício da opção estará diretamente relacionado com o preço do ativo objeto da opção. Se na data do exercício, ou durante a vigência do contrato de opção de compra o preço do ativo for superior ao valor estabelecido no contrato, terá o titular o incentivo de exercer seu direito. Por outro lado, caso o preço no mercado esteja abaixo do valor contratualmente estabelecido, o titular do contrato provavelmente não exercerá seu direito.

Caso a opção recaia sobre a venda de determinado ativo, o exercício da opção de compra será visualizado quando o valor do ativo no mercado seja menor do valor contratualmente determinado.

Portanto, outra importante diferença entre esta espécie contratual e os contratos futuros encontra-se quanto aos eventuais prejuízos que o titular da opção pode sofrer. Diferente dos contratos futuros, os prejuízos do titular da opção estão limitados ao prêmio decorrente da opção, visto o direito de exercê-la ou não. Todavia, de outro lado, o lançador da opção, como nos contratos futuros, pode sofrer perdas ilimitadas.

4.1. Modelo de Contrato de Opção

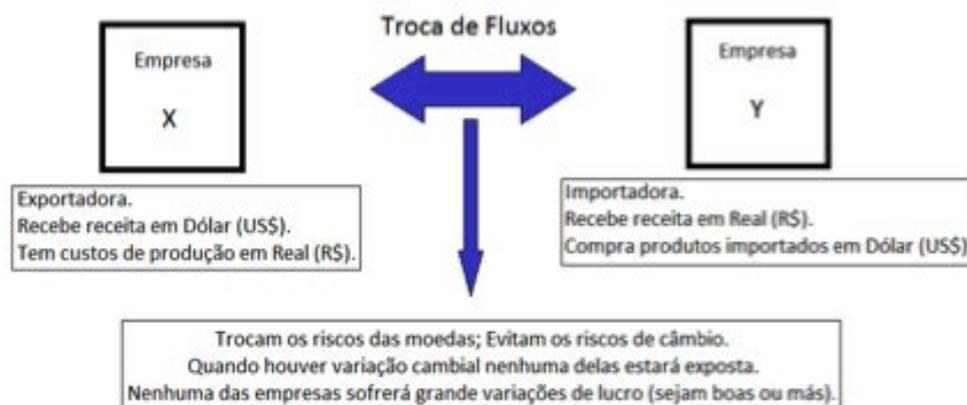
5. CONTRATOS DE SWAP

Os Contratos de *Swap* representam uma troca de riscos entre duas partes, permitindo a substituição de uma taxa variável por uma taxa fixa e vice-versa. Tais contratos são mais comumente celebrados envolvendo taxas de juros, moedas e *commodities*. Uma vez que buscam a diminuição de riscos, são majoritariamente celebrados por empresas, bancos e instituições de investimento.

Alexandre Assaf define os contratos de *swap* como:

“Os swaps são acordos estabelecidos entre duas partes visando a uma troca de fluxos de caixa futuros por um certo período de tempo, obedecendo a uma metodologia de cálculo previamente definida.”

Para melhor entendermos como funcionam os acordos de *swaps*, podemos ilustrar o seguinte exemplo:



5.1. Modelo de Contrato de Swap

6. CONTRATOS A TERMO

Assim como os contratos futuros, os contratos a termo envolvem a compra e venda de determinado ativo em determinada data futura por um preço previamente ajustado. Todavia, estes contratos apresentam diferenças importantes que, a depender dos interesses e condições das partes podem ser mais apropriados.

Diferente do contrato futuro no qual os termos e condições já se encontram previamente estabelecidos, os contratos a termo podem, em regra, ter os termos e condições livremente estabelecidos pelas partes. Desta forma, as partes contratantes não terão de seguir as cláusulas contratuais determinadas pelas bolsas de valores.

Outra importante distinção em relação aos contratos futuros, é que nos contratos a termo não há ajustes diários⁹⁹, visto que a entrega do ativo-subjacente ocorre na data acordada. Nas palavras de Alexandre Assaf:

“Ao contrário também do contrato futuro, em que os valores são ajustados diariamente, as operações a termo não sofrem ajustes periódicos a valores de mercado, considerando que a entrega final do ativo-objeto (liquidação do contrato) se dará numa única data futura acordada. É bastante raro uma liquidação antecipada de contrato a termo. Os contratos futuros encerram-se geralmente antes do vencimento, necessitando, em consequência, de ajustes diários a valores de mercado”¹⁰⁰.

⁹⁹ Todavia, importante destacar que nesta modalidade contratual os depósitos de margens ainda continuam sendo devidos, sendo de responsabilidade da Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia (CBLC) a garantia, fiscalização e controle das transações envolvendo operações a termo.

¹⁰⁰ ASSAF NETO, Alexandre. Mercado Financeiro. São Paulo: Atlas, 2012. 11ª Edição. p. 333.



Se de um lado a não padronização acaba por facilitar o ajuste contratual entre duas partes, de forma que elas consigam contratar de acordo com as suas necessidades, de outro lado, a não padronização destes contratos traz algumas limitações. Bessada, Barbedo e Araújo citam as seguintes limitações dos contratos a termo:

- (i) Inexistência de mercado secundário onde este contrato possa ser negociado;
- (ii) Dificuldade em localizar compradores e vendedores com posições contrárias idênticas;
- (iii) Risco de insolvência de uma das partes.

Resumindo, os contratos a termo podem ser descritos como promessas de compra e venda de determinado ativo em uma data pré-determinada por um preço já ajustado. Os termos e condições destes contratos podem ser estabelecidos pelas partes, que se obrigam a entregar e pagar o preço dos ativos na data de vencimento.

6.1 Modelo de Contrato a Termo

7. CONTRATOS DE UNDERWRITING OU CONTRATOS DE GARANTIA DE COLOCAÇÃO

Como já estudado em disciplinas anteriores, uma das principais formas de as sociedades se capitalizarem é mediante a abertura de seu capital, com a conversão do modelo societário em S.A. (Sociedade Anônima) e com a realização de OPA (Oferta Pública de Ações). A Lei 6.385 de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e que criou a CVM, elenca em seu art. 19:

Art. 19. Nenhuma emissão pública de valores mobiliários será distribuída no mercado sem prévio registro na Comissão.

Já a Instrução CVM nº 400, em seu art. 3º, §2º, dispõe que:

Art. 3º São atos de distribuição pública a venda, promessa de venda, oferta à venda ou subscrição, assim como a aceitação de pedido de venda ou subscrição de valores mobiliários, de que conste qualquer um dos seguintes elementos:

(...)



§ 2º A distribuição pública de valores mobiliários somente pode ser efetuada com intermediação das instituições integrantes do sistema de distribuição de valores mobiliários (“Instituições Intermediárias”), ressalvadas as hipóteses de dispensa específica deste requisito, concedidas nos termos do art. 4º.

Sendo assim, para que uma sociedade realize a emissão pública de seus valores mobiliários, deve obter prévia autorização da CVM e, paralelamente, contar com a intermediação de uma instituição financeira. A ausência de tal instituição configura infração grave, conforme o art. 59 da Instrução nº 400/03 da CVM¹⁰¹.

Visto isso, torna-se fácil compreender o que são os Contratos de *Underwriting*: São negócios jurídicos para a intermediação de instituições financeiras na captação de recursos para as companhias.

7.1 Riscos

Existem alguns riscos inerentes ao processo de emissão de papéis de determinada companhia. São eles:

- (i) Risco de Espera: Se refere ao decurso de tempo entre a data na qual a sociedade observa que precisa captar recursos e a data do lançamento efetivo dos títulos no mercado. Neste meio tempo, é possível que condições políticas, econômicas, de mercado, entre outras, impeçam ou dificultem a realização da OPA.
 - (ii) Risco de Fixação do Preço de Lançamento dos Títulos: O preço pelo qual os papéis serão lançados envolve grande complexidade, uma vez que, de um lado, a companhia visa obter o maior preço possível a fim de se capitalizar, enquanto que, por outro lado, é fundamental que o preço seja interessante para os investidores, sob risco de comprometer a colocação.
 - (iii) Risco de Distribuição Pública dos Títulos: Resulta da dificuldade de se vender os papéis e de prever de que forma o mercado evoluirá.
- Através do Contrato de *Underwriting*, a sociedade incorre apenas no Risco de Espera, uma vez que os outros dois são normalmente assumidos pela instituição financeira. Ela se responsabiliza pelo cálculo do valor da emissão e pelo sucesso da OPA.¹⁰²

¹⁰¹ EIZIRIK, Nelson. GAAL, Ariádna B. PARENTE, Flávia. FREITAS HENRIQUE, Marcus de. *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008, p. 163.



7.2 Modalidades de *Underwriting*:

São 3 as modalidades de *Underwriting*:

- (i) *Underwriting* Firme / Com Garantia de Subscrição Total: A instituição financeira se compromete a subscrever todos os valores mobiliários, para posteriormente revendê-los ao público.
- (ii) *Underwriting* de Melhor Esforço / Sem Garantia de Subscrição: A instituição financeira envidará os seus melhores esforços para que haja sucesso da oferta pública. No entanto, na hipótese de insucesso, ela não estará obrigada a adquirí-los.
- (iii) *Underwriting* Residual / Com Garantia de Sobras: Assemelha-se ao *Underwriting* Firme, com a diferença de que, no lugar de adquirir todos os títulos para depois revendê-los, a instituição financeira envida seus melhores esforços para a venda dos títulos ao público e, caso eles não sejam vendidos na sua totalidade, ela se responsabiliza pela subscrição dos títulos remanescentes.

O *Underwriting* pode ser realizado por uma única instituição financeira ou por várias (Consórcio de *Underwriters*), conforme art. 15 da Lei 4.728/65 e art. 34 da Instrução CVM nº 400/03. O Consórcio de *Underwriters* geralmente se justifica por emissão de valores mobiliários muito expressivos, uma vez que a pluralidade de *underwriters* pulveriza o risco da instituição. Trata-se, por fim, de Contrato de Colaboração entre as instituições financeiras¹⁰³.

8 SHORT SELLING OU VENDA A DESCOBERTO

Short Selling é uma forma de especulação junto ao Mercado Financeiro especialmente utilizada nas épocas de baixa — quando há desvalorização de determinadas ações. Neste sentido, quando um agente intui que determinadas ações terão redução de valor, ele aluga (ou empresta) ações de alguém que as possua, prometendo devolver o mesmo número de ações em data futura e certa. O que se busca é o lucro proveniente da diferença resultante da queda de valor das ações. Ao locador/emprestador, é paga uma taxa pequena, porém certa, que independe da desvalorização ou não das ações. Podemos ilustrar tal operação da seguinte forma:

Momento 1:

Investidor I: Pensa que o valor das ações da Empresa X, de R\$1,00, irá cair.
Acionista A: Possui 100 ações da Empresa X.

¹⁰³ EIZIRIK, Nelson. GAAL, Ariádna B. PARENTE, Flávia. FREITAS HENRIQUE, Marcus de. *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008, p. 164-165.

*Momento 2:*

Investidor I “aluga” as 100 ações de Acionista A por R\$0,25 cada, prometendo devolver-lhe 100 ações da Empresa X três meses depois.

*Investidor I deve pagar R\$25,00 a Acionista A (R\$0,25 x 100 ações).

Momento 3:

Investidor I vende as 100 ações na bolsa de valores.

Ele fica “*short*” em 100 ações, posto que elas não pertenciam a ele e que ele terá de devolvê-las.

*Investidor I recebe R\$100,00 pela venda das ações (R\$1,00 x 100).

Momento 4:

Dois meses depois, as ações da Empresa X sofrem grande queda, se estabilizando no valor de R\$0,40 cada.

O Investidor I recompra as 100 ações da Empresa X que deve devolver a Acionista A em um mês.

*Investidor I gasta R\$40,00 com a compra das 100 ações.

Momento 5:

Investidor I devolve a Acionista A as 100 ações da Empresa X que alugou.

*Investidor I: Pagou R\$25,00 pela locação das ações.	– 25
* Recebeu R\$100,00 pela venda das ações.	+ 100
* Pagou R\$40,00 pela recompra das ações.	– 40
• Investidor I lucrou R\$35,00 com a operação:	+35

8.1 Empréstimo (mútuo) de ações

O contrato de empréstimo de ações no âmbito do mercado de capitais possui características de contrato de mútuo, o qual se encontra definido no Código Civil nos seguintes termos.

Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

O empréstimo de ações não exige a devolução das exatas ações emprestadas, mas, sim, a devolução da mesma quantidade de ações de mesmas espécie e classe. Contudo, a identidade com o contrato de mútuo é controversa, dado que tem como objetos coisas fungíveis. A fungibilidade consiste na capacidade de substituição dos bens móveis por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade, nos termos do artigo 85 do Código Civil.

O caráter nominativo das ações, determinado pelo artigo 20 da Lei 6404, pode se afigurar um óbice ao entendimento da aplicabilidade do contrato de mútuo para ações. As ações ao portador, não mais admitidas, possuíam caráter de coisa fungível. Contudo, as ações nominativas possuem caráter precipuamente infungível, dada a necessidade de inscrição do nome do acionista no livro de “Registro de Ações Nominativas” ou demonstração de extrato fornecido pela instituição custodiante para aferição da propriedade, bem como a exigência de a transferência das ações se operar por termo lavrado no livro de “Transferência de Ações Nominativas”.

Entretanto, a Lei das S.A. em dois momentos aplica a noção de fungibilidade às ações, quais sejam: (i) na custódia de ações fungíveis e (ii) no *enforcement* do acordo de acionistas. O artigo 41 da Lei 6404, o qual dispõe acerca da custódia de ações fungíveis, determina que a instituição de custódia receba as ações em depósito como valores fungíveis, adquirindo a propriedade fiduciária das ações, não podendo, contudo, dispor destas. No que tange ao acordo de acionistas, o artigo 118 da Lei 6404 assegura aos acionistas a execução específica das obrigações assumidas no acordo, bem como o exercício do voto com as ações pertencentes ao acionista ausente ou omissa.

A fungibilidade, porém, pode decorrer da lei ou da vontade das partes¹⁰⁴. Desse modo, os dispositivos mencionados não se demonstram incompatíveis com o caráter nominativo das ações, tendo em vista a possibilidade de a lei atribuir caráter fungível em determinada situação. Nesse mesmo sentido, pode-se entender pelo cabimento do empréstimo de ações, com característica de mútuo, tendo em vista a possibilidade de atribuição de caráter fungível às ações pela vontade das partes. Desse modo, a convenção das partes permite a realização do contrato de empréstimo de ações, atribuindo às ações caráter fungível para os fins desse negócio jurídico, não descaracterizando sua natureza nominativa.¹⁰⁵ O empréstimo de ações é disciplinado pela Resolução nº 3.539 do Conselho Monetário Nacional e pela Instrução Normativa nº 466 da CVM, restando evidente o cabimento do contrato de empréstimo para ações.

¹⁰³ EIZIRIK, Nelson. GAAL, Ariádna B. PARENTE, Flávia. FREITAS HENRIQUE, Marcus de. *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008, p. 167-168.

¹⁰⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. p. 207.

9 LONG SELLING

Long selling é expressão utilizada para identificar um investidor especulador, que aposta na alta das cotações das ações que comprar em momento de baixa, esse tipo de investidor está disposto a esperar por curto, médio ou longo prazo, a depender dos sinais que o mercado emitir.

Normalmente, a compra de ações pelo *long seller* se dá em um período de baixa das cotações e de pouca intensidade de negociações em bolsa. No entanto, o *long seller* possui uma expectativa de que essas ações valorizem em curto, médio ou longo prazo. Assim, com a alta das ações adquiridas, o *long seller* as vende e percebe ganhos pela diferença do preço com que vende suas ações em relação ao preço que pagou quando as comprou.

O risco das operações de *short selling* e *long selling* dependerá da situação que o mercado oferecer para os investidores. Em momentos de recessão é mais arriscado apostar na valorização das ações. Por outro lado, em períodos de prosperidade é mais arriscado apostar na desvalorização das ações.

LEITURA COMPLEMENTAR

1. Short Selling e Long Selling¹⁰⁶

INTRODUÇÃO

Basicamente, no jargão do mercado de capitais, as duas posições que um investidor ou especulador pode tomar em relação a um ativo é estar “comprado” ou “vendido”. Em inglês, costuma-se atribuir à posição comprada a expressão *long selling* e à posição vendida a expressão *short selling*.

A posição assumida pelo investidor ou especulador reflete a sua percepção do que acontecerá com o mercado como um todo ou com um determinado ativo. Se acredita que o preço atribuído a certo ativo irá subir, assume a posição comprada, *long selling*. No mesmo sentido, se sua percepção é de queda do preço, assume a posição vendida, *short selling*.

É bem verdade que há operações ligadas a variáveis não direcionais, como a estruturação de operações com opções de compra e venda atrelada à volatilidade do ativo. Portanto, podemos dizer que a complexidade do mercado de capitais extrapola os conceitos de *long* e *short selling*, mas em casos de operações direcionais, ou seja, em que se aposta na alta ou baixa do preço de certo ativo, as duas posições possíveis são a comprada (*long selling*) e a vendida (*short selling*).

Intuitivamente associa-se à posição de *long selling* a compra de um ativo a determinado preço e a venda a um preço mais elevado, realizando como lucro a diferença. Essa é, de fato, a forma mais comum. Porém a aposta na

¹⁰⁶ CHAVES, Natália Cristina. O empréstimo de ações e a noção de “fungibilidade”. In: WALD, Arnoldo et al. (Coord.) *Sociedades Anônimas e Mercado de Capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 239-257.

alta do preço pode se dar de diversas formas, como por exemplo, com opções de compra, sem que haja compra do ativo em si, ao menos, em um primeiro momento.

Da mesma maneira, a posição de *short selling* pode se realizar tanto com o próprio ativo ou por meio de operações atreladas ao ativo cuja percepção é de que o preço caia. No Brasil é comum a referência à posição de *short selling* como “aluguel de ações” ou “venda a descoberto de ações”.

Vale dizer que a referida operação é relativamente comum para aqueles que vivem o dia-a-dia do mercado, e, apesar de ser pouco explorada sob a ótica jurídica, a venda a descoberto de ações e o esforço para regular tal operação e seus efeitos são tão antigos quanto o próprio mercado de valores mobiliários, sendo a primeira norma editada em 24 de fevereiro de 1610, em função de movimento especulativo contra ações da Companhia das Índias Ocidentais na Bolsa de Amsterdã¹⁰⁷.

Como as operações que colocam o investidor na posição comprada são extremamente comuns no mercado e intuitivamente compreendidas, os objetivos do presente trabalho são (i) descrever a operação de *short selling* em termos jurídicos, (ii) o exame das escolhas regulatórias no âmbito da CVM e da SEC para lidar com esse tipo de operação e (iii) analisar o comportamento dos investidores que venderam a ação da Petrobras a descoberto em função das denúncias de corrupção na companhia, apuradas no âmbito da operação Lava-Jato da Polícia Federal.

A OPERAÇÃO

A operação de mútuo de ações, nomenclatura mais acertada, como visto anteriormente, consiste na transferência do mutuário, proprietário das ações, ao mutuante (também denominado tomador) da propriedade sobre as ações, em contrapartida, o tomador se compromete ao pagamento de determinada remuneração e se obriga a entregar ao final do contrato ações correspondentes em quantidade, espécie e classe¹⁰⁸. O racional econômico que frequentemente motiva o tomador é a perspectiva de vender as ações por determinado preço e comprá-las em data futura por um preço inferior, realizando como lucro, portanto, a variação para baixo do preço do papel.

Vale ressaltar que um mercado ativo em aluguel de ações e vendas a descoberto gera benefícios como (i) o aumento de eficiência operacional e flexibilidade às trocas realizadas no mercado, (ii) a diminuição do chamado risco de liquidação das operações, (iii) o aumento da liquidez, (iv) a possibilidade de realização de operações de arbitragem, *long/short*, *hedge*, cobertura no lançamento de opções de compra e (v) uma maior eficiência na precificação dos ativos¹⁰⁹.

Em 1996, o mútuo de ações foi disciplinado pela resolução do Conselho Monetário Nacional (“CMN”) n. 2.268 e pela Instrução CVM n. 249.

¹⁰⁶ Texto de autoria de Gabriel Florêncio apresentado como trabalho de conclusão da disciplina de Contratos Empresariais em 2014.2.

¹⁰⁷ GRUENEWALD, Seraina N.; WAGNER, Alexander F.; WEBER, Rolf H.; *Short Selling Regulation after the Financial Crisis – First Principles Revisited*. *International Journal of Disclosure and Regulation*, Vol. 7, No. 2, pp. 108-135 ; Swiss Finance Institute Research Paper No. 09-28. Pg. 02. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1439652>>.

¹⁰⁸ Daniel Kalansky e Luis Peyser elencam “os principais passos e agentes envolvidos na operação de empréstimo de ações mais comumente realizada: 1) Custódia e Autorização. O titular da ação (“emprestador”) deverá, por meio de sociedades corretoras ou distribuidoras de títulos e valores mobiliários (“agente de custódia”), autorizar estas a administrarem suas contas de custódia, bem como a transferirem as mesmas para a entidade prestadora de serviços de liquidação, registro e custódia de ações, hoje CLBC, autorizando previamente por escrito a realização de operações de empréstimo. 2) Registro da Oferta. O agente de custódia registrará a oferta do prestador na CLBC, que manterá em seu banco de dados, à disposição do mercado, as condições da oferta apresentada pelo prestador. 3) Tomador. O tomador deverá, por meio de contrato com seu intermediário, autorizá-lo a tomar ações emprestadas em seu nome, podendo este registrar ofertas na CLBC e receber as ações para entrega-las ao tomador. O tomador poderá utilizá-las da forma que desejar, dentro de um determinado prazo pactuado, vendendo, dando em garantia, ou mesmo retirando as ações da custódia. 4) Garantia. As ações somente serão entregues ao tomador após ele caucionar junto à CLBC quaisquer dos ativos por ele aceitos, em valor equivalente a 100% do preço do lote de ações objeto do empréstimo, acrescido de percentual adicional destinado a compensar a variação desse preço em dois pregões consecutivos. 5) Vencimento. No vencimento, o tomador restitui as ações objeto do empréstimo para a custodiante, liberando as garantias prestadas e devolvendo as ações ao prestador.” KALANSKY, Daniel; PEYSER, Luis. *Empréstimo de Ações...* p. 21 e 22.

¹⁰⁹ LOPES, Marília Carneiro da Cunha. *Mútuo de Ações: Uma Análise das Principais Repercussões Jurídicas*. 95 p. Monografia. Graduação em Direito — PUC/RJ: Rio de Janeiro, 2014.

Atualmente, a regulação da referida operação é feita pela Resolução CMN n. 3.539 de 2008 e pela Instrução CVM n. 441 de 2006.

NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO E DO “ALUGUEL DE AÇÕES”

Compreender a natureza jurídica da ação como valor mobiliário fungível é premissa basilar para o entendimento preciso da operação de aluguel de ações. Primeiramente, vejamos como o Código Civil, em seu artigo 85, caracteriza fungibilidade:

“Art. 85. São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.”

Nesse sentido é que votando na qualidade de Relator do Processo Administrativo CVM n. SP2011/0304, o Diretor Otavio Yazbek, explicou a questão da seguinte maneira:

“As ações são tomadas em empréstimo para posterior utilização pelo tomador e, a menos que ocorra uma coincidência, não são os mesmos títulos que serão devolvidos — daí porque elas são inequivocamente coisas fungíveis. E o empréstimo de coisas fungíveis é caracterizado, pelo art. 586 do Código Civil, como mútuo. Por fim, lembro que embora a locação, por definição, tenha sempre por objeto coisas não fungíveis, quando uma dada operação envolve coisa fungível, ela é, em razão de todos os seus efeitos, equiparada ao mútuo.”

A redação do art. 41 da Lei das Sociedades por Ações, ao regular especificamente a relação entre o acionista e o agente custodiante dos valores mobiliários, confere o caráter de fungibilidade à custódia de ações:

“Art. 41. A instituição autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários a prestar serviços de custódia de ações fungíveis pode contratar custódia em que as ações de cada espécie e classe da companhia sejam recebidas em depósito como valores fungíveis, adquirindo a instituição depositária a propriedade fiduciária das ações.”

Vale dizer que o artigo supracitado não faz menção à fungibilidade da ação em si, mas, nas palavras de Daniel Kalansky e Luis Peyser, “*prescreve que as ações serão depositadas como valores fungíveis*”^{110,111}. Os autores entendem que a ação é “*em regra fungível, e não apenas para os efeitos do art. 41 da Lei das Sociedades por Ações*”^{112,113}, com base na seguinte lição de Fábio Konder Comparato¹¹⁴:

¹¹⁰ KALANSKY, Daniel; PEYSER, Luis. *Empréstimo de Ações e o Mercado de Capitais*. In: JUNIOR, Ecio Perin; KALANSKY, Daniel; PEYSER, Luis (coord.). *Direito Empresarial: Aspectos atuais de Direito Empresarial brasileiro e comparado*. São Paulo: Método, 2005, p. 23.

¹¹¹ Sobre a matéria, Modesto Carvalhosa faz as seguintes ponderações: “E a respeito, é conveniente lembrar que as ações nominativas registradas (art. 31) e as escriturais (art. 34) coletivamente custodiadas não perdem a sua natureza de bens infungíveis. Temos, portanto que (...) antes de depositadas e após devolvidas ao acionista circulam e são negociadas sempre como coisa infungível. Apenas para efeito de depósito, e enquanto existir, é que as características intrínsecas da infungibilidade da ação não são levadas em consideração, e portanto, suspensas os seus efeitos.” CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 490

¹¹² KALANSKY, Daniel; PEYSER, Luis. *Empréstimo de Ações...* p. 24.

¹¹³ Quanto a essa questão específica, com base na dicotomia entre sociedade de pessoas e sociedades de capitais, Daniel Kalansky e Luis Peyser expressam o seguinte juízo: “(...) o complexo de direitos e obrigações relativos a cada ação da mesma classe e espécie deve ser idêntico, não importando ao detentor da ação qual é o número de seu registro. Esta é uma característica central e imperiosa para o funcionamento das sociedades por ações, especificamente para as de capital aberto e que buscam investimentos no mercado de capitais. Difere, portanto, da possibilidade existente com relação às sociedades empresárias limitadas, que, por sua vez, podem ter seu capital social dividido em quotas desiguais, cujos direitos inclusive serão desiguais.” KALANSKY, Daniel; PEYSER, Luis. *Empréstimo de Ações...* p. 24.

¹¹⁴ COMPARATO K., Fábio, *Novos ensaios e pareceres sobre sociedades anônimas*, RT, 1989, p. 42.

“Dessa homogeneidade de valores mobiliários, em cada série de emissão, decorre a característica de sua fungibilidade, ausente nos títulos de crédito. Uma ação ordinária nominativa é perfeitamente substituível por outra ação ordinária nominativa, não havendo, por conseguinte, qualquer diferença de cotação entre valores mobiliários da mesma espécie, classe e forma, no mercado de capitais. (...) Ademais, são coisas sujeitas a um mercado (graças a sua fungibilidade), isto é, mercadorias.”

A questão acerca do caráter fungível das ações, necessário para a caracterização do mútuo a que se recorre para realização da venda a descoberto, como vimos, é polêmica. Ocorre que, o entendimento pela infungibilidade das ações é equivalente a remover a validade jurídica das operações de *short selling*¹¹⁵, existentes no mercado há séculos e essenciais ao seu bom funcionamento.

O jargão “aluguel de ações” não tem o compromisso de se ater à tecnicidade que a ligação jurídica exige. Contudo é preciso esclarecer que definição jurídica mais adequada à operação explorada no presente trabalho é a de empréstimo de ações, na modalidade de mútuo, mais especificamente¹¹⁶.

O mútuo é o empréstimo pelo qual uma das partes transfere coisa fungível à outra, obrigando-se esta a restituir-lhe coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade, conforme os artigos 586 e 587 do Código Civil. Considerando que, o titular da ação, por meio do seu agente de custódia e por intermédio do Banco de Títulos da CLBC, confere a propriedade do valor mobiliário para o tomador e este se compromete a devolver, com a devida remuneração, ações do mesmo gênero, qualidade e quantidade, é inegável que a operação de empréstimo de ações consiste em um mútuo, se submetendo, inclusive, aos artigos 586 e seguintes do Código Civil.

DIREITO DE VOTO

Uma compreensão correta da operação de mútuo de ações leva a inevitável conclusão de que, uma vez em que há a transferência da propriedade sobre os valores mobiliários, o tomador torna-se o novo acionista da companhia, adquirindo assim também o direito de voto. Pode-se afirmar que o voto acompanha as ações, inclusive no caso do tomador aliená-las a terceiros¹¹⁷.

Situação menos clara é a possibilidade de direito de voto enquanto as ações estão em custódia, ou seja, enquanto o mútuo propriamente ainda não foi realizado. Segundo Kalansky e Peyser:

“O art. 126, II, da Lei das Sociedades por Ações e o art. 25 da Lei 6.385/1976 evidenciam, respectivamente, que a entidade custodiante não tem a propriedade nem a disponibilidade das ações, e não pode votar nas assembleias gerais (salvo em caso de ter recebido mandato expresso com pra-

¹¹⁵ KALANSKY, Daniel; PEYSER, Luis. *Empréstimo de Ações...* p. 25.

¹¹⁶ Como observam Daniel Kalansky e Luis Peyser: “Do ponto de vista jurídico, deve ser observada a tecnicidade da palavra empréstimo, uma vez que, embora em ambos os contratos exista a utilização de coisa alheia, no empréstimo e, mais especificamente, no mútuo existe a transferência da propriedade, enquanto na locação a propriedade não é transferida. Como se sabe, no mútuo transfere-se o domínio da coisa fungível emprestada ao mutuário, que fica obrigado a devolver ao mutuante coisa equivalente, ou seja, do mesmo gênero, qualidade e quantidade. Daí que, celebrado o mútuo, o tomador pode aliená-la a terceiros, já que a restituição ao mutuante será sempre em bens equivalentes. Nesse sentido, de acordo com os arts. 586 e 587 do Código Civil, o mútuo é o empréstimo pelo qual uma das partes transfere coisa fungível à outra, obrigando-se esta a restituir-lhe coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade. O mutuante deve ser o proprietário da coisa mutuada, uma vez que é condição essencial do mútuo a transmissão do bem de seu patrimônio para o do mutuário. Deve, ainda, ter o poder de dispor da coisa, para que possa estar apto a emprestá-la. Dessa forma, podemos dizer que a operação de empréstimo de ações é um mútuo, haja vista que o titular da ação, por meio do seu agente de custódia e por intermédio do Banco de Títulos da CLBC, transfere a propriedade da mesma para o tomador, com remuneração já pactuada. Assim, as regras atinentes ao mútuo estabelecidas nos arts. 586 e seguintes do Código Civil são aplicáveis à operação de empréstimo de ações, combinadas com regras estabelecidas pelos órgãos reguladores.” KALANSKY, Daniel; PEYSER, Luis. *Empréstimo de Ações...* p. 25

¹¹⁷ KALANSKY, Daniel; PEYSER, Luis. *Empréstimo de Ações...* p. 31.



zo não superior a 1 ano), uma vez que o direito de voto é reservado pela lei aos próprios acionistas da companhia.”

A leitura da Exposição de Motivos da Lei das Sociedades por Ações auxilia a dirimir dúvidas adicionais:

“Para evitar que as instituições financeiras depositárias possam influir sobre a orientação das companhias exercendo, sem mandato expresse, o direito de voto correspondente às ações de que são depositárias, o artigo 42 limita seus poderes de representação ao exercício de direitos patrimoniais. O conhecimento, pela companhia, da identidade dos acionistas, é assegurado através do dever da instituição financeira de fornecer listas dos depositantes de ações nominativas ou endossáveis.”

DIREITOS PATRIMONIAIS

Em relação ao exercício dos direitos patrimoniais durante o período de custódia, o art. 42 da Lei de Sociedades por Ações não deixa margem a dúvidas:

“Art. 42. A instituição financeira representa, perante a companhia, os titulares das ações recebidas em custódia nos termos do artigo 41, para receber dividendos e ações bonificadas e exercer direito de preferência para subscrição de ações.”

Cabe, portanto, à instituição custodiante receber dividendos, bonificações e exercer direito de preferência, além de observar o disposto no art. 205, §2º, da Lei de Sociedades por Ações:

“§2º Os dividendos das ações em custódia bancária ou em depósito nos termos dos artigos 41 e 43 serão pagos pela companhia à instituição financeira depositária, que será responsável pela sua entrega aos titulares das ações depositadas.”

Durante o período do empréstimo, segundo as normais gerais do direito societário, o tomador, por ser o novo acionista da companhia, teria os direitos patrimoniais em virtude da propriedade dos valores mobiliários. Contudo, a redação do art. 5º da Instrução CVM 249, pode causar certa confusão, vejamos o dispositivo:

*“Art. 5º — As entidades prestadoras de serviços de liquidação, registro e custódia de ações **são responsáveis**, perante os titulares das ações emprestadas, **pela reposição das mesmas e dos eventuais direitos atribuídos às***



ações no período de empréstimo, não se estabelecendo qualquer vínculo entre os emprestadores e os tomadores de empréstimo.”

O artigo acima não teria o condão de revogar todas as normas societárias que conferem ao tomador, novo acionista, a prerrogativa de exercer os direitos patrimoniais inerentes à sua condição. A solução conferida ao aparente conflito é contratual, na medida em que o tomador, ao aderir ao Regulamento de Operações da CLBC, se compromete a restituir as ações com a remuneração pactuada e demais direitos inerentes às ações¹¹⁸.

REGULAÇÃO DA CVM

A Instrução CVM nº 441, de 10 de novembro de 2006, disciplina o empréstimo de valores mobiliários por entidades de compensação e liquidação de operações, mas não se debruça efetivamente sobre a operação de *short selling* a ser realizada após a celebração do mútuo.

Dentre as principais disposições da norma, destacamos as previsões de que (i) somente as entidades de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários autorizadas pela CVM a prestar serviço de custódia poderão manter serviço de empréstimo de valores mobiliários, (ii) somente serão admitidos os empréstimos de valores mobiliários depositados em custódia nas entidades devidamente autorizadas, livres de ônus ou gravames que impeçam sua circulação, e (iii) a intermediação por entidades de compensação e liquidação é obrigatória.

Com o objetivo de proteger o processo de formação de preço nas ofertas públicas de ações subsequentes às ofertas públicas iniciais, conhecidas como *follow ons*, a CVM propôs na Audiência Pública SDM nº 04/12, finalizada em 03 de agosto de 2012, a criação de regra que restringisse aos investidores que tivessem vendido a descoberto a ação ofertada a aquisição de ações na data da fixação do preço da oferta e nos 5 (cinco) pregões anteriores à oferta.

Segundo a CVM, o encerramento de posições vendidas na data da fixação do preço da oferta e nos 5 (cinco) pregões anteriores à oferta resultam na má formação de preço do papel ofertado. Os resultados são retornos sem risco para quem vendeu ações a descoberto, mas não sem prejuízo do valor captado pela companhia ofertante. Por isso, a proposta de que os investidores que tenham realizado vendas a descoberto no período restrito não possam realizar o lucro de suas posições vendidas no âmbito da oferta.

O mecanismo descrito acima e adotado pela CVM através da Instrução CVM nº 530, de 22 de novembro de 2012, posterior à Audiência Pública SDM nº 04/12, segue os moldes estabelecidos pela *Securities and Exchange Commission* (SEC), que desde 1997 adota regras semelhantes para proteger o processo de precificação no âmbito das chamadas *follow nos*. A comissão norte-americana considera ilegal a reversão das posições vendidas que se ini-

¹¹⁸ Nesse sentido, Kalansky e Peyser explicam detalhadamente a solução ao aparente conflito: “(...) tendo em vista a realização do empréstimo, o tomador se compromete contratualmente a devolver as ações já com os ajustes do capital e demais direitos atribuídos a essas ações. A relação é simplesmente contratual (no caso específico da CLBC, por meio da adesão ao seu Regulamento de Operações e Procedimentos Operacionais), sendo que a CLBC terá, perante o emprestador, a responsabilidade legal de devolver as ações com referidos ajustes, como mencionado na Instrução CVM 249. Caso contrário, a sua circulação estaria prejudicada (...)” KALANSKY, Daniel; PEYSER, Luis. *Empréstimo de Ações...* p. 33.

ciaram nos cinco dias anteriores ao período de definição do preço da oferta, ou nos dias entre o anúncio da oferta e o da definição, dos dois o menor.

Uma importante contribuição da Instrução CVM nº 530 foi a definição de venda a descoberto adotada pela autarquia no art. 1º, §1º, que considera vendas a descoberto “*aquelas realizadas por investidores que não sejam titulares das ações, ou cuja titularidade resulte de empréstimo ou outro contrato de efeito equivalente*”.

Apesar da Instrução CVM nº 441 e da evolução normativa recente com a Audiência Pública SDM nº 04/12 e a Instrução CVM nº 530, a disciplina de operações de *short selling* propriamente ainda é incipiente no país, especialmente se comparado com a experiência norte-americana, como veremos a seguir.

REGULAÇÃO NORTE-AMERICANA

Desde 1934, o *Exchange Act*, em sua Seção 10(a), confere poderes à SEC para regular vendas a descoberto de valores mobiliários no âmbito das bolsas de valores norte-americanas, o que evidencia o maior desenvolvimento normativo ou, ao menos, o enfrentamento de inúmeras questões ainda não combatidas pelos reguladores brasileiros. Já em 1937 a SEC adotou a antiga *Rule 10a-1*, que estabelecia duas hipóteses para ocorrência da venda a descoberto: (i) por um preço acima do preço da última negociação (*plus tick rule*) ou (ii) pelo último preço desde que este tenha sido maior do que o último preço negociado (*zero plus tick rule*).

A *Rule 10a-1* permaneceu em vigor por aproximadamente 70 anos, porém ao longo das décadas, em resposta às mudanças sofridas pelos mercados, como a maior presença dos *trading systems*, a SEC adotou exceções à antiga norma. Em 2004, através da *Rule 202T of Regulation SHO*, foram adotados procedimentos para suspensão tanto da *plus tick rule* quanto da *zero plus tick rule* em alguns ativos listados em bolsa.

Posteriormente à suspensão da *Rule 10a-1* em determinados papéis, foi realizada uma série de estudos acerca da necessidade de regulação de *short selling* com base nos preços dos últimos negócios praticados, como ocorria desde 1937. Segundo a SEC, os estudos concluíram pela insuficiência de evidências empíricas para a manutenção de regulações às vendas a descoberto na forma da antiga norma, já que o impacto da regulação na volatilidade do ativo não foi perceptível¹¹⁹.

A suspensão iniciada em 2004 ensejou a edição da *Rule 201 of Regulation SHO* que revogou em 2007 a antiga *Rule 10a-1*, considerada desnecessária em virtude da crescente transparência nos mercados e da existência de fiscalização em tempo real, o que, supostamente, impediria eventuais manipulações através de vendas a descoberto¹²⁰.

¹¹⁹ Securities and Exchange Commission — Amendments to Regulation SHO, Executive Summary; pgs. 17 e 18.

¹²⁰ Securities and Exchange Commission — Amendments to Regulation SHO, Executive Summary; pg. 20.



Mesmo não existindo dados empíricos que correlacionem o aumento da volatilidade nos mercados mundiais à recente diminuição das restrições à decisão da SEC por eliminar as restrições a venda a descoberto. Portanto, em abril de 2009, o órgão regulador norte-americano resolveu reconsiderar a disciplina da matéria e propôs uma nova regra combinando um mecanismo de *circuit breaker* e o último preço de negociação do papel.

Isto posto, a mais recente regra adotada pela SEC, *Rule 201*, se aplica ativos que sofreram uma queda diária superior a 10% (*circuit breaker*) e impede que esses ativos sejam objetos de venda a descoberto por um preço abaixo da melhor oferta pelo papel. Segundo o órgão, por se aplicar apenas a ações que tenham caído 10% durante o pregão, a regra evita a manipulação de preços ao mesmo tempo que garante a possibilidade de *short selling* com os demais ativos do mercado, mantendo os benefícios de liquidez e precificação eficiente¹²¹.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar brevemente a roupagem conferida pelo Direito nacional e norte-americano à operação de venda a descoberto de ações, também chamada no mercado de aluguel de ações, e abordagem de duas questões legais controversas no ordenamento nacional que circundam o tema, quais sejam, quem exerce os direitos políticos e patrimoniais enquanto as ações estão em custódia e quando são efetivamente objeto de mútuo.

* * *

¹²¹ Securities and Exchange Commission — Amendments to Regulation SHO, Executive Summary; pg. 10.



X. SEGUROS

MATERIAL DE LEITURA

Leitura Básica

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 16º ed. — São Paulo: Saraiva, 2002

ROTEIRO DE AULA

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES:

Os Contratos de Seguro envolvem conhecimentos interdisciplinares, com questões inerentes a: Ciências Atuariais; Direito; Economia; Administração de Empresas; e Finanças Corporativas em geral.

O gênero “contratos de seguro” possui diversas espécies, que são produzidos de acordo com a respectiva necessidade de organização e gerenciamento de riscos tanto das empresas quanto dos indivíduos.

O Código Civil de 2002 trata do tema com abrangência, de forma genérica, reservando aos diplomas específicos seu detalhamento, principalmente no que diz respeito a cada espécie de contrato de seguro existente.

Nesse sentido, o código tem aplicação supletiva aos contratos de seguro, conforme o Art. 777 do CC/02.

O Art. 757, “Caput” do CC/02 dispõe que:

*Art. 757 — Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra **riscos predeterminados**. (grifo nosso).*

Único: Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.¹²²

Sérgio Cavalieri Filho¹²³ sintetiza o conceito:

[...] Em apertada síntese, seguro é contrato pelo qual o segurador, mediante o recebimento de um prêmio, assume perante o segurado a obrigação de pagar-lhe uma determina indenização, prevista no contrato, caso o risco a que está sujeito se materialize em um sinistro. Segurador e segurado negociam as consequências econômicas do risco, mediante a obrigação do segurador de repará-las. Frise-se que em se tratando de contrato de seguro, o

¹²² Caso essa autorização não seja observada há a incidência de pena de multa e de cometimento de crime contra o sistema financeiro nacional. As pessoas jurídicas autorizadas a operar no com seguros privados devem se constituir sob a forma societária de Sociedade Anônima (“S.A.”) ou cooperativa. (restrita à atividade securitária rural e de saúde)

¹²³ Diversos outros autores conceituam o contrato de seguro no mesmo sentido. Destacam-se: 1) Maria Helena Diniz (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 16º ed. — São Paulo: Saraiva, 2002, p. 316): o contrato de seguro “[...] é aquele pelo qual uma das partes (segurador) se obriga para com a outra (segurado), mediante o pagamento de um prêmio, a garantir-lhe interesse legítimo reativo a pessoa ou a coisa e a indenizá-la de prejuízo decorrente de riscos futuros, previstos no contrato”; 2) Caio Mário (Pereira, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, 10o. Ed. Rio de Janeiro. Forense, 1995, p. 98): “O contrato por via do qual uma das partes (seguradoras) se obriga para com a outra (segurado), mediante o recebimento de um prêmio, a indenizá-la ou a terceiros, de prejuízos resultantes de riscos previstos”; e Pontes de Miranda (Pontes de Miranda, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado, Borsói, 1958, t.45 Tratado de Direito Privado, Borsói, 1958, t.46): “Contrato de seguro é o contrato pelo qual o segurador se vincula, mediante pagamento, a ressarcir ao segurado, dentro do que se convencionou, os danos produzidos por sinistro ou a prestar capital ou renda quando ocorrer determinado fato concernente a vida humana ou o patrimônio”.



*segurador só poderá se exonerar de sua obrigação se ficar comprovado o dolo ou a má-fé do segurado. Da mesma forma, o agravamento do risco pode servir de preceito ao não pagamento do sinistro, haja vista o desequilíbrio da relação contratual, onde o segurador receberá um prêmio inferior ao risco que estará cobrindo, em desconformidade com o avençado*¹²⁴.

2. CONTRATO DE SEGURO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002:

Especifica duas modalidades de seguro:

- a) **Seguro de Dano:** *cujo conteúdo é indenizatório, restrito à indenização do valor de interesse do segurado no momento do sinistro, geralmente relacionado com uma coisa. A garantia prometida não pode ultrapassar o valor de interesse segurado no momento da conclusão do contrato, sob pena de perder o segurado a garantia e ter que pagar o prêmio (art. 778 do CC), sem prejuízo da imposição de medida penal cabível, por falsidade ideológica, por exemplo. Quanto ao risco do seguro, este compreenderá todos os prejuízos resultantes ou conseqüentes como, por exemplo, os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano ou salvar a coisa (art. 779 do CC)*¹²⁵; e
- b) **Seguro de Pessoas:** *visa à pessoa humana, protegendo-a contra riscos de morte, comprometimentos da sua saúde, incapacidades em geral e acidentes que podem atingi-la. É o caso, por exemplo, do seguro-saúde, tratado especificamente pela Lei 9.656/1998 (Lei dos Planos de Saúde). (...) nos seguros de pessoas, o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente, que pode contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse, como o mesmo ou diversos seguradores. Assim, é possível a celebração de vários seguros, sem qualquer limite quanto ao valor da indenização, até porque não há como mensurar o preço da vida de uma pessoa natural.*¹²⁶

3. NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE SEGURO:

Flávio Tartuce prevê que o Contrato de Seguro é:

*“Contrato bilateral, oneroso, consensual e aleatório, dependendo do fator risco. Na maioria das vezes, constitui contrato de adesão, pois o seu conteúdo é imposto por uma das partes, geralmente a seguradora. Também, muitas vezes, o contrato é de consumo, o que justifica a busca de diálogos de complementaridade entre o CC e o CDC (diálogo das fontes)”*¹²⁷

¹²⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 419.

¹²⁵ Tartuce, Flávio. Direito Civil 3 Teoria Geral dos Contratos em Espécie. 9 ed. São Paulo: Método, 2014, p. 661.

¹²⁶ Tartuce, Flávio. Direito Civil 3 Teoria Geral dos Contratos em Espécie. 9 ed. São Paulo: Método, 2014, p. 662.

¹²⁷ Tartuce, Flávio. Direito Civil 3 Teoria Geral dos Contratos em Espécie. 9 ed. São Paulo: Método, 2014, p. 661.

4. A FUNÇÃO SOCIOECONÔMICA DO CONTRATO DE SEGURO:

A insegurança econômica que os riscos geram pode ser mitigada pelo seguro, que em última análise busca proteger a integridade patrimonial dos segurados.

De acordo com Ricardo Bechara Santos, a função socioeconômica do seguro:

*“não serve de pretexto para o paternalismo, pois o interesse coletivo da comunidade de segurados — mutualismo — se sobrepõe ao interesse daquele que se mostre vulnerável na sua individualidade, mandando a prudência que o equilíbrio seja preservado, mormente no sistema de cláusulas abertas e gerais do código, pois a generosidade para com aqueles que individualmente não têm direito contratual pode se transformar em perversidade para com a universalidade de segurados que integram o fundo gerido pelo segurador. Agir diferente disso importaria em contrariedade ao princípio da função socioeconômica do contrato — mormente no seguro, que é solidariedade, coletividade, mas que só alcançaria a plenitude de sua tão eminente função socioeconômica se organizada com técnica, com a gestão competente da seguradora, sem a qual teríamos uma solidariedade meramente lúdica, ineficaz.”*¹²⁸

Numa Freire versa:

*A função econômica do seguro é satisfazer, financeira e economicamente, uma necessidade eventual, pela maneira mais adequada e menos custosa. Já a sua função social desperta no homem a prática da solidariedade, no caso, exercida pela proteção econômica que oferece aos bens que formam a riqueza social e realizada pela respectiva reparação no caso de insolvência ou acontecimento fortuito, quando ligados a transações necessárias à vida da coletividade, com o que fomenta o contínuo progresso da sociedade.*¹²⁹

5. DOS ELEMENTOS DO CONTRATO DE SEGURO:

As **Partes** do contrato de seguro são representadas pelo segurado¹³⁰ e o segurador¹³¹.

Em linhas gerais, o primeiro tem como obrigações a transparência de informações, as disponibilizando ao segurador antes da contratação para que seja calculado o risco e conseqüentemente o prêmio do seguro assim como as suas parcelas; e, após a contratação, ao notificar tempestivamente o segurador na ocorrência do sinistro.

¹²⁸ Bechara Santos, Ricardo. Cadernos de Seguro. N 169, novembro/dezembro de 2011, p. 16.

¹²⁹ Freire, Numa. Aspectos do Seguro. 1a. Ed. São Paulo. Atlas, p.60, 61

¹³⁰ De acordo com Antonio Carlos Otoni Soares (Soares, Antonio Carlos Otoni. Fundamento Jurídico do Contrato de Seguro. Ed. Manuais Técnicos de Seguros Ltda, p.34): “Segurado é a pessoa física ou jurídica que, possuindo interesse segurável, contrata o seguro, em seu benefício pessoal ou de terceiros. É a parte na relação contratual que paga um prêmio à seguradora, para assim ter direito de receber uma indenização, se ocorrer o sinistro resultante do risco previsto no contrato. O segurado compra à seguradora o direito de receber uma eventual indenização, pagando um preço que se denomina prêmio ou quota”.

Segundo Pedro Alvim (Alvim, Pedro. O Contrato de Seguro. 3a. Ed. Rio de Janeiro. Forense, 1999, p. 547): “O segurado é a denominação técnica e jurídica do titular do risco. E o seguro que ele faz se diz por conta própria em oposição ao seguro por conta de outrem, também conhecido por seguro por conta de terceiro, quando alguém assume a posição de estipulante perante o segurador. O contexto da apólice esclarece, de um modo geral, se o seguro é por conta própria ou de outrem, seja expressamente por declaração do contratante, seja tacitamente por suas disposições”.

¹³¹ Segundo Antonio Carlos Otoni Soares (Soares, Antonio Carlos Otoni. Fundamento Jurídico do Contrato de Seguro. Ed. Manuais Técnicos de Seguros Ltda, p.34): “A sociedade seguradora é a parte que na relação contratual se obriga a efetuar uma indenização, resultante do prejuízo de um sinistro. Só pode ser pessoa jurídica, legalmente autorizada para operar no ramo de seguros. Exercem com exclusividade as operações de seguros privados, compreendendo os seguros de coisas, bens, pessoas, obrigações, responsabilidades, direitos e garantias, mas não atuam com seguros sociais, os quais ficam a cargo do INSS”.



Já com relação ao segundo (o segurador), basicamente, são prestar as informações do seu produto ao segurado (condições, cópia do documento com as informações da apólice) e, obviamente, cumprir o combinado com agilidade na eventual ocorrência do sinistro.

No Brasil, a intermediação da contratação do segurado e da seguradora pode ser realizada por um corretor. Este é a figura que auxilia o segurado antes da venda ao esclarecer e melhor informar o interessado no produto das seguradoras; no ato da venda ao realizar a operação de compra do seguro; e no pós venda ao dar um suporte ao segurado na relação com a seguradora. Nesse sentido, pode-se dizer que o corretor representa o segurado.

O **objeto do seguro**, segundo corrente majoritária¹³² da doutrina¹³³,
é a **transferência de um risco**.

Nas palavras de Celso Marcelo de Oliveira, Risco é:

*“o evento incerto ou de data incerta que independe da vontade das partes contratantes e contra o qual é feito o seguro. O risco é a expectativa de sinistro. Sem risco não pode haver contrato de seguro”.*¹³⁴

O contrato é **formalizado** por escrito¹³⁵, em respeito ao art. 758 do CC/02:

“o contrato de seguro prova-se com a exibição da apólice ou do bilhete do seguro, e, na falta deles, por documento comprobatório do pagamento do respectivo prêmio.”

O contrato de seguro tem o nome de “apólice” ou “bilhete” e, conforme o Art. 760 do CC/02, possui três categorias e deve mencionar o início e o fim de sua validade, o limite da garantia, os riscos assumidos e, quando houver, o nome do beneficiário ou segurado.

Flávio Tartuce descreve cada uma das categorias supracitadas:

- a) *Apólice ou bilhete nominativo: mencionam o nome do segurador, do segurado, de representante do último ou de terceiro beneficiário, sendo transmissíveis por meio de cessão civil ou mesmo por alienação.*
- b) *Apólice ou bilhete à ordem: são transmissíveis por endosso em preto, datado e assinado pelo endossante e o endossatário.*
- c) *Apólice ou bilhete ao portador: são transmissíveis por tradição simples ao detentor da apólice, não sendo admitidas em alguns casos, como no seguro de vida.*¹³⁶

Sérgio Cavalieri Filho aponta que o Contrato de Seguro possui três elementos essenciais, quais sejam: (a) risco; (b) a boa-fé; e (c) o mutualismo.

¹³² De acordo com http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4025

¹³³ Pontes de Miranda, Fran Martins, Orlando Gomes e Caio Mário, dentre outros.

¹³⁴ Marcelo de Oliveira, Celso. Teoria Geral do Contrato de Seguro Volume II.ed. São Paulo: LZN, 2005, p. 538.

¹³⁵ Entretanto, não é solene.

¹³⁶ Tartuce, Flávio. Direito Civil 3 Teoria Geral dos Contratos em Espécie. 9 ed. São Paulo: Método, 2014, p. 661.

- a) **Risco** é perigo, é possibilidade de dano decorrente de acontecimento futuro e possível, mas que não depende da vontade das partes. Por ser o elemento material do seguro, a sua base fática, é possível afirmar que onde não houver risco não haverá seguro. As pessoas fazem seguro, em qualquer das suas modalidades — seguro de vida, seguro de saúde, seguro de automóveis etc. —, porque estão expostas a risco (grifos nos-¹³⁷).
- b) A **Boa-Fé**¹³⁸ é imperativa entre as partes na conclusão e na execução do contrato (Art. 765 CC/02). Em decorrência da regra da boa-fé, existem hipóteses em que a seguradora pode abster-se do pagamento do sinistro: nos casos de culpa grave conforme o Art. 768 do CC/02, que menciona inclusive a obrigatoriedade de prova da intenção do segurado em agravar o risco. Esse requisito probatório não é simples de se materializar, há muita dificuldade da seguradora se abster do pagamento do sinistro, inclusive em casos, por exemplo, que o segurado dirigia um automóvel sob efeitos de entorpecente no momento do acidente¹³⁹.

A este respeito, Sérgio Cavaliere Filho explica existência de divergência na doutrina e se posiciona:

“Somente o fato exclusivo do segurado pode ser invocado como excludente de responsabilidade do segurador, mesmo assim quando se tratar de dolo ou má-fé. Para alguns, a culpa grave do segurado também excluiria a responsabilidade do segurador, mas, em nosso entender, sem razão. A culpa, qualquer que seja a sua gravidade, caracteriza-se pela involuntariedade, incerteza, produzindo sempre resultado não desejado. Ademais, é um dos principais riscos cobertos pela apólice. Quem faz seguro, normalmente, quer também se prevenir contra os seus próprios descuidos eventuais. E, ao dar cobertura à culpa do segurado, não seria possível introduzir distinção entre os diversos graus ou modalidades de culpa. Além da dificuldade para se avaliar a gravidade da culpa, a limitação acabaria excluindo a maior parte dos riscos que o segurado deseja ver cobertos, tornando o seguro desinteressante. Entendo, assim, que a culpa do segurado, qualquer que seja o seu grau, não exonerando de responsabilidade o segurador”¹⁴⁰.

- c) O **mutualismo** é a socialização dos riscos organizada pela seguradora, através de cálculos atuariais, entre os diversos segurados. Por meio da ciência atuarial, a seguradora realiza cálculos que prevêem a probabilidade dos sinistros (custo) e o recebimento dos prêmios (arrecadação) de modo a garantir a sua solvência e a cooperação entre os segurados. Ricardo Bechara Santos destaca que o segurador

¹³⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 418.

¹³⁸ Vide a ementa em exemplo:
Seguro de vida em grupo — declarações do segurado — má fé — prova. Acórdão do STF revela que é válido o contrato de seguro, quando a omissão verificada nas informações prévias do segurado não tiver sido intencional ou de má-fé (JC 49/180), assim havemos reiteradamente decidido: JC 29/287, 32/216, 35/132, 37/255, 38/221, 229 e 332. (3a. Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 12.8.86)

¹³⁹ Conforme se observa na ementa:
SEGURO DE VEÍCULO. CLÁUSULA RESTRITIVA DE DIREITO. AGRAVAMENTO DE RISCO NÃO VERIFICADO. CONDUTOR SOB INFLUÊNCIA DE ENTORPECENTE NO MOMENTO DO ACIDENTE. AUSÊNCIA DE PROVA. Insuficiente o conjunto probatório, no sentido de que, primeiro, o condutor estivesse, efetivamente, sob o efeito de psicotrópico, no momento do acidente, e, segundo, que tenha sido fator preponderante a desencadear o sinistro, é obrigação da ré a cobertura indenitária. Apelo provido, por maioria.” (Apelação Cível Nº 70017403163, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 31/01/2007)

Outro caso semelhante é o REsp 212.725-RS, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 02.12.2003.

¹⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 437.

*há de estabelecer uma mutualidade especialmente organizada para suportar os riscos da reposição, da satisfação da necessidade eventual dos segurados, nos limites do contrato e de sua função socioeconômica.*¹⁴¹

O mutualismo está intimamente ligado¹⁴² ao **Teorema de Bernoulli**¹⁴³ (Lei dos Grandes Números) da ciência estatística.

- Quanto mais segurados existem, maior a precisão da seguradora ao gerir com eficiência sua carteira de risco, conseqüentemente, mais precisa será a precificação dos prêmios e a higidez financeira da empresa.

A **seleção adversa**¹⁴⁴, segundo Gregory Mankiw é *a tendência de que o mix de atributos não observados se torne indesejável do ponto de vista de uma parte desinformada*¹⁴⁵. Harold D. Skipper e W. Jean Kwon definem: *An asymmetric information problem in which the seller knows less than the buyer's situation.*¹⁴⁶ Trata-se de um fenômeno decorrente de um ambiente com alta assimetria de informação, que do ponto de vista securitário a seguradora realiza contratos de seguro com empresas/indivíduos com riscos tóxicos, pois estes se sentem incentivados a contratar o seguro em detrimento daqueles que apresentam riscos saudáveis.

Nesse sentido, Gregory Mankiw explica:

*“Quando os mercados estão sujeitos à seleção adversa, a mão invisível pode não necessariamente operar sua mágica. (...) Nos mercados de seguros, os compradores com baixo risco podem optar por permanecer sem seguro, já que as apólices que lhes são oferecidas não refletem suas verdadeiras características.”*¹⁴⁷

O **risco moral** no contrato securitário é uma consequência comportamental que o seguro gera em quem o contrata. Segundo Harold D. Skipper e W. Jean Kwon, sobre o referido conceito:

*“Is the propensity of individuals to alter their behavior when risks are transferred to a third party. For exemplo, insureds have a tendency to alter their behaviour — to be less careful — because of the existence of insurance.”*¹⁴⁸

Os supracitados autores dividem o risco moral em 2 categorias:

1. **Efeitos ex-ante**: quando um agente não possui seguro, há um maior incentivo para que ele tenha maiores esforços de prevenção a acidentes, pois, caso eles ocorram, a integralidade do custo será do próprio agente. Em contrapartida, aqueles que possuem seguros sabem que os custos de um acidente serão pagos pela seguradora, portanto, tendem a serem menos cautelosos para prevenir sinistros. Outro problema que decorre desse efeito é as fraudes que podem

¹⁴¹ Bechara Santos, Ricardo. Cadernos de Seguro. N 169, novembro/dezembro de 2011, p. 16.

¹⁴² Bechara Santos, Ricardo. Cadernos de Seguro. N 169, novembro/dezembro de 2011, p. 16.

¹⁴³ “Em 1692, Jacob Bernoulli demonstrou um teorema segundo o qual, se se conhece a probabilidade de ocorrência de um evento num experimento aleatório, é possível indicar quais são as expectativas da frequência da sua ocorrência se o mesmo experimento for repetido um número considerável de vezes sob condições semelhantes. Por outro lado, se é desconhecida a probabilidade de um evento, mas o número de experimentos é muito grande, a sua probabilidade pode ser aproximada.

A Frequência Relativa de um evento é definida como sendo a relação entre o número de vezes em que um evento aconteceu numa dada série de repetições de um experimento aleatório e o número total de repetições do referido experimento. Em outras palavras:

	Nº de Ocorrências do Evento
Frequência Relativa =	Nº Total de Experiências

Conforme disposto em: <http://www.oderson.com/educacao/estatistica/9-leigranden.htm>. Acessado 27 de junho de 2014.

¹⁴⁴ George Arkelof, vencedor do Prêmio Nobel de Economia em 2001, no clássico artigo “The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism” (ARKELOF, George. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. The Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, No. 3. (Aug., 1970), pp. 488-500) exemplifica: quando o preço do prêmio do seguro saúde aumenta proporcionalmente à idade dos segurados, ocorre uma seleção adversa, pois apenas os que mais utilizam ou têm expectativa de utilizar o plano de saúde se mantêm como segurados. Dessa forma grande maioria dos “bons riscos” deixam o plano de saúde, que fica composto numa determinada faixa etária apenas de “riscos ruins”, o que o autor chama de limões. Trata-se de um fenômeno que decorre dos segurados saberem mais sobre sua saúde do que as próprias seguradoras. Dessa forma aqueles que sabidamente possuem problemas, porém não aparentes, têm mais incentivos a contratar um plano de saúde do que os outros indivíduos. Percebe-se que um dos grandes cenários que a seleção adversa gera em qualquer mercado de seguros é o aumento do custo para a seguradora, e em última análise, para os segurados (maiores prêmios). Isso ocorre, pois aqueles que são riscos

ser cometidas pelos segurados para que recebam indenizações da seguradora.¹⁴⁹

2. **Efeitos *ex-post*:** quando um agente não possui seguro, há um maior incentivo para que ele minimize os efeitos posteriores ao sinistro, afinal o custo será arcado integralmente pelo agente. Por outro lado, os que têm seguro tendem a se empenhar menor na minimização dos efeitos negativos de um sinistro, pois esse ônus econômico será coberto pela seguradora.¹⁵⁰

Extinção do Contrato:

De acordo com Maria Helena Diniz, o contrato de seguro se extingue:

- 1) *Pelo transcorrer do prazo acordado;*
- 2) *Pelo distrato, se ambos os contraentes concordarem em dissolver os vínculos que os sujeitavam;*
- 3) *Pela resolução por inadimplemento de obrigação legal ou de cláusula contratual que, por ter efeito ex nunc, não afetará situações já consumadas e os riscos verificados;*
- 4) *Pela superveniência do risco, porque, o contrato deixará de ter objeto e a seguradora pagará o valor segurado. Entretanto, se tal indenização for parcial, o contrato vigorará apenas pelo saldo da indenização;*
- 5) *Pela cessação do risco, em seguro de vida, se o contrato se configurar sob a forma de seguro de sobrevivência;*
- 6) *Pela nulidade, que não é causa que extingue o contrato, mas apenas torna-o ineficaz por força legal*¹⁵¹

Da Natureza Contratual do Seguro:

O Código de Defesa do Consumidor (“CDC”), norma de caráter constitucional e com conteúdo principiológico, incide nos contratos de seguros, via de regra.

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

(...)

Art. 3º...

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, *salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (grifo nosso)*

Nesse sentido, para fins regulatórios¹⁵², a atividade securitária é considerada a prestação de um serviço e, nesses termos, o segurado é um consumidor pela

ruins, e sabem disso, aumentam o custo médio para o grupo segurado. George Arkelof explica: *The principal of “adverse selection” is potentially present in all lines of insurance. The following statement appears in an insurance textbook written at the Wharton School: There is potential adverse selection in the fact that healthy term insurance policy holders may decide to terminate their coverage when they become older and premiums mount. This action could leave an insurer with an undue proportion of below average risks and claims might be higher than anticipated. Adverse selection “appears (or at least is possible) whenever the individual or group insured has freedom to buy or not to buy, to choose the amount or plain insurance, and to persist or to discontinue as a policy holder”*

¹⁴⁵ Mankiw, N. G. *Introdução à Economia*. 5ª Ed. São Paulo: CENGAGE Learning, p. 469.

¹⁴⁶ Skipper, Harold; Kwon, Jean. *Risk Management and Insurance Perspectives in a Global Economy*. Blackwell Publishing, 2007. P. 702.

¹⁴⁷ Mankiw, N. G. *Introdução à Economia*. 5ª Ed. São Paulo: CENGAGE Learning, p. 469.

¹⁴⁸ Skipper, Harold; Kwon, Jean. *Risk Management and Insurance Perspectives in a Global Economy*. Blackwell Publishing, 2007. P. 481

¹⁴⁹ Skipper, Harold; Kwon, Jean. *Risk Management and Insurance Perspectives in a Global Economy*. Blackwell Publishing, 2007. P. 482.

¹⁵⁰ Skipper, Harold; Kwon, Jean. *Risk Management and Insurance Perspectives in a Global Economy*. Blackwell Publishing, 2007. P. 482.

¹⁵¹ Diniz, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro* 3o. volume. 9ª. Ed. São Paulo. Saraiva, 1994, p. 318

¹⁵² Há discussão sob a perspectiva tributária quanto a natureza da atividade, pois o Fisco cobra ISS e as seguradoras dizem que por já pagarem o IOF, o ISS não seria devido.

leitura da supracitada norma. Dessa forma, um contrato de seguro civil se caracteriza como uma relação de consumo¹⁵³ e, portanto, um contrato de consumo.

Nesse sentido, a título de exemplo, muito embora o Art. 206, § 1º, II do CC/02 determine que o prazo prescricional no contrato de seguros é de um ano (para ambas as partes), Cavalieri Filho chama a atenção:

“O código do consumidor estabeleceu prazo prescricional de cinco anos para todos os casos de pretensão à reparação de danos causados por fato do produto e do serviço. E como esse Código se aplica à atividade securitária, temos como certo que o prazo para o segurado exercer a sua pretensão contra o segurador, tratando-se de relação de consumo, não é mais de um ano, [...] mas sim de cinco anos”¹⁵⁴.

Há contrato empresarial no âmbito securitário?

Quando uma grande empresa como a Petrobrás firma um contrato de seguro multimilionário sobre suas plataformas de petróleo e outros riscos relacionados a sua atividade com uma seguradora estamos diante de uma situação distinta daquela pessoa física comprando um seguro civil. Quando duas grandes empresas, buscando o lucro, firmam um contrato, assessoradas por grandes escritórios, com o *know-how* tanto do *business* quanto do direito, nos parece que a natureza do contrato se aproxima de um contrato empresarial e se afasta de uma relação de consumo. No final do dia, nestes casos, há baixa assimetria de informação e ampla abertura negocial entre as partes, o que corrobora com a tese que afasta o direito do consumidor.

Seguindo essa lógica, no contrato de seguros empresarial¹⁵⁵ se observa que a transferência do risco se insere no processo de organização de uma empresa, sendo em última análise um insumo. Entretanto, caso determinada empresa/empresário contratante seja vulnerável em relação à seguradora CDC pode ser utilizado como instrumento interpretativo da relação contratual que tende a se aproximar da natureza de um seguro civil.

¹⁵³ Na subsequente decisão se observa a relação de consumo num contrato de seguro:

Contrato de seguro por adesão — Avença firmada antes da vigência de CDC — Desconhecimento pelo segurado de cláusulas restritivas — Aplicação das regras de interpretação do CDC. Embora avença tenha sido firmada antes de sua vigência, tais critérios hermenêuticos já eram aplicados pelos tribunais para evitar abusos. Provimento negado. (1ª. TACSP, 2ª. C., Ap.No. 513.693-0, j. em 23.2.1994, rel. Juiz Carlos Eduardo Souza Goulart).

Outros exemplos da incidência do CDC nos contratos de seguros podem ser observadas em seguros de saúde: A Juíza Renata Palheiro Mendes de Almeida (JUÍZA TITULAR DA 2ª VARA DE MIRACEMA, EM ATUAÇÃO NO PLANTÃO NOTURNO DA CAPITAL NO QUADRIMESTRE DE OUT/2011- JAN/2012) se manifestou nesse sentido num estudo feito para Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados: “Muito embora até se compreenda preocupações do setor de saúde suplementar com a seleção adversa (pessoas que já contratam o seguro saúde doentes) e declarações médicas viciadas, o fato é que tais problemas devem ser combatidos de outras formas lícitamente previstas e não impondo aos seus consumidores limitações abusivas aos seus direitos legítimos.”

No mesmo sentido o caso: REsp 466667/SP, RECURSO ESPECIAL, Relator o Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ de 17.12.2007;

¹⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 453.

¹⁵⁵ Seguros empresariais usuais são os de transporte, responsabilidade civil, agrícola e de crédito.



JOÃO PEDRO BARROSO DO NASCIMENTO

Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pós-Graduado em Direito Empresarial, com concentração em Direito Societário e Mercado de Capitais, pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV-RJ). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial (IBRADEMP). Docente dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação da FGV Direito Rio Professor das Disciplinas: “Direito Societário Avançado”; “Contratos Empresariais”; e “Ofertas Públicas, Tomadas de Controle e Medidas Defensivas”. Autor do livro “Medidas Defensivas à Tomada de Controle de Companhias” e de diversos artigos em obras coletivas e revistas especializadas.



FICHA TÉCNICA

Fundação Getúlio Vargas

Carlos Ivan Simonsen Leal
PRESIDENTE

FGV DIREITO RIO

Joaquim Falcão
DIRETOR

Sérgio Guerra
VICE-DIRETOR DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Rodrigo Vianna
VICE-DIRETOR ADMINISTRATIVO

Thiago Bottino do Amaral
COORDENADOR DA GRADUAÇÃO

Andre Pacheco Mendes
COORDENADOR DO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA — CLÍNICAS

Cristina Nacif Alves
COORDENADORA DE ENSINO

Marília Araújo
COORDENADORA EXECUTIVA DA GRADUAÇÃO