

APRESENTAÇÃO

A FGV é formada por diferentes centros de ensino e pesquisa com um único objetivo: ampliar as fronteiras do conhecimento, produzir e transmitir ideias, dados e informações, de modo a contribuir para o desenvolvimento socioeconômico do país e sua inserção no cenário internacional.

Fundada em 2002, a Escola de Direito de São Paulo privilegiou um projeto diferenciado dos currículos tradicionais das faculdades de direito, com o intuito de ampliar as habilidades dos alunos para além da técnica jurídica. Trata-se de uma necessidade contemporânea para atuar em um mundo globalizado, que exige novos serviços e a interface de diversas disciplinas na resolução de problemas complexos. Para tanto, a Escola de Direito de São Paulo optou pela dedicação do professor e do aluno em tempo integral, pela grade curricular interdisciplinar, pelas novas metodologias de ensino e pela ênfase em pesquisa e publicação. Essas são as propostas básicas indispensáveis à formação de um profissional e de uma ciência jurídica à altura das demandas contemporâneas.

No âmbito do programa de pós-graduação *lato sensu*, o *GVlaw*, programa de especialização em direito da Escola de Direito de São Paulo, tem por finalidade estender a metodologia e a proposta inovadoras da graduação para os profissionais já atuantes no mercado. Com mais de 10 (dez) anos de existência, a unidade já se consolidou no cenário jurídico nacional por meio de seus cursos de especialização, corporativos e de educação continuada. Com a presente “Série *GVlaw*”, o programa espera difundir seu

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [X Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [X Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: xlivros.com ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.

série **GVlaw**

Wanderley Fernandes
Coordenador

CONTRATOS EMPRESARIAIS

Contratos de Organização da Atividade Econômica

Caio Farah Rodriguez
Daniel Santa Bárbara Esteves
Fabio Coutinho de Alcantara Gil
Flavio Lucas de Menezes Silva
Gabriele Tusa
Giancarlo Melito
Kleber Luiz Zanchim
Manoel J. Pereira dos Santos
Paulo Dóron Rehder de Araujo
Pedro Guilherme Gonçalves de Souza
Wanderley Fernandes

2011





Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30
às 19:30

saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-
0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 –
Bauru

CEARÁ/PIAUI/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85)
3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 /
3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax:
(62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-14988-5

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Contratos empresariais : contratos de organização da atividade econômica / Wanderley Fernandes, coordenador. — São Paulo : Saraiva, 2011. — (Série GVlaw) Vários autores.

1. Contratos - Brasil 2. Direito empresarial - Brasil I. Fernandes, Wanderley. II. Série. 11-00848 CDU-347.74:338.93(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Contratos empresariais : Direito empresarial
347.74:338.93 (81)

Diretor editorial Luiz Roberto Curia

Gerente de produção editorial Lígia Alves

Editora Manuella Santos de Castro

Assistente editorial Aline Darcy Flôr de Souza

Assistente de produção editorial Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais Ana Cristina Garcia / Bernadete R. S. Maurício

Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas / Sônia de Paiva Lima

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati / Rita de Cassia S. Pereira

Serviços editoriais Ana Paula Mazzoco / Carla Cristina Marques

Produção Gráfica Marli Rampim

Impressão

Acabamento

Data de fechamento da edição: 29-6-2011

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Aos alunos do *GVlaw*.

APRESENTAÇÃO

A FGV é formada por diferentes centros de ensino e pesquisa com um único objetivo: ampliar as fronteiras do conhecimento, produzir e transmitir ideias, dados e informações, de modo a contribuir para o desenvolvimento socioeconômico do país e sua inserção no cenário internacional.

Fundada em 2002, a Escola de Direito de São Paulo privilegiou um projeto diferenciado dos currículos tradicionais das faculdades de direito, com o intuito de ampliar as habilidades dos alunos para além da técnica jurídica. Trata-se de uma necessidade contemporânea para atuar em um mundo globalizado, que exige novos serviços e a interface de diversas disciplinas na resolução de problemas complexos. Para tanto, a Escola de Direito de São Paulo optou pela dedicação do professor e do aluno em tempo integral, pela grade curricular interdisciplinar, pelas novas metodologias de ensino e pela ênfase em pesquisa e publicação. Essas são as propostas básicas indispensáveis à formação de um profissional e de uma ciência jurídica à altura das demandas contemporâneas.

No âmbito do programa de pós-graduação *lato sensu*, o *GV_{law}*, programa de especialização em direito da Escola de Direito de São Paulo, tem por finalidade estender a metodologia e a proposta inovadoras da graduação para os profissionais já atuantes no mercado. Com mais de 10 (dez) anos de existência, a unidade já se consolidou no cenário jurídico nacional por meio de seus cursos de especialização, corporativos e de educação continuada. Com a presente "Série *GV_{law}*", o programa espera difundir seu magistério, conhecimento e suas conquistas.

Todos os livros da série são escritos por professores do *GV_{law}*, profissionais de reconhecida competência acadêmica e prática, o que torna possível atender às demandas do mercado, tendo como suporte sólida fundamentação teórica.

O *GV_{law}* espera, com essa iniciativa, oferecer a estudantes, advogados e demais profissionais interessados insumos que,

agregados às suas práticas, possam contribuir para sua especialização, atualização e reflexão crítica.

Leandro Silveira Pereira
Diretor Executivo do GVLaw

PREFÁCIO

É com muita satisfação que apresentamos o terceiro volume da série sobre *contratos empresariais* do projeto editorial da Fundação Getúlio Vargas. As obras estão inseridas em programa amplo de todas as áreas desenvolvidas pelos cursos do GV*law*.

A série teve início com o livro *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*, coordenada por nós, devendo ter sua segunda edição publicada em breve, ampliada com um novo capítulo sobre redes contratuais, contratos conexos e coligados, de autoria de Rodrigo Xavier Leonardos. O segundo livro, *Contratos de consumo e atividade econômica*, tratando das relações de consumo inseridas na atividade empresarial, teve a coordenação de Teresa Ancona Lopez, professora titular de direito civil da Universidade de São Paulo, juntamente com Ruy Rosado de Aguiar, professor e ministro do Superior Tribunal de Justiça. Merecidamente, obteve indicação para o Prêmio Jabuti em direito no ano de 2010.

O plano contempla mais este livro sobre os contratos colaborativos e de organização, pelos quais os agentes econômicos se associam para o exercício de dada atividade econômica. O quarto e último volume cuidará do financiamento da atividade econômica em suas diversas modalidades e encontra-se em elaboração sob a nossa coordenação em parceria com o professor Flávio Maia.

Embora os textos tenham por inspiração as disciplinas dos cursos de contratos do GV*law*, acreditamos que serão úteis a todos os estudiosos e profissionais do direito.

A forma usual de colaboração empresarial se dá no âmbito societário, com a constituição de sociedades nas suas diversas formas. Nosso objetivo, aqui, é demonstrar que o contrato também serve de instrumento para a organização de atividades econômicas. Segundo os autores da análise econômica do direito (*law and economics*), a colaboração ocorre pela internalização de determinadas atividades (a empresa cria seus departamentos e áreas internas de atuação ou estabelece parcerias nas relações com o mercado pela

via contratual – contratos de consórcio, distribuição, representação e outras formas colaborativas). A opção entre um ou outro modelo se dá pela análise dos custos de transação nas relações de mercado e de monitoramento dos colaboradores dentro da empresa, fenômeno que explica as ondas de terceirização ou internalização das atividades no âmbito empresarial.

Embora o livro pudesse incluir outros contratos, optamos por aqueles que julgamos mais relevantes para a organização da atividade econômica envolvendo parceiros no mercado.

Paulo Dóron Rehder de Araujo escreve sobre o contrato de representação comercial, indicando suas características e sua distinção com outros tipos contratuais, especialmente considerando-se a técnica legislativa deficiente dos artigos 710 e seguintes do Código Civil, ao disciplinar os contratos de “agência e distribuição”.

Temos a importante contribuição de Manoel J. Pereira Santos, coordenador dos cursos sobre propriedade intelectual do *GV_{law}*, apresentando os contratos com parceria em termos tecnológicos. Modernamente, são várias as formas de contratação pelas quais a capacidade de inovação se alia ao empreendedorismo e à disponibilidade de recursos para o desenvolvimento de novos negócios ou para o ingresso em novos mercados.

O terceiro capítulo certamente não esgota a investigação de uma modalidade de associação que tem-se desenvolvido no Brasil e no exterior como forma de viabilizar empreendimentos em infraestrutura: os chamados contratos de aliança. O capítulo é desenvolvido por Caio Farah Rodriguez, com a nossa contribuição. A bibliografia é escassa sobre o assunto, de maneira que acreditamos relevante a discussão de uma forma moderna de parceria entre agentes econômicos, superando o modelo *adversarial* típico entre dono da obra e empreiteiros.

Fábio Coutinho de Alcântara Gil é autor de tese de doutorado que tem por objeto os contratos de *engineering*. Neste nosso trabalho, ele é responsável pelo texto sobre contratos de empreitada. A justificativa desse contrato neste livro se dá pelo fato de que, em muitas atividades, a implantação do empreendimento empresarial

define a própria operação da atividade econômica. Redes de telefonia, usinas hidrelétricas, eólicas, termelétricas e muitos estabelecimentos industriais têm sua capacidade de produção e de desempenho determinada pela adequada construção de tais unidades. Nesse sentido, o contrato de empreitada é essencial para a organização material da empresa.

Nos cursos de administração de empresas são apresentadas algumas estratégias de entrada em novos mercados, e a forma clássica, inclusive para mitigação de riscos, é a associação com parceiros locais para melhor escoamento da produção. O contrato de distribuição, portanto, é um dos principais instrumentos de organização da atividade em um novo território. Giancarlo Melito apresenta a matéria analisando as questões mais relevantes e controvertidas.

O sexto capítulo, sobre os contratos de franquia, é desenvolvido por Gabriele Tusa e Flávio Lucas de Menezes Silva. A relevância do tema ao nosso livro é evidente, sendo desenvolvido de maneira clara e objetiva pelos autores.

Além de instrumentos de organização da atividade econômica, os contratos podem ser, igualmente, qualificados como mecanismos de alocação eficiente de riscos. Isso é especialmente relevante para o incentivo à atividade e desenvolvimento econômico. Não poderíamos, portanto, deixar de incluir os contratos de seguro, aqui tratados em parceria por Kleber Luiz Zanchim e Pedro Guilherme Gonçalves de Souza.

Finalmente, Daniel Santa Bárbara Esteves dedica-se ao estudo de uma figura jurídica cada vez mais presente na atividade econômica: o consórcio de empresas. O tema é regulado por apenas dois artigos da Lei n. 6.404/76 e por algumas normas de natureza tributária não muito claras. Os grandes investimentos em infraestrutura e as atividades objeto de concessão do Poder Público têm levado muitos empresários a estabelecer parcerias para empreendimentos determinados, e o consórcio tem sido o modelo adotado.

Como se vê, nosso objetivo jamais foi desenvolver um manual de contratos em espécie, reproduzindo todos os tipos previstos no

Código Civil. Procuramos, sim, tratar das figuras mais relevantes para evidenciar a importância dos contratos como instrumento de organização da atividade econômica.

Wanderley Fernandes
Coordenador

SUMÁRIO

[Apresentação](#)

[Prefácio](#)

[1 CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL](#)

[Paulo Dóron Rehder de Araujo](#)

[1.1 Contextualização: função da representação comercial](#)

[1.2 Qualificação e localização do contrato: existência](#)

[1.2.1 Representação comercial e prestação de serviços](#)

[1.2.2 Representação comercial e mandato](#)

[1.2.3 Representação comercial e comissão](#)

[1.2.4 Representação comercial e corretagem](#)

[1.2.5 Representação comercial e distribuição](#)

[1.2.6 Representação comercial e agência](#)

[1.2.7 Representação comercial e vendedor/comprador empregado](#)

[1.2.8 Conclusão parcial: localização da representação comercial dentre os demais contratos](#)

[1.3 Conteúdo do contrato: validade e eficácia](#)

[1.3.1 Registro no Conselho Regional da categoria](#)

[1.3.2 Forma](#)

[1.3.3 Condições gerais](#)

[1.3.4 Objeto](#)

[1.3.5 Tempo](#)

[1.3.6 Aspecto geográfico](#)

[1.3.7 Exclusividade](#)

[1.3.8 Remuneração do representante](#)

[1.3.9 Demais obrigações das partes](#)

[1.3.9.1 Obrigações do representante](#)

[1.3.9.2 Obrigações do representado](#)

[1.4 Extinção da relação jurídica](#)

Referências

2 OS CONTRATOS DE TECNOLOGIA

Manoel J. Pereira dos Santos

2.1 Introdução

2.2 O que são contratos de tecnologia

2.3 Regime jurídico dos contratos de tecnologia

2.4 Licenças de marca, de patente e de desenho industrial

2.5 Contratos de cessão

2.6 Contratos de fornecimento de tecnologia

2.7 Contratos de prestação de serviços técnicos

2.8 Contratos de Compartilhamento de Pesquisa ou Acordos de
Cooperação Tecnológica

2.9 Contratos de franquia

2.10 Acordos de confidencialidade

2.11 Conclusão

Referências

3 ASPECTOS CONTRATUAIS DA “ALIANÇA” EM EMPREENDIMENTOS DE INFRAESTRUTURA

Wanderley Fernandes e Caio Farah Rodriguez

3.1 Tema, premissas e plano da exposição

3.2 Circunstâncias empresariais em que se desenvolve o contrato de
aliança

3.3 Notas características da aliança

3.4 Qualificação categorial da aliança

3.5 A boa-fé na aliança

3.6 Conclusões

Referências

4 CONTRATO DE EMPREITADA – OBRIGAÇÕES DE MEIO, DE RESULTADO E DILIGÊNCIA

Fabio Coutinho de Alcantara Gil

4.1 Contrato de empreitada, qualificação e objeto

4.2 Contrato de empreitada – obrigações de meio e de resultado – jurisprudência

4.3 As obrigações de meio

4.4 Serviços profissionais

4.5 Conclusão

Referências

5 CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

Giancarlo Melito

5.1 Introdução

5.2 Características gerais do contrato de distribuição

5.2.1 Natureza jurídica

5.2.2 Legislação aplicável

5.2.3 Principais obrigações

5.3 Cláusulas contratuais controvertidas

5.3.1 Cláusula penal e de responsabilidade civil

5.3.2 Cláusula de exclusividade

5.3.3 Cláusula de vigência e extinção

5.4 Conclusão

Referências

6 CONTRATO DE FRANQUIA EMPRESARIAL: A INSTRUMENTALIZAÇÃO DE UM NEGÓCIO FORMATADO

Flavio Lucas de Menezes Silva e Gabriele Tusa

6.1 Introdução

6.1.1 Considerações gerais sobre o franchising. Conceito de franchising. O franchising no Brasil e a perspectiva econômica

6.2 Formação e classificação do contrato

6.2.1 Aspectos da formação do vínculo contratual

6.2.1.1 Circular de Oferta de Franquia

6.2.2 O Contrato de Franquia Empresarial

6.2.2.1 O contrato preliminar

6.2.2.2 Natureza jurídica do contrato de franquia empresarial

6.2.2.3 Classificação

6.2.2.3.1 Bilateral

6.2.2.3.2 Oneroso

6.2.2.3.3 Comutativo

6.2.2.3.4 Consensual

6.2.2.3.5 Formal e solene

6.2.2.3.6 Principal

6.2.2.3.7 Execução continuada ou de duração

6.2.2.3.8 Intuitu personae

6.2.2.3.9 Atípico e nominado

6.2.2.3.10 Por adesão

6.2.2.3.11 Integração e colaboração

6.2.3 Elementos do contrato de franquia empresarial

6.2.3.1 Marca

6.2.3.1.1 Trade dress

6.2.3.2 Know-how

6.2.3.2.1 Transmissão de know-how no Business format franchising

6.3 Conclusão

Referências

7 SEGURO: ATO E ATIVIDADE

Pedro Guilherme Gonçalves de Souza e Kleber Luiz Zanchim

7.1 Introdução

7.2 O contrato de seguro

7.2.1 O prêmio

7.2.2 A garantia

7.2.2.1 Garantia e regulação do sinistro

7.2.2.2 Garantia e indenização

7.2.2.3 Garantia e boa-fé

7.2.2.4 Garantia e interesse

7.2.2.4.1 Interesse legítimo

7.2.3 Risco

7.2.3.1 Risco e incerteza

7.3 Categorias do contrato de seguro no Código Civil

7.3.1 Prescrição

7.3.2 Seguro de dano

7.3.2.1 Valor da indenização

7.3.2.2 Cessão do contrato

7.3.2.3 Seguro de responsabilidade civil

7.3.3 Seguro de pessoa

7.3.3.1 O beneficiário

7.3.3.2 Seguro, dívidas e herança

7.3.3.3 Não pagamento do prêmio

7.3.3.4 Seguro e suicídio

7.4 A operação de seguro

7.4.1 Aversão e propensão a risco

7.4.2 Distribuição de risco

7.4.2.1 Distribuição primária de risco: o seguro e o cosseguro

7.4.2.2 Redistribuição de risco: o resseguro e a retrocessão

7.4.2.3 Síntese

7.4.3 Regulação estatal da operação de seguro

7.4.3.1 Heterorregulação da operação de seguro

7.4.3.2 A regulação e os agentes reguladores

7.4.3.3 Limites às normas (infralegais) de regulação

7.5 Considerações finais

Referências

8 CONSÓRCIO DE EMPRESAS

Daniel Santa Bárbara Esteves

8.1 Considerações preliminares

8.2 Definição e utilidade do consórcio – sua razão de ser

8.3 Modalidades de consórcio

8.4 Representação

8.5 Personalidade jurídica (ou falta dela), sujeito de direito e patrimônio

8.5.1 Teoria contratual pluralista – identificação entre pessoa jurídica e sujeito de direito – regra da pluralidade de obrigações

8.5.2 Crítica – a condição de sujeito do consórcio – falta de patrimônio próprio

8.5.3 Responsabilidade das consorciadas

8.6 Tributos

8.7 Considerações finais

Referências

1 CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL

Paulo Dóron Rehder de Araujo

Professor do Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVlaw; bacharel e doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP); professor da Escola Paulista de Direito (EPD); advogado em São Paulo.

1.1 Contextualização: função da representação comercial

Para que se possa compreender e aplicar corretamente os conceitos que derivam do contrato de representação comercial, é preciso analisá-lo sob dois âmbitos: estrutural e funcional¹.

A análise estrutural de um negócio jurídico se preocupa com seu aspecto estático. Quais são seus elementos essenciais? Quais seus requisitos indispensáveis? Como se formatam esses elementos e requisitos para configurar este ou aquele negócio jurídico?

Já a análise funcional de determinado negócio quer saber sobre a dinâmica da relação jurídica que aquele arranjo faz nascer. Para que serve aquele negócio? Qual é a sua utilidade? Por que as pessoas o celebram? Quais as consequências da celebração do negócio?

Aplicando-se uma analogia simples entre Direito e futebol, é como dizer que a análise estrutural se ocupa apenas em descrever as traves, o campo, as medidas e peso da bola, os uniformes dos times etc. Já a análise funcional tem a tarefa de aplicar essas descrições estruturais à dinâmica do jogo, quando os times entram em campo e a bola efetivamente passa a rolar.

Analisados isolada e abstratamente, são raros os contratos que desde logo revelam todos os seus detalhes e suas consequências. Tome-se a compra e venda por exemplo. Sem se saber quem são as partes, qual é o objeto e em qual contexto está inserido o contrato, é impossível afirmar se àquele contrato se pode atribuir o adjetivo civil, empresarial ou “de consumo”.

A estrutura do contrato é incapaz de (na grande maioria das vezes), por si só, revelar o âmbito socioeconômico no qual se insere a relação jurídica decorrente daquele negócio determinado.

Vê-se, assim, que a análise estrutural ou estática não basta para a compreensão completa do Direito Privado em todas as suas nuances e matizes. As relações jurídicas são necessariamente dinâmicas, isto é, têm funções determinadas pelos agentes que fazem parte dessas mesmas relações. O estudo dos institutos jurídicos, portanto, deve-se ocupar da análise estrutural e funcional, de modo a se obter uma ideia o mais completa possível de cada uma das figuras e conceitos que fazem o Direito².

A título de exemplo, tome-se a classificação de contratos em civis e empresariais. Só é possível saber se um contrato é ou não é empresarial depois que o jogo começou. A disciplina da qual este livro inteiro se ocupa, portanto, depende de uma configuração dinâmica óbvia: a conclusão de que certo contrato é empresarial.

Nesse ponto se insere o contrato de representação comercial, previsto e disciplinado pela Lei n. 4.886, de 9-12-1965.

Estruturalmente, o contrato de representação comercial traz consigo semelhanças quase indissociáveis de outros contratos conhecidos, como a prestação de serviços, o mandato, a comissão, a corretagem e o próprio contrato disciplinador da relação de emprego previsto na Consolidação das Leis do Trabalho.

É, todavia, a análise funcional que revelará seus principais traços distintivos e o elevará à autonomia em relação a qualquer outro contrato previsto pelo Código Civil ou por outra lei extravagante.

Mas, afinal, qual é a função do contrato de representação comercial?

A lei pode nos dar a primeira pista. O art. 1º da Lei n. 4.886/65 prescreve: “Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios”.

Pode-se dizer que o contrato de representação comercial tem por precípua função colaborar para o sucesso da cadeia de suprimentos³ do empresário.

Preferimos nos socorrer de ilustração⁴ para esclarecer o conceito de cadeia de suprimentos:



O representante comercial se coloca como elo ou intermediário entre os diversos integrantes da cadeia de suprimentos. É sua função promover a celebração de negócios. Normalmente, o representante comercial é visto como um canal de vendas. Contudo, inobstante respeitáveis opiniões em contrário⁵, somos do entendimento de que o representante comercial pode ser tanto um profissional de vendas como um profissional de compras.

A ideia é que o representante comercial atue aproximando os estágios da cadeia de suprimentos. É ele quem vai intermediar os negócios jurídicos de aquisição de matéria-prima, de aquisição ou venda de produtos ou serviços por atacadistas, varejistas e até pelo próprio consumidor⁶.

De fato, os representantes comerciais servem “como prestimosos auxiliares dos comerciantes para a realização de seus negócios”⁷.

Trata-se da evolução do conceito do “caixeiro viajante”, do mascate, que atravessava os mais distantes rincões para levar a quem quisesse comprar mercadorias das mais diversas. O empresariado percebeu que seria mais interessante contar “com colaboradores externos independentes. Esses agentes agiriam por si, com sua autonomia e independência, constituindo *a longa mão da empresa*”⁸.

Conforme afirmam Sunil Chopra e Peter Meindl, “o objetivo de toda cadeia de suprimento é maximizar o valor global gerado. (...) Para a maioria das cadeias de suprimento comerciais, o valor está fortemente ligado à *lucratividade da cadeia de suprimento*, que é a diferença entre a receita gerada pelo cliente e o custo total no decorrer da cadeia de suprimento. (...) Quanto maior sua lucratividade, mais bem-sucedida será a cadeia de suprimento”⁹.

Rubens Requião afirma quanto ao representante comercial que “suas atividades, sendo desvinculadas da empresa, reduzem as responsabilidades do empresário e comprimem os custos e riscos operacionais”¹⁰.

O representante comercial é, pois, um elemento agregador de eficiência à cadeia de suprimentos. Por meio de sua atuação, é

possível dar especialização à cadeia, uma vez que o empresário delega seu setor de vendas ou de compras a profissional cuja atividade se resume exatamente a promover contratos.

Não são trazidas apenas vantagens pelo contrato de representação comercial. Ao “terceirizar” seu departamento de vendas ou de compras, o empresário necessariamente perde controle sobre setor estratégico da empresa, que é justamente o escoamento da produção e a abertura e manutenção do mercado.

A opção pelo emprego de representantes comerciais como auxiliares de determinada atividade empresarial passa por um equacionamento necessário entre ganho de eficiência (aumento da lucratividade) e perda de controle sobre estágios estratégicos da atividade empresarial¹¹.

Fica claro, portanto, que o representante comercial se apresenta para o empresário como um autêntico prestador de serviços de aproximação e mediação de contratos. A função primordial do contrato de representação comercial é aproximar os elos da cadeia de suprimentos e servir de veículo para o fechamento de negócios entre esses elos.

Porém, não, é apenas o contrato de representação comercial que serve para intermediar negócios. Há uma série de outros contratos previstos pelo Código Civil ou por outras leis que também têm função semelhante.

Para bem compreender o contrato de representação comercial, será preciso compará-lo com cada um desses contratos afins, de modo a identificá-lo como instituto jurídico autônomo e independente, isto é, para que se possa afirmar com certeza que aquele contrato entre um empresário e um intermediário de negócios existe como representação comercial, de modo que lhe devem ser aplicadas as normas previstas na Lei n. 4.886/65.

É do que nos ocuparemos neste momento.

1.2 Qualificação e localização do contrato: existência

1.2.1 Representação comercial e prestação de serviços

O art. 593 do Código Civil prescreve: “A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo”.

O caráter marcante deste tipo de contrato é que ele tem por objeto prestação de trabalho, ou seja, a realização de uma obrigação de fazer por parte do prestador. Para Orlando Gomes, “designa o contrato mediante o qual uma pessoa se obriga a prestar um serviço a outra, eventualmente, em troca de determinada remuneração, executando-os com independência técnica e sem subordinação hierárquica”¹².

É inegável que o representante comercial presta certo trabalho ao representado, trabalho este que é justamente a promoção ou intermediação de negócios. Não se nega também que esse trabalho é prestado mediante determinada remuneração, assim como resta claro que na representação comercial não há subordinação hierárquica.

Até aqui, somente semelhanças. Contudo, dois são os traços diferenciais marcantes.

A primeira diz respeito à questão da eventualidade apontada por Orlando Gomes. De fato, o Código Civil se ocupa de contrato de prestação de serviço eventual no art. 593. Até porque, do contrário, iria contra o previsto no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n. 5.452, de 1º-5-1943), que elege como um dos elementos caracterizadores da relação de emprego a habitualidade.

O art. 1º da Lei n. 4.886/65 é expreso ao prescrever “o caráter não eventual” necessário à configuração da relação jurídica de representação comercial. Em outras palavras, o representante comercial não presta serviços eventuais ao representado, ele os presta habitualmente, por tempo determinado ou indeterminado, pois a representação comercial é elemento da própria atividade empresarial do representado.

O representante comercial é profissional. A representação é sua profissão e ele não a presta eventualmente, mas sempre. Mais do que isso, ele não faz uma intermediação aqui e outra ali, ele se vincula por lapso temporal duradouro (determinado ou não) ao representado.

Assim, a primeira diferença que salta aos olhos é a eventualidade. Ela existe na prestação de serviços do art. 593 do Código Civil, mas não existe na representação comercial.

Além dessa diferença, há outra. A norma do art. 593 claramente exclui de seu âmbito de incidência qualquer outro contrato que envolva prestação de serviços e que seja regido por lei trabalhista ou outra lei especial.

Vê-se, assim, que o legislador civil foi expresso ao admitir o caráter genérico e subsidiário do contrato de prestação de serviços. Em outras palavras, somente será prestação de serviços o contrato que prever prestação de fazer contra remuneração e não tiver outra norma para regê-lo.

Ora, o contrato de representação tem a Lei n. 4.886/65 para discipliná-lo, não se encaixando na previsão do art. 593 do Código Civil.

Pode-se dizer, entretanto, que o contrato de representação comercial é espécie de prestação de serviços, pois no fim das contas se resume à relação de troca entre um fazer e uma remuneração. Apesar de espécie de prestação de serviço, com ela não se confunde, conforme já se afirmou.

1.2.2 Representação comercial e mandato

Eis o texto do art. 653 do Código Civil: "Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato".

O texto do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 4.886/65 é de fazer pensar: "Quando a representação comercial incluir poderes atinentes ao mandato mercantil, serão aplicáveis, quanto ao exercício deste, os preceitos próprios da legislação comercial".

Uma coisa é certa. Se o representante comercial efetivamente tiver poderes para falar e fechar negócios em nome do representado, ou seja, se tiver poderes de representação nos termos do art. 116 do Código Civil, a ele se aplicarão as normas do mandato, por expressa disposição da Lei de Representação Comercial.

A representação, em sentido técnico, é o poder que uma pessoa (representante) outorga a outra (representado) para que a manifestação de vontade do representante produza efeitos sobre a esfera jurídica do representado. Trata-se da transferência da faculdade de se obrigar. Pela representação, a declaração de vontade de uma pessoa cria obrigações para outra.

O poder de representação decorre da lei ou de negócio jurídico de outorga de poderes (art. 115 do Código Civil), comumente conhecido como procuração ou procura.

Curioso notar que embora o contrato aqui sob análise se chame "representação comercial", nem sempre (na verdade, quase nunca) haverá outorga de poderes de representação em sentido técnico ao representante comercial. Normalmente, o representante comercial não fecha o negócio, ele não tem poderes para isso¹³. A tarefa do representante comercial é apresentar o contrato ao cliente, convencê-lo a contratar e encaminhar notícia do interesse de contratar ao representado (pedido ou proposta). Uma vez que o representado recebe o pedido ou a proposta, ele pode aceitar ou não, e só no primeiro caso é que o contrato se reputa celebrado.

O texto do art. 33 da Lei n. 4.886/65 é claro a esse respeito ao prever os "prazos para recusa das propostas ou pedidos, que hajam sido entregues pelo representante".

Assim, a Lei de Representação Comercial parte do pressuposto de que o representante comercial, normalmente, não tem poderes de representação, não podendo fechar negócios em nome do representado. Nos casos em que se prevê expressamente o poder de representação, a lei manda aplicar as regras do mandato.

Chega-se à conclusão de que se há poder de representação aplicam-se as regras do mandato; se não há, aplicam-se somente as

regras da Lei n. 4.886/65. Isso, todavia, não resolve a questão de diferenciar a representação comercial do mandato.

Até porque, muito embora escreva o Código Civil que a procuração é instrumento do mandato, isso nem sempre acontece. Há casos em que existe mandato sem representação e casos em que existe representação sem mandato¹⁴.

Desta feita, o traço que realmente diferencia o mandatário do representante comercial é a sua atuação.

O mandatário pode ser constituído para a realização de um único negócio, isto é, no mandato é possível haver a eventualidade de realização de negócios. O representante comercial é, como já se disse, profissional. A eventualidade não condiz com sua realidade. O representante comercial relaciona-se com o representado com habitualidade. Relações eventuais não caracterizam contrato de representação comercial, podendo, ao contrário, caracterizar mandato, com ou sem representação.

Outro traço diferencial é que o mandato admite-se gratuito (art. 658 do Código Civil). Já o contrato de representação comercial é sempre oneroso, pois é a profissão do representante.

Além disso, a questão do interesse do mandante ou representado é relevante. O mandatário age no exclusivo interesse do mandante, tanto que o contrato pode ser gratuito. Já o representante comercial atende o interesse do representado, mas também seu próprio interesse. Afinal, seu sustento depende do exercício da representação comercial.

Por fim, é preciso deixar claro: a Lei n. 4.886/65 não emprega a palavra representação em seu sentido estrito ou técnico (art. 116 do Código Civil), mas refere-se à representação como colaboração para a celebração de negócios jurídicos, sentido que era empregado pela doutrina à época de sua publicação.

O contrato de representação comercial não dá poderes para o representante comercial agir em nome do representado, exceto se o contrário for disposto ou se o representado outorgar procuração a seu representante comercial. Nesse último caso, aplicam-se conjuntamente com as regras da representação comercial as normas

do Código Civil referentes ao mandato e à representação em sentido técnico (arts. 115 e s. do Código Civil).

1.2.3 Representação comercial e comissão

Cumpra agora diferenciar a representação da comissão. A comissão é contrato antigo, dos tempos em que o transporte entre as praças comerciais era demorado e a comunicação, difícil.

“As dificuldades de comunicação impunham ao produtor consignar em mãos do comissário as mercadorias de que era proprietário, para que fossem vendidas aos clientes como se fossem dele, isto é, em seu nome, embora por conta do comitente. Todas as reclamações e ações eram suportadas pelo comissário que, por assim dizer, envolvia o comitente. Cabia-lhe, apenas, na relação interna que se estabelecia, prestar contas ao comitente”¹⁵.

O traço marcante da comissão é a atuação do comissário em seu próprio nome, mas por conta do comitente (art. 693 do Código Civil). Quem integra a relação jurídica é o comissário, que responde direta e integralmente perante o cliente (art. 694 do Código Civil). Por isso que Orlando Gomes diz ser a comissão espécie de mandato sem representação¹⁶.

É exatamente isso que diferencia a comissão da representação comercial. O representante comercial não se obriga em nome próprio. Ele nem mesmo faz parte da relação jurídica estabelecida entre representado e cliente. Todas as reclamações, problemas, ações e consequências do contrato celebrado se limitam ao representado e ao cliente. O representante comercial fica de fora. Ele é mero intermediário.

Em suma, portanto, o representante comercial difere do comissário porque este contrata em nome próprio, ignorando o cliente a circunstância de estar o comissário agindo por conta de outrem. Já o representante comercial age ostensivamente por conta do representado, deixando isso claro para o cliente desde o primeiro momento.

1.2.4 Representação comercial e corretagem

O objetivo do contrato de corretagem é a facilitação da conclusão de um contrato mediante atividade mediadora¹⁷. Segundo Gustavo Tepedino, o traço marcante da corretagem é a imparcialidade do corretor, que deve manter posição equidistante entre comprador e vendedor, não agindo nem em nome e nem por conta de nenhum dos lados do contrato a celebrar, citando inclusive precedente jurisprudencial para embasar sua conclusão¹⁸.

O Código Civil tem dispositivo que disciplina expressamente a corretagem: "Art. 722. Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas".

O que se lê é que a lei expressamente diferencia a corretagem do mandato, da prestação de serviços e de qualquer outra relação de dependência. Além disso, ela faz referência à obrigação do corretor de obter um ou mais negócios para seu cliente, conforme instruções recebidas.

Sabe-se que o contrato de corretagem é importantíssimo para a economia contemporânea, havendo algumas espécies de corretagem que são particularmente regulamentadas, como é a corretagem de imóveis, de seguros, de valores mobiliários, de títulos e fundos públicos, de mercadorias, de navios e de câmbio, sendo chamadas genericamente de corretagens oficiais¹⁹.

Até nisso há semelhança com a representação comercial, que também é profissão regulamentada pela Lei n. 4.886/65. Pergunta-se, então: estaria a representação comercial incluída na expressão "qualquer relação de dependência" prevista pelo art. 722 do Código Civil?

Não nos parece. O representante comercial, embora siga instruções e deva satisfações ao representado, não depende deste. O representante comercial é autônomo por definição, corre sozinho os riscos de sua atividade, de modo que não se pode dizer que ele dependa de alguém para exercer sua profissão²⁰.

Dizer que o representante comercial depende do representado no exercício de sua profissão é igualá-lo ao vendedor praticista,

empregado, previsto pela Lei n. 3.207, de 18-7-1957.

Mas se a diferença entre corretagem e representação comercial não está na relação de dependência, onde ela está então?

Duas são as respostas. Primeiramente, ela está na expressão "caráter não eventual" do art. 1º da Lei n. 4.886/65. O art. 722 do Código Civil é expresso em dizer que o corretor medeia um ou mais negócios. O representante comercial promove negócios para o representado em caráter não eventual, sempre. Eis o primeiro traço distintivo.

O segundo ponto de distanciamento repousa sobre o modo de agir do representante e do corretor. O art. 1º da Lei n. 4.886/65 fala que o representante comercial desempenha mediação para realização de negócios mercantis agenciando propostas ou pedidos. O representante comercial é um "tirador de pedidos"²¹, portanto. Ele está ligado (por contrato) ao representado, que é um empresário.

Já o art. 722 diz que o corretor obriga-se a obter para uma pessoa um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas. A atuação do corretor é apenas de mostrar para seu cliente oportunidade de negócios, enquanto a do representante é a de criar essas oportunidades.

É nesse sentido a afirmação de Pontes de Miranda, ao tratar de mediador (corretor) e agente (representante comercial): "A imparcialidade, que se apresenta como característica da mediação, não há na atividade do agente. O mediador ajuda ocasionalmente. O agente é colaborador fixo. O mediador pode exigir remuneração dos dois ou mais interessados; o agente, só à empresa de que ele é agente. O agente está, desde o início da atividade, no mundo jurídico e age dentro dele"²².

A diferença se dá pela função. O corretor medeia o negócio com imparcialidade porque ele não é parte da cadeia de suprimento do empresário. O representante comercial, por sua vez, é parte da cadeia de suprimento e não é imparcial, sua atuação se dá no interesse do empresário representado.

É uma questão de ponto de relevância hermenêutico²³. No contrato de corretagem o ponto de relevância está fixado no centro,

equidistante das partes interessadas na aproximação ou no negócio a realizar. Já na representação comercial, o ponto está muito mais próximo do empresário representado e mais distante do cliente.

Em uma analogia, pode-se dizer que se os contratos fossem aparelhos de rádio, nos quais a primeira estação a sintonizar seria uma parte do negócio mediado e a última estação a outra parte deste mesmo negócio, o *dial* da corretagem estaria no meio do cursor e o *dial* da representação comercial estaria bem mais próximo do representado que do cliente.

Em suma, dois traços distintivos: (a) não eventualidade e (b) proximidade jurídico-funcional entre representante comercial e representado.

1.2.5 Representação comercial e distribuição

A diferença que há entre o contrato de distribuição e o contrato de representação comercial é a mesma que há entre a distribuição e a agência. Trata-se da parte final do art. 710 do Código Civil: "... caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada".

O traço marcante do contrato de distribuição é o fato de o distribuidor ser proprietário do produto que ele distribui²⁴. O texto do Código Civil é claro ao dizer que o distribuidor tem de ter o produto "à sua disposição". Isso quer dizer: o distribuidor deve ter o poder de dispor sobre a coisa, poder este inerente ao direito de propriedade.

Toda a lógica do contrato de distribuição é a de que o distribuidor não faz a intermediação ou agencia vendas, ao contrário do que ocorre com o representante comercial. Adquire o bem e o revende, tirando proveito econômico de eventual lucro. "O bem passa do patrimônio do fornecedor para aquele do distribuidor e, posteriormente, para o terceiro adquirente"²⁵.

O ponto de distinção aqui, portanto, é a propriedade do bem. Na distribuição, passa primeiro para o distribuidor para depois chegar ao adquirente. Na representação comercial, vai diretamente do

representado para o adquirente, jamais entrando no patrimônio do representante comercial.

1.2.6 Representação comercial e agência

Chega-se à mais difícil distinção. O Código Civil previu o contrato de agência no art. 710, cujo texto, no que interessa, é: "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...".

Vale a pena repetir o texto do art. 1º da Lei n. 4.886/65, para mostrar a proximidade do tratamento legal: "Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios".

As semelhanças saltam aos olhos. A não eventualidade está presente em ambas as definições legais. A ausência de subordinação e de dependência também. O mesmo se diga do propósito: promover ou mediar a realização de certos negócios, à conta de outrem.

Talvez seja por conta de tamanhas semelhanças que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça seja contraditória ao diferenciar agentes e representantes comerciais, já se tendo afirmado, dentro da mesma turma julgadora, que "atividade de agência lotérica não se assemelha à representação comercial"²⁶, ao mesmo passo em que se fixou que "as casas lotéricas são efetivamente assemelhadas aos representantes comerciais e corretores, porquanto agem por conta dos terceiros, *in casu*, a Caixa Econômica Federal, auferindo comissões pelas vendas empreendidas"²⁷.

Ademais, as semelhanças apontadas levam muitos autores a tratar os dois contratos como sinônimos²⁸. Para estes juristas,

agência e representação são o mesmo contrato. Contudo, poucos deles resolvem o problema de haver duas normas distintas regulando o mesmo contrato (Código Civil e Lei de Representação Comercial). Os poucos que tratam do tema acabam se arvorando no art. 721 do Código Civil e dizem que, em caso de conflito, prevalecerá a regra prevista no Código Civil, como faz Humberto Theodoro Júnior²⁹.

Há, contudo, outros autores que dizem haver traços distintivos entre a agência do Código Civil e a representação comercial. Dentre estes se destacam Pontes de Miranda, Araken de Assis, Sílvio Venosa, Rubens Edmundo Requião e Carlos Alberto Hauer de Oliveira.

Os três primeiros autores elegem como critério distintivo o fato de o agente não realizar atos de execução do contrato por ele promovido, ao contrário do representante. Em verdade, Araken de Assis³⁰ e Sílvio Venosa³¹ são influenciados pelos argumentos de Pontes de Miranda.

Para este tratadista, a grande diferença entre o representante da empresa e o agente era o fato de que o primeiro fechava ou concluía os negócios, ao passo que o último apenas aproximava o cliente do empresário, sem concluir nada³².

Ocorre que Pontes de Miranda concebeu a figura do representante da empresa antes da promulgação da Lei n. 4.886/65. Tinha ele a ideia de que o representante efetivamente fosse titular do poder de representação em sentido técnico (atualmente previsto no art. 116 do Código Civil), o que não ocorreu.

O Direito Positivo foi atécnico no que diz respeito ao efetivo poder de representar e caracterizou como representação comercial tanto aquele que detém este poder como aquele que não detém. O parágrafo único do art. 1º da Lei n. 4.886/65 não deixa dúvidas a esse respeito.

Destarte, o representante comercial até pode concluir o negócio em nome do representado, mas para isso deverá ter poderes específicos e a ele se aplicarão as regras do mandato. Dado o texto legal, não há como concordar com o critério sugerido por Pontes de

Miranda e adotado por Araken de Assis e por Sílvio Venosa, pois não será todo representante comercial que concluirá negócios em nome do representado.

Já Rubens Edmundo Requião³³ afirma que são quatro os critérios capazes de fazer distinguir a agência da representação comercial: (a) campo de atuação (o representante comercial somente deve promover negócios mercantis ou empresariais, ao passo que o agente promove também negócios ou contratos civis e de consumo); (b) partes (o contrato de agência está restrito a pessoas físicas, enquanto o de representação comercial pode ser feito também por pessoas jurídicas); (c) prazo de aviso prévio para rescisão (no contrato de representação é de trinta dias e no de agência é de noventa dias) e (d) investimentos e rescisão (na agência, somente é possível rescindir depois de transcorrido prazo compatível com a natureza do negócio e o vulto dos investimentos feitos pelo agente – art. 720; na representação não haveria esta restrição).

Os dois últimos critérios devem ser descartados de imediato. Toma-se o conseqüente pelo antecedente. Não se pode classificar um contrato com base em seus efeitos. A qualificação jurídica do contrato diz respeito à sua existência. Sabendo-se que determinado contrato existe, aí sim é possível saber de seus efeitos.

Os critérios são inúteis ao estudioso ou profissional do Direito, porque a dúvida que se lhes imporá é saber qual é o contrato que têm diante de si, para, uma vez resolvido este problema, saberem se o prazo é de trinta ou de noventa dias e se se aplica ou não o art. 720 do Código Civil. Não é o prazo (de trinta ou noventa dias) ou o art. 720 que dirão se o contrato é de representação ou de agência, mas o contrário: sabendo-se sobre qual contrato se está a tratar (agência ou representação), será possível dizer se o prazo é mais curto ou mais longo e se a aplicação do art. 720 tem lugar.

O mesmo se diga do critério das partes. Este critério se baseia no art. 719 do Código Civil. Ali está escrito que os herdeiros do agente têm direito à remuneração proporcional em caso de morte deste antes do término do contrato. Rubens Edmundo Requião se baseia nesta norma para dizer que o contrato de agência somente pode ser

celebrado por pessoa física, uma vez que pessoas jurídicas não morrem.

A interpretação é forçada e contrária às máximas de bom senso. O artigo se preocupa com as pessoas físicas porque elas são as únicas que morrem. Mas não restringe o âmbito contratual a este tipo de pessoa. O que o art. 719 quer dizer é o seguinte: se o agente for pessoa física e morrer, seus herdeiros farão jus às remunerações em aberto; se o agente for pessoa jurídica, este artigo não se aplica (afinal, pessoas jurídicas não morrem).

Resta, então, o critério que diz respeito à natureza dos negócios. O representante comercial somente promove negócios mercantis, ao passo que o agente promove negócios civis e mercantis, ou somente os primeiros.

Carlos Alberto Hauer de Oliveira critica este critério. Segundo ele, "no atual estágio da tecnologia jurídica, não há mais espaço para qualificar-se negócios de civis e mercantis, especialmente porque o vigente Código Civil, de uma vez por todas, aboliu do direito brasileiro a teoria dos atos de comércio como sendo o núcleo central para a aplicação das normas do direito comercial"³⁴.

Não concordamos com a crítica exposta. De fato, a teoria dos atos de comércio não se mostrou adequada para diferenciar os contratos comerciais e os contratos civis, até porque, conforme antiga lição, a prática de um ato de comércio não faz do praticante um comerciante. O atual Código Civil, pode-se dizer, não elegeu essa teoria para conferir o *status* de empresário (nova expressão para designar o comerciante do século XXI) às pessoas físicas ou jurídicas, nem dela se afastou totalmente.

Dúvida não resta de que o Código trabalha com a distinção entre negócios empresariais e negócios não empresariais, tanto que disciplina o Direito Empresarial em Livro próprio³⁵.

O critério do Código para dizer quem é empresário e quem não é superou o conceito de ato e passou a se valer do conceito de atividade. Tullio Ascarelli foi preciso em suas palavras: "A atividade não significa ato, mas uma série de atos coordenáveis entre si, em função de uma finalidade comum"³⁶. Enquanto o ato jurídico é um

elemento que se completa em si mesmo, a atividade é composta pelo conjunto organizado de vários destes elementos, ela é maior que o ato isolado³⁷.

A adoção pelo Código Civil do conceito de atividade para deferir o *status* de empresário a uma ou outra pessoa fica clara quando se lê o texto do art. 966: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços".

Para ser empresário é preciso exercer uma atividade, isto é, uma empresa cuja finalidade seja a produção ou a circulação de bens ou de serviços. O exercício dessa atividade passa, obviamente, pela prática de inúmeros atos³⁸, que devem ser organizados e concatenados entre si para fazer nascer a tal atividade e produzir a finalidade desejada. Estes atos são os átomos que formam a molécula chamada atividade. Estes atos são os elementos componentes da atividade, são os chamados elementos de empresa.

A tarefa do empresário é justamente produzir e organizar estes atos para atingir seu objetivo.

Quando o *caput* do art. 1º da Lei n. 4.886/65 restringe a atuação do representante comercial para a promoção de "negócios mercantis", é preciso ler a lei contemporaneamente. A expressão não deve ser rechaçada pelo simples fato de supostamente fazer referência aos atos de comércio, mas deve ser integrada aos novos conceitos legais que permeiam o Direito Empresarial atualmente em vigor.

"Negócios mercantis" significam negócios jurídicos que compõem determinada empresa, ou seja, negócios que são elementos de certa atividade empresarial. O representante comercial, portanto, só pode ser mediador de negócios que integrem a atividade empresarial do representado, em outras palavras, a ele somente cabe promover os contratos que sirvam de meio ao representado para que ele atinja o fim de produzir ou circular bens ou serviços.

Em termos mais simples, a Lei de Representação Comercial reduz o âmbito de atuação do representante. Ele somente pode prestar

seus serviços a quem seja empresário. Ele somente receberá sua remuneração de quem for empresário.

É exatamente aí que reside a peculiaridade da representação comercial em relação à agência. O agente pode promover negócios de qualquer pessoa, seja ela empresária ou não. O representante comercial está restrito, seus representados serão sempre empresários.

A harmonização entre as regras do Código Civil que tratam da agência e as normas da Lei n. 4.886/65 se faz de forma perfeita. O contrato de agência é gênero do qual a representação comercial é espécie. Ambos têm o mesmo escopo, com a diferença de âmbito de atuação: o primeiro para civis e o último exclusivamente para empresários.

Ficam dentro do conceito puro de agência, portanto, diversos profissionais, como o *head hunter* (quando contratado pela pessoa que busca emprego), o *personal stylist* (que é quem escolhe as roupas que a pessoa vai comprar), o “empresário” de jogadores de futebol e outros atletas, de artistas em geral, os agentes de modelos e manequins etc.

A diferença, então, diz respeito ao *status* do representado ou comitente. Se ele for empresário, o agente será chamado de representante comercial e se submeterá integralmente às regras da Lei n. 4.886/65, inclusive no que diz respeito à inscrição no respectivo órgão de controle profissional; se, por outro lado, o comitente não exercer atividade empresarial, estar-se-á diante de um contrato de agência, que demandará a aplicação das regras previstas entre o art. 710 e o art. 721 do Código Civil.

1.2.7 Representação comercial e vendedor/comprador empregado

Cumpre, finalmente, diferenciar o representante comercial do vendedor empregado, previsto pela Lei n. 3.207/57, que em seu art. 1º prescreve: “As atividades dos empregados vendedores, viajantes ou praticistas serão reguladas pelos preceitos desta Lei, sem prejuízo das normas estabelecidas na Consolidação das Leis do Trabalho –

[Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943](#) – no que lhes for aplicável”.

A importância prática da diferenciação salta aos olhos. Para o vendedor empregado, aplica-se a Consolidação das Leis do Trabalho; para o representante comercial, não.

A caracterização do vínculo de emprego, conforme prevê o art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, depende da ocorrência dos seguintes pressupostos: (a) pessoalidade, (b) habitualidade, (c) onerosidade e (d) subordinação.

No contrato de representação comercial, três destes pressupostos se fazem presentes desde logo: pessoalidade (o contrato de representação comercial pode ser feito *intuitu personae* – art. 42 da Lei n. 4.886/65), habitualidade (a representação comercial não é atividade eventual do representante – art. 1º da Lei n. 4.886/65) e onerosidade (não existe representação comercial gratuita – art. 27, *f*, da Lei n. 4.886/65).

O traço distintivo está, portanto, na subordinação. O representante comercial não é subordinado do representado, ele age com independência, correndo os riscos de sua própria atividade, embora deva seguir as orientações passadas por quem o contratou (art. 1º da Lei n. 4.886/65).

Amauri Mascaro Nascimento escreve que “a palavra subordinação é de etimologia latina e provém de *sub* = baixo e *ordinare* = ordenar. Portanto, subordinação significa submetimento, sujeição ao poder de outrem, às ordens de terceiro, uma posição de dependência”³⁹. E prossegue dizendo que a subordinação configura “uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente de limitação contratual da autonomia da sua vontade, para o fim de transferir para o empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará”⁴⁰.

A relação contratual de subordinação confere ao empregador três poderes básicos em relação ao empregado: (a) poder de organização (definir o que vai ser feito e quando), (b) poder de controle (fiscalização das atividades realizadas e dos resultados

alcançados) e (c) poder disciplinar (aplicação de reprimendas e sanções).

No que diz respeito ao contrato de representação comercial, há uma linha muito tênue entre a autonomia empresarial característica deste tipo contratual e a subordinação capaz de caracterizar vínculo empregatício.

O Direito do Trabalho é orientado pelo princípio da veracidade, segundo o qual não importa o que as partes escreveram ou disseram, mas sim aquilo que efetivamente aconteceu ao longo do exercício do trabalho.

Portanto, é importante que o profissional do Direito encarregado de redigir contratos de representação comercial se conscientize que de nada adianta escrever belas disposições contratuais se as partes simplesmente ignorarem o clausulado e continuarem a se relacionar como se fossem empregado e empregador.

Nunca é demais lembrar que, ainda hoje, muitos empresários seduzidos pela redução de custos proporcionada pela representação comercial transformam seus departamentos de vendas em representações comerciais. Ocorre que estes mesmos empresários não se submetem à contrapartida pela almejada redução de custos, que é justamente a perda dos poderes de organização e disciplinar.

Tal circunstância já foi apelidada pelo Poder Judiciário Trabalhista de "síndrome da gestão de vendas por controle de representação comercial em bloco, consistente na utilização de equipes de 'representantes comerciais' explicitamente subordinados a um supervisor, empregado da reclamada"⁴¹.

A jurisprudência trabalhista já fixou o entendimento de que para aplicação da Lei n. 4.886/65 em detrimento da Consolidação das Leis do Trabalho, é preciso prestigiar a marca distintiva mais característica da representação comercial, "que é a independência jurídica e econômica do representante comercial"⁴².

No que diz respeito à independência jurídica, valemo-nos da definição de J. Hamilton Bueno inspirado em Paulo Emilio de R. Vilhena, para quem "autônomo é o trabalhador que desenvolve sua atividade com organização própria, podendo escolher o lugar, o

tempo, o modo e a forma de execução. Tem liberdade de dispor de sua atividade para mais de uma pessoa, segundo o princípio da oportunidade”⁴³.

Já quanto à independência econômica, é importante que o representante corra seus próprios riscos, havendo repartição do resultado útil da atividade empreendida, o que quer dizer que tanto representante quanto representado auferirão ganhos (um receberá a comissão, o outro o lucro). Ademais, o representante autônomo destina o resultado econômico de seu trabalho a seu proveito próprio, não dependendo de salário ou outra verba qualquer⁴⁴.

A caracterização destas “independências” na prática não é fácil. O representado quer poder ficar mais perto do representante, para poder coordená-lo e orientá-lo. Afinal, o sucesso da cadeia de suprimentos do empresário depende do trabalho do representante comercial. Da mesma forma, o representante exige alguns ressarcimentos ou garantias mínimas de rentabilidade de seu negócio, sob pena de não trabalhar para aquele empresário.

A única forma de trabalhar isso em um contrato de representação comercial visando mitigar ao máximo o risco de caracterização de relação de emprego é olhar para a jurisprudência trabalhista e diagnosticar quais são os indícios em que ela se baseia para desconsiderar contratos de representação e impor a regência da Consolidação das Leis do Trabalho.

Após longa pesquisa jurisprudencial nos Tribunais Regionais do Trabalho da 2ª e da 15ª Regiões e no Tribunal Superior do Trabalho, pudemos resumir a dez os fatores de risco trabalhista em um contrato de representação comercial.

O primeiro deles é de aspecto formal. A jurisprudência do TST e dos TRTs toma como primeiro indício de fraude a falta de contrato escrito e falta de inscrição do trabalhador no CORE (Conselho Regional de Representação Comercial)⁴⁵. O fato de o representante ser pessoa jurídica também é um ponto de análise pelos juízes trabalhistas, muito embora não seja determinante.

Além do (a) fator formal, a jurisprudência também atenta para (b) titularidade da carteira de clientes (a carteira tem de ser do

representante comercial e não da empresa), (c) liberdade para definição do roteiro de visitas (quem deve definir este roteiro é o representante), (d) prestação diária de contas e de informação por parte do representante (se isso ocorrer, há forte indício de relação empregatícia), (e) emissão de notas fiscais por parte do representante (valores e data; se for sempre o mesmo valor e na mesma data, há risco trabalhista), (f) ressarcimento de despesas com transporte e telefone (tal ressarcimento é tido como caracterizador do vínculo), (g) reuniões mensais para cobrança de resultados, (h) controle de horários de trabalho, (i) estabelecimento de metas de vendas e (j) garantia de uma quantia fixa mínima por mês para o representante⁴⁶.

O profissional do Direito que pretende escrever um contrato de representação comercial eficiente precisa conhecer bem esses fatores de risco e trabalhá-los adequadamente dentro do contrato a ser confeccionado.

Não se está aqui dizendo que é impossível se prever uma cláusula de metas, por exemplo, em um contrato de representação comercial. Há julgados trabalhistas que expressamente afastam a tomada de apenas um ou dois dos fatores listados acima como critério definidor da subordinação ou da autonomia do promotor de vendas⁴⁷.

O que precisa ficar claro no contrato é a inoccorrência de subordinação, nos termos aqui já definidos. E mais do que isso, o que realmente precisa acontecer no curso da relação jurídica é que as partes efetivamente ajam conforme o previsto em contrato, pois de nada adiantará um contrato perfeito tomando todo o cuidado com os fatores de risco trabalhista, se as partes simplesmente comportam-se como patrão e empregado. Nunca é demais lembrar: estamos no campo da primazia da realidade e o texto do contrato jamais vencerá as provas testemunhais ou documentais que forem de encontro a ele.

O contrato de representação comercial pode reservar algum poder de controle para o representado em relação ao representante (como metas, reuniões periódicas, definição de política de vendas

etc.), mas não pode jamais avançar e estabelecer poder de organização (horários, roteiros, lista fixa de clientes, presença diária etc.) ou poder disciplinar (aplicações de sanções, reprimendas etc.) sobre o representante comercial.

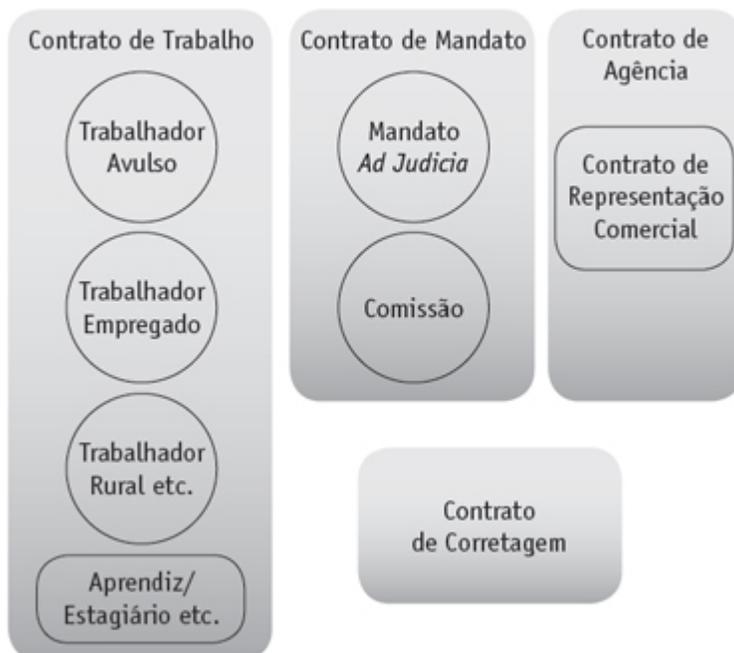
Além disso, o contrato não pode inverter a lógica empresarial da relação. O representante precisa correr os riscos de sua atividade, arcando com a maior parte das despesas decorrentes de seu trabalho e ainda sendo remunerado de acordo com sua produtividade e competência. Daí por que são perigosas as previsões de ressarcimento integral de despesas e de valor fixo mínimo garantido por mês.

Os conceitos desfiguradores do contrato de representação comercial, enfim, são (a) os poderes de organização e de fiscalização sobre o representado e (b) o risco da atividade do representante. Um contrato que não prever tais poderes e garantir o risco da atividade ao representante tem chances mínimas de ser desconsiderado pelo juiz trabalhista.

1.2.8 Conclusão parcial: localização da representação comercial dentre os demais contratos

Finalizando a qualificação do contrato de representação comercial e resumindo o visto até aqui, poderíamos dizer que há um conceito largo que abriga todos os contratos analisados. Este conceito é o da prestação de serviços. Abaixo dele, distinguem-se alguns gêneros: mandato, agência, corretagem e contrato de trabalho com relação de emprego. Dentro dos gêneros mandato e agência há as espécies de mandato e agência propriamente ditos e as variantes empresariais que são a comissão, a representação comercial e a distribuição, fechando-se o sistema. Um gráfico ajuda a compreender a classificação.

Contrato de Prestação de Serviços



1.3 Conteúdo do contrato: validade e eficácia

A Lei n. 4.886/65, embora não abarque a proteção trabalhista para o representante comercial, é bastante protetiva, prevendo diversos direitos e prerrogativas que colocam o representante em uma posição privilegiada em relação ao representando. Isso se deve ao contexto em que a lei foi feita, na década de 1960. Ainda ali havia a preocupação que levou à criação da própria Consolidação das Leis do Trabalho, qual seja, a de proteger os mais fracos nas relações jurídicas de trabalho.

A Lei de Representação Comercial parte do pressuposto de que o representante comercial é a parte mais fraca na relação e por conta disso lhe garante vantagens contratuais que não se veem em outras relações empresariais. Essas vantagens passam a integrar o contrato de representação comercial como requisitos obrigatórios e criam

direitos ao representante e obrigações para o representado, de modo que se poderá caracterizar a invalidade do contrato em caso de desatendimento de tais exigências legais e o seu inadimplemento se o representado não agir conforme o estabelecido.

O art. 27 da Lei n. 4.886/65 é a pedra de toque deste sistema de proteção contratual do representante. Posto que protetivas, as disposições deste artigo nem sempre devem constar do contrato. Afastá-las não leva necessariamente à nulidade da avença.

Há uma série de normas ali que dependerão de ajuste expresso entre representante e representado, mas se o contrato não fizer menção àquele tema, a lei cuidará de preencher o vazio, trazendo regra para reger aquele aspecto da relação contratual.

Pode-se concluir, então, que muito mais do que uma configuração contratual obrigatória e inflexível, o que a Lei de Representação Comercial traz é um complexo de previsões normativas que farão parte do contrato, a não ser que as partes não queiram. O legislador, atento à rapidez e ao informalismo afeto aos negócios mercantis, tomou o cuidado de prever um arquétipo contratual para a relação de representação comercial, justamente para evitar que as partes fossem remetidas à amplidão da teoria geral do contrato se, por acaso ou por pressa, esquecessem ou deixassem de prever algum ponto importante do contrato.

A afirmação acima, entretanto, não pode ser encarada sem temperamentos. A Lei de Representação Comercial também trouxe normas contratuais cogentes, que não dependem de declaração de vontade das partes para integrar o arranjo contratual. Ao longo da exposição que agora se inicia, pretendemos deixar clara a diferença entre as normas eletivas e as normas cogentes, dado que isso somente pode ser feito olhando-se para cada uma das regras.

1.3.1 Registro no Conselho Regional da categoria

O primeiro requisito que se coloca é a inscrição no Conselho Regional de Representação Comercial (art. 2º da Lei n. 4.886/95). Tal inscrição submete o representante comercial aos ditames éticos, disciplinares e administrativos afetos à sua profissão e o habilita ao

exercício da atividade de representação. Embora a inscrição conste como obrigatória e a Lei n. 4.886/65 preveja que sem ela nenhuma remuneração é devida ao representante comercial (art. 5º), não se pode considerar tal exigência um requisito de validade (no sentido de capacidade ou legitimidade da parte) para o contrato.

O registro do representante comercial é requisito de regularidade da atividade de representação. Mas é plenamente possível existir e ser válido um contrato de representação comercial sem que o representante esteja registrado, pois o fato de a atividade ser irregular não necessariamente contamina o elemento desta atividade que é o contrato de representação.

Conforme afirma Rubens Requião, "o registro não é constitutivo da situação jurídica de representante comercial, mas apenas declaratório"⁴⁸. A consequência da falta de registro não é a nulidade do contrato de representação comercial, mas a aplicação de sanções administrativas e penais, pelo exercício irregular de profissão.

Quanto ao art. 5º da Lei n. 4.886/65 prever nada ser devido a quem celebra e cumpre contrato de representação sem estar devidamente registrado perante o órgão competente, bastante elucidadoras são as palavras de Rubens Requião, ao afirmar que "o preceito deste artigo estava fadado a ser fonte de inúmeros equívocos. Por isso merece severa censura, e se pode vaticinar que fatalmente cairá em desuso, criticado pela doutrina e desprezado pela jurisprudência, por afetar elementares princípios de lógica de justiça"⁴⁹.

De fato, é de se dizer que o dispositivo legal é inconstitucional, pois vincula o acesso ao Poder Judiciário (para poder cobrar os valores devidos), a livre iniciativa e o valor social do trabalho ao registro no Conselho Regional, o que já foi inclusive decretado pelo Supremo Tribunal Federal quando analisou artigo em tudo semelhante a este, mas que se referia aos corretores de imóveis⁵⁰.

Tal conclusão, inclusive, foi reiteradamente afirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, restando já pacificada esta matéria em nossos tribunais⁵¹.

1.3.2 Forma

Superada a questão do registro, conclui-se que o primeiro requisito de validade do contrato de representação comercial diz respeito a sua forma. Ela terá de ser escrita? Essa questão decorre da interpretação do art. 27, *caput*, da Lei n. 4.886/65, ao afirmar que constarão do contrato, obrigatoriamente, certas cláusulas. Para que constem cláusulas, espera-se que elas sejam reduzidas a termo.

É, todavia, importante notar que, na redação original da Lei n. 4.886/65, o art. 27 expressamente admitia a forma escrita e a forma verbal⁵². A alteração provocada pela Lei n. 8.420, de 8-5-1992, retirou do texto legal a expressão “quando celebrado por escrito”, dando então margem a questionamentos sobre a previsão de forma escrita obrigatória para este contrato⁵³. Auxilia este argumento o texto do art. 40 da Lei n. 4.886/65, ao afirmar que os contratos já vigentes quando da entrada em vigor da lei deveriam ser formalizados em documentos escritos.

A doutrina não se curvou às dúvidas e seguiu afirmando que “o contrato de representação comercial não tem forma especial, podendo, assim, constituir-se verbalmente ou por escrito”⁵⁴. Da mesma forma, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e de tribunais estaduais, apesar de vacilar em certos casos⁵⁵, firmou o entendimento de ser perfeitamente válido o contrato verbal⁵⁶.

Muito embora tenhamos ressalvas a este entendimento, não há como remar contra a corrente neste caso. O contrato de representação comercial não tem forma escrita obrigatória, podendo ser verbal. Curioso notar, apenas, que não é este o entendimento da jurisprudência trabalhista, já referido no item 1.2.7 acima.

1.3.3 Condições gerais

Passando-se às alíneas do art. 27 da Lei n. 4.886/65, tem-se que devem constar obrigatoriamente do contrato “condições e requisitos gerais da representação”. Trata-se de norma de significado vazio, pois é óbvio que em um contrato deverão constar as já famosas condições gerais (tais como eleição de foro, cláusula de não

tolerância, declarações de não haver impedimento para contratar) repetidas à exaustão por aqueles encarregados de escrever contratos, sem sequer refletir sobre sua utilidade ou real aplicabilidade a um ou outro contrato. Por isso que Rubens Requião afirma, ao referir--se a esta alínea do art. 27, que ela “é, assim, inócua e redundante, perfeitamente dispensável”⁵⁷.

1.3.4 Objeto

Já a alínea *b* do art. 27 prevê a necessidade de “indicação genérica ou específica dos produtos ou artigos objetos da representação”. Trata-se da necessária descrição do objeto dos contratos a serem promovidos pelo representante, refere-se ao objeto do próprio contrato de representação. É preciso que o representante saiba o que vai vender ou comprar. Contudo, como a própria lei diz, essa descrição não precisa ser específica, podendo abarcar, por exemplo, todos os produtos do catálogo da empresa, a ser enviado periodicamente para o representante. Pode também ser uma cláusula de preenchimento sucessivo, em que o representado vai informando de tempos em tempos quais são os produtos que compõem a gama de negócios do representante.

Um ponto a destacar é o fato de o representante comercial poder promover contratos de compra e venda de produtos, como também de prestação de serviços do representado. Posto que a Lei n. 4.886/65 tenha se fixado muito na ideia de mercadoria, nada impede que um representante promova, por exemplo, a contratação de empresa de desenvolvimento de *software*, de limpeza, de *buffet* etc. Essa interpretação decorre dos textos do art. 966 do Código Civil e do próprio art. 1º da Lei n. 4.886/65, que não faz qualquer restrição quanto ao objeto da representação.

Obviamente que os objetos descritos não podem ir contra o inciso II do art. 104 do Código Civil, ao exigir objeto lícito, possível, determinado ou determinável para todo e qualquer negócio jurídico.

Da mesma forma, é imperioso que não se confunda o objeto do contrato a ser promovido (bem ou serviço do representado) com o objeto do contrato de representação (obrigação de fazer que se

resume à promoção de contratos e extração de pedidos no interesse do representado).

1.3.5 Tempo

O terceiro requisito exigido pelo art. 27 refere-se ao tempo do contrato. Este pode ser determinado (prazo) ou indeterminado. Os parágrafos do art. 27 trazem previsões específicas para um e outro caso.

Em caso de contrato por prazo certo, a indenização por resolução do contrato ocasionada por culpa do representado (art. 36) será igual à média mensal dos valores auferidos por ele até a data da extinção do contrato, multiplicado pela metade dos meses que compõem o prazo contratual. Assim, calcula-se quanto o representante ganhou por mês, em média, durante a vigência do contrato e multiplica-se este valor pela metade dos meses previstos como prazo contratual (art. 27, § 1º).

Ademais, havendo prorrogação tácita ou expressa de contrato por prazo certo, este se reputa por tempo indeterminado (art. 27, § 2º). A lei, ainda, considera por tempo indeterminado o contrato que suceder, dentro de seis meses, um contrato de representação entabulado entre as mesmas partes, contenha este contrato prazo certo ou não (art. 27, § 3º).

O que se percebe, portanto, é que no contrato de representação comercial com prazo certo não é dado às partes promover prorrogações ou renovações sucessivas. O § 2º do art. 27 é categórico ao dizer que mesmo que as partes expressamente pactuem a prorrogação do contrato com prazo certo, pelo mesmo tempo, será a avença considerada como prorrogada por tempo indeterminado.

Da mesma forma, o § 3º, para dar efetividade ao previsto no parágrafo anterior, prevê que se as partes deixarem encerrar o vínculo por término do prazo e, passado algum tempo (seis meses, no máximo), celebrarem novo contrato com tempo determinado, essa determinação reputar-se-á não escrita, considerando-se o novo contrato com tempo indeterminado.

A lei busca evitar a prorrogação e a renovação sucessiva, sempre com prazos certos, para supostamente proteger o representante. Esquece-se, contudo, que em muitas vezes o próprio representante não quer se vincular por tempo indeterminado, mas sempre com prazo certo para o término do vínculo contratual.

1.3.6 Aspecto geográfico

A alínea *d* do art. 27 prescreve a necessidade de o contrato indicar a zona ou as zonas em que será exercida a representação. Trata-se de determinação espacial ou geográfica do âmbito de atuação do representante comercial. A falta desta indicação, contudo, não leva à nulidade do contrato, mas à conclusão de que o representante pode atuar em todo o planeta Terra, ou em todos os lugares onde haja alguém interessado em contratar com o representado.

Uma vez definidas as zonas de atuação do representante, não é dado ao representado alterá-las unilateralmente, sob pena de vilipendiar o *pacta sunt servanda* e de ofender o art. 32, § 7º, da Lei n. 4.886/65: "São vedadas na representação comercial alterações que impliquem, direta ou indiretamente, a diminuição da média dos resultados auferidos pelo representante nos últimos seis meses de vigência".

Ocorre que é muito corriqueiro em contratos de representação comercial que as partes prevejam um aumento progressivo de zonas com base na produtividade ou nos resultados de cada representante. Assim, se um representante supera por três vezes seguidas suas metas para uma zona inicial pequena (a cidade de São Paulo, por exemplo), o contrato lhe garante um aumento automático para uma zona maior (o Estado de São Paulo, no mesmo exemplo).

O problema está no contrário. Pode o contrato prever redução de zonas em caso de o representante deixar de atingir as metas estabelecidas? Tudo depende, em nossa opinião, de como a cláusula contratual é formatada. Sendo clara e expressa desde a formação do contrato, não há como falar em ofensa ao *pacta sunt servanda*. Por outro lado, para que não se ofenda o referido § 7º do art. 32, é preciso

que a cláusula preveja, necessariamente, aumentos e diminuições de zonas, com base em metas preestabelecidas de forma clara, objetiva.

Tais metas têm de ser alcançáveis e não podem, a nosso ver, ser fixadas unilateralmente pelo representado. Pois, do contrário, basta que ele fixe metas muito altas para produzir uma retração de zona do representante, incorrendo na vedação do art. 32, § 7º, já referida.

1.3.7 Exclusividade

Aqui devem ser analisadas conjuntamente três alíneas do art. 27 da Lei de Representação: as alíneas *e*, *g* e *i*.

A alínea *e* refere-se à previsão de garantia de exclusividade, por tempo certo ou não, total ou parcial em determinada zona. Tal alínea há de ser lida juntamente com o art. 31 da Lei n. 4.886/65, cujo texto é o seguinte: "Prevendo o contrato de representação a exclusividade de zona ou zonas, ou quando este for omissivo, fará jus o representante à comissão pelos negócios aí realizados, ainda que diretamente pelo representado ou por intermédio de terceiros". E também o texto do parágrafo único deste mesmo artigo: "A exclusividade de representação não se presume na ausência de ajustes expressos".

A conclusão que decorre do cotejo analítico dos textos legais é a de que, na falta de previsão, a representação não é exclusiva.

A exclusividade, todavia, tem duas vertentes. Diz respeito ao representante e ao representado. Isto é, pode ser estabelecido que o representado não possa negociar diretamente ou por meio de terceiro naquela zona, devendo todos os negócios ser intermediados pelo representante exclusivo (arts. 27, *e*, e 31). Por outro lado, também pode ser estabelecido que o representante não possa prestar seus serviços a mais ninguém, além daquele representado (arts. 27, *i*, e 41).

No primeiro caso a lei cria presunção em favor do representado. Se nada for dito no contrato, não há exclusividade (art. 31, parágrafo único). Já no segundo caso, o art. 41 prevê uma

presunção em favor do representante. Se o contrato nada disser, pode o representante representar outras empresas, sejam elas do mesmo ramo de negócios do representado, ou não. Ademais, se o contrato se limitar a prever exclusividade apenas para empresas do mesmo segmento do representado, poderá o representante representar outras empresas de ramos diferentes.

O objetivo de se prever uma cláusula de exclusividade do primeiro tipo é proteger o representante contra tentativas de terceiros ou do próprio representado de negociar com a clientela daquela zona. Por isso o art. 31 afirma que independentemente de quem figure como promotor do negócio ou se ele for feito diretamente pelo representado, as comissões serão do representante exclusivo se o negócio for celebrado na zona de atuação dele.

Aqui é preciso tomar certo cuidado com a interpretação desse dispositivo. A lei fala em "negócios aí realizados", o que significa que ela não abarca negócios feitos por pessoas domiciliadas na zona de exclusividade, mas que vão até o domicílio do representado ou de outro representante para lá celebrar contratos com eles.

Tome-se o exemplo de um representante exclusivo em território nacional brasileiro que vê parte de seus possíveis clientes irem à Argentina e comprarem os produtos lá, encarregando-se de trazê-los para o Brasil para aqui utilizá-los⁵⁸. Haveria como alegar violação de zona territorial exclusiva nesse caso e exigir o pagamento das comissões pelos negócios realizados entre representado comum e clientes brasileiros, mediados pelo representante comercial argentino?

A resposta é afirmativa, por dois argumentos: um de ordem contratual civil e outro de ordem concorrencial.

Primeiramente, há que se ter em mente que o representado, ao permitir tal conduta de seu representante argentino, trabalha para frustrar o contrato de representação comercial que ele mesmo celebrou com o representante brasileiro. Tal conduta é desleal, de modo que ofende o art. 422 do Código Civil, caracterizando quebra do dever anexo de boa-fé objetiva do contrato, permitindo assim a perfeita aplicação do art. 31 da Lei n. 4.886/65 ao caso⁵⁹. Além

disso, a frustração do contrato é vedada pelo art. 421 do Código Civil, pois atenta contra a função social do contrato de representação comercial a conduta de representado que permite a venda de produtos por mediação de outro representante⁶⁰.

Além desse aspecto, a interpretação do art. 31 aqui referido há de passar por uma análise concorrencial. Calixto Salomão Filho afirma que "do ponto de vista constitucional, as cláusulas de exclusividade representam, por assim dizer, o oposto da recusa de contratar. Seu elemento essencial é a proibição ou a limitação à liberdade de contratar com terceiros"⁶¹.

Por serem restritivas de liberdade contratual básica, uma vez que o representado pode "uniformizar o preço máximo de venda ou o preço mínimo de revenda, dividir territórios ou de qualquer outra forma eliminar a concorrência entre seus distribuidores ou representantes comerciais"⁶², elas tomam bastante relevância em relação ao Direito Concorrencial, a ponto de serem denominadas restrições verticais à concorrência, previstas nos incisos II e XI do art. 21 da Lei n. 8.884, de 8-6-1994.

Nessa mesma linha de raciocínio, conclui-se que a cláusula de exclusividade tem um claro objetivo concorrencial: ela pretende eliminar a concorrência entre os representantes, reservando a cada um uma área de atuação determinada, ou melhor, dando a cada um seu próprio mercado relevante⁶³.

A definição do conceito de mercado relevante costuma ser desmembrada em três dimensões: de produto, espacial e temporal⁶⁴. Assim, a área de concorrência define-se pelo produto colocado em circulação (somente haverá concorrência se os agentes puderem colocar no mercado produtos iguais ou sucedâneos), pelo espaço geográfico de atuação (os concorrentes têm de se confrontar em uma mesma zona) e pelo tempo (há necessidade de que os concorrentes sejam contemporâneos entre si ou sejam analisados interagindo por período razoável de tempo).

Para nós, aqui, interessa o aspecto espacial do mercado relevante. O advérbio "aí", da expressão "negócios aí realizados" contida no art. 31 da Lei de Representação, tem de ser lido sob o

conceito de dimensão espacial do mercado relevante e não em relação ao local onde o negócio em si foi celebrado, nos termos do art. 435 do Código Civil e do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Dessa forma, valendo-nos das palavras de Modesto Carvalhosa, pode-se dizer que a cláusula de exclusividade territorial do contrato de representação comercial “compreende hoje, não mais o local onde se encontra o estabelecimento do comerciante, porém aquela área onde a empresa entra em contato com seus compradores”⁶⁵. E prossegue o comercialista: “Não se podem considerar concorrentes duas empresas que têm seus estabelecimentos num mesmo território, mas vendem produtos em áreas comerciais diversas. *A contrario sensu*, devem ser consideradas concorrentes duas empresas estabelecidas em territórios diferentes, mas que desenvolvem suas atividades na mesma área comercial”⁶⁶.

A interpretação a ser dada à exclusividade territorial dos contratos de representação comercial há de ser essa. Não se deve ficar restrito à estática noção de território geográfico onde se formam os contratos, mas deve-se atentar para o fato de que a cláusula de exclusividade tem a precípua função de impedir a concorrência entre representantes situados em zonas diferentes, de modo que essa zona não representa necessariamente um território geográfico pura e simplesmente, mas o aspecto espacial de determinado mercado relevante.

No caso que propusemos como exemplo, portanto, haveria de se aplicar a previsão do art. 31 e o representante brasileiro faria jus às comissões pelas vendas feitas pelo representante argentino aos clientes brasileiros, pois estaria o representante argentino agindo dentro do mercado relevante reservado, pela lei e pelo contrato, ao representante brasileiro, independentemente de o contrato ter se formado na Argentina e de ele estar entregando as mercadorias na Argentina para que os brasileiros as trouxessem para o Brasil por conta própria.

Ainda quanto à exclusividade, cumpre tratar da alínea *g* do art. 27 da Lei de Representação. Ela prevê que se escrevam nos contratos

“os casos em que se justifique a restrição de zona concedida com exclusividade”.

Retomamos aqui o já afirmado no item 1.3.6 acima, ao tratarmos das possibilidades de restrição de zona geográfica com base em metas. Essa alínea apenas confirma o raciocínio já exposto anteriormente. Se os critérios forem claros, objetivos e previamente pactuados entre as partes, não há que se falar em afronta ao § 7º do art. 32 da Lei de Representação em caso de redução da zona geográfica exclusiva ou mesmo perda da exclusividade naquela zona. Nunca é demais lembrar que o representante comercial exerce função estratégica na cadeia de suprimentos do representado e que é dado a este último certo poder de controle sobre as atividades do representante, desde que tal poder não caracterize subordinação.

A possibilidade de restrição de zona exclusiva insere-se dentro deste poder de controle e bem serve para dar eficiência e criar bons incentivos dentro do contrato de representação comercial.

Finalizando a questão da exclusividade do representante, é importante atentar para o fato de que, atualmente, é muito mais fácil a comunicação e a realização de pedidos e contratos por meios telemáticos (a começar pelo telefone e a culminar com a Internet). Tais facilidades devem inspirar cuidados àquele encarregado de escrever cláusula de exclusividade em um contrato de representação comercial.

É preciso deixar claro no texto do contrato que a exclusividade compreende também vendas ou compras feitas por meio da Internet, para evitar que o representando, por meio de um *website*, possa fazer vendas diretas aos clientes localizados na zona exclusiva daquele representante determinado.

1.3.8 Remuneração do representante

A alínea *f* do art. 27 da Lei de Representação Comercial prevê a obrigatoriedade de se disciplinar “a retribuição e época do pagamento, pelo exercício da representação, dependente da efetiva realização dos negócios, e recebimento, ou não, pelo representado, dos valores respectivos”.

Trata-se de direito fundamental do representante comercial no contrato. Se ele não recebe pelos seus serviços de intermediação, o contrato deixa de ser de representação, pois, como já vimos, não existe representação comercial gratuita.

Fran Martins escreve que “a principal obrigação do representado é pagar ao representante a remuneração dos seus serviços. Essa remuneração, em regra, é baseada nas vendas efetuadas, calculando-se de acordo com o montante da venda”⁶⁷.

Normalmente a forma de remuneração é a comissão, calculada percentualmente sobre o preço de venda ou de compra do produto. O § 4º do art. 32 da Lei de Representação define a base de cálculo obrigatória da comissão como o valor total das mercadorias. Com base nesse dispositivo, fica a dúvida sobre a possibilidade de se pagar comissões sobre os valores líquidos das vendas (descontados os tributos, por exemplo).

Rubens Eduardo Requião afirma que “por valor total das mercadorias entendemos o seu preço consignado na nota fiscal. O preço de tabela não deverá ser considerado, pois pode haver desconto. O preço constante da nota fiscal é o que melhor reflete o resultado obtido pelas partes (representante e representado), sendo justo que sobre ele apoie o cálculo da comissão”⁶⁸. Seu pai, Rubens Requião, também já afirmava que “alguns impostos e taxas são integrados no preço das mercadorias, como o IPI”⁶⁹.

E de fato o entendimento que prevaleceu na jurisprudência foi o de tomar a nota fiscal como parâmetro. Afirma-se que “a base de cálculo que deve ser considerada para o cálculo e pagamento das comissões é o preço da mercadoria conforme consta da nota fiscal”⁷⁰. Assim, se houver destaque dos tributos na nota fiscal emitida pelo representado, as comissões não incluirão os tributos em sua base de cálculo. Consequentemente, os tributos que não vierem destacados na nota fiscal integram a base de cálculo das comissões, pois de acordo com o conceito fixado em doutrina e jurisprudência, integram o preço do bem ou serviço, muito embora a lei fale em “valor” e não em “preço”.

O direito do representante às comissões somente é adquirido quando o cliente paga para o representado, pois assim diz o art. 32 da Lei de Representação. Isso quer dizer que é preciso que o negócio efetivamente aconteça e que o cliente realmente pague o representado para que o representante receba as suas comissões.

O representante, então, corre parcialmente o risco do negócio juntamente com o representado. Essa conclusão decorre do texto do § 1º do art. 33 da Lei n. 4.886/65. Ali se diz que o representante não faz jus às comissões se a falta de pagamento resultar de insolvência do comprador, se o negócio for desfeito pelo mesmo comprador ou se o representado optar por não entregar a mercadoria tendo em vista a duvidosa solvabilidade do comprador (*exceptio non rite adimpleti contractus* – art. 477 do Código Civil).

As comissões devem ser pagas mensalmente, exceto ajuste em contrário (art. 33, § 2º), e até o dia 15 do mês seguinte ao da liquidação da fatura. Passado este prazo, o valor deve ser acrescido de correção monetária (art. 32, § 2º). As notas fiscais de venda ou prestação de serviços hão de ser encaminhadas ao representante para que ele possa conferir os valores (art. 32, § 1º).

A lei nada fala sobre juros de mora. Se o contrato nada previr, somos do entendimento de que são devidos os juros legais, por aplicação do art. 389 do Código Civil, não havendo que se interpelar o representado, pois a obrigação é positiva, líquida e com termo definido, aplicando-se a máxima *dies interpellatio pro omine* prevista pelo art. 397, parágrafo único, do Código Civil.

Além disso, para evitar oportunismo por parte do representado, o *caput* do art. 33 da Lei de Representação cria a obrigação de o representado pagar as comissões relativas a pedidos encaminhados pelo representante e não recusados, por escrito, por aquele nos prazos de quinze, trinta, sessenta ou cento e vinte dias, dependendo de o comprador ter domicílio na mesma praça, no mesmo Estado, em outro Estado ou no estrangeiro. A norma serve para impedir que o representado, com a desculpa de não ter tempo ou qualquer outra, retarde em demasia a apreciação dos pedidos ou propostas enviados por certo representante, com o propósito de lhe impor

quebra de fluxo de caixa e forçá-lo a sair do contrato de representação.

O prazo é para que o representado recuse a proposta ou pedido enviado pelo representante. Se não houver recusa, independentemente de ter havido ou não a concretização do negócio, passa a ser devida a comissão. Contudo, a previsão dessa norma pode ser afastada se o representante provar que ocorreram quaisquer das hipóteses do § 1º do mesmo art. 33.

Note-se que o representante não perde o direito às comissões se o negócio não se concretizar por culpa exclusiva do representado ou se o comprador recusar o pagamento alegando fato imputável ao representado. Exclui-se, deste caso, obviamente, a recusa do representado tempestivamente manifestada ao representante.

Há ainda a previsão do § 5º do art. 32 da Lei de Representação que diz vencerem antecipadamente os direitos às comissões pendentes, decorrentes de pedidos em carteira ou em fase de execução, se houver a rescisão injusta do contrato por parte do representado, leia-se, se houver resolução contratual por fato imputável ao representado.

A Lei de Representação veda, em seu art. 43, a estipulação de cláusulas *del credere* no contrato de representação comercial. Isso quer dizer que o contrato não pode obrigar o representante a garantir o pontual cumprimento das obrigações por parte do terceiro adquirente, de acordo com a máxima popular "se ele não pagar, o representante paga". Fica, portanto, vedada a estipulação de solidariedade ou de subsidiariedade entre representante e adquirente ou comprador. O representante não garante o cumprimento do contrato pelo comprador/cliente.

Ainda quanto à remuneração do representante, cumpre asseverar que em caso de falência do representado, o crédito daquele é equiparável aos créditos trabalhistas, no que diz respeito à ordem de preferência. Esse é o texto do art. 44 da Lei de Representação. Tal privilégio, contudo, fica limitado ao teto de cento e cinquenta salários mínimos (art. 83, I, da Lei n. 11.101 de 9-2-2005), sendo

que o excedente deste valor ganha a natureza de crédito quirografário (art. 83, VI, *c*, da Lei n. 11.101/2005).

O prazo de prescrição para que o representante exija os valores que o representado lhe deve é de cinco anos. O mesmo prazo se aplica a qualquer pretensão do representante fundada na Lei n. 4.886/65.

Por último, frise-se que as remunerações do representante podem ser retidas pelo representado nos casos em que o contrato for resolvido por culpa daquele, para garantir a este a indenização pelos danos sofridos com a resolução do contrato. Isso está no art. 37 da Lei de Representação.

1.3.9 Demais obrigações das partes

Como última alínea que nos interessa analisar neste momento, olhemos para a letra *h* do art. 27 da Lei de Representação, a qual afirma ser necessário prever as obrigações e responsabilidades das partes contratantes.

Analisaremos em apartado as obrigações de uma e de outra parte, que são, inversamente, direitos de um e de outro.

1.3.9.1 Obrigações do representante

Obviamente que a primeira obrigação do representante comercial é a de promover negócios à conta do representado, de acordo com as instruções passadas por este. O representante não tem, necessariamente, a obrigação de fazer a entrega do produto ou de prestar quaisquer esclarecimentos ou assistência após a emissão do pedido. Nada impede, contudo, que o contrato disponha de forma diferente.

No que diz respeito ao cumprimento de sua obrigação principal, o representante comercial deve se ater estritamente às instruções que lhe forem passadas pelo representado, não podendo conceder descontos, abatimentos ou dilações, a não ser que haja autorização expressa do representado (art. 28 da Lei n. 4.886/65).

Isso não quer dizer, porém, que o representante é um mero núncio do representado. O contrato pode e deve prever margem de

maleabilidade para o representante, de modo a dar a ele poder de barganha na negociação com o cliente ou com o fornecedor. O representado pode se valer da capacidade de venda e do talento de negociação do representante para melhorar seu empreendimento, mas para isso terá de dar mais liberdade de atuação a ele.

Além de não poder fugir das instruções fornecidas pelo representado, o representante ainda fica obrigado a prestar informações detalhadas sobre o andamento dos negócios a seu cargo. Isso quer dizer que o representante tem obrigação de prestar contas para o representado acerca de seu trabalho. Tal obrigação há de ser vista com temperamentos e de modo a garantir a autonomia do representante, sob pena de se caracterizar uma relação de subordinação típica da relação empregatícia.

Orlando Gomes afirma que "obrigação inerente a sua função é a de transmitir à outra parte informações das condições do mercado e perspectivas de vendas. Cumpre-lhe ainda prestar esclarecimentos a respeito da solvabilidade da clientela e atuação dos concorrentes"⁷¹.

O representante tem o dever positivo de se dedicar à representação para que os negócios do representado sejam expandidos e sua marca e seus produtos ganhem cada vez mais mercado. É aqui que se encontra a possibilidade de o representado estabelecer metas para o representante, tornando mais concreta a obrigação genérica prevista pela parte final do art. 28 da Lei de Representação.

Cumpra ao representante, ainda, o dever de informar⁷² reforçado pelo texto do art. 30 da Lei n. 4.886/65. Este dispositivo legal prevê a incumbência ao representante de tomar ciência das reclamações atinentes aos negócios celebrados (sejam problemas contratuais, ou problemas relativos a fatos do produto ou do serviço) e comunicá-las prontamente ao representado, sugerindo ainda medidas acautelatórias que entender pertinentes.

Como contraponto do dever de informar, Fran Martins acrescenta que o representante tem o dever de "manter sigilo sobre as atividades de representação, podendo, inclusive, ser punido pelo

Conselho Regional dos Representantes, quando da quebra do sigilo profissional (Lei n. 4.886, art. 19, d)"⁷³.

O representante não é obrigado a auxiliar ou substituir o representado em juízo, mas pode fazê-lo se o contrato assim previr e se tiver procuração específica para tanto (art. 30).

O mesmo se diga para o caso de o representante efetivamente celebrar negócios em nome do representado, na hipótese do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 4.886/65. Se houver tecnicamente poder de representação (art. 116 do Código Civil), as obrigações do representante se ampliam, pois se aplicarão a ele as normas do mandato.

Por último, mesmo que o representante, eventualmente, realize atos ou tome providências que não estão abarcadas pelo contrato de representação, não há que se falar em desnaturação do contrato, pois o texto do art. 38 é expresso ao permitir que o representante, em prestígio ao dever de colaboração⁷⁴ que tem para com o representado, realize atos ou negócios diversos a pedido deste.

1.3.9.2 Obrigações do representado

A principal obrigação do representado é pagar ao representante as comissões ou a remuneração que lhe é devida, no prazo do contrato ou da lei, na forma do contrato e da lei. Maiores considerações acerca dessa obrigação do representado seria chover no molhado, uma vez que já nos ocupamos pormenorizadamente deste tema quando da análise da aliena *f* do art. 27 da Lei de Representação.

Ao representado cabe, ainda, a obrigação de garantir ao representante o atendimento dos pedidos enviados, dentro do limite do razoável, caso tais limites não sejam estipulados em contrato. Assim, pela simples aplicação do art. 422 do Código Civil, não pode o representado reiteradamente recusar pedidos enviados por este ou por aquele representante, alegando não ter capacidade de produção para atender.

Outro ponto importante é o dever decorrente da boa-fé objetiva de o representado tratar seus representantes de forma igual no que

diz respeito ao atendimento a pedidos. Nada impede, todavia, que no contrato de representação sejam previstas cláusulas que esclareçam acerca de a preferência de pedidos ser dada a quem alcance certo nível de produtividade ou bata essa ou aquela meta. O importante é que tais regras sejam claras e preestabelecidas, sob pena de a discriminação configurar conduta ilícita do representado.

Referindo-se à boa-fé objetiva, Rubens Requião afirma que “para que o representante comercial possa agir na plenitude de sua capacidade, o representado tem o dever de criar condições favoráveis a seu sucesso, na zona que lhe for determinada. Impõe-se, também, ao representado a obrigação de fazer o representante saber, sem delongas, quando previr que não poderão ou não deverão ser concluídos determinados negócios, a fim de poupar ao representante um trabalho inútil e frustrado”⁷⁵.

O representado tem também a obrigação de fixar preços e condições negociais em patamares razoáveis de acordo com a zona territorial do representante, de modo a não lhe impossibilitar o exercício da representação.

Há que se falar na obrigação do representado de respeitar e manter em vigor o contrato em caso de o representante ficar temporariamente impedido de exercer sua atividade por estar no gozo de auxílio-doença concedido pela Previdência Social, conforme prescreve o art. 45 da Lei de Representação.

Compete ainda ao representado se submeter à exclusividade estipulada em favor do representante, não fazendo vendas diretas nem por meio de terceiros na zona exclusiva. Este tema também já foi suficientemente explorado aqui.

Por último, compete ao representado pagar ao representante as indenizações em caso de resolução (rescisão por justa causa, nos termos da lei) ou de resilição (denúncia imotivada, nos termos da lei) do contrato. Tais indenizações serão pormenorizadamente analisadas a seguir, ao tratarmos da extinção do contrato de representação comercial.

1.4 Extinção da relação jurídica

Há muita polêmica entre os doutrinadores em matéria de Direito Privado acerca da correta terminologia para os modos de extinção dos contratos e das relações jurídicas formadas por eles. Rios de tintas já foram escritos e raras são as conclusões unânimes nesse tema.

Adotaremos aqui a nomenclatura sugerida por Orlando Gomes⁷⁶ e por João de Matos Antunes Varela⁷⁷, que nos parecem as mais técnicas e mais operacionais.

A Lei n. 4.886/65 usa dois termos para se referir ao término da relação de representação comercial: rescisão e denúncia.

Usa rescisão justa e injusta, para designar os casos em que o vínculo é extinto por se enquadrar nas hipóteses do art. 35 e do art. 36 ou para os casos de descumprimento contratual que não se enquadrem naquelas hipóteses.

Emprega o termo denúncia, no art. 34, para se referir ao término do contrato por tempo indeterminado, em que a parte denunciante não indica razão para acabar com o vínculo, extinguindo-o unilateralmente por vontade própria e injustificada.

Entendemos impróprio o emprego do termo rescisão pela Lei de Representação. Fazemos nossas as palavras de Orlando Gomes: "O termo *rescisão* é usado no sentido de *resilição* e, mesmo, de *resolução*. Deve reservar-se, porém, para o modo específico de dissolução de certos contratos. (...) *Rescisão* é ruptura de contrato em que houve lesão"⁷⁸.

Tal impropriedade técnica não se deu somente na Lei de Representação Comercial. Na Consolidação das Leis do Trabalho e no próprio Código Civil vê-se o termo rescisão ser empregado quer para significar resolução, quer para significar resilição.

Resolução quer dizer extinção do contrato decorrente da sua inexecução por um dos contratantes, seja esta inexecução voluntária ou não. Já resilição quer dizer sobre "o modo de extinção dos contratos por vontade de um ou dos dois contratantes"⁷⁹. Quando os dois querem acabar com o contrato, tem-se a resilição feita mediante distrato

(negócio jurídico bilateral). Quando a vontade parte apenas de um dos contratantes, a rescisão se dá mediante denúncia (ato jurídico unilateral receptício).

Feita a precisão terminológica necessária, vamos à representação comercial. A lei prevê no art. 35 os "justos motivos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representado". Isso quer dizer, são as hipóteses em que o legislador entendeu como passíveis de resolução do contrato, haja vista atos específicos de inexecução praticados pelo representante.

Dentre estes atos, estão "a) a desídia do representante no cumprimento das obrigações decorrentes do contrato", referindo--se assim ao descumprimento da obrigação do representante de envidar seus melhores esforços⁸⁰ para promover os negócios do representado e expandir seu mercado.

Além dessa causa, a lei fala em "b) a prática de atos que importem em descrédito comercial do representado; c) a falta de cumprimento de quaisquer obrigações inerentes ao contrato de representação comercial; d) a condenação definitiva por crime considerado infamante; e e) força maior".

Aqui estão praticamente todas as hipóteses de descumprimento do contrato por parte do representante, como a quebra do dever de lealdade prevista na alínea *b* do art. 35 e a previsão genérica de quebra do contrato trazida pela alínea *c*. A alínea *d* traz hipótese externa ao contrato, mas que tem relação com sua causa jurídica, que é a relação de confiança havida entre representante e representado, além do pressuposto básico que diz respeito ao fato de que, para ser representante comercial, é preciso gozar de certa reputação positiva no mercado. Sem isso, o contrato não pode subsistir, seja porque não interessa mais ao representado, seja porque será praticamente impossível ao representante cumpri-lo.

Por último, a alínea *e* traz o caso da força maior. Havendo impedimento externo e independente de sua vontade, pode o representado acabar com o contrato⁸¹. Aqui, contudo, incide a regra do art. 393 do Código Civil, regra que isenta as partes de qualquer

responsabilidade por perdas e danos em caso de extinção das obrigações por força maior ou por caso fortuito.

Nos demais casos do art. 35, passa o representado a ter direito à indenização pelas perdas e danos que sofreu em razão da inexecução do contrato pelo representante (consequência da incidência dos arts. 389 e 475 do Código Civil ao caso), podendo inclusive reter as comissões pendentes para compensar-se no crédito que lhe surgiu contra o representante (art. 37).

A Lei de Representação não prevê um valor fixo de indenização ou uma forma de cálculo específica para se chegar ao *quantum* que deve ser pago pelo representante ao representado, em caso de inexecução culposa daquele.

A Lei de Representação também não faz qualquer distinção entre os casos de resolução do contrato por tempo determinado e por tempo indeterminado, se a culpa for do representante. Diante disso, em ambas as hipóteses a solução é a mesma: aplica-se a regra geral do art. 475 do Código Civil e, se houver, a previsão do contrato que pode envolver multa⁸², por exemplo.

Já o art. 36 da Lei de Representação prevê hipóteses de resolução do contrato por atos de inexecução de responsabilidade do representado, dando ao representante o direito de sair do liame e exigir as perdas e danos cabíveis.

As hipóteses são: "a) redução de esfera de atividade do representante em desacordo com as cláusulas do contrato; b) a quebra, direta ou indireta, da exclusividade, se prevista no contrato; c) a fixação abusiva de preços em relação à zona do representante, com o exclusivo escopo de impossibilitar-lhe ação regular; d) o não pagamento de sua retribuição na época devida; e) força maior".

A alínea *d* diz respeito ao descumprimento da obrigação principal do representado (pagar as comissões do representante). As alíneas *a* e *b* dizem respeito à quebra de obrigações contratuais específicas quanto ao âmbito de atuação do representante (área geográfica, gama de produtos, multiplicidade de clientes etc.) e quanto à exclusividade. Tais pontos já foram analisados em itens anteriores. A alínea *c* refere-se à frustração proposital do contrato pelo

representado, que ao aumentar os preços inviabiliza o trabalho do representante, também já tratada por nós anteriormente. E a alínea *e* fala da força maior, cujo raciocínio a aplicar é o mesmo já delineado quando da análise do art. 35, *e*, da Lei de Representação.

As indenizações decorrentes da resolução, a serem pagas pelo representado ao representante, estão previstas na Lei n. 4.886/65. O art. 27, § 1º, prevê indenização para o contrato com prazo determinado: para se chegar ao valor deve-se calcular a média mensal dos valores auferidos pelo representante e multiplicá-la pela metade dos meses que resultarem do prazo contratual.

Por exemplo: em um contrato de doze meses cuja média mensal seja de R\$ 1.000,00 e que a resolução se dê no oitavo mês, deve-se multiplicar a quantia de R\$ 1.000,00 por seis (metade do prazo do contrato), chegando-se ao valor de R\$ 6.000,00 a ser pago ao representante.

Já no caso de resolução pelo representante, sendo o contrato por tempo indeterminado, aplica-se a regra prevista no art. 27, *j*, da Lei de Representação, de modo que o valor “não poderá ser inferior a um doze avos do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação”. Assim, quanto maior for o tempo de contrato, maior será o valor a pagar.

Aqui cabe ponderar sobre a possibilidade de se aumentar esses valores (art. 27, *j* e § 1º, da Lei de Representação) em contrato. Não há óbice, a lei fala em mínimo de indenização. Da mesma forma não vemos óbice de o representante cobrar valor maior que o da lei, mesmo sem previsão contratual expressa, se comprovar ter sofrido perdas e danos mais significativos, mais uma vez porque a lei fala em valor mínimo⁸³.

Superadas as hipóteses de resolução do contrato (a que a lei erroneamente chama de rescisão), passa-se à hipótese de rescisão unilateral exercida mediante denúncia, prevista pelo art. 34 da norma regente dos representantes comerciais. Tal hipótese somente é possível nos contratos por tempo indeterminado que tenham vigorado por mais de seis meses e se opera a partir do momento em

que uma das partes, sem a necessidade de indicar razões ou motivos, perde o interesse pelo contrato e dele quer sair.

Havendo a rescisão unilateral, dois são os direitos do representante se a denúncia vier do representado e apenas um é o do representado se a denúncia vier do representante. O representante terá direito à indenização do art. 27, *j*, da Lei n. 4.886/65. Além disso, terá direito ao aviso prévio de trinta dias previsto pelo art. 34 do mesmo diploma legal, ou "ao pagamento de importância igual a um terço das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores". Pelo texto legal, a escolha entre aviso prévio ou indenização fica a cargo do denunciante.

Já o representando não tem direito à indenização do art. 27, *j*, da Lei de Representação, devendo se contentar com o aviso prévio ou a indenização que o substitui, ambos previstos pelo art. 34 da norma regente.

A lei é expressa ao permitir aos contratantes disporem de modo diverso quanto às compensações pela rescisão unilateral, devendo figurar como exigências mínimas o prazo de trinta dias e o valor da indenização a pagar nessa hipótese. Nada impede que se aumente um, outro, ou os dois.

Há que se comentar, também, da aplicabilidade do parágrafo único do art. 473 do Código Civil à rescisão do contrato de representação comercial. Entendemos ser ele perfeitamente aplicável à representação comercial. A uma, porque o artigo de lei se insere no capítulo do Código Civil que trata da parte geral dos contratos, aplicando-se a todo e qualquer contrato, indistintamente, desde que não haja incompatibilidade. Nesse caso, não há. A duas, porque, para nós, a aplicação da cláusula geral de rescisão aos contratos de representação comercial é sempre subsidiária, dependendo de prova de que o tempo previsto pelo art. 34 da Lei n. 4.886/65 é insuficiente para permitir a recuperação dos investimentos feitos pela parte denunciada.

Entender de forma diversa, como faz Rubens Edmundo Requião⁸⁴, é abrir a porta para o exercício abusivo do direito de

resilição, o que vai de encontro às previsões dos arts. 187 e 422 do Código Civil.

Finalmente, no caso dos contratos de representação comercial celebrados *intuitu personae* com pessoas físicas, a morte do representante é também causa de extinção do contrato, fazendo os herdeiros jus às remunerações pendentes. A morte do representado também pode ser causa de extinção do contrato, se os herdeiros não continuarem a atividade empresarial exercida por ele.

Em regra, a falência ou quebra de representante e de representado não é causa de extinção dos contratos de representação comercial, devendo as partes interessadas adotar os procedimentos previstos pelo art. 117 da Lei de Falências.

REFERÊNCIAS

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002. v. 1.

ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de. Tratamento contemporâneo do princípio da boa-fé objetiva nos contratos. *In*: PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (orgs.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, v. 2, p. 311-336.

ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de; ZANCHIM, Kleber Luiz. Interpretação contratual: o problema e o processo. *In*: FERNANDES, Wanderley (org.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 159-204.

ASCARELLI, Tullio. O empresário. Trad. Fábio Konder Comparato. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 92, p. 269-278, jan.-jul. 1997.

ASSIS, Araken de. **Contratos nominados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

AULETTA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto privato: parte generale**. Napoli: Humus, 1946.

AXTIN SUPPLY CHAIN MANAGEMENT. Disponível em: <http://www.axtin.com/solutions/supply_chain.html>. Acesso em: 25 ago. 2010.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de; MARINO, Francisco de Paula Crescenzo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de direito civil**. 34. ed., atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 5.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Berccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. Lei n. 4.886, de 9 de dezembro de 1965. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/127811/lei-4886-65>>.

Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Código Civil Brasileiro. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>.

Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 590859/MG. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. J. em 24-8-2004.

Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em: 25 ago. 2010.

Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 553343/MG. Relator: Ministro Luiz Fux. J. em 11-5-2004. Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 737.191/PI. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. J. em 3-5-2005. Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

Acesso em: 1º set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 734.119/RS**. Relator: Ministro Helio Quaglia Barbosa. J. em 19-6-2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em: 2 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento n. 89406**. Relator: Soares Muñoz. J. em 14-9-1982. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 set. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial n. 26.388**. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira. J. em 10-8-1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 set. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação com Revisão n. 7014447900**. Relator: Cauduro Padin. J. em 19-8-2009. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Recurso Ordinário em Rito Sumaríssimo n. 00832-2007-025-02-00-6**. Relatora: Desembargadora Rosa Maria Zuccaro. J. em 4-12-2007. Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br>> e <www.trt15.jus.br>. Acesso entre: 10 e 22 set. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Recurso Ordinário no Processo n. 00176-2002-051-02-00-3**. Relatora: Desembargadora Wilma Nogueira de Araujo Vaz da Silva. J. em 31-1-2005. Disponível em: <<http://www.trt02.gov.br>>. Acesso em: 21 set. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Recurso Ordinário n. 00331-2004-046-02-00-8**. Relatora: Rilma Aparecida Hemetério. J. em 21-7-2009. Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br>> e <www.trt15.jus.br>. Acesso entre: 10 e 22 set. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Recurso Ordinário n. 43249-2002-902-02-00-5**. Relatora: Sônia Aparecida Gindro. J. em 27-5-2003. Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br>> e <www.trt15.jus.br>. Acesso entre: 10 e 22 set. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Recurso Ordinário n. 02990335131**. Relator: Francisco Antonio de Oliveira. J.

em 4-8-2000. Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br>> e <www.trt15.jus.br>. Acesso entre: 10 e 22 set. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Recurso Ordinário n. 00579-2006-263-02-00-2**. Relatora: Maria Doralice Novaes. J. em 9-9-2008. Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br>>, <www.trt15.jus.br> e <www.tst.jus.br>. Acesso entre: 10 e 22 set. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Recurso Ordinário n. 00134-2008-145-15-00-3**. Relator: Elency Pereira Neves. J. em 9-9-2008. Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br>> e <www.trt15.jus.br>. Acesso entre: 10 e 22 set. 2009.

BUENO, J. Hamilton. Representação comercial e a jurisprudência trabalhista. *In*: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. (orgs.). **Representação comercial e distribuição: estudos em homenagem ao Prof. Rubens Requião**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 61-114.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CARRASCO, Marta Blanco. El Contrato de Corretaje. **Revista de Derecho Privado**, Madrid, p. 3-36, mar.-abr. 2005.

CARVALHOSA, Modesto. **Poder econômico: a fenomenologia, seu disciplinamento jurídico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

CHOPRA, Sunil; MEINDL, Peter. **Gerenciamento da cadeia de suprimentos**. Trad. Claudia Freire. São Paulo: Prentice Hall, 2003.

COGO, Rodrigo. **A frustração do fim do contrato**. Dissertação de Mestrado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 3 v.

EDLIN, Aaron S.; SCHWARTZ, Alan. Optimal Penalties in Contracts. **Chicago Kent Law Review**, Chicago, v. 78, p. 33-54, 2003.

FORGIONI, Paula Andréa. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. atualizada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Paula Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HOVENKAMP, Hobert. *Economics and Federal Antitrust Law*. St. Paul: West Publishing Co., 1985.

MACNEIL, Ian R.; GUEDEL, P. J. **Contracts: Exchange Transactions and Relations**. 3. ed. New York: Foundation Press, 2001.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Hauer de. Agência e representação comercial: a necessidade de harmonização da disciplina jurídica. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 143, São Paulo, p. 106-120, jul.-set. 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. t. XLIII e XLIV.

POUSADA, Estevan Lo Ré. Procuração, mandato e representação: da representação voluntária como resultante funcional da concertação entre o negócio jurídico de outorga de poderes e o contrato de mandato. *In*: PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (orgs.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, v. 2, p. 137-150.

REQUIÃO, Rubens. **Do representante comercial**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

REQUIÃO, Rubens Edmundo. **Nova regulamentação da regulamentação da representação comercial autônoma**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Os contratos de agência, de representação comercial e o contrato de distribuição. O art. 710 do Código Civil. *In*: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. (orgs.). **Representação comercial e distribuição: estudos em homenagem ao Prof. Rubens Requião**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 179-199.

ROSA, José Del Chiaro Ferreira; SCHUARTZ, Luiz Fernando. Mercado relevante e defesa da concorrência. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 21, p. 65-73, out.-dez. 1995.

SADDI, Jairo. Considerações acerca da representação comercial frente ao novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 129, São Paulo, p. 54-68, jan.-mar. 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Cláusulas de exclusividade nos contratos de representação comercial. Aspectos concorrenciais. *In*: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. (orgs.). **Representação comercial e distribuição: estudos em homenagem ao Prof. Rubens Requião**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 444-470.

SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G.. Anticipating Litigation in Contract Design, **The Yale Law Journal**, n. 115, New Haven, 2006, p. 814-879.

SULLIVAN, Lawrence Anthony. **Antitrust**, St. Paul: West Publishing Co., 1976.

TEPEDINO, Gustavo. Questões controvertidas sobre o contrato de corretagem. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 4, p. 33-52, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Do contrato de agência e distribuição no novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/8198/7764>>. Acesso em: 21 set. 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 3.

WILLIAMSON, Oliver. Transaction Costs and Organization Theory. *In*: **Industrial and Corporate Change**. Oxford University Press, 1993.

1 De acordo com Norberto Bobbio, “sem fazer concessões a rótulos, sempre perigosos por mais úteis que sejam, acredito ser possível afirmar com certa tranquilidade que, no seu desenvolvimento posterior à guinada kelseniana, a teoria do direito tenha obedecido muito mais a sugestões estruturalistas do que funcionalistas. Em poucas palavras, aqueles que se dedicaram à teoria geral do direito se preocuparam muito mais em saber ‘como o direito é feito’ do que ‘para que o direito serve’. A consequência disso foi que a análise estrutural foi levada muito mais a fundo do que a análise funcional. (...) O que distingue essa teoria funcional do direito de outras é que ela expressa uma concepção meramente instrumental do direito. A função do direito na sociedade não é mais servir a um determinado fim (aonde a abordagem funcionalista do direito resume-se, em geral, a individualizar qual é o fim específico do direito), mas a de ser um instrumento útil para atingir os mais variados fins” (**Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Berccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 53,54 e 57).

2 Isso fica ainda mais claro com a inserção do art. 421 no Código Civil de 2002, cujo texto é: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Inobstante as críticas que se fazem ao texto do dispositivo, fato é que o teórico do contrato, depois de 2002, não pode mais negligenciar a análise funcional do arranjo, vez que é a própria função do contrato que servirá de limite à liberdade das partes ao criarem um vínculo jurídico entre elas.

3 “Uma cadeia de suprimento engloba todos os estágios envolvidos, direta ou indiretamente, no atendimento de um pedido de um cliente. A cadeia de suprimento não inclui apenas fabricantes e fornecedores, mas também transportadores, depósitos, varejistas e os próprios clientes. (...) Uma cadeia de suprimento é dinâmica e envolve um fluxo constante de informações, produtos, dinheiro (fundos) entre os diferentes estágios. Cada estágio da cadeia de suprimento executa diferentes processos e interage com outros estágios da cadeia” (CHOPRA, Sunil; MEINDL, Peter. **Gerenciamento da cadeia de suprimentos**. Trad. Claudia Freire. São Paulo: Prentice Hall, 2003, p. 3-4).

4 Imagem disponível em: <http://www.axtin.com/solutions/supply_chain.html>. Acesso em: 17 set. 2009. Tradução livre feita pelo autor.

[5](#) Carlos Alberto Hauer de Oliveira (Agência e representação comercial: a necessidade de harmonização da disciplina jurídica, **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômica e Financeira**, n. 143, jul.-set. 2006, p.118) afirma que o representante comercial somente serve como tirador de pedidos, isto é, só atua como canal de vendas e não como canal de compras.

[6](#) Exemplo típico de representante comercial que atua com relação direta com o consumidor são as vendedoras de cosméticos que vão de porta em porta com catálogos, oferecendo os produtos às consumidoras em suas próprias residências.

[7](#) MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 269.

[8](#) REQUIÃO, Rubens. **Do representante comercial**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 2.

[9](#) *Op. cit.*, p. 5.

[10](#) *Op. et loc. cit.*

[11](#) A maneira de melhor equacionar essas duas variáveis (ganho de eficiência de um lado e perda de controle de outro) foge ao escopo deste trabalho. Para um tratamento deste tema sob a perspectiva do *Law and Economics*, remete-se o leitor a Oliver Williamson, *Transaction Costs and Organization Theory*, in **Industrial and Corporate Change**, Oxford University Press, 1993.

[12](#) **Contratos**. 26. ed. atualizada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Paula Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 345.

[13](#) Nesse sentido, afirma Rubens Requião que o representante comercial "não tem poderes para agir em nome do mandante na conclusão dos negócios que promove. Quando está ele armado de poderes para concluir as negociações mercantis, torna-se mais do que um representante, para se fazer um *colaborador jurídico*, atuando com sua *vontade* posta a serviço do comitente. Neste caso, a relação é de *mandato* e prevendo-a o parágrafo único do artigo, em comentário, dispõe que então se apliquem, no seu exercício, os preceitos do mandato mercantil" (*op. cit.*, p. 19).

[14](#) Exemplo de mandato sem representação: contrato com pessoa a declarar (art. 467 do Código Civil); exemplo de representação sem mandato: poder familiar (art. 1.634, V, do Código Civil). Para uma melhor análise da diferenciação entre

mandato, representação e procuração, *vide* GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 424 e s.; e também POUSSADA, Estevan Lo Ré. Procuração, mandato e representação: da representação voluntária como resultante funcional da concertação entre o negócio jurídico de outorga de poderes e o contrato de mandato. *In*: PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (orgs.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, v. 2, p. 137-150.

[15](#) REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.*, p. 1.

[16](#) *Op. cit.*, p. 438.

[17](#) CARRASCO, Marta Blanco. El contrato de corretaje, **Revista de Derecho Privado**, mar.-abr. 2005, p. 13.

[18](#) Questões controvertidas sobre o contrato de corretagem, **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 4, 1996, p. 40. O precedente citado pelo autor é RT 594/72.

[19](#) Para uma análise detalhada de cada um dos tipos de corretagem oficial, leia-se TEPEDINO, Gustavo. Questões controvertidas sobre o contrato de corretagem, *cit.*, p. 34-36.

[20](#) É preciso deixar claro o que se entende por dependência aqui. É óbvio que toda atividade econômica dependerá de outras para existir. A indústria depende da agricultura para os insumos e do atacadista para vender. O atacadista depende da indústria e do varejista. O varejista depende do atacadista e do consumidor. Contudo, não há uma relação de acessoriedade entre nenhum dos agentes referidos. Todos têm existência independente, cada um corre sozinho os riscos de sua própria atividade. Tanto que em caso de falta de um agricultor, pode a indústria valer-se de outro para continuar a produzir. A mesma coisa acontece com o representante comercial, que exerce sua atividade com independência em relação ao representado, sendo-lhe auxiliar, mas não acessório.

[21](#) Expressão usada por Carlos Alberto Hauer de Oliveira (Agência e representação comercial: a necessidade de harmonização da disciplina jurídica, *cit.*, p. 106-120).

[22](#) **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, t. XLIII, p. 32.

[23](#) A expressão significa o foco pelo qual o intérprete terá de olhar para o contrato ao interpretá-lo ou o ponto de vista de quem prevalecerá no caso de dúvidas (para uma análise acurada sobre o ponto de relevância hermenêutico, *vide*: ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de; ZANCHIM, Kleber Luiz. Interpretação contratual: o

problema e o processo. *In*: FERNANDES, Wanderley (org.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 159-204.

[24](#) Não é objeto deste item analisar em pormenores o contrato de distribuição. Cumpre aqui advertir o leitor para o fato de que o tema é polêmico. Há autores, por exemplo, que sustentam que o contrato de distribuição continua atípico, não se lhe aplicando as regras do Código Civil (FORGIONI, Paula Andréa. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 114).

[25](#) FORGIONI, Paula Andréa. *Op. cit.*, p. 114.

[26](#) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 590.859/MG. Relator: Ministro Teori Albino Zavaschi. J. em 24-8-2004. **DJ** 6-9-2004, p. 172.

[27](#) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 553.343/MG. Relator: Ministro Luiz Fux. J. em 11-5-2004. **DJ** 31-5-2004, p. 202.

[28](#) REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.*, p. 74; GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 449; MARTINS, Fran. *Op. cit.*, p. 269; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 405; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 34. ed. atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 5, p. 309; THEODORO JUNIOR, Humberto. **Do contrato de agência e distribuição no novo Código Civil**. Disponível em:

<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/8198/7764>>. Acesso em: 21 set. 2009; SADDI, Jairo. Considerações acerca da representação comercial frente ao novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 129, jan.-mar. 2003, p. 55; e BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**, 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 511.

[29](#) *Op. et loc. cit.*

[30](#) **Contratos nominados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 201-202.

[31](#) **Direito civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 3, p. 588.

[32](#) PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, t. XLIV, p. 32 e 66.

[33](#) Os contratos de agência, de representação comercial e o contrato de distribuição. O art. 710 do Código Civil. *In*: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro

G. (orgs.). **Representação comercial e distribuição**: estudos em homenagem ao Prof. Rubens Requião. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 189-190.

[34](#) **Agência e representação comercial**: a necessidade de harmonização da disciplina jurídica, cit., p. 114.

[35](#) Livro II da Parte Especial do Código Civil.

[36](#) ASCARELLI, Tullio. O empresário. Trad. Fábio Konder Comparato. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 92, 1997, p. 270.

[37](#) "Com riferimento alla loro composizione, le fattispecie si distinguono in semplice e complesse: semplici, quando constano di un solo fatto giuridico o di un fatto e di un rapporto giuridico, complesse quando constano di piu fatti giuridici. (...) I fatti, che compogono la fattispecie complessa, possono aspartenere tutti alla stessa categoria o meno: possono essere tutti fatti in senso stretto, tutti atti o tutti negozi ovvero un fatto e un atto e un negozio" (AULETTA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto privato**: parte generale. Napoli: Ed. Humus, 1946, p. 89).

[38](#) "O termo 'ato', ao invés de ser tomado em seu alcance jurídico técnico, deve ser nesse particular entendido, ao menos para as pessoas físicas, como equivalente a 'negócio' (no sentido vulgar), por sua vez resultante de um ou mais atos jurídicos, dado que, para as pessoas físicas, é uma pluralidade de 'negócios', e não puramente 'atos', que pode se apresentar como coordenada uma 'atividade' e, por isso, elemento integrante desta. Essa referência serve para excluir, em minha opinião, a qualificação de empresário em razão do cumprimento de uma pluralidade de atos que tenham, de per si, mero valor instrumental, relativamente a outras operações às quais deve remontar. (...) Essa finalidade, para as pessoas jurídicas e coletividades organizadas, coincidirá por sua vez com seu escopo, ou estará coordenada com este. Quando, assim, não seja, a atividade desenvolvida estará em contraste com o escopo do ente e dever-se-á, então, antes de mais nada, perguntar se a atividade é imputável ou não ao ente, podendo, apenas na primeira hipótese, ser invocada para a aplicação ao ente das normas pertinentes" (ASCARELLI, Tullio, O empresário, cit., p. 271).

[39](#) **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 418.

[40](#) *Idem*, p. 422.

[41](#) BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário n. 00176-2002-051-02-00-3. Relatora: Wilma Nogueira de Araujo Vaz da Silva, 8ª

Turma. J. em 31-1-2005. Publicado em: 15-2-2005. Disponível em: <<http://www.trt02.gov.br>>. Acesso em: 21 set. 2009.

[42](#) *Idem.*

[43](#) Representação comercial e a jurisprudência trabalhista. *In*: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. (orgs.). **Representação comercial e distribuição**: estudos em homenagem ao Prof. Rubens Requião. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 81.

[44](#) REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.*, p. 69-72.

[45](#) "REPRESENTANTE COMERCIAL. VENDEDOR. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. Diante da tênue linha divisória entre o representante comercial e o vendedor empregado, a controvérsia deve ser dirimida pelo preenchimento dos requisitos formais estabelecidos na Lei 4.886/65, quais sejam: a) inscrição no Conselho Regional de Representantes Comerciais (arts. 2º e 19, b) e formalização de contrato escrito (arts. 27 e 40). O simples pacto verbal para realização de vendas, mediante comissões, sem a comprovação da habilitação para o exercício da profissão, conduz à conclusão de que o obreiro preencheu os requisitos do art. 3º da CLT e não aqueles estipulados na Lei 4.886/65" (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário em Rito Sumaríssimo n. 00832-2007-025-02-00-6. Rel. Des. Rosa Maria Zuccaro. 2ª Turma, **DJ** 4-12-2007). No mesmo sentido, no TRT da 2ª Região: Recurso Ordinário n. 00981-2007-046-02-00-6, Rel. Des. Davi Furtado Meirelles, 12ª Turma, **DJ** 24-10-2008; Recurso Ordinário n. 00369-2005-044-02-00-9, Rel. Des. Rilma Aparecida Hemetério, 10ª Turma, **DJ** 3-3-2009. No mesmo sentido, no TRT da 15ª Região: Processo n. 00323-2006-104-15-00-9, Rel. Juiz José Pitas, 6ª Turma, 12ª Câmara [s.d.a.], Processo n. 00191-2005-137-15-00-5, Rel. Juiz José Antonio Pancotti, [s.d.a.]; Processo n. 616-1999-013-15-00-9, Rel. Juíza Olga Aida Joaquim Gomieri, 5ª Turma, 10ª Câmara [s.d.a.]. Acórdãos disponíveis em: <<http://www.trt2.jus.br>> e em <<http://www.trt15.jus.br>>. Acesso entre 10 e 22 set. 2009.

[46](#) "VÍNCULO DE EMPREGO E REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. ELEMENTOS COMUNS E DISTINTIVOS. Considerando que a Lei 4.886/65 admite representação mercantil executada por pessoa física e prevê diversas obrigações, principalmente ao representante, torna-se difícil a distinção entre esta modalidade de contrato e vínculo de emprego, mormente se havia contrato escrito, a atividade era

externamente executada e estavam presentes todos os componentes comuns a ambos os institutos, ou seja, pessoalidade, continuidade e onerosidade. O traço definidor é a presença de subordinação em grau suficiente à caracterização do liame de emprego, sendo necessário, para tal mister, averiguar o poder de controle exercido pelo recorrido na atividade laboral, que não se confunde com o de mando atribuído ao empregador. Na hipótese, restou comprovado pelo depoimento das testemunhas que o roteiro era estabelecido com a supervisão do gerente, Sr. G., que havia necessidade do cumprimento de metas, que havia reuniões mensais obrigatórias, sendo que o não comparecimento acarretaria advertência verbal ou escrita por parte da gerência e, ainda, a visitação aos clientes era controlada pela reclamada, através de contatos telefônicos e apresentação diária de relatório de visitas. Recurso ordinário a que se nega provimento” (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário n. 00331-2004-046-02-00-8, Rel. Des. Rilma Aparecida Hemetério, 10ª Turma, DJ 21-7-2009).

“CONTRATO DE TRABALHO. EFETIVO EMPREGADO FORMALMENTE CLASSIFICADO COMO REPRESENTANTE COMERCIAL. É empregado o vendedor externo que, muito embora inscrito nos órgãos públicos competentes, sendo sócio de empresa de representação comercial e emitindo notas fiscais de serviços para o recebimento de seus pagamentos, trabalhe mediante comparecimento diário à sede da empregadora, em horários por ela determinados, participando de reuniões e recebendo ordens de serviço dos gerentes quanto à programação de vendas, relatórios e visitas” (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário n. 43249-2002-902-02-00-5. Rel. Des. Sônia Aparecida Gindro, 10ª Turma, DJ 27-5-2003).

“REPRESENTANTE COMERCIAL. RELAÇÃO DE EMPREGO. O fato de prestar informações, participar de reuniões, ter zona exclusiva para vendas e exercer o trabalho com pessoalidade são fatores encontráveis também nas exigências da Lei n. 4.886/65, que rege o trabalho do representante comercial autônomo. O autônomo corre o risco do seu próprio empreendimento, recebendo apenas sobre as vendas efetuadas, não assegurando à empresa qualquer valor fixo. A subordinação do empregado é a de todos os momentos, não só quanto a produção e produtividade, mas também quanto às horas trabalhadas em cada dia

do mês” (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário n. 02990335131. Rel. Des. Francisco Antonio de Oliveira, 5ª Turma, DJ 4-8-2000).

No mesmo sentido, por todos no TRT da 15ª Região, Processo n. 00658-2007-058-15-00-1, Rel. Des. José Antonio Pancotti, j. em 17-2-2009. No TST, por todos: Processo n. 570.442/1999-8, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, j. em 13-11-2002. Acórdãos disponíveis em: <<http://www.trt2.jus.br>>, em <<http://www.trt15.jus.br>> e em <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso entre 10 e 22 set. 2009.

47 “RECURSO ORDINÁRIO. RITO SUMARÍSSIMO. VÍNCULO DE EMPREGO NÃO CONFIGURADO. A inexistência de registro do representante comercial autônomo no Conselho Regional e de contrato por escrito, aspectos formais que regulamentam aquela atividade, não têm o condão de se sobrepor à realidade constatada no caso concreto quando não evidenciada a presença de subordinação jurídica, elemento essencial ao reconhecimento da relação de emprego. Recurso não provido” (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário n. 00579-2006-263-02-00-2. Rel. Des. Maria Doralice Novaes, 3ª Turma, DJ 9-9-2008).

“REPRESENTAÇÃO COMERCIAL X RELAÇÃO DE EMPREGO. CLÁUSULA CONTRATUAL DE EXCLUSIVIDADE E DE SUJEIÇÃO ÀS METAS ESTABELECIDAS PELA REPRESENTADA. VALIDADE. É irrelevante o fato de constar no contrato de representação comercial cláusula de exclusividade, bem como a sujeição do representante às metas estabelecidas pela representada, porquanto a Lei n. 4.886/65, que regulamenta a profissão, em seu art. 28, prevê que o profissional forneça ao representado informações detalhadas sobre o andamento dos negócios realizados, admitindo, ainda, em seu art. 27, alíneas *d* e *e*, a fixação de exclusividade de zona de atuação” (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário n. 00134-2008-145-15-00-3. Rel. Des. Elency Pereira Neves, 10ª Câmara, 5ª Turma, DJ 9-9-2008). Acórdãos disponíveis em: <<http://www.trt2.jus.br>> e em <<http://www.trt15.jus.br>>. Acesso entre 10 e 22 set. 2009.

48 *Op. cit.*, p. 86.

49 *Idem*, p. 101.

[50](#) "Corretagem. A Decretação da Inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do art. 7º da Lei n. 4.116, de 1962, tornou ilegítima a exigência do registro estabelecido no art. 1º. da mesma lei como condição para cobrar, judicialmente, remuneração resultante da mediação concernente à venda de imóvel. Agravo Regimental desprovido" (BRASIL. Agravo de Instrumento n. 89406. Rel. Min. Soares Muñoz. 1ª Turma. J. em 14-9-1982, **DJ** 1º-10-1982, p. 19829. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 set. 2009).

[51](#) "REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. COBRANÇA DE COMISSÃO POR MEDIADOR NÃO REGISTRADO. ARTS. 2º E 5º DA LEI 4.886/65. PRECEDENTE. RECURSO DESACOLHIDO.

I – Os arts. 2º e 5º da Lei 4.886/65, por incompatíveis com norma constitucional que assegura o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, não subsistem válidos e dotados de eficácia normativa, sendo de todo descabida a exigência de registro junto a Conselho Regional de Representantes Comerciais para que o mediador de negócios mercantis faça jus ao recebimento de remuneração.

II – Semelhança dos dispositivos legais em comento, havidos por não vigentes, com o art. 7º da Lei 4.116/62 (disciplinadora da profissão de corretor de imóveis) de inconstitucionalidade já proclamada pelo Supremo Tribunal Federal" (BRASIL. Recurso Especial 26.388/SP. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma. J. em 10-8-1993, **DJ** 6-9-1993, p. 18035).

[52](#) Redação original: "Art. 27. Do contrato de representação comercial, quando celebrado por escrito, além dos elementos comuns e outros, a juízo dos interessados, constarão, obrigatoriamente:..."

[53](#) Redação dada pela Lei n. 8.420/92: "Art. 27. Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão obrigatoriamente:..."

[54](#) MARTINS, Fran. *Op. cit.*, p. 275. No mesmo sentido: REQUIÃO, Rubens, *op. cit.*, p. 165, e BULGARELLI, Waldirio, *op. cit.*, p. 513.

[55](#) O Ministro Fernando Gonçalves afirmou em 2005 que, "legalmente – o contrato de representação é sempre formal (escrito)" (BRASIL. REsp 737.191/PI. Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª Turma, j. em 3-5-2005, **DJ** 23-5-2005, p. 306).

[56](#) No STJ: REsp 92.286/PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma, j. em 29-10-1998, **DJ** 1º-2-1999, p. 196, e REsp 135.548/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, j. em 21-5-1998, **DJ** 3-8-1998, p. 224. No TJSP: Ap. c/Rv 7024678700, Rel. Des. José Reynaldo, 12ª CDPr, j. em 2-9-2009, e Ap. 1195302900, Rel. Des. Rodrigo Marzola Colombini, 20ª CDPr, j. em 4-8-2009. No TJRS: Ap. Cv. 70024335853, Rel. Des. Ana Maria Nedel Scalzilli, 16ª CCv, j. em 13-11-2008, e Ap. Cv. 70026405019, Rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo, 16ª CCv, j. em 2-10-2008. No TJRJ: Ap. [2009.001.10063](#), Rel. Des. Monica Costa Di Piero, 8ª CCv, j. em 12-5-2009. No TJMG: Processo n. 1.0024.98.129081-0/001(1), Rel. Des. Elpídio Donizetti, 18ª CCv, j. em 27-1-2009, **DJ** 9-2-2009, e Processo n. 1.0024.05.822400-7/001(1), Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, 16ª CCv, j. em 30-4-2008, **DJ** 30-5-2008. No TJPR: Ap. [0428318-3](#), Rel. Des. Prestes Mattar, 6ª CCv, j. em 1º-9-2009, e Ap. [0475333-3](#), Rel. Des. Roberto de Vicente, 18ª CCv, j. em 6-8-2008.

[57](#) *Op. cit.*, p. 169.

[58](#) O exemplo pode parecer fantasioso, mas não necessariamente é. A cotação favorável do peso argentino em relação ao real brasileiro, somada às facilidades de importação e exportação de produtos dentro do Mercosul, tem se mostrado como fator de incentivo a empresários brasileiros irem para a Argentina e lá comprarem produtos ou tomarem serviços de representantes argentinos, serviços e produtos que poderiam ser vendidos por representantes brasileiros das mesmas empresas. Nesses casos, os próprios brasileiros se encarregam de providenciar a importação dos produtos da Argentina para o Brasil, de modo que o representante argentino age somente dentro de sua área de atuação.

[59](#) Para um aprofundamento sobre os deveres contratuais que decorrem da boa-fé objetiva, *vide* Tratamento contemporâneo do princípio da boa-fé objetiva nos contratos. *In*: PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (orgs.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, v. 2, p. 311-336.

[60](#) Tal foi o entendimento esposado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizada em dezembro de 2004 no Superior Tribunal de Justiça, sob coordenação do Ministro Ari Pargendler, que fez aprovar o enunciado 166, cujo texto é o seguinte: "A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade,

tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil". Para uma análise aprofundada do conceito de frustração do fim do contrato, *vide* COGO, Rodrigo. **A frustração do fim do contrato**. Dissertação de Mestrado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

[61](#) Cláusulas de exclusividade nos contratos de representação comercial. Aspectos concorrenciais. *In*: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. (orgs.). **Representação comercial e distribuição: estudos em homenagem ao Prof. Rubens Requião**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 444.

[62](#) *Idem*, p. 447.

[63](#) O conceito de mercado relevante deriva da teoria concorrencial e econômica norte-americana, cujo conceito de *relevant market* é instrumento da tutela da concorrência naquele país, tendo sido bem explicado por SULLIVAN, Lawrence Anthony (Antitrust, St. Paul: West Publishing Co., 1976), e HOVENKAMP, Hobert (Economics and Federal Antitrust Law, St. Paul: West Publishing Co., 1985).

[64](#) ROSA, José Del Chiaro Ferreira; SCHUARTZ, Luiz Fernando. Mercado relevante e defesa da concorrência, **Revista de Direito Econômico**, n. 21, Brasília, out.-dez. 1995. Disponível em: <<http://www.jsedelchiaro.com.br/material/artigos/d2a9191f6e633a070a5aeb47b17d7b50.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2009.

[65](#) **Poder econômico: a fenomenologia, seu disciplinamento jurídico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 24.

[66](#) *Idem*.

[67](#) *Op. cit.*, p. 277.

[68](#) **Nova regulamentação da representação comercial autônoma**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 90-91.

[69](#) *Op. cit.*, p. 202.

[70](#) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Apelação com Revisão n. 7014447900, Rel. Des. Cauduro Padin, 13ª Câmara de Direito Privado, j. em: 19-8-2009.

[71](#) *Op. cit.*, p. 458.

[72](#) O dever de informar é decorrente do art. 422 do Código Civil e se aplica a todo e qualquer contrato, como consequência do princípio da boa-fé objetiva.

[73](#) *Op. cit.*, p. 277.

[74](#) É inerente a todo e qualquer contrato o dever de colaboração decorrente do princípio da boa-fé objetiva, previsto pelo art. 422 do Código Civil. Especificamente no caso do contrato de representação comercial, este dever é mais amplo, pois o contrato de representação comercial enquadra-se no gênero dos contratos relacionais, também chamado de contrato de comunhão de escopo, cujas características principais são a duração alongada no tempo, o trato sucessivo (isto é, várias prestações e contraprestações trocadas ao longo do tempo), a interdependência entre as partes (há uma relação simbiótica entre o representante e o representado) e o compartilhamento de objetivos comuns entre as partes (cf. MACNEIL, Ian R.; GUEDEL, P. J. *Contracts: Exchange Transactions and Relations*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2001).

[75](#) *Op. cit.*, p. 178-179.

[76](#) *Op. cit.*, p. 202-229.

[77](#) **Das obrigações em geral**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002, v. 1, p. 489-492.

[78](#) *Op. cit.*, p. 227.

[79](#) GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 221.

[80](#) A lei faz uso de expressão semelhante à obrigação de melhores esforços ao referir-se ao verbo “dedicar-se” no art. 28. Sabe-se que o preenchimento desses conceitos (dedicação e desídia) é difícil no caso concreto, sendo necessário um esforço de quem se encarrega de escrever tais contratos para dar significado concreto a esta obrigação. O estabelecimento de metas e de outros critérios mais específicos parece ser uma solução. Para uma análise interessante e útil sobre o preenchimento de termos genéricos em contratos de longa duração *vide* SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. Anticipating Litigation in Contract Design, *The Yale Law Journal*, n. 115, 2006, p. 814-879.

[81](#) Conforme prevê o parágrafo único do art. 393 do Código Civil, “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

[82](#) Sobre formas eficientes de se prever multas em contratos colaborativos, *vide* EDLIN, Aaron S.; SCHWARTZ, Alan. Optimal Penalties in Contracts, *Chicago Kent Law Review*, v. 78, 2003, p. 33-54.

[83](#) "O art. 27, alínea *j*, da Lei n. 4.886/65, com a redação dada pela Lei n. 8.420/92, trata de simples critério de cálculo do montante mínimo a ser pago ao representante comercial, quando da rescisão do contrato, fora das hipóteses de justa causa" (BRASIL. STJ: REsp 734.119/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 4ª Turma, j. em 19-6-2007, DJ 27-8-2007, p. 261).

[84](#) *Op. cit.*, p. 105.

2 OS CONTRATOS DE TECNOLOGIA

Manoel J. Pereira dos Santos

Coordenador e professor do Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVlaw; mestre em Direito Comparado pela New York University; mestre e doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP); membro do comitê executivo da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI); advogado em São Paulo.

2.1 Introdução

O objetivo principal deste capítulo é analisar o regime jurídico dos contratos de tecnologia no Direito brasileiro. Além do interesse natural determinado pela frequência com que esses ajustes são realizados, a importância do tema reside também no fato de que a disciplina contratual vigente no País nessa área, além de constituir um microsistema próprio, apresenta sensíveis particularidades quando se considera a prática existente em outros países.

2.2 O que são contratos de tecnologia

As parcerias em tecnologia desenvolveram-se sobretudo a partir da metade do século XX e geraram diferentes tipos de contratos, em que a empresa receptora adquire, em caráter temporário ou definitivo, o direito de utilizar determinados conhecimentos técnicos para certas finalidades. A franquia, embora surgida como um sistema especial de comercialização de produtos e serviços, passou a englobar vários tipos de contratos de tecnologia.

Nos setores da economia em que a tecnologia constitui importante fator de competitividade, os contratos de tecnologia representam hoje uma forma frequente de aliança empresarial. Estudos realizados no início desta década relatam a existência, apenas no período de 1985 a 1997, de pelo menos 15.000 acordos de licenciamento em todo o mundo envolvendo mais do que US\$ 320 bilhões (KIM; VONORTAS, 2009). Mesmo assim, argumenta-se que, em muitos países, este tipo de acordo ainda representa percentual pequeno dentro do volume dos acordos comerciais devido às peculiaridades da legislação de propriedade industrial e ao fato de serem ajustes complexos e caros (BESSY; BROUSSEAU, 2009).

Em sentido estrito, os contratos de tecnologia são negócios jurídicos pelos quais o detentor da tecnologia concede a alguém o acesso a determinados conhecimentos e informações, geralmente de caráter técnico-científico para finalidades específicas, bem como o direito de utilizar os direitos de propriedade industrial correlatos. Contudo, em acepção mais ampla, referidos contratos também englobam a prestação de determinados serviços técnicos especializados, a realização de pesquisa conjunta ou acordos de cooperação tecnológica e os acordos de confidencialidade envolvendo transmissão de tecnologia.

A fim de que esta afirmação faça sentido para quem não é um profissional atuante na área da Propriedade Industrial, é necessário definir os elementos principais utilizados na conceituação do objeto deste artigo.

Inicialmente, cabe referir que a Propriedade Industrial é um ramo da chamada Propriedade Intelectual e tem por escopo a proteção das criações industriais e dos sinais distintivos, bem como a repressão dos atos de concorrência desleal. Essa proteção jurídica se efetua mediante a concessão de patentes de invenção e de modelos de utilidade, de registro de desenhos industriais e de registro de marcas e das indicações geográficas¹.

A definição de tecnologia é menos precisa. Geralmente, associa-se o termo ao "conjunto ordenado e sistemático de conhecimentos

técnicos, patenteados ou não, capazes de levar à prática uma ideia no plano industrial. Abrange produtos, processos de fabricação, inovações, planos, estudos, projetos, desenhos, fórmulas, instruções e serviços de assistência técnica, científica e administrativa” (FRÓES, 1976, p. 123). Nesta acepção, tecnologia inclui tanto a invenção ou modelo de utilidade objeto de patente quanto as demais informações ou dados utilizados pelo empresário em sua atividade, que não são objeto de direitos exclusivos. Dentro da repressão aos atos de concorrência desleal, os conhecimentos e informações não patenteados recebem uma proteção indireta na legislação de propriedade industrial contra a divulgação, a exploração ou a utilização não autorizadas da tecnologia mantida em segredo, ou seja, daquela que não é pública.

Como bem observa a doutrina nacional, a tecnologia, contudo, não compreende apenas os conhecimentos técnicos aplicados nem se limita à produção industrial. Por isso, melhor seria defini-la como o complexo de informações e conhecimentos, de natureza técnica, científica, comercial, administrativa e financeira, bem como os demais elementos de utilidade prática empregados na atividade empresarial (VIEGAS, 2007, p. 147). Por essa razão, incluem-se as franquias entre os contratos de tecnologia.

Impõe-se, por outro lado, analisar uma particularidade da regulamentação nacional aplicável aos contratos de tecnologia. Pelo menos em tese, pode-se estabelecer a distinção entre contratos para licenciamento de direitos exclusivos de propriedade industrial e contratos de fornecimento de tecnologia, ou seja, aqueles que envolvem precipuamente a obtenção de conhecimentos, informações e dados patenteados ou confidenciais. O empresário pode adquirir ou licenciar os direitos de uma marca específica para utilizar em sua atividade sem receber do cedente qualquer tecnologia. Pode igualmente adquirir ou licenciar uma patente apenas para evitar uma disputa judicial, de forma a manter a produção e a comercialização de um produto que ele desenvolveu, sem qualquer apoio do titular da patente licenciada ou cedida.

O contrato de fornecimento de tecnologia tem um caráter misto, ou seja, pressupõe, de um lado, “uma transmissão dos conhecimentos que constituem a tecnologia e uma prestação de serviços, pois a absorção da tecnologia implica quase sempre em serviços de treinamento e de assistência técnica” (VIEGAS, 2007, p. 153). Portanto, o que caracteriza o fornecimento de tecnologia não é a concessão de um direito de uso nem a entrega de determinada documentação técnica, mas sim a cessão dos conhecimentos técnicos com a consequente capacitação tecnológica da parte receptora.

O Instituto Nacional da Propriedade Industrial, no entanto, há muito tempo emprega o termo “transferência de tecnologia” para designar não só o fornecimento de tecnologia propriamente dito, mas também o licenciamento de uso de marcas, o licenciamento da exploração de patentes e de desenhos industriais, os serviços de assistência técnica e científica e os contratos de franquia². A intervenção do INPI neste domínio decorre de norma legal contida no art. 211 da Lei n. 9.279/96, que atribui a essa autarquia a responsabilidade pelo “registro dos contratos que impliquem transferência de tecnologia, contratos de franquia e similares para produzirem efeitos em relação a terceiros”.

2.3 Regime jurídico dos contratos de tecnologia

A particularidade da sistemática brasileira não se limita à amplitude do conceito de “transferência de tecnologia”, mas à circunstância de que a natureza jurídica do contrato de “fornecimento de tecnologia não patenteada” é o de cessão e não de licenciamento, reservando-se, assim, a figura da “licença” apenas para os contratos que envolvem invenções ou modelos industriais patenteados, desenhos industriais registrados e marcas registradas, ou seja, aqueles que envolvem direitos exclusivos de propriedade industrial.

No âmbito da propriedade intelectual, há tradicionalmente a distinção conceitual e a diferença de efeitos jurídicos entre o contrato de licença e aquele denominado cessão. Licenciamento é a modalidade de negócio jurídico por meio do qual alguém (licenciante) transfere a outrem (licenciado) apenas o direito de exploração econômica e/ou utilização econômica do direito de propriedade intelectual (ou bem imaterial). A cessão é a modalidade de negócio jurídico pelo qual alguém (cedente) transfere a outrem (cessionário) a titularidade do direito de propriedade industrial ou de conhecimento técnico-científico (direito sobre bem imaterial).

A concessão de uma licença de uso ou exploração econômica não implica a cessão da titularidade do direito patrimonial. Em seu sentido técnico, cessão é um ato de alienação, enquanto a licença, a concessão e a autorização são negócios jurídicos de uso e gozo, como a locação e o comodato³, aos quais a licença é geralmente assimilada.

Pode-se argumentar, valendo-se da equivocidade do termo, que a licença implica a transferência parcial e temporária do exercício de uma parcela dos direitos patrimoniais. Essa tese teria o abono da terminologia utilizada pelo legislador de 1998 que, sob a denominação genérica de "transferência", incluiu na Lei de Direitos Autorais não só os atos de cessão propriamente ditos, mas também os negócios jurídicos de licenciamento e concessão⁴.

Como, porém, lembra Juliana Viegas, "o INPI tem adotado, desde o início de sua atuação no exame destes contratos, em 1971, a posição de que não existe licença OU cessão temporária de tecnologia, mas somente cessão definitiva (equivalente a uma compra e venda) do conhecimento técnico envolvido no contrato (cessão que não impede, evidentemente, e pela própria natureza da tecnologia, a continuação de seu uso pelo cedente)" (2007, p. 155).

No Brasil, portanto, a expressão contratos de tecnologia implica, por um lado, o conceito de transferência (em vez de licenciamento), de uma parte à outra, dos conhecimentos, informações e dados que constituem o objeto do contrato e compreende, por outro lado, negócios jurídicos que não envolvem a efetiva transmissão desses

conhecimentos, informações e dados, mas sim a mera licença de direitos de propriedade industrial (marcas, patentes e desenhos industriais).

Por essa razão, podem ser considerados como contratos de tecnologia a Licença de Uso de Marca, a Licença de Exploração de Patente, a Licença de Exploração de Desenhos Industriais, o Contrato de Fornecimento de Tecnologia, o Contrato de Prestação de Serviços Técnicos Especializados, hoje geralmente denominado Contrato de Serviços de Assistência Técnica e Científica, o Contrato de Compartilhamento de Pesquisa ou Acordo de Cooperação Tecnológica, o Contrato de Franquia e os Acordos de Confidencialidade.

De acordo com o Ato Normativo n. 135, expedido pelo INPI em 15 de abril de 1997, apenas as licenças de direitos de Propriedade Industrial, os contratos de aquisição de conhecimentos tecnológicos (fornecimento de tecnologia e prestação de serviços de assistência técnica e científica) e os contratos de franquia enquadram-se na categoria de contratos de transferência de tecnologia. Os demais, ainda que envolvam a transmissão de informações e dados técnicos, não são reconhecidos como contratos típicos.

Nesse quadro, as cessões representam uma figura híbrida. Não estão expressamente mencionadas no Ato Normativo n. 135, mas o próprio INPI ressalva, ao tratar dos contratos de transferência de tecnologia, que “os contratos de cessão – transferência de titularidade – de direitos de propriedade industrial (Patente, Marca e Desenho Industrial) são passíveis de averbação quando envolverem remuneração e o titular desses direitos for domiciliado no exterior”⁵. Na verdade, se “a licença [constitui] um dos mais eficazes instrumentos de transferência de tecnologia” (BARBOSA, 2003, p. 1046)⁶, as cessões – como forma de transmissão definitiva do direito de exploração econômica – também deveriam integrar essa categoria contratual.

2.4 Licenças de marca, de patente e de desenho industrial

A primeira categoria dos contratos de tecnologia compreende, segundo a regulamentação do INPI, os contratos de licenciamento de bens de propriedade industrial. Cabe aqui um esclarecimento quanto à utilização do termo “bem” para os direitos exclusivos regidos pela Lei da Propriedade Industrial. Em contraposição aos bens materiais ou corpóreos, as criações humanas, sejam elas de natureza técnica (criações industriais) ou não (sinais distintivos), incluindo aquelas cujo caráter cultural prepondera (obras intelectuais, tuteladas pelo Direito de Autor), configuram os chamados bens intelectuais ou imateriais. Os direitos de propriedade industrial são definidos pelo art. 5º da Lei de Regência como “bens móveis”⁷.

Segundo a legislação vigente, o titular de patente, desenho industrial ou marca, assim como o mero depositante⁸, podem celebrar contratos para sua exploração. A diferença básica entre uma situação e outra é que a licença efetuada pelo titular permite desde logo o recebimento de *royalties*, enquanto o mero depositante somente poderá receber remuneração após a data da concessão do registro, ainda que retroativamente quando se trata de licença de patentes ou de desenho industrial. Além disso, o licenciado de um mero pedido assume o risco de o direito exclusivo não vir a ser concedido pela falta de cumprimento das exigências legais, o que pode afetar de modo negativo os investimentos que pretende realizar para a utilização desse bem em suas atividades.

Evidentemente, a primeira providência do interessado na obtenção de licença deve ser verificar no INPI a situação legal dos bens de propriedade industrial que pretende licenciar, inclusive porque ela deverá ser averbada naquela autarquia⁹. A finalidade primordial da averbação do contrato é produzir efeitos perante terceiros, conforme dispõem os arts. 62 e 140 da Lei da Propriedade Industrial, o que ocorre a partir de sua publicação na *Revista do INPI*. Portanto, não se trata de medida necessária para que o ajuste seja

válido entre as partes ou para que a utilização da marca e a exploração da patente ou desenho industrial pelo licenciado impeçam a eventual perda do direito por falta de uso (instituto conhecido como caducidade¹⁰). Contudo, pode ocorrer de o licenciado necessitar fazer valer seu direito contra terceiros se se tratar de uma licença exclusiva, ou na hipótese mais comum de defesa da marca, da patente ou do desenho industrial, desde que esteja investido pelo licenciante dos poderes respectivos, caso em que a averbação é necessária¹¹.

As condições de exercício da licença configuram a parte central de qualquer contrato nesta área. Com efeito, as particularidades do licenciamento de um bem de propriedade industrial tornam este negócio jurídico distinto da locação ou comodato, mesmo partindo-se do pressuposto de que a licença revela em princípio a mesma natureza jurídica da locação ou comodato, conforme seja ela onerosa ou gratuita. Com efeito, além da necessária identificação do bem objeto do ajuste (o que inclui o número de depósito ou registro no INPI), impõe-se regular de modo claro os seguintes aspectos:

a) Escopo

Em princípio, as licenças podem compreender todo o objeto do direito de propriedade industrial ou apenas parte dele. Com efeito, pode o licenciante autorizar a exploração de parte do direito, tanto no caso de patentes e desenhos industriais quanto na hipótese de marcas¹², reservando para si ou para outrem o exercício daqueles não licenciados. O problema que se coloca é como deve o intérprete suprimir a lacuna no ajuste contratual. A questão será mais relevante quando a licença for exclusiva. Nas licenças não exclusivas, as características do ajuste certamente ajudarão a delimitar o escopo da concessão. Na licença exclusiva, que não limite as condições de exercício do direito quanto ao objeto, dever-se-á presumir que seja total e não parcial.

b) Exclusividade

Interessa a ambas as partes definir se o licenciante poderá ou não utilizar diretamente ou licenciar outros a utilizarem a marca, a

patente ou o desenho industrial licenciados. Ao contrário do que ocorre com um bem corpóreo, os bens intelectuais podem ser utilizados ou explorados economicamente por várias pessoas simultaneamente de forma que a exclusividade implica estabelecer restrição essencial aos direitos de propriedade industrial do licenciante. Pelo fato de a exclusividade representar um gravame ou oneração dos direitos de propriedade industrial do titular ou depositante, deve-se presumir não exclusiva aquela licença à qual não se estabeleceu expressamente a condição de exclusividade. Com efeito, a licença não exclusiva atribui ao licenciado um direito limitado ou relativo, enquanto a licença exclusiva confere-lhe um direito absoluto que pode ser exercido *erga omnes*, inclusive contra o próprio titular¹³.

c) *Sublicenciamento*

É igualmente importante estipular se o licenciado pode ou não autorizar terceiros a utilizarem a marca, patente ou desenho industrial durante a vigência da licença. Esta faculdade pode representar uma vantagem adicional ao licenciado, que assim obtém maior flexibilidade na organização de suas atividades, porém, a possibilidade de outra pessoa, que não o licenciado, explorar os direitos de propriedade industrial concedidos pelo titular ou depositante representa um risco ou até mesmo um inconveniente para o licenciante.

Com efeito, o controle da qualidade e da procedência dos produtos comercializados é fator importante para a concessão da licença e a manutenção do valor do bem licenciado, especialmente no caso de marca, ainda que o licenciante não exerça um controle efetivo. Por essa razão, tem-se entendido que os contratos de licença são celebrados *intuitu personae* de forma que, na ausência de estipulação em contrário, deve-se interpretar o ajuste como não permitindo o sublicenciamento.

d) *Remuneração*

A licença pode ser gratuita ou onerosa. Esta condição terá de ser expressamente prevista no contrato porquanto é de se presumir, na

ausência de estipulação em contrário, que a licença seja onerosa. A Lei da Propriedade Industrial nada dispõe sobre esta matéria, mas a questão da dedutibilidade fiscal e da remissibilidade dos *royalties* devidos constitui uma das preocupações centrais de toda licença.

Em geral, o *royalty* é calculado com base em percentual sobre o preço de venda dos produtos licenciados ou sobre o lucro obtido ou em valor fixo por unidade de produto vendido. Quando os *royalties* são fixados em porcentagem, é necessário definir ainda a base de cálculo, sendo a regra que se considere o montante líquido. Apesar de os *royalties* serem variáveis, podem-se estipular *royalties* mínimos. Além disso, a licença de patentes pode prever, como muitas vezes ocorre, o pagamento por assistência técnica, fornecimento de *know how* e treinamento.

Em qualquer dos casos, as partes devem estar atentas para os limites estabelecidos na legislação fiscal, circunstância fiscalizada pelo INPI quando da averbação do contrato. Cabe ressaltar, contudo, que inexistente na legislação norma que obrigue a averbação da licença ou limite o valor dos *royalties* sob pena de ineficácia da remuneração ajustada pelas partes.

Nas contratações internacionais, duas questões adicionais devem ser consideradas. Em primeiro lugar, a forma de cálculo do montante em dólares, uma vez que a variação cambial da moeda pode prejudicar uma das partes até que efetuada a remessa da moeda estrangeira ao licenciante. Em segundo lugar, a responsabilidade pelo ônus do imposto de renda retido na fonte, cuja assunção pelo devedor é admitida pela legislação tributária.

e) Controle de qualidade e fornecimento de instruções ou dados técnicos

Anteriormente à vigência da atual Lei da Propriedade Industrial, o licenciante tinha o dever de controlar de modo efetivo as especificações, natureza e qualidade dos produtos e serviços objeto das marcas licenciadas¹⁴. Esta disposição, considerada pela doutrina como sendo de proteção ao consumidor (BARBOSA, 2003, p. 1055), converteu-se em mero direito do licenciante na legislação vigente¹⁵. A obrigatoriedade de o licenciante exercer controle efetivo de

qualidade justificaria fosse a licença de marcas integrada ao rol dos contratos de tecnologia por se pressupor que o licenciante haveria de fornecer ao licenciado especificações e instruções técnicas relativas aos produtos ou serviços que seriam cobertos pela marca.

Na medida em que tal controle depende do interesse do licenciante em assegurar e preservar a reputação de seus bens intelectuais, a licença se revela mero acordo comercial que não implica necessariamente a existência de componente tecnológico. O mesmo raciocínio é aplicável ao licenciamento de patentes e desenhos industriais. Com efeito, inexistente na lei a obrigação de o titular ou depositante fornecer ao licenciado instruções ou treinamento para a exploração dos direitos licenciados (DANNEMANN; MOREIRA, 2005, p. 148), até porque, pelo princípio da suficiência descritiva, no caso do pedido de patente o "relatório deve descrever clara e suficientemente o objeto, de modo a possibilitar sua realização por técnico no assunto e indicar, quando for o caso, a melhor forma de execução"¹⁶.

f) Defesa dos bens intelectuais

Outra condição importante na licença é a possibilidade de o licenciado defender a marca, patente ou desenho industrial contra atos de terceiro. Numa primeira análise desta matéria, poder-se-ia considerar que essa providência deve constituir obrigação do licenciante, uma vez que lhe compete garantir o pleno uso do bem licenciado. Contudo, o que ocorre muitas vezes é que o licenciado, sendo diretamente prejudicado por qualquer ato infringente praticado por terceiro, é o mais interessado em fazer cessar rapidamente a prática do ilícito. Ainda que a lei não confira ao licenciado essa faculdade, dependendo ela de outorga expressa por parte do titular ou depositante¹⁷, a vantagem da previsão legal é eliminar qualquer questionamento relativamente à legitimidade ativa do licenciado, o que ocorria na vigência da legislação anterior, que era omissa a respeito (DANNEMANN; MOREIRA, 2005, p. 148).

A lei nada dispõe sobre a questão da manutenção dos direitos de propriedade industrial licenciados. Mas convém que o contrato

regule a obrigação de pagamento das retribuições anuais (no caso de patentes), quinquenais (no caso de desenhos industriais) e decenais (no caso de marcas).

g) Prazo

A determinação do prazo de vigência da licença é essencial para que as partes não fiquem sujeitas às vicissitudes dos contratos por prazo indeterminado. Aspecto característico deste tipo de negócio jurídico é que sua vigência não pode exceder àquela atribuída ao direito licenciado. A questão é relevante porquanto os direitos de propriedade intelectual são por sua natureza limitados no tempo¹⁸, de forma que a expiração do prazo de vigência do direito implica a extinção do contrato de licença.

A mera estipulação do prazo contratual não é garantia suficiente para o licenciado. Tal como ocorre nos contratos de locação, é fundamental que a licença esteja averbada no registro público (que no caso é o INPI) e que conste do contrato cláusula de sua vigência no caso de alienação (VIEGAS, 2007; BARBOSA, 2003).

2.5 Contratos de cessão

Ao contrário do que ocorre com as licenças, a Lei da Propriedade Industrial é bastante sucinta ao regular as cessões de direitos de propriedade industrial. Tal omissão é em parte compreensível porquanto o licenciamento apresenta maior complexidade, especialmente na parte regulatória, devido às diferentes condições a que poderá estar sujeita quando concedida voluntariamente.

No título relativo às patentes, o legislador limitou-se a dispor que, apesar do seu conteúdo indivisível, poderão ser cedidas total ou parcialmente (art. 58). Além disso, no mesmo dispositivo admitiu a transferência tanto no caso de registro quanto de mero depósito. De acordo com o art. 121, as mesmas regras aplicar-se-ão ao desenho industrial.

O regramento pertinente às marcas, estatuído nos arts. 134 e 135, é ainda mais resumido. Permite-se igualmente a transferência tanto do registro quanto do depósito, com a ressalva evidente de que o cessionário deverá atender aos requisitos legais, uma vez que a concessão do registro de marca pressupõe, entre outras condições, que o requerente exerça efetiva e licitamente a atividade correspondente, seja diretamente, seja através de empresas do mesmo grupo econômico sob controle comum¹⁹.

Finalmente, o legislador cuidou ainda de estabelecer uma regra especial, exigindo que a cessão compreenda todos os registros ou pedidos de marcas iguais ou semelhantes detidos pelo cedente, relativas a produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, sob pena de cancelamento dos remanescentes. Essa exigência decorre da possibilidade de conflitos na utilização dessas marcas quando não estão sob a mesma titularidade, com efeitos negativos no mercado.

De maneira geral, a lei estabelece que as cessões deverão ser anotadas para produzir efeitos em relação a terceiros a partir da data de sua publicação²⁰, o que configura norma indispensável uma vez que se trata de direitos exclusivos oponíveis *erga omnes*. Embora o legislador não estabeleça requisitos formais para o ato de cessão *inter vivos*, pressupõe-se que se fará sempre por escrito a fim de ser objeto de anotação.

A cessão poderá ser gratuita ou onerosa, total ou parcial. A previsão de pagamentos pela transferência do direito de propriedade industrial implica a análise da operação com base nos critérios aplicáveis aos contratos de transferência de tecnologia, embora o tratamento fiscal da cessão (como ato de aquisição) seja diferente da licença (que gera despesas dedutíveis).

Em se tratando de cessão parcial dos direitos de propriedade industrial, o instrumento de cessão deverá especificar claramente o escopo da cessão e as condições de exercício dos direitos cedidos. Estas regras aplicam-se à cessão de patentes e de desenho industrial, por força do que dispõe o art. 121 da Lei da Propriedade Industrial. O regramento das cessões de marcas não contempla a

transferência parcial, o que não significa serem vedadas, desde que atendido o disposto no art. 134 da Lei de Regência²¹.

Concordamos com Denis Borges Barbosa, para quem “a cessão limitada no tempo não parece ser tão possível; salvo nos casos, tradicionais em direito, de propriedade resolúvel, não se distinguirá a dita ‘cessão parcial’ da licença”. A questão não é meramente acadêmica. Com efeito, na prática contratual brasileira, o termo “cessão parcial” tem sido empregado para caracterizar a concessão de direitos limitados no escopo e na duração, ainda que a cessão de direitos exista para refletir o negócio jurídico através do qual o titular do direito transfere a titularidade deste a terceiro²².

A possibilidade de a cessão recair apenas sobre parte da patente suscita considerações adicionais. A doutrina ressalva não ser possível a cessão parcial das reivindicações, devido ao princípio da indivisibilidade contido no art. 58 da Lei da Propriedade Industrial (BARBOSA, 2003; DANNEMANN; MOREIRA, 2005).

2.6 Contratos de fornecimento de tecnologia

A segunda grande categoria dos contratos de tecnologia compreende, de acordo com a regulamentação do INPI, os contratos denominados fornecimento de tecnologia. Este tipo de negócio jurídico envolve a transmissão de conhecimentos e de técnicas não amparados por direitos exclusivos de propriedade industrial para aplicação na atividade-fim do cessionário.

Como já se referiu anteriormente, para esta modalidade não se admite no Brasil a figura jurídica do licenciamento em contraposição à prática internacional das chamadas licenças de *know-how*. O principal argumento em apoio ao posicionamento nacional baseia-se no fato de que, como a Lei da Propriedade Industrial apenas reconhece uma proteção indireta mediante a repressão a atos de concorrência desleal²³, não são atribuídos aos conhecimentos e

informações detidos pelo empresário direitos oponíveis *erga omnes*, como ocorre com os direitos exclusivos de Propriedade Industrial.

O entendimento parte do pressuposto de que a figura da licença somente é admitida juridicamente para os contratos que envolvem direitos exclusivos, como marcas, patentes e desenhos industriais. Com efeito, a Lei da Propriedade Industrial apenas se refere à licença, voluntária ou compulsória, ao regular tais direitos exclusivos. Contudo, a licença não é instituto privativo da Propriedade Industrial e os contratos de fornecimento de tecnologia não são regulados pela Lei da Propriedade Industrial, que a eles se refere de forma indireta, sem definir a natureza jurídica das figuras contratuais aplicáveis²⁴. Portanto, deve-se reconhecer que sua contratação pode operar-se por quaisquer meios admitidos em Direito.

A doutrina reconhece que se contrata tecnologia quando ela não está disponível a quem dela necessita (BARBOSA, 2003, p. 965). Portanto, o ajuste pelo qual o detentor da tecnologia concorda em fornecê-la a outrem pode estar sujeito a termos e condições que, se não violarem normas de ordem pública, são válidos e eficazes entre as partes contratantes. Entre tais pactos, pode-se admitir a estipulação de que a autorização de utilização e de exploração esteja limitada a prazos, à não divulgação da tecnologia a terceiros e à sua indisponibilidade. A violação de tais pactos encontra sanção na própria Lei da Propriedade Industrial, que considera ilícitas a divulgação, a exploração e a utilização não autorizadas da tecnologia a que se teve acesso mediante relação contratual, mesmo após o término do contrato²⁵.

Poder-se-ia argumentar que a legislação de regência menciona “contratos de transferência de tecnologia”. Contudo, o legislador nacional já reconheceu a equivocidade do termo “transferência”, ao incluir nesse conceito tanto a cessão quanto a licença de Direitos Autorais, sendo certo que o próprio INPI admite as várias modalidades de licença como atos de transferência de tecnologia. Por fim, mas não menos importante, as autorizações de uso e de exploração de natureza temporária correspondem exatamente ao

escopo da licença, em contraposição à cessão que, sendo de caráter definitivo, equivale a uma alienação (CORREA, 1997, p. 36).

Conclui-se, portanto, que não há fundamento legal na exigência de que os contratos de fornecimento de conhecimentos e de técnicas não amparados por direitos exclusivos de propriedade industrial impliquem a cessão definitiva da tecnologia contratada de uma parte à outra, ainda que não se queira a eles atribuir a designação de contratos de licença de *know-how*.

Por fim, não faria sentido designar essa modalidade de negócio jurídico como de cessão temporária sob o argumento de que a tecnologia, uma vez transmitida, incorpora-se ao conhecimento do indivíduo. Conforme já se mencionou, esta terminologia contradiz a distinção entre contrato de cessão e contrato de licença, porquanto o primeiro pressupõe um ato de alienação e o segundo mera autorização de uso e de exploração de natureza temporária, somente se compreendendo a adoção dessa expressão pela prática legislativa e até mesmo contratual decorrente de certa ambiguidade do termo "cessão", quando aplicado tanto a direitos de Propriedade Intelectual quanto a direitos de personalidade.

Tratando do tema no âmbito do Direito Autoral, afirma Eduardo Vieira Manso: "Sem atentar para a ambiguidade da palavra 'cessão', os legisladores passaram a se valer dela sem nenhum critério científico, empregando-a ora no sentido de mero cumprimento da obrigação de transferir, mesmo temporariamente, direitos autorais, ora no de sua alienação definitiva, total ou parcial" (1989, p. 23).

Com efeito, ainda hoje se utiliza a expressão "cessão parcial e temporária" para designar o ajuste pelo qual é autorizada a utilização de direitos autorais ou de imagem para finalidades específicas e por determinados períodos.

Obviamente, o aspecto mais importante não é a designação dada ao contrato, mas sim os termos e condições a que está sujeito o ajuste e que são reconhecidos pela legislação e pela regulamentação aplicáveis. Por essa razão, tais termos e condições configuram a parte central de qualquer contrato de fornecimento de tecnologia. Assim sendo, impõe-se regular de modo claro os seguintes tópicos:

a) *Escopo*

É fundamental a definição do objeto do contrato de fornecimento de tecnologia, por não estar ele atrelado a patente, cujo conteúdo está descrito nas reivindicações, que são interpretadas com base no relatório descritivo e nos desenhos, conforme dispõe o art. 41 da Lei da Propriedade Industrial. Por essa razão, releva especificar claramente não só qual é o tipo de conhecimento, informação ou dado contratado, mas também de que maneira a tecnologia deverá ser comunicada à outra parte.

Cabe aqui reiterar que o contrato de fornecimento de tecnologia pressupõe duas obrigações básicas.

Em primeiro lugar, a entrega da documentação técnica completa, representada pelos materiais que incorporam as informações e os dados técnicos, incluindo projetos, fórmulas, especificações, memorial descritivo, diagramas, fluxogramas, catálogos, manuais de instrução e manutenção, procedimentos de controle de qualidade, instruções de acondicionamento e outros relatórios técnicos suficientes para permitir que a outra parte possa efetivamente utilizar as informações e dados técnicos no desenvolvimento, fabricação, venda e manutenção dos produtos.

Em segundo lugar, a prestação de serviços de treinamento e assistência técnica de forma a assegurar que haja a absorção da tecnologia transmitida. Isto significa que o elemento caracterizador do contrato de fornecimento de tecnologia não se resume à entrega de determinada documentação técnica, mas inclui a efetiva transmissão dos conhecimentos técnicos e a capacitação técnica da outra parte.

Houve tempo em que este conceito não parecia claro no INPI no que se refere à tecnologia da informação. Com efeito, o parágrafo único do art. 11 da Lei do *Software* estabelece que, para o registro dos contratos de transferência de tecnologia de programas de computador, "é obrigatória a entrega, por parte do fornecedor ao receptor da tecnologia, da documentação completa, em especial do código-fonte comentado, memorial descritivo, especificações

funcionais internas, diagramas, fluxogramas e outros dados técnicos necessários à absorção da tecnologia”²⁶.

Por essa razão, o *site* da autarquia informava que, entre os serviços técnicos especializados dispensados de averbação, enquadrava-se a “licença de uso de *software* sem o fornecimento de documentação completa, em especial o código-fonte comentado, conforme art. 11 da Lei n. 9.609/98”. Posteriormente, o INPI reconheceu que a entrega do código-fonte não é por si suficiente para caracterizar a existência de contrato de transferência de tecnologia. Portanto, não mais se exige que haja a averbação de quaisquer contratos em que o código-fonte seja entregue, admitindo-se assim a prática contratual em que o uso do código-fonte é regulado por um contrato de licenciamento que, tal como ocorre com a licença do programa objeto, estabelece diversas restrições quanto ao uso que o licenciado pode fazer do *software* (BERNACCHI *et al.*, 1991).

Finalmente, deve-se considerar que, durante a vigência do contrato, poderão sobrevir aperfeiçoamentos e melhorias com relação à tecnologia transmitida, de maneira que se deve ajustar as condições em que tais tecnologias novas serão comunicadas de uma parte à outra e utilizadas por ambas. Nesse sentido, vale ressaltar que o processo de capacitação tecnológica pressupõe que não só o detentor originário como também o receptor possam vir a desenvolver aperfeiçoamentos e melhorias. Por essa razão, é comum especificar que ambas as partes se obrigam a comunicar à outra as derivações que venham a desenvolver.

b) Exclusividade

Da mesma forma como ocorre nos contratos de licenciamento, interessa a ambas as partes definir se a tecnologia transmitida poderá ou não ser utilizada diretamente pelo seu detentor originário ou por terceiro a quem venha a transmitir parcial ou totalmente idênticos conhecimentos, informações e dados técnicos contratados. Como a tecnologia não protegida por direitos exclusivos não tem sua exploração limitada ao princípio da territorialidade inerente à

patente, o fornecedor poderá autorizar sua exploração por outras pessoas que venham posteriormente até exportar os produtos ou serviços para o mesmo mercado onde atua a outra parte.

c) Remuneração

Como ocorre com todo contrato, o ajuste pode ou não prever o pagamento de determinada remuneração pela exploração da tecnologia e pela prestação dos serviços de treinamento e assistência técnica. Com efeito, a contrapartida pelo fornecimento da tecnologia pode ser representada por outro tipo de prestação, como a outorga de participação societária ou o oferecimento de vantagem não pecuniária.

Devido a peculiaridades de nossa legislação especial, o uso do termo *royalty* tem sido restrito a licenças de marcas, patentes, desenhos industriais e direitos autorais, adotando-se o termo remuneração para o pagamento por fornecimento de tecnologia assim como pela prestação de serviços técnicos especializados (VIEGAS, 2007, p. 164). Na verdade, porém, a Lei da Propriedade Industrial não estabelece essa distinção e até mesmo utiliza o vocábulo remuneração para as licenças de patentes²⁷.

A remuneração pode ser calculada com base em porcentual sobre o preço líquido de venda dos produtos ou em valor fixo por unidade de produto vendido. Há ainda a prática de se estipular o pagamento de um valor inicial e de valores mínimos, podendo a remuneração ser estipulada em valor determinado. Como ocorre com as licenças, a questão da dedutibilidade fiscal e da remissibilidade dos pagamentos devidos constitui uma das preocupações centrais deste tipo de contrato de tecnologia.

d) Prazo

Por não haver um período legal de vigência de direitos de propriedade industrial, o prazo de duração do contrato fica vinculado, geralmente, ao período durante o qual a remuneração devida ao fornecedor deverá ser paga pela outra parte, embora o INPI considere que o prazo contratual deva estar relacionado à necessidade de capacitação da empresa receptora²⁸.

O fato é que, como a remuneração usualmente depende da comercialização do produto que incorpora a tecnologia fornecida, o prazo do contrato é fixado em máximo de cinco anos, podendo ser renovado por igual período “desde que apresentadas as justificativas cabíveis”, conforme entendimento INPI²⁹. Esses são os limites adotados pela autarquia para a averbação desses contratos.

e) Indisponibilidade

Embora tratado como um contrato de alienação ou cessão de tecnologia, admite-se a estipulação no contrato de fornecimento de tecnologia de cláusula em função da qual o receptor se obriga a não transferir tais conhecimentos, informações e dados a terceiros. Contudo, não é admitida pelo INPI a obrigação de a empresa devolver a tecnologia ou cessar seu uso quando do término do prazo originário do contrato.

f) Sigilo

Como corolário à regra de indisponibilidade, admite-se que o contrato estipule a obrigação da empresa de manter os conhecimentos, informações e dados técnicos recebidos em sigilo por um período determinado, que pode exceder o prazo contratual. O INPI não aceita que esse prazo seja indeterminado ou longo, limitando-o a mais cinco anos. A fixação do prazo de duração do sigilo pode, na prática, ser aconselhável para evitar as vicissitudes dos contratos por prazo indeterminado.

A exigência de que esse prazo seja curto contrapõe-se, contudo, à regra estatuída no inciso XI do art. 195 da Lei da Propriedade Industrial. Com efeito, o legislador contemplou que o sigilo dos conhecimentos, informações e dados recebidos perdure após o término do contrato sem, contudo, fixar prazo para tanto. Presume-se, portanto, que o sigilo, como situação de fato, deve ser respeitado até que deixe de existir, porque tais conhecimentos, informações ou dados originalmente confidenciais tornaram-se de conhecimento público, conforme se deduz da própria redação da norma legal.

2.7 Contratos de prestação de serviços técnicos

A terceira grande categoria dos contratos de tecnologia compreende aqueles que têm por objeto a prestação de determinados serviços técnicos especializados. No passado, reconhecia-se a existência do chamado Contrato de Serviços Técnicos Especializados, que englobava a assistência técnica e outros serviços técnicos³⁰.

Atualmente, o INPI considera expressamente como suscetíveis de registro, nessa categoria, os Contratos de Prestação de Serviços de Assistência Técnica e Científica (SAT), ou seja, aqueles que “estipulam as condições de obtenção de técnicas, métodos de planejamento e programação, bem como pesquisas, estudos e projetos destinados à execução ou prestação de serviços especializados”. Mas, segundo o INPI, são também sujeitos a registro na autarquia “os serviços relacionados a atividade-fim da empresa, assim como os serviços prestados em equipamentos e/ou máquinas no exterior, quando acompanhados por técnico brasileiro e/ou gerarem qualquer tipo de documento, como, por exemplo, relatório”³¹.

Em face da amplitude desse texto oficial, há o entendimento de que os serviços técnicos em geral relacionados com a atividade-fim da empresa são sujeitos a registro como contratos de transferência de tecnologia, com todas as restrições que essa exigência legal representa. Por essa razão, a autarquia esclarece que alguns serviços técnicos especializados são dispensados de averbação pelo INPI, fornecendo assim uma lista não exaustiva desses serviços³².

Ressalta a doutrina a imprecisão com que esta matéria é tratada na legislação e na regulamentação aplicáveis (VIEGAS, 2007; LEONARDOS, 1997). Com efeito, a assistência técnica representa o treinamento, a orientação e o suporte prestados por determinada empresa em benefício de outra para a fabricação, testes, início de

operações e manutenção de produtos que empregam a tecnologia fornecida pelo prestador da assistência técnica ou para a prestação de serviços especializados. Geralmente, a assistência técnica integra o contrato de fornecimento de tecnologia, pois complementa o processo de capacitação tecnológica. Mas pode decorrer de outro tipo de ajuste, como a licença de patentes.

Ocorre que a mera prestação de serviços técnicos não implica necessariamente a transmissão de conhecimentos, informações ou dados técnicos à parte contratante, mas sim a simples execução de uma tarefa em benefício do tomador de serviços. Portanto, faria mais sentido que apenas os contratos de assistência técnica ficassem sujeitos a registro no INPI. Nesse sentido, uma hipótese de grande relevância prática relaciona-se com os chamados contratos de *outsourcing*, ou seja, a contratação de serviços de terceiros visando reduzir custos internos e aproveitando a especialização de determinadas empresas em áreas específicas. Quando essa "terceirização" implica a transferência de atividades-fins da contratante e o prestador de serviços está domiciliado no exterior, o ajuste fica sujeito ao registro no INPI.

Os termos e condições pelos quais esses serviços técnicos podem ser prestados não se revestem da mesma complexidade dos contratos de transferência de tecnologia anteriormente analisados. Com efeito, devem ser observadas as exigências aplicáveis aos contratos de prestação de serviços em geral. Dessa forma, é suficiente ressaltar apenas os seguintes tópicos:

a) Escopo

Como a própria autarquia reconhece que alguns serviços técnicos especializados não caracterizam transferência de tecnologia, estando assim os respectivos contratos dispensados de registro no INPI, as partes devem tomar cuidado para que a definição desses serviços não acarrete uma obrigação desnecessária ou induza a realização de consulta à autarquia. Alguns bancos comerciais formulam essa exigência quando a natureza do contrato não está claramente excepcionada na lista fornecida pelo INPI.

b) Remuneração

Quando se tratar de contrato sujeito a registro, as partes deverão especificar a remuneração devida em função do número de homens/hora ou de dias trabalhados por tipo de técnico. Além disso, o INPI exige a indicação do valor total da prestação do serviço, mesmo que se trate de estimativa, assim como o prazo previsto para a realização do serviço ou a comprovação de que já fora realizado.

Interessante observar que, embora a autarquia considere este tipo de ajuste como sendo de transferência de tecnologia e independente do contrato específico de fornecimento de tecnologia, não se admite que, pela prestação de assistência técnica destinada a propiciar a capacitação tecnológica da parte contratante, a outra parte receba remuneração variável em função da exploração dessa tecnologia, mas apenas preço certo correspondente ao volume de horas trabalhadas pelos técnicos contratados. Faria mais sentido que fossem registrados no INPI apenas aqueles contratos em que a remuneração fosse estabelecida em preço fixo ou da mesma maneira que os *royalties* em geral.

2.8 Contratos de Compartilhamento de Pesquisa ou Acordos de Cooperação Tecnológica

Por um período curto, o INPI reconheceu expressamente que os contratos de parceria para a realização de pesquisa e desenvolvimento de inovação tecnológica enquadram-se na categoria dos contratos de transferência de tecnologia e são suscetíveis de registro naquela autarquia. Isso se deu mediante a expedição do Ato Normativo n. 116, de 27-10-1993, que vigorou até ser revogado pelo Ato Normativo n. 135, de 15-4-1997.

De acordo com essa regulamentação, as partes poderiam estipular que a sua participação nos custos de pesquisa e desenvolvimento seria realizada por meio de valores fixos ou variáveis, ou dessa forma combinados, bem como prever o

compartilhamento dos resultados obtidos e a concessão de direito de utilização dos direitos de propriedade industrial decorrentes.

A relevância desses ajustes ficou evidente com a promulgação da Lei n. 10.793, de 2-12-2004, conhecida como a Lei da Inovação. Um dos objetivos principais dessa legislação é estimular e apoiar, no âmbito da administração pública, “a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas nacionais, ICT e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa e desenvolvimento, que objetivem a geração de produtos e processos inovadores”³³.

Para esse fim, as ICTs (Instituições Científicas e Tecnológicas)³⁴ poderão “celebrar acordos de parceria para realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo, com instituições públicas e privadas”³⁵. Nesse caso, o contrato deverá regular a titularidade da propriedade intelectual e a participação nos resultados da exploração das criações resultantes da parceria, assegurando o direito ao licenciamento³⁶.

É evidente, portanto, que esses Contratos de Compartilhamento de Pesquisa ou Acordos de Cooperação Tecnológica enquadram-se no conceito de contrato de transferência de tecnologia, com muito mais propriedade do que os simples contratos de prestação de serviços que o INPI considera sujeitos a registro.

Em tal hipótese, deverão eles receber o mesmo tipo de tratamento que os chamados *cost sharing agreements* recebiam durante a vigência do Ato Normativo n. 116, de 27-10-1993.

2.9 Contratos de franquia

Os contratos de franquia compreendem a concessão do direito de comercialização de produtos ou de prestação de serviços, em setor geográfico determinado, mediante a utilização de marca já

consolidada no mercado e o fornecimento de assistência técnica, comercial e, eventualmente, financeira. O art. 211 da Lei da Propriedade Industrial expressamente contempla que esses contratos devem ser registrados no INPI para produzirem efeitos em relação a terceiros. Mas, para esse fim, a autarquia já havia expedido a Resolução n. 35, de 29-6-1992.

Assim como ocorre com os demais contratos de transferência de tecnologia, o INPI é sucinto com relação aos requisitos exigidos para seu registro. Uma vez que envolvem uma licença de uso de marca, as condições básicas de seu exercício deverão ser especificadas, incluindo a relação dos registros ou depósitos existentes e as cláusulas relativas a exclusividade e subfranqueamento, bem como a descrição dos serviços de assistência técnica que deverão ser prestados.

Com relação a estes contratos o INPI se revela mais flexível na análise da remuneração devida pelo franqueado, uma vez que tais ajustes usualmente contemplam o pagamento de taxa de franquia (ou seja, um valor fixo inicial), *royalties* (calculados sobre o preço líquido de vendas), taxa de publicidade e outros valores.

A particularidade mais relevante é que o INPI apenas admite o registro desses contratos durante o prazo de vigência das marcas envolvidas na franquia, embora admita que elas possam ser detidas por outra empresa do mesmo grupo econômico da franqueadora.

2.10 Acordos de confidencialidade

Finalmente, cabe analisar um tipo de contrato bastante comum tendo por objeto a preservação da confidencialidade de informações, dados e documentos que uma parte possa transmitir à outra ou ambas compartilharem entre si. Embora envolvam o acesso limitado a conteúdo tecnológico para finalidades específicas, geralmente não contemplam o direito da parte receptora de utilizar os direitos de Propriedade Industrial correlatos. Pelo contrário, o exercício desse direito costuma ser proibido.

Isto porque tais ajustes têm caráter preparatório ou acessório para o negócio jurídico principal. Assim ocorre quando as partes, desejando negociar ou concluir determinado negócio jurídico, necessitam transmitir dados e informações confidenciais, que são necessários à condução dessas atividades. Por outro lado, pode ocorrer de as partes contemplarem a entrega desse mesmo tipo de informação ou dado como parte de um ajuste maior, que não envolva transferência de tecnologia.

Pela sua natureza, os acordos de confidencialidade são de conteúdo relativamente simples. As principais cláusulas que devem ser inseridas relacionam-se com os seguintes tópicos:

a) Escopo

Atenção especial deve ser dada à descrição das informações, dados e documentos que serão objeto do compromisso de sigilo, inclusive quanto à necessidade ou não de serem identificados como confidenciais. A exclusão de determinadas informações ou dados da obrigação de confidencialidade é recomendável porquanto, embora o inciso XI do art. 195 da Lei da Propriedade Industrial ressalve o que seja de conhecimento público, outras hipóteses costumam ser contempladas.

É usual combinar o dever de sigilo com a obrigação da parte receptora de não utilizar as informações e dados recebidos para outras finalidades que não aquelas que determinaram o seu fornecimento. Não se trata, propriamente, de um pacto de não concorrência, mas de um corolário ao princípio de que o fornecimento de conteúdo confidencial está sujeito a determinadas condições, obrigação essa que encontra amparo na norma legal que regula não só a divulgação, como também a exploração e a utilização não autorizadas do segredo³⁷.

b) Prazo

Muitas vezes se constata na prática contratual certa imprecisão na redação da cláusula relativa ao prazo de vigência, porquanto as partes podem definir um prazo que se refere ao período de fornecimento das informações, dados e documentos confidenciais,

mas não à obrigação de sigilo e à restrição quanto ao uso do objeto do contrato, estipulações essas que devem sobreviver àquele período.

De acordo com o disposto no inciso XI do art. 195 da Lei da Propriedade Industrial, a obrigação de confidencialidade e a restrição ao uso do conteúdo fornecido não estão sujeitas a prazo determinado, pelo que se poderia argumentar que o prazo pode ser indeterminado, embora não eterno, já que o conhecimento público invalida a confidencialidade (VIEGAS, 2007, p. 63).

Essa indefinição do prazo envolve, contudo, um risco grave dado que os ajustes por prazo indeterminado podem ter sua vigência encerrada. Para que a parte não se sujeite à determinação judicial do termo final, convém que o prazo seja fixado, de modo razoável, no teor do próprio contrato, já que as partes podem melhor avaliar o período durante o qual importa manter a confidencialidade³⁸.

2.11 Conclusão

Como se viu ao longo deste capítulo, a especificidade do regime jurídico dos contratos de tecnologia no Direito brasileiro exige um cuidado especial com sua elaboração. Além de estarem sujeitos a disciplina estabelecida em legislação especial, os contratos de tecnologia apresentam contornos característicos decorrentes de certas normas de ordem pública nacional, sendo pois diferentes em vários aspectos daqueles empregados na prática internacional.

Além disso, o fato de os contratos de tecnologia serem instrumentos da política tecnológica aplicada no Brasil determina a evolução permanente de sua configuração. Com efeito, desde o Ato Normativo INPI de 1975 até o momento presente, as regras contratuais sofreram sucessivas mudanças, refletindo alterações equivalentes nas prioridades governamentais.

REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2. ed. Renovar, 2007.
- ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **A transferência de tecnologia no Brasil: aspectos contratuais e concorrenciais de propriedade industrial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BARBOSA, Denis Borges. **Tributação da propriedade industrial e do comércio de tecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- _____. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BERNACCHI, Richard L.; FRANK, Peter; BERNACCHI, Norman. In: **Computer Law**, vol. I, Boston Little Brown and Company, 1991, p. 7-47.
- BESSY, Christian; BROUSSEAU, Eric. **Technology Licensing Contracts: Features and Diversity**. Disponível em: <<http://www.brousseau.info/en/publications/index.php?req=47&annee=1998>>. Acesso em 26 set. 2009.
- BRASIL. Código da Propriedade Industrial de 1971. Lei n. 5.772, de 21 de dezembro de 1971. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103490/codigo-de-propriedade-industrial-de-1971-lei-5772-71>>. Acesso em: 14 jul. 2010.
- BRASIL. Lei de *Software*. Lei n. 7.646, de 18 de dezembro de 1987. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=222232>>. Acesso em: 14 jul. 2010.
- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/contrato/tipos-de-contrato/uso-de-marca>>. Acesso em 14 set. 2009.
- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/contrato/tipos-de->

[contrato/prestacao-de-servicos-de-assistencia-tecnica-e-cientifica](#)>. Acesso em: 26 set. 2009.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/contrato/pasta_oquee/serv.dispensados_html>. Acesso em: 26 set. 2009.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. **Overview of Contractual Agreements for the Transfer of Technology**. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/technology_transfer.pdf>. Acesso em 26 set. 2009.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração n. 08012.001856/02-45, de 26 de fevereiro de 2003**. Requerentes: Coopers do Brasil Ltda. e Indústria Química e Farmacêutica Schering-Plough. *In*: DOU de 2 de abril de 2003, Seção 1, p. 38. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. **Ato Normativo n. 15, de 11 de setembro de 1975**. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/principal?navegador=IE&largura=1024&altura=768>>. Acesso em: 14 jul. 2010.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. **Ato Normativo n. 55, de 14 de agosto de 2009**. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/principal?navegador=IE&largura=1024&altura=768>>. Acesso em: 14 jul. 2010.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. **Ato Normativo n. 60/1982**. Disponível em: <<http://www.secitec.mt.gov.br/TNX/storage/webdisco/2009/01/08/otros/9a1ef65a108cd56be37b837ebf397b7b.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Ato Normativo INPI n. 135, de 15 de abril de 1997. Disponível em:

<http://www.inpi.gov.br/menuesquerdo/contrato/pasta_legislacao/o_culto/ato_135_97_html>. Acesso em: 13 jul. 2010.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Resolução n. 35, de 29 de junho de 1992. Disponível em:

<<http://www.inpi.gov.br/principal?navegador=IE&largura=1024&altura=768>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 14 jul. 2010.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9609.htm>>. Acesso em: 14 jul. 2010.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 14 jul. 2010.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

<www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 jul. 2010.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei n. 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm>. Acesso em: 15 jul. 2010.

CORREA, José Antonio B. L. Faria. Considerações sobre o tratamento do segredo de negócio – os efeitos da nova Lei da Propriedade Industrial. *Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, Rio de Janeiro, n. 27, p. 31-38, mar.-abr. 1997.

DANNEMANN, Siemsen; MOREIRA, Ipanema. **Comentários à Lei da Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FLORES, César. **Contratos internacionais de transferência de tecnologia: influência econômica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FRÓES, Carlos Henrique de Carvalho. **Contratos de tecnologia**. *Revista Forense*, São Paulo, v. 72, n. 253, p. 123-132, jan.-mar. 1976.

INSTITUTO DANNEMANN SIEMSEN DE ESTUDOS DA PROPRIEDADE (IDS). **Comentários à Lei da Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

KIM, Young Jun; VONORTAS, Nicholas S. Determinants of Technology Licensing. *In: The GW Center for the Study of Globalization*. Disponível em:

<<http://gstudynet.org/publications/OPS/papers/CSGOP-04-30.pdf>>.

Acesso em: 26 set. 2009.

KUTTEN, L. J. **Computer Software: Protection/Liability/Law/Forms**. New York: Clark Bodman, 1991. v. 2.

LEONARDOS, Gabriel Francisco. **Tributação da transferência de tecnologia**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LOURENÇO, Arthur Felipe Cândido. **A copropriedade das marcas**. Monografia de especialização em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2008.

MANSO, Eduardo Vieira. **Contratos de direito autoral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

PRADO, Maurício Curvelo de Almeida. **Contrato internacional de transferência de tecnologia: patente e know-how**. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1997.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. A regulamentação da propriedade intelectual e da transferência de tecnologia no comércio internacional. *Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, Rio de Janeiro, n. 39, mar./abr. 1999.

VIEGAS, Juliana L.B. **Contratos de propriedade industrial**. SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coords.). **Propriedade**

intelectual: contratos de propriedade industrial e novas tecnologias. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Contratos de fornecimento de tecnologia. *In:* SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coords.). **Propriedade intelectual:** contratos de propriedade industrial e novas tecnologias. São Paulo: Saraiva, 2007.

ZAITZ, Daniela. **Direito & Know-How:** uso, transmissão e proteção dos conhecimentos técnicos ou comerciais de valor econômico. Curitiba: Juruá, 2005.

1 Cf. art. 2º da Lei n. 9.279, de 15-5-1996 (Lei da Propriedade Industrial). Com algumas modificações, era o que dispunha o art. 2º do Código da Propriedade Industrial anterior (Lei n. 5.772, de 21-12-1971).

2 Esta ampla conceituação foi consolidada inicialmente no Ato Normativo n. 15, de 11-9-1975, mas se mantém até hoje no Ato Normativo n. 135, de 15-4-1997 (item I-2): "O INPI averbará ou registrará, conforme o caso, os contratos que impliquem transferência de tecnologia, assim entendidos os de licença de direitos (exploração de patentes e de uso de marcas) e os de aquisição de conhecimentos tecnológicos (fornecimento de tecnologia e prestação de serviços de assistência técnica e científica), e os contratos de franquia" (BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Ato Normativo INPI n. 135, de 15 de abril de 1997. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/contrato/pasta_legislacao/oculto/ato_135_97.html>. Acesso em: 13 jul. 2010.

3 Cf. art. 1.188 do Código Civil: "Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por prazo determinado ou não, o uso e o gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição".

4 Conforme o art. 49 da Lei n. 9.610/98, “[o]s direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em direito, obedecidas as seguintes limitações:...”.

5 *Vide* exemplo disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/contrato/tipos-de-contrato/uso-de-marca>>. Acesso em 14 set. 2009.

6 *Vide* também **Overview of Contractual Agreements for the Transfer of Technology, OMPI.** Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/technology_transfer.pdf>. Acesso em: 26 set. 2009.

7 Da mesma forma, o art. 3º da Lei de Direitos Autorais dispõe que os “direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis”.

8 Ao contrário do que ocorre no âmbito do Direito de Autor, o registro de patente ou marca não é objeto de mero exame formal. O registro implica a apresentação de um pedido ou requerimento (denominado depósito) que, após examinado pelo INPI para verificação de atendimento às condições legais, determinará o reconhecimento dos direitos exclusivos. Trata-se, pois, do denominado exame de mérito. O mero depósito, portanto, representa apenas a entrega junto ao INPI de material que identifique o bem a ser registrado. Contudo, no caso de desenho industrial, o interessado tem a opção de requerer o exame formal do pedido ou o exame de mérito do objeto do pedido.

9 Utiliza-se o termo averbação de licenças porque elas são anotadas junto ao pedido ou registro da patente, desenho industrial ou marca.

10 É o que ressalvam expressamente o § 2º do art. 62 e o § 2º do art. 140 da Lei da Propriedade Industrial.

11 A averbação da licença atende também a outras funções, entre as quais as mais importantes são a de permitirem a dedutibilidade para fins de imposto de renda dos pagamentos realizados e a remessa destes para o exterior. A questão, porém, foge ao escopo deste trabalho. Recomenda-se a leitura, quanto a essa matéria, de: VIEGAS, Juliana. Contratos de fornecimento de tecnologia. *In*: SANTOS, Manoel J. Pereira dos e JABUR, Wilson Pinheiro (coords.). **Propriedade intelectual: contratos de propriedade industrial e novas tecnologias.** São Paulo:

Saraiva, 2007, p. 83 e s., e BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 992 e s.

[12](#) No que se refere a patentes, menciona Denis Borges Barbosa (**Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 1043) que a licença pode conceder a exclusividade de fabricação da máquina, mas não do uso do processo. No caso de marcas, a licença parcial é mais comum devido à variedade de produtos ou serviços cobertos pela marca licenciada.

[13](#) Cabem aqui os comentários de José de Oliveira Ascensão (**Direito autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 310) sobre a licença exclusiva em Direito Autoral, à qual atribui o caráter de oneração.

[14](#) Era o que dispunha o art. 90 da Lei n. 5.772, de 21-12-1971.

[15](#) Cf. art. 139 da Lei n. 9.279, de 15-5-1996.

[16](#) Art. 24 da Lei n. 9.279, de 15-5-1996.

[17](#) Cf. arts. 61, parágrafo único, e 139, parágrafo único, da Lei n. 9.279/96.

[18](#) Nos termos do art. 40 da Lei n. 9.279, de 15-5-1996, as patentes de invenção vigoram por vinte anos e as de modelo de utilidade por quinze anos, contados da data do depósito, sendo que esses prazos não serão inferiores a dez anos para patentes de invenção e sete anos para as de modelo de utilidade a contar da data da concessão, exceto em casos especiais. Segundo o art. 108 da mesma lei, o registro de desenho industrial vigorará por dez anos contados da data do depósito, podendo ser prorrogado por três períodos sucessivos de cinco anos cada. O registro das marcas vigorará por dez anos, contados da concessão, prorrogáveis por períodos iguais e sucessivos, conforme prevê o art. 133 da lei. Contudo, ocorrerá a perda do direito marcário por falta de uso se, decorridos cinco anos da concessão, o titular não iniciar seu uso no Brasil ou se este for interrompido por mais de cinco anos consecutivos.

[19](#) É o que dispõe o art. 128, § 1º, da Lei n. 9.279/96.

[20](#) Cf. arts. 60 e 137 da Lei n. 9.279/96.

[21](#) Nesse sentido: LOURENÇO, Arthur Felipe Cândido. **A copropriedade das marcas**. Monografia de especialização em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2008.

[22](#) O art. 50, § 2º, da Lei n. 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais) estabelece que "constarão do instrumento de cessão como elementos essenciais seu objeto e as

condições de exercício do direito quanto a tempo, lugar e preço”, sugerindo assim que a cessão possa ser limitada no tempo.

23 Segundo os incisos XI e XII do art. 195 da Lei n. 9.279/96, constitui crime de concorrência desleal a divulgação, exploração ou utilização não autorizadas de conhecimentos, informações ou dados confidenciais utilizados na indústria, no comércio e na prestação de serviços, quando obtidos fraudulentamente ou em razão de relação contratual mantida com o detentor da tecnologia.

24 Com efeito, segundo o art. 211 da Lei n. 9.279/96, cabe ao INPI o “registro dos contratos que impliquem transferência de tecnologia...”.

25 Cf. art. 195, XI, da Lei n. 9.279/96.

26 A redação deste dispositivo da Lei n. 9.609/98 é semelhante à redação da norma equivalente, inserta no art. 31 da Lei n. 7.646/87.

27 Cf. arts. 64, § 2º, e 73, § 6º, da Lei n. 9.279/96.

28 *Vide* exemplo disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/contrato/tipos-de-contrato/fornecimento-de-tecnologia-ft>>. Acesso em 26 set. 2009.

29 *Idem*.

30 Cf. Atos Normativos n. 15/75, 55/82 e 60/82.

31 *Vide* exemplo disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/contrato/tipos-de-contrato/prestacao-de-servicos-de-assistencia-tecnica-e-cientifica>>. Acesso em 26 set. 2009.

32 Essa lista contempla os seguintes serviços: 1) agenciamento de compras, incluindo serviços de logística (suporte ao embarque, tarefas administrativas relacionadas à liberação alfandegária, etc.); 2) serviços realizados no exterior sem a presença de técnicos da empresa brasileira, que não gerem quaisquer documentos e/ou relatórios, como, por exemplo, beneficiamento de produtos; 3) homologação e certificação de qualidade de produtos; 4) consultoria na área financeira; 5) consultoria na área comercial; 6) consultoria na área jurídica; 7) consultoria visando participação em licitação; 8) serviços de *marketing*; 9) consultoria realizada sem a vinda de técnicos às instalações da empresa cessionária; 10) serviços de suporte, manutenção, instalação, implementação, integração, implantação, customização, adaptação, certificação, migração, configuração, parametrização, tradução ou localização de programa de

computador (*software*); 11) serviços de treinamento para usuário final ou outro treinamento de programa de computador (*software*) que não caracterize transferência de tecnologia para a fabricação ou desenvolvimento de programa de computador (*software*), conforme art. 11 da Lei n. 9.609/98; 12) licença de uso de programa de computador (*software*); 13) distribuição de programa de computador (*software*); 14) aquisição de cópia única de programa de computador (*software*). *Vide* sobre o assunto a Resolução INPI n. 267, de 5 de abril de 2011, publicada na *RPI* n. 2.103, de 26 de abril de 2011.

[33](#) Cf. art. 3º da Lei n. 10.793/2004.

[34](#) A ICT é definida como o órgão ou entidade da administração pública que tenha por missão institucional, dentre outras, executar atividades de pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico. *Vide* art. 2º, V, da Lei n. 10.793/2004.

[35](#) Cf. art. 9º da Lei n. 10.793/2004.

[36](#) Cf. art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.793/2004.

[37](#) Com efeito, ao regular a matéria no inciso XI do art. 195 da Lei n. 9.279/96, o legislador se refere à divulgação, exploração e utilização não autorizadas.

[38](#) O CADE aceita que o prazo de sigilo seja fixado em dez anos. Veja-se, por exemplo: "CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDADE. SEGREDOS DE INDÚSTRIA. RESTRIÇÃO DE USO PELO VENDEDOR EM ATO DE CONCENTRAÇÃO PELO PRAZO DE DEZ ANOS. ADMISSIBILIDADE. Admissível é a cláusula de confidencialidade que impeça o vendedor em ato de concentração de se utilizar de conhecimento/informações confidenciais transferidos por meio da operação pelo prazo de dez anos" (Ato de Concentração n. 08012.001856/02-45, de 26-2-2003, Requerentes: Coopers do Brasil Ltda. e Indústria Química e Farmacêutica Schering-Plough. *In*: DOU de 2-4-2003, Seção 1, p. 38).

3 ASPECTOS CONTRATUAIS DA “ALIANÇA” EM EMPREENDIMENTOS DE INFRAESTRUTURA

Wanderley Fernandes

Coordenador e professor do Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVlaw; graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); mestre em Direito (Master of Laws) pela University of Illinois; doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP); advogado e sócio do escritório Nascimento e Mourão – Sociedade de Advogados.

Caio Farah Rodriguez

Professor do Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVlaw; graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); mestre em Direito (Master of Laws) pela University of Harvard; doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP); sócio do escritório Barros Pimentel, Alcantara Gil, Rodriguez e Vargas Advogados.

3.1 Tema, premissas e plano da exposição

A expressão “contrato de aliança” tem servido para designar negócios jurídicos e operações econômicas diversos. Neste texto, indica um regime peculiar de distribuição contratual de deveres, ônus e responsabilidades relativamente a atividades de implantação de empreendimentos de infraestrutura.

O alto grau de generalidade dessa formulação não é fortuito: o regime de aliança se situa no amplo espectro entre a sociedade e a empreitada, sendo o objetivo deste capítulo indicar as coordenadas jurídicas mais relevantes para a demarcação de sua posição relativa.

Apesar de suas notas peculiares, não se pode afirmar ser a aliança regime contratual inédito. Ela decorre, fundamentalmente, de uma combinação de formas jurídicas conhecidas, concebida com o objetivo de enfrentar as reconhecidas deficiências da empreitada

integral a preço global e do simples contrato por administração, sobretudo em contextos específicos, como o de empreendimentos de alta complexidade, que se caracterizam não apenas pelo porte econômico, mas também, em razão da multiplicidade de tecnologias e disciplinas técnicas envolvidas e da premência quanto ao tempo, da intensa inter-relação entre as prestações das partes e, inclusive, de um nível de incerteza não trivial quanto à determinação do próprio objeto a ser executado.

Tomamos como premissas deste texto, para fins da análise, que as partes do negócio em questão – fundamentalmente, sociedades empresárias (usualmente, um empreendedor, ou dono da obra, e participantes não empreendedores, ou contratados, assim referidos para evitar a presunção de que se trate de construtoras, o que é possível, porém não necessário) – dispõem de poder de barganha equivalente, para exercer liberdade de contratar e para plasmar o conteúdo do contrato, fazendo-o com finalidade de lucro e visando à produção ou construção de bens de capital. A pretensão, ao explicitarmos essa premissa, é preexcluir de nossa análise um conjunto bastante amplo de considerações, cuja relevância é indiscutível, mas que se mostra inviável de ser tratado nos limites deste capítulo.

Entre as consequências do recorte ora adotado, ficam excluídas considerações sobre a hipossuficiência de uma das partes, assim como as disciplinas da lesão, dos contratos por adesão, da proteção ao consumidor e de abuso de poder de mercado. Por outro lado, tornam-se especialmente relevantes as especificações feitas pelas próprias partes, no instrumento contratual correspondente, de seus respectivos direitos e deveres, e permanecem sujeitas a investigação as implicações resultantes da circunstância de o bem objeto do contrato ainda não existir, de o preço ser variável conforme os custos efetivos apurados ao longo do tempo, de o nível de cooperação exigido ser acentuado, de a verificação de culpa ordinária não ser suficiente, ou mesmo necessária, para atribuição de responsabilidade por inadimplemento e da existência de um lapso temporal considerável “entre o aperfeiçoamento do contrato e o

adimplemento das prestações”¹, apenas para indicar alguns aspectos mais relevantes que procuraremos integrar à análise.

Este capítulo está assim organizado: no item 3.2, trataremos do contexto em que se desenvolve o regime contratual da aliança de projetos, por comparação, de um lado, às chamadas alianças estratégicas e, de outro lado, às formas mais conhecidas de organização contratual, geralmente sob a forma de empreitada, entre o dono da obra e o contratado; no item 3.3, identificamos e analisamos as notas características da aliança, cuja qualificação jurídica (categorial, não típica) ensaiamos no item 3.4 e cujo regime de boa-fé abordamos especificamente no item 3.5. O item 3.6 conclui o capítulo. Os três primeiros itens seguem perspectiva sobretudo negocial, ao passo que os itens seguintes adotam feição predominantemente doutrinária.

3.2 Circunstâncias empresariais em que se desenvolve o contrato de aliança

Se, como sugere Roppo², o contrato consiste na veste de uma operação econômica, devemos buscar na prática empresarial, inicialmente, o sentido das operações designadas como “aliança”. Nessa medida, podemos distinguir, inicialmente, entre “alianças estratégicas” e “alianças de projeto”. Adiantamos que apenas as segundas são objeto deste capítulo.

Alianças estratégicas são aquelas por que, formada ou não nova pessoa jurídica, duas sociedades empresárias se associam de forma relativamente contínua ou prolongada, com vistas à exploração de oportunidades econômicas, delimitadas por um tipo de produto (já desenvolvido ou a desenvolver), cliente ou território, em determinado mercado ou submercado (por exemplo, de telecomunicações, tecnologia da informação, óleo e gás etc.). No sentido ora indicado, contratos de aliança correspondem, por vezes, à forma de cooperação empresarial muito semelhante ao que, em

terminologia não jurídica, chama-se de *joint venture*³, porém abrangem, também, conforme a circunstância, contratos como os de representação comercial (neste caso, uma forma de representação feita por empresas independentes e fora do âmbito de aplicação da Lei dos Representantes Comerciais) e de distribuição⁴.

Este tipo de acordo, de maneira geral, tem a característica de contrato-quadro (ou guarda-chuva), que servirá para regular possíveis negócios específicos realizados pelas partes no mercado ou submercado escolhido. Podem servir, inclusive, para a estratégia de entrada em novos mercados, seja este caracterizado por um segmento de atividade econômica, seja por uma determinada região. É natural que uma empresa interessada em entrar nesses mercados busque “parcerias” (no jargão mercadológico, não relacionadas, portanto, às parcerias marítima e agrícola, que, no direito brasileiro, recebem expressamente esse nome no tipo) com empresas neles já presentes, formando, assim, as chamadas alianças estratégicas.

Considerando tratar-se a aliança estratégica, em geral, de contrato-quadro, é possível, ainda, que, quando celebram um contrato com terceiros, as empresas vinculadas pela aliança estratégica venham a constituir um consórcio (nos termos dos arts. 278 e 279 da Lei n. 6.404/76) para a execução de empreendimento determinado de interesse de terceiro. Vê-se, portanto, que o acordo geral não se confunde com o acordo específico para determinado negócio que se formaliza mediante constituição de um consórcio. A “aliança” estipulada entre as partes não se restringe ao empreendimento determinado, mas serve para regular os negócios celebrados conjuntamente em determinado mercado, sendo os diferentes consórcios negócios derivados daquele.

O acordo de aliança estratégica, no entanto, não traz, propriamente, novidade, uma vez que se instrumentaliza, em geral, por intermédio de figuras jurídica ou socialmente típicas⁵ para a associação empresarial (sociedade, consórcio, contratos-quadro para exploração de mercados etc.).

A aliança de projeto, por sua vez, distingue-se da aliança estratégica, fundamentalmente, porque se refere não a uma atividade ou série de oportunidades econômicas, mas a um empreendimento determinado (caracterizável, geralmente, como obra de infraestrutura)⁶, cujos recursos financeiros são equacionados sob responsabilidade precípua de um empreendedor, que determina, em última análise, as especificações operacionais e de desempenho (*output, performance*) requeridas e retém, com exclusividade, a titularidade do bem, uma vez concluído. Nesse sentido, aproxima-se de maneira evidente da empreitada (e daí, portanto, a eventual pertinência de tratarmos o empreendedor, em uma aliança de projeto, como dono da obra).

Afasta-se a aliança de projeto da empreitada, no entanto, especialmente por (i) pressupor participação ativa do dono da obra e intensa inter-relação e cooperação entre as partes para a execução do empreendimento, submetendo alternativas cruciais de forma de implantação a decisões conjuntas e consensuais; (ii) prever compartilhamento (ainda que parcial) de ganhos e perdas decorrentes do alcance ou não de metas de custo, prazo e qualidade (inclusive, em certos casos, em razão de eventos alheios ao controle de ambas as partes); (iii) definir regime de responsabilidade que absorve, como parte do risco compartilhado pelas partes da aliança, os efeitos resultantes de ações ou omissões ordinariamente culposas da parte não empreendedora (defeitos não qualificados por dolo, por exemplo).

As notas características da aliança de projeto serão analisadas de maneira mais detida no tópico seguinte. Porém, para entender sua relevância, parece-nos cabível descrever os contextos em que se apresenta como uma alternativa plausível (embora, evidentemente, não necessária) às formas convencionais de execução de empreendimentos.

Tome-se o exemplo de uma empresa, como a Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras, que decide construir uma nova refinaria ou uma plataforma marítima. A maneira usual de contratação é a abertura de um processo licitatório para a escolha de uma empresa, ou

consórcio de empresas, para a execução do empreendimento mediante a celebração de um contrato de empreitada (seja em regime *turn key*, previsto no próprio Decreto n. 2.745/98, que estabelece o regulamento simplificado de licitações da Petrobras, ou não). Neste caso, usualmente, o regime de formação do preço também segue o modelo clássico de preço global, dentro do qual são apropriados pelo empreiteiro os custos diretos e indiretos previstos para consecução do objeto, provisões para contingências estimadas, *overhead* e lucro.

É de se esperar, portanto, que, a depender dos riscos envolvidos, as contingências e a margem de lucro deverão conter as proteções contra as incertezas que as oscilações do mercado trazem para qualquer atividade econômica. Embora o empreiteiro assuma os riscos de variações razoáveis de preços no mercado, o dono da obra paga um acréscimo correspondente no preço para que se mantenha “seguro” de que a obra será realizada pelo preço originalmente contratado. Como regra, tal condição somente será posta em discussão se houver variação excepcional do mercado resultante de fatos imprevisíveis e que comprovadamente resultem, para evitarmos uma discussão maior aqui, no que se poderia chamar de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato⁷.

Nesse modelo usual de contratação, o nível assimétrico de informação das partes quanto às condições efetivas sobre as quais será executada a obra poderá determinar comportamentos oportunistas, pelos quais uma das partes deixe de comunicar à outra parte determinada condição que, se revelada previamente à avença, poderia determinar um acréscimo ou redução do preço.

Tomemos o exemplo hipotético de uma empresa contratada para a realização de um túnel sob o rio Pinheiros, na cidade de São Paulo. Há, certamente, incertezas que levarão o empreiteiro a proteger-se, incluindo em seu preço uma parcela de contingência para as possíveis variações nos custos de execução das obras. Ciente de que este é o comportamento esperado do empreiteiro, o dono da obra deixa de informar a existência de determinadas condições do solo que poderiam determinar a construção de um túnel mais profundo

ou mais extenso e, logo, mais caro. Neste caso, o dono da obra poderá acreditar que a omissão da informação determinará a formação de um preço menor e poderá, no futuro, alegar que ao empreiteiro, que detém a tecnologia construtiva, caberia a previsão das possíveis variações no método construtivo. Entenderia, portanto, que, fixado o preço global, o contrato teria alocado ao empreiteiro o risco de variações de custos de execução.

É evidente que as soluções possíveis em caso de conflito poderão envolver outros aspectos além daqueles descritos acima, por exemplo, a aplicação do conceito de boa-fé objetiva, representada no dever de informar, ou, ainda, a verificação de que as condições do subsolo poderiam ser facilmente previstas por uma empresa experiente e, conseqüentemente, não poderiam ser arguidas em defesa do empreiteiro. No entanto, o exemplo tomado serve, neste texto, para exemplificar um tipo de comportamento entre partes em negociação que poderia ser tomado como "adversarial", ou seja, em que ambas as partes buscam neste negócio específico obter a maior vantagem possível em detrimento da outra parte.

Como se sabe, o modelo clássico da compra e venda não tem outro pressuposto senão esse, sendo por isso referido como exemplo típico de contrato de intercâmbio de prestações ("sua vantagem é minha desvantagem, minha vantagem é sua desvantagem") por oposição, exatamente, a um contrato de comunhão de escopo ("sua vantagem é minha vantagem, sua desvantagem é minha desvantagem")⁸, que tem por modelo a sociedade. Nesta há, em princípio, incentivos bastante fortes de divulgação de informações, pois, ao realizar negócios em conjunto, o aumento de custos para a execução de um determinado projeto poderá impor prejuízos a ambas as partes. O comportamento de colaboração, na sociedade, note-se, é interpretado pelas sócias como vantajoso não apenas à sociedade, mas também, indiretamente, para si mesmas.

No caso do túnel sob o rio Pinheiros, como as perdas deverão ocorrer para uma ou outra parte, estas tentarão transferir os riscos para a outra parte. Sobretudo se se tratar de um único negócio realizado entre o dono da obra e o empreiteiro (*one-shot trans-action*),

nenhuma das partes terá o incentivo de sacrificar qualquer benefício presente em função de uma potencial vantagem futura. Cada uma das partes tentará maximizar as vantagens possíveis na operação econômica a ser realizada.

De fato, no caso da empreitada, ocorrendo variações, o dono da obra, simplesmente, tentará impor a perda para o empreiteiro, sob a premissa de que o preço é global e que, portanto, todas as contingências deveriam ter sido consideradas por um construtor experiente. Da mesma forma, o empreiteiro procurará caracterizar o risco como estranho à álea normal do contrato, que representa segurança apenas relativa, diferentemente de um seguro.

Imaginemos, no entanto, uma segunda hipótese. Uma grande empresa transnacional pretende construir uma nova unidade industrial para a produção de aço. Escolhe uma região estrategicamente localizada próxima aos principais mercados e no litoral, de tal forma que possa escoar facilmente sua produção. A baía de Sepetiba, por exemplo, ainda dentro do Município do Rio de Janeiro. Um empreendimento envolvendo a construção de um porto, de uma usina geradora de energia à base de combustível fóssil (termelétrica) para o fornecimento de energia para indústria siderúrgica, além de diversas unidades que compõem o processo de produção do aço. A empresa poderia, assim, lançar convites à oferta para empresas que se dispusessem a construir uma ou várias dessas unidades.

Um empreendimento de tal complexidade apresenta inúmeras incertezas, algumas delas de ordem tecnológica próprias para uma indústria de produção de aço. Porém, apenas para efeito de análise deste capítulo, vamos identificar algumas:

- a) o solo no entorno da baía é sabidamente frágil, com algumas áreas de mangue;
- b) a construção do porto demanda dragagem da baía e terá forte impacto ambiental;
- c) no momento em que se pretende implantar indústria, existem apenas estudos preliminares de viabilidade técnica e

econômico-financeira, porém ainda não se concluiu o projeto básico para a construção.

Os três dados acima já nos permitem concluir que:

- a) o volume de terraplenagem e o reforço das fundações deverão constituir importantes elementos de custos e tornam bastante incerta a formação do preço na fase inicial do projeto;
- b) além da possibilidade de não obtenção da licença ambiental, é de se esperar que o órgão governamental responsável pela análise do impacto ambiental determine a realização de medidas compensatórias e de adoção de métodos construtivos que poderão ter forte impacto sobre os custos de construção. Além disso, a licença prévia ambiental autoriza apenas a realização de sondagens do subsolo e a licença de instalação somente será expedida depois de concluídas essa sondagem e mobilização de todas as empresas envolvidas;
- c) a inexistência de um projeto básico não permite uma completa avaliação dos custos de construção, dimensionamento de equipamentos e seus custos de montagem. Em um empreendimento de tal complexidade, mesmo o projeto básico poderá ser insuficiente para a avaliação dos custos envolvidos que somente poderão ser dimensionados adequadamente no projeto executivo ou detalhado.

Como apontado acima, um dado relevante em toda negociação é a assimetria de informações. Na hipótese de que estamos tratando, podemos identificar, ainda que de maneira simplificada, que cada um dos possíveis agentes detém determinado grau, maior ou menor, de conhecimento de um ou alguns aspectos envolvidos no empreendimento. Alguns aspectos, ainda, poderão ser desconhecidos para todos os agentes, por exemplo:

- a) Unidade termelétrica: a geração de energia mediante combustão de óleo diesel ou óleo pesado é tecnologia relativamente desenvolvida e que não apresenta grandes riscos tecnológicos para a implantação de uma nova unidade geradora. Porém, imagina-se que o dono da obra não detenha essa tecnologia, pois, afinal, sua atividade principal é a

fabricação de aço e não a geração de energia. Neste sentido, é de se esperar que os riscos de implantação sejam assumidos pelo fornecedor da unidade geradora. Este, por outro lado, não tem conhecimento suficiente das condições do solo para determinar o nível de segurança de suas fundações.

- b) Construção do porto: considerado o impacto ambiental, embora o empreiteiro possa deter o conhecimento dos métodos construtivos para a implantação do porto, é impossível avaliar os custos finais do empreendimento até que seja emitida a licença ambiental de instalação. Além disso, o volume e as condicionantes de dragagem da baía poderão ser afetados consideravelmente pelo seu impacto ambiental.
- c) Implantação das unidades de produção do aço: o dono da obra certamente detém a tecnologia de produção do aço e conhece razoavelmente os custos para a construção de uma nova unidade, tendo melhor condição de avaliação dos riscos tecnológicos envolvidos.
- d) Nenhuma das empresas, no início do empreendimento, tem conhecimento adequado das condições do solo e do seu impacto nos métodos construtivos e resistência das fundações.

Intuitivamente, já podemos deduzir que um modelo clássico de contratação de uma empreitada com preço global trará inúmeras dificuldades para a negociação desse contrato. Diante de tantos riscos, o empreiteiro tenderá certamente a estimar significativas contingências e provisões e margens de retorno para fazer frente às incertezas.

A alternativa poderia ser dada pela celebração de um contrato de empreitada por administração, ou seja, além do preço dos serviços de construção e montagem, o empreiteiro fornece os materiais e equipamentos pelo seu preço de aquisição no mercado e recebe um percentual ou valor predefinido sobre os mesmos. Este é um modelo que retira do empreiteiro os riscos de variação dos custos (*cost overrun*) e permite ao dono da obra se beneficiar da não concretização de contingências (uma vez que não pagará as provisões a elas referentes, como faria em um típico preço global),

porém retira do dono da obra o maior controle sobre o investimento total para a implantação do empreendimento.

Além disso, não obstante o comportamento de boa-fé das partes, não há qualquer incentivo para que esse investimento total seja reduzido, pois, pelo menos no caso da remuneração estabelecida percentualmente, o empreiteiro terá maior retorno na mesma proporção em que maior for o investimento. Aliás, como, em geral, o empreiteiro é responsável pela qualidade do resultado, tenderá a adquirir os insumos de maior qualidade (e, portanto, custo), não necessariamente os de melhor relação custo-benefício, para mitigar os riscos de inadimplemento e vícios do objeto que deve entregar⁹.

É nesse quadro – que configura praticamente um dilema, que torna muito difícil a negociação de contratos para implantação de empreendimentos sob alto grau de incerteza – que alguns empreendimentos têm sido contratados sob o regime de “contrato de aliança”, pelo qual as partes tomam os riscos do empreendimento como (parcialmente) comuns e em que as soluções terão que ser encontradas em conjunto para minimizar as perdas atuais e reduzir os riscos de perdas futuras, considerando-se um fato que no momento da contratação não era possível de ser previsto.

3.3 Notas características da aliança

a) Contexto negocial

O Decreto n. 2.745/98, que regula¹⁰ os procedimentos de licitação e de contratação a que está sujeita a Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras, estabelece como inexigível a licitação para a celebração de “contratos de aliança” (item 2.3, alínea *i*), definindo-os como

aqueles que objetivem a soma de esforços entre empresas, para gerenciamento conjunto de empreendimentos, compreendendo o planejamento, a administração, os serviços de procura, construção civil,

montagem, pré-operação, comissionamento e partida de unidades, mediante o estabelecimento de preços "meta" e "teto", para efeito de bônus e penalidades, em função desses preços, dos prazos e do desempenho verificado¹¹.

Salvo melhor juízo, esta é a única referência legislativa ao contrato de aliança no ordenamento jurídico brasileiro, o que evidencia sua plasticidade e flexibilidade para atendimento dos interesses das partes contratantes, uma vez que define suas características essenciais, como a cooperação (gerenciamento, planejamento e administração conjunta entre dono da obra e o "empreiteiro"), fixação de preço meta e teto, bem como identificação de bônus e penalidades em função desses preços, prazos e desempenho da obra.

Como já mencionado, os contratos de aliança, de maneira geral, situam-se em contexto de alto nível de incerteza. O principal elemento de incerteza situa-se exatamente em seus elementos essenciais, ou seja, objeto e preço. Como referido acima, embora pudéssemos descrever razoavelmente bem o objeto como a construção de um porto, uma termelétrica e as unidades produtoras de aço, o escopo de atividades e fornecimentos contidos nesse objeto é consideravelmente indefinido, dadas as incertezas mencionadas. Pelas mesmas razões, o empreiteiro não tem a seu dispor informações suficientes que possam dar a ele uma estimativa adequada de custos e, por consequência, a formação do preço seria mera especulação.

Essas incertezas já determinam uma característica importante do contrato de aliança: ele se desenha em fases. Alguns exemplos de contratos de aliança se desdobram em até três instrumentos contratuais firmados em diversos momentos do empreendimento. Em um primeiro momento, as partes firmam um *interim agreement*, em que contemplam a execução de serviços preliminares de engenharia e orçamentação, bem como procedimentos para a negociação de um contrato definitivo. De maneira geral, este acordo é estipulado antes

que esteja concluído o projeto básico do empreendimento. A finalidade dessa fase preliminar é identificar muitos dos riscos envolvidos e dos métodos construtivos e tecnológicos a serem empregados. Finalmente, concluído o projeto básico e elaborada parcela relevante do projeto executivo, as partes já podem estabelecer um contrato definitivo que, no entanto, não se identifica a um contrato típico de empreitada por preço global em razão das demais características indicadas abaixo.

Consideradas as incertezas e o nível de informação assimétrica de cada parte, o contrato de aliança busca um comportamento colaborativo pelo seu *modus operandi*. Nesta modalidade contratual, o dono da obra participa de sua execução e não como um fiscalizador da obra, mas como efetivo participante de sua execução. São criadas equipes conjuntas, constituídas de representantes do contratado e do dono da obra para a identificação de riscos e elaboração do projeto. Neste sentido, como muitos aspectos tecnológicos têm reflexo na efetiva construção do empreendimento, a divulgação de informações entre as partes ocorre de maneira intensa, de tal forma que a assimetria de informação se dilua na atuação conjunta das partes.

Consistentemente com as características acima, a formação do preço também adquire um caráter colaborativo em que a informação é elemento fundamental. Elemento que demanda uma aplicação bastante estrita do princípio da boa-fé objetiva não apenas na fase de formação, mas também da execução do contrato. Embora sujeito a variações em cada operação econômica, é característica dos contratos de aliança o compartilhamento do risco de variação dos custos. Em um contrato por administração, o empreiteiro recebe uma remuneração variável resultante da aplicação de um percentual sobre os custos incorridos. No contrato por aliança, também é definido um percentual sobre os custos, porém estes são predefinidos de comum acordo entre as partes e sua variação para maior ou menor determinará o pagamento ao empreiteiro de um bônus ou redução de sua remuneração, conforme o caso. Neste sentido, de maneira geral, concluído o projeto executivo, as partes

estipulam uma meta de custos totais, por vezes designado um preço meta (impropriamente designado preço, pois o preço final será aquele resultante dos custos totais, acrescidos da remuneração do contratado). Sobre este valor é determinado, de maneira geral, um percentual ou valor fixo de remuneração do contratado.

Na hipótese de que os custos sejam inferiores àqueles estipulados pelas partes, o empreiteiro, além da remuneração fixa sobre o valor meta, terá um percentual que costuma variar até 50% sobre o valor da redução dos custos. Há, portanto, um compartilhamento dos ganhos. Por outro lado, havendo aumento de custos, o empreiteiro assumirá também as perdas até um limite que, de maneira geral, coincide com o valor total de sua remuneração originalmente estipulada, ou seja, como contrapartida do compartilhamento dos ganhos, há uma solidarização das perdas.

Dessa maneira, mantido o valor meta, o empreiteiro receberá a remuneração originalmente fixada, porém, havendo um aumento dos custos, poderá ver comprometido o seu retorno até o limite da sua remuneração.

Poder-se-ia imaginar que esta estrutura somente serve ao contratado, pois este jamais teria prejuízo no projeto. Por outro lado, assegurada a total transparência dos custos (definida a transparência, do ponto de vista econômico e gerencial, como informação em tempo real), o dono da obra terá a certeza de que o preço final será aquele que efetivamente reflete as condições do mercado, sem que tenha havido deslocamento patrimonial com a inclusão de contingências para eventos que não ocorreram no decurso da implantação do empreendimento.

Neste caso específico, por exemplo, considerando-se que o aço é um dos principais insumos para a fabricação dos equipamentos, seria razoável presumir que o aumento do preço dos equipamentos corresponda a um aumento do preço do aço que será o insumo a ser produzido pelo dono da obra. Logo, a análise financeira do empreendimento poderá não sofrer qualquer desequilíbrio, uma vez que o aumento do preço dos equipamentos também poderá corresponder ao aumento do preço do aço e, conseqüentemente, a

expectativa de ganho futuro representada pelo fluxo de caixa descontado do empreendimento poderá ainda ser positiva, considerado o investimento a ser realizado.

Em outras palavras, para o dono da obra, ainda que os custos tenham aumentado, seu empreendimento poderá se manter atrativo e o empreiteiro terá compartilhado do aumento dos custos até o limite de sua remuneração. De certa forma, é como se o dono da obra tivesse sempre a segurança de que, *tivesse realizado a obra por si mesmo, os custos não seriam diferentes e nenhum terceiro (o contratado) teria se apropriado de um resultado decorrente de uma contingência não verificada no mercado.*

Esta lógica, ou engenharia contratual, determina, do ponto de vista operacional, a total abertura dos custos das partes envolvidas. Como a literatura tem designado, o empreendimento é realizado sob um regime de *open book*, ou seja, todos os custos devem ser auditados e devidamente comprovados, sem que existam contingências ocultas na fixação do preço.

b) Notas jurídicas características

A aliança se singulariza pela combinação de três conjuntos de atributos, ao mesmo tempo necessários e suficientes para definição de seu regime jurídico fundamental. Tais atributos não apenas se complementam, mas, também, explicam-se mutuamente, no sentido de que o alcance e a razão de ser de cada um só podem ser adequadamente compreendidos à luz dos demais.

Nosso principal objetivo, ao descrever a face jurídica do regime de aliança, é dar concretude aos princípios abstratos ("regime de cooperação", "transparência" etc.) ou atitudes comportamentais ("espírito colaborativo", "postura não adversarial" etc.) com que ela usualmente é descrita nos estudos sobre "parcerias" entre empresas.

b.1) Mecanismos de administração da condução do empreendimento (*governance*)

Em sua forma "pura", a administração da condução de empreendimentos sob regime de aliança segue a diretriz *best for project*, pela qual a definição da pessoa (as próprias partes ou terceiros) a quem caberá a execução de determinada atividade ou

fornecimento de determinado insumo necessário à implantação do empreendimento é definida ao longo do mesmo empreendimento e resulta, unicamente, das características peculiares deste, sobretudo os requisitos de qualidade, tecnologia, segurança, impacto social e ambiental, custo, prazo e risco que forem estabelecidos em suas fases preliminares (conforme os diferentes graus de desenvolvimento da engenharia).

Nesse caso, a aliança se materializa, fundamentalmente, como uma equipe conjunta de gerenciamento, de compras ("suprimento", no jargão da indústria) e de parcelas da engenharia do empreendimento. Afora isso, as partes predefinem apenas qual sua participação no resultado líquido final, de maneira muito similar, quanto a este aspecto, a um consórcio de empresas que funcione na modalidade "horizontal" ou "aberta"¹². Como se sabe, neste, em princípio, todos os insumos ou atividades necessários são contratados com terceiros por intermédio de um procedimento seletivo cujo critério principal seria o "menor preço" ou, para usar terminologia consagrada, uma combinação entre "preço e técnica", desde que, evidentemente, atendidos de maneira equivalente os demais requisitos predefinidos (qualidade, segurança etc.)¹³.

Ainda na hipótese acima, segundo o regime usual, às partes caberia, apenas e eventualmente, o direito de preferência para assumir a tarefa que seria atribuída ao terceiro, em igualdade de condições com este. Obviamente, neste último caso, a relação entre as partes, quanto ao escopo especificamente em questão, seguiria um regime próprio (idêntico ao que se teria com o terceiro fornecedor ou prestador de serviço), não subsumível e paralelo ao da aliança.

Em sua forma "impura", predetermina-se nos documentos da aliança, desde o início, que certas prestações necessárias à implantação do empreendimento caberão a uma das partes ou terceiros. De fato, não é incomum, por exemplo, que o empreendedor defina, anteriormente à negociação do contrato de implantação de empreendimento, que empregará determinada tecnologia e, mesmo, seu fornecedor específico (entre outros

motivos, porque pode ser a tecnologia que já aplica em outros empreendimentos ou em outras partes do mesmo empreendimento, daí resultando possíveis ganhos relevantes, não mensuráveis unicamente na comparação individual do preço de diferentes licenças).

Entre as consequências diretas dessa “exceção” incluem-se a delimitação prévia do conjunto possível de fornecedores para elementos críticos do empreendimento e a qualificação do regime de alocação de responsabilidades entre as partes, refletido na equação de remuneração da aliança (especificamente, nas hipóteses de alteração dos orçamentos e prazos-referência), abordada abaixo. Sob a forma tradicional da empreitada, esta interferência do dono da obra poderia determinar a irresponsabilidade do empreiteiro, mas, sob a forma de aliança, a delimitação da *vendor list* equivale a um compartilhamento do risco.

No Brasil, pelo menos em nosso conhecimento, essa forma impura também costuma se refletir nos serviços de construção, que são atribuídos desde o início ao contratado. Parte da explicação pode ser extraída do protagonismo das grandes construtoras nos empreendimentos de infraestrutura mais relevantes e complexos aqui executados nesse regime. A diferença é que tais serviços são, usualmente, remunerados *a custo* (equivalente ao custo salarial acrescido de encargos e benefícios regulares aplicados pelo contratado), não a preço, como seria um fornecedor no regime puro, mas integram a equação de remuneração da aliança.

Qualquer que seja a forma, pura ou impura, deve-se determinar, também, como são tomadas, entre as partes, as decisões de gestão do empreendimento e de contratação de terceiros. Tendo em vista o reconhecimento de que a aliança propicia um alinhamento relevante, ainda que não completo, dos interesses das partes, a regra é a de que as decisões devam ser tomadas por consenso entre elas¹⁴.

Não obstante a previsão de decisões conjuntas sobre temas relevantes da condução do empreendimento, não deixa de ser indispensável, sob o ponto de vista jurídico, a previsão de mecanismos de resolução de eventuais impasses. A nosso ver, o

conceito a ser utilizado para nortear a definição de tais mecanismos parece ser o de conflito de interesses, já conhecido no direito societário¹⁵, auxiliado pela pluralidade de arranjos práticos empregados em sociedades cujas participações são divididas igualmente entre os sócios.

Entre outros mecanismos, encontram-se: a outorga de voto de qualidade em forma rotativa entre as partes, a caracterização do voto de qualidade como provisório (sujeito a um mecanismo independente de decisão, como a arbitragem), a delimitação das situações em que o voto de qualidade pode ser exercido (por exemplo, situações em que seja caracterizada alguma urgência ou matérias específicas) e a atribuição à parte que detiver o voto de qualidade de responsabilidade individual pelas consequências adversas da decisão tomada (desde que a outra parte registre sua discordância e a decisão alternativa que tomaria, para evitar o oportunismo desta) e, no limite, o impedimento ao voto quando caracterizado o desalinhamento dos interesses de uma das partes aos interesses do empreendimento, em suas diversas fases, e assim por diante.

O dono da obra, por exemplo, pode ter o interesse de aumentar os custos da implantação (CAPEX) para diminuir custos de operação posteriores (OPEX), penalizando, assim, o contratado, que tem sua remuneração vinculada parcialmente aos custos totais do empreendimento. Assim, essa circunstância poderia levar ao reconhecimento de que os interesses do dono da obra não estão alinhados aos interesses do empreendimento objeto do contrato de aliança. Por outro lado, a atribuição de voto de qualidade ao contratado, sem a respectiva especificação de parâmetros de qualidade do trabalho, pode levar a consequências indesejáveis, sobretudo porque o dono da obra será o titular do bem resultante.

A solução para esse tipo de situação está longe de ser óbvia e simples. Entretanto, parece possível demarcar suas fronteiras: respeitados, de um lado, os requisitos de segurança (pelos quais, aliás, o contratado que elabora engenharia ou executa construção tem irrecusável responsabilidade profissional, podendo e devendo se

recusar a conduzir obras que representem riscos à segurança)¹⁶ e, de outro lado, os parâmetros de qualidade e os prazos definidos previamente pelas partes (sobretudo pelo dono da obra), não seria equivocado afirmar que o critério preponderante de tomada de decisões, pelo menos no caso de contratação de terceiros ou de incursão de custos em geral, deve ser o de menor preço ou menor ônus econômico.

É evidente que a fragilidade do critério apontado acima está na dificuldade de determinar previamente os demais critérios, em detalhe suficiente para permitir que o preço possa ser razão suficiente para decisão. Entretanto, ele indica de maneira relativamente equilibrada a direção que a análise pode tomar.

b.2) Equação de remuneração da aliança

Uma vez que o dono da obra é o titular dos direitos e obrigações do empreendimento não especificamente contratado (posição residual), a remuneração da aliança se define pela remuneração do contratado. E esta assume, pelo menos em uma primeira aproximação, características marcadamente similares ao conhecido modelo de preço por administração, com a qualificação de a taxa de lucro do contratado ser passível de aumento, por bônus, ou redução (inclusive eliminação), por penalidades, em razão do alcance ou não de determinados parâmetros de desempenho do empreendimento como um todo (tipicamente, mas não necessariamente, custo total e prazo final).

Assim, a remuneração do contratado se divide em três elementos típicos: (i) custo reembolsável, (ii) lucro e (iii) bônus ou penalidades aplicáveis sobre a parcela do lucro¹⁷. Os bônus e penalidades relativos a custo costumam ser calculados como um percentual da diferença entre o custo real, ao final do empreendimento, e o custo orçado. E os bônus e penalidades relativos a prazo habitualmente resultam no pagamento, ao contratado ou por este, de valores prefixados, conforme o prazo real, quando da conclusão do empreendimento, antecipar-se ao prazo estimado ou ultrapassá-lo. Neste sentido, o modelo de aliança permite aferir os resultados de um projeto complexo que, dado o volume de recursos investidos,

exige a verificação do retorno específico de uma obra que se caracteriza como um empreendimento em si mesmo.

A comparação feita acima, entre a equação de remuneração da aliança e o modelo por administração, merece ser matizada por um aspecto adicional, a saber: a noção de custo, na aliança, é mais amplo do que no modelo por administração. Por exemplo, neste, em geral, o custo de eventuais refazimentos ou reparos ao longo da obra é arcado exclusivamente pelo contratado, sob o entendimento de que, tendo sido remunerado pela execução do serviço correspondente, deve entregar o que fora acordado, sem vícios ou defeitos, suportando os ônus correspondentes.

Na aliança não se passa necessariamente assim. Os mesmos custos de refazimentos ou reparos ao longo da obra (desde que não atribuíveis, como já mencionado, a dolo e culpa grave do contrato) são suportados por ambas as partes, no âmbito da aliança, conforme o resultado da aplicação da equação de remuneração, pois, afinal, as decisões estratégicas são tomadas de maneira compartilhada. Em outras palavras, mesmo o custo de um refazimento ou reparo decorrente de culpa (ordinária) do contrato é reembolsável ao contratado, aumentando, porém, na mesma medida, a base de custo real com que será comparado o orçamento original e, portanto, diminuindo as chances de o contratado auferir bônus e aumentando as chances de estar sujeito a penalidades. Assim, no limite, a consequência do aumento de custo do empreendimento do ponto de vista do contratado somente pode ser verificada, definitivamente, quando da sua conclusão.

A definição dos elementos que compõem a equação de remuneração do contratado (valores ou percentuais de *overhead* e lucro, bases de comparação para fins de bônus ou penalidades e respectivos valores e limites) não pode, entretanto, ser feita sem considerar as circunstâncias em que as mencionadas bases de comparação são passíveis de alteração. Embora seja um bom ponto de partida, não se pode dizer de antemão se essas circunstâncias são as mesmas por que se costuma admitir *change orders* em contratos a preço global, por exemplo¹⁸. O processo de elaboração conjunta

dos elementos definidores do empreendimento e de seu orçamento pode, por vezes, indicar que as partes assumam riscos menores ou maiores, conforme as premissas e provisões por elas contempladas, o conforto das partes com relação a elas e a maneira como as decisões finais são tomadas (consensualmente ou pelo dono da obra).

b.3) Divisão de responsabilidades

Como brevemente aludido acima, o regime de divisão de responsabilidades entre as partes da aliança é um dos mais surpreendentes ao profissional habituado ao regime da empreitada.

Em poucas palavras, na aliança, a regra é a de que a culpa ordinária do contratado não é necessária, nem suficiente, para originar o dever de indenizar¹⁹.

De fato, as consequências da conduta culposa do contratado são compartilhadas pelas partes, por intermédio de sua "absorção", por assim dizer, pela equação de remuneração da aliança. Na medida em que os efeitos da conduta culposa onerem, por exemplo, o custo do empreendimento e diminuam a probabilidade de o contratado auferir lucro é que se pode falar em produção do dever de indenizar pela culpa.

Da mesma forma, a extensão da indenização, se é que assim se pode falar neste contexto, só é sabida ao final do empreendimento, após a ocorrência de um sem-número de eventos, que se revelam contratualmente sob a forma do resultado de uma soma de custos efetivamente incorridos (que considera tanto eventos produtores de custo, como erros, quanto redutores, como soluções de engenharia que produzam ganhos de eficiência), a ser comparada com o custo estimado, submetendo-se a diferença entre estes (positiva ou negativa), ainda, a uma fórmula de compartilhamento predefinida.

De certa maneira, a modalidade de aliança materializa uma efetiva solidarização do risco entre dono da obra e empreiteiro em dado projeto. Neste sentido, a cláusula de limitação ou de exoneração de responsabilidade adquire um novo sentido, visto que os riscos de perdas são limitados não em decorrência de um cuidado

do empreiteiro, mas em função dos riscos conjuntamente identificados pelas partes.

Por razões de espaço, não trataremos aqui das intrincadas questões sobre a licitude da limitação convencional ao dever de indenizar²⁰. Apenas se pode afirmar, com alguma segurança, neste contexto, que ela seria claramente ilegal nas hipóteses de verificação de dolo ou de culpa grave, cuja conceituação cuidadosa não deve, aliás, escapar aos advogados encarregados da redação do instrumento contratual²¹. (A doutrina acrescenta como restrição à validade das cláusulas, de maneira também consensual, a contrariedade aos princípios da ordem pública)²².

Ressalvamos, também, que o exposto acima não se refere a obrigações trabalhistas, previdenciárias ou tributárias do contratado, as quais não dizem respeito ao empreendimento, mas à regularidade das atividades empresariais do contratado. Note-se que a justificativa para essa ressalva não é tratar-se de hipóteses de responsabilidade objetiva. Para quem admite como lícita a limitação convencional ao dever de indenizar, esta se produz sempre entre as contraentes e pode dizer respeito, inclusive, ao direito de regresso, abrangendo, assim e inclusive, danos reclamados por terceiros.

c) Interesse residual do dono da obra

É possível notar, da exposição acima, que os regimes de remuneração e de responsabilidade na aliança definem-se a partir da posição do contratado. Essa circunstância, que não pode ser desprezada e que aparta o contrato de aliança marcadamente da sociedade, deve-se ao fato de o empreendedor ser, efetivamente, o "dono da obra" e, portanto, titular dos riscos e potenciais benefícios residuais do empreendimento, isto é, aqueles que não tiverem sido atribuídos contratualmente ao contratado²³. E, retornando a um dos aspectos do item b1, talvez seja essa circunstância, também, que explique a outorga, ao empreendedor, no mais das vezes (embora não em todos os casos), do voto de qualidade em caso de impasses entre as partes na administração da aliança.

3.4 Qualificação categorial da aliança

A adoção de tipos contratuais é resultante de um modelo jurídico pelo qual se buscava identificar um regime geral capaz de regular todos os contratos que, em concreto, contivessem os elementos do tipo. Neste sentido, a qualificação do contrato poderia ser determinada pelos seus elementos essenciais, estes entendidos como aqueles que definem a existência de um determinado tipo de contrato. Por exemplo, a presença dos elementos essenciais objeto, preço e consenso definem que determinada operação econômica caracterizada pelo deslocamento patrimonial de um bem existirá como uma compra e venda e não como uma doação.

Assim identificado o tipo, bastará encontrarmos na lei o regime jurídico aplicável. Neste sentido, aliás, a ideia de tipicidade é absolutamente consistente com a adoção de sistemas codificados.

A ideia abstrata de contrato como um gênero dentro do qual cabem diversas espécies, entretanto, não é inconsistente com o desenvolvimento do consensualismo, pelo qual se admitem que obrigações podem surgir de simples promessas congruentes feitas por sujeitos capazes. Dessa maneira, ao reconhecermos que a vontade humana é capaz de criar obrigações, ao sujeito de direito também é facultada a possibilidade de vincular-se em contratos não previamente estipulados na lei²⁴.

Disso resulta que, além dos contratos típicos, o Direito contemporâneo admite, com certa facilidade, que as partes poderão criar novas formas de contrato, seja decorrente da combinação de contratos típicos, seja pela criação de operações e formas jurídicas que não tenham uma correspondente descrição na lei ou em práticas socialmente típicas (reconhecimento, portanto, da tipicidade social).

Devem ser, ainda, apontados alguns aspectos relacionados aos tipos contratuais: (i) reconhecimento pelo direito de práticas socialmente usuais (operações econômicas que tendem a se repetir

com a presença de determinadas notas prescritivas); (ii) criação de regimes normativos que dão maior previsibilidade aos agentes econômicos; e (iii) definição de uma política legislativa de maior ou menor interferência do Estado quanto maior for a preponderância do valor social de determinado tipo contratual.

A tipicidade, evidentemente, é elemento de previsibilidade do Direito, uma vez que, presentes determinados elementos do tipo, será quase imediata a identificação das normas aplicáveis ao contrato. Porém, vivemos em um mundo hipercomplexo, em que as operações econômicas tornaram-se extremamente sofisticadas, seja pelo avanço tecnológico, seja pela necessidade de buscar formas contratuais mais eficientes para a competição internacional.

Conseqüentemente, a simples qualificação de determinada operação econômica a partir de seus elementos essenciais torna-se insuficiente para explicar contratos complexos. Vale reproduzir a lição de Ronaldo Porto Macedo Jr.: "Neste sentido, o direito enquanto conceito não corresponde a nenhuma essência, mas serve para qualificar algumas práticas histórica e socialmente determinadas. Da mesma maneira, o conceito de contrato não corresponde a nenhuma essência ou estrutura imutável, mas antes descreve um conjunto de práticas que apresentam algumas 'semelhanças de família' que permite agrupá-las sob um mesmo conceito. Assim, se por um lado é válido reconhecer que não existe uma coisa que poderíamos chamar de contrato típico, por outro lado é importante reconhecer que há um conjunto de práticas jurídicas que permitem identificar historicamente a formação de uma identidade conceitual. Insisto que não se trata de identificar os princípios essenciais comuns ao direito contratual, tarefa impossível dentro do direito contemporâneo em geral, e do direito contemporâneo em particular"²⁵.

Não nos parece que poderíamos chegar ao extremo de afirmar que não existem mais contratos típicos²⁶, uma vez que embora existam negócios complexos que não cabem em modelos predefinidos, são celebrados diariamente milhões de contratos simples como compra e venda, locação, depósito etc., de tal sorte

que a dificuldade de explicação para determinados contratos complexos não justifica a afirmação da morte do contrato típico.

Dessa maneira, a simples aplicação da tipicidade como instrumento de qualificação de determinada operação econômica vai perdendo a sua força e, conseqüentemente, somos levados a buscar algum critério acima deste. De fato, como um método de classificação dos contratos, as categorias contratuais existem há muito, e, enquanto os tipos podem ser identificados na parte especial dos códigos civis ou leis extravagantes, as categorias podem ser reconhecidas na parte geral dos contratos, ou seja, são construídas na Teoria Geral dos Contratos. Por exemplo, podemos reconhecer categorias contratuais, como contratos descontínuos ou relacionais, de cooperação ou de troca, gratuitos e onerosos. Tais categorias, claramente, não estão associadas a um tipo específico, porém servem de parâmetro para a aplicação de normas jurídicas.

Na verdade, tipos e categorias não são excludentes, mas coexistem e devem ser utilizados pelo intérprete na aplicação das normas adequadas a determinado fenômeno econômico. Como veremos mais adiante, a própria aplicação do princípio da boa-fé sofre uma espécie de inflexão a depender da categoria e do tipo contratual específico. Não sendo possível identificar um tipo contratual, ainda assim podemos recorrer a este nível mais elevado de critério de qualificação contratual pela identificação da categoria ou categorias a que está vinculada determinada operação econômica.

Esta formulação admite, portanto, que uma mesma operação possa situar-se dentro de mais uma categoria, da mesma forma que uma categoria poderá incluir diversos tipos contratuais. No caso do contrato de aliança, podemos incluí-lo dentro da categoria do contrato relacional, tradicionalmente caracterizado por contratos de longa duração; porém, se se considerar que a duração contínua (ou indeterminada) não é definidora dessa categoria, uma vez que a aliança se refere, sempre, a um empreendimento determinado, o seu caráter relacional se materializa pelo compartilhamento de decisões e assunção conjunta dos riscos de determinado

empreendimento. Principalmente, porque nos contratos relacionais as incertezas presentes no momento da formação são dirimidas pela relação fundada na boa-fé objetiva e pela função econômico-social do contrato firmado entre as partes.

Não sendo possível avaliar todas as circunstâncias futuras, no contrato por aliança, estas são enfrentadas de maneira compartilhada e segundo o mesmo princípio de cooperação das relações societárias. Esse mesmo contrato, por outro lado, pode ser incluído dentro da categoria dos contratos de cooperação em oposição aos contratos de troca ou, na linguagem dos ordenamentos de origem anglo-saxã, aos tais *adversarial contracts*.

Nesse sentido, classificado como um contrato de cooperação e relacional, o princípio da boa-fé, por exemplo, deverá ser aplicado de maneira mais estrita, quase aproximando-se do dever específico de lealdade do direito societário.

Outro aspecto relevante para a qualificação do contrato e identificação da categoria a que pertence está na identificação da sua causa, tema, no entanto, que não será abordado neste capítulo, valendo somente observar que a causa relevante para esta qualificação é a causa final que, em termos contratuais, pode ser identificada com o conceito de função econômico-social nos moldes propostos por Betti.

3.5 A boa-fé na aliança

O reconhecimento dos atributos jurídicos definidores do regime da aliança, descritos no item 3.1, deveria ser suficiente para demonstrar por que uma medida excepcional de boa-fé, em sentido subjetivo, não é pressuposto da aliança. Tais atributos exprimem mecanismos de incentivo, que almejam fazer convergir os interesses das partes e cuja eficácia, embora não seja total, não é também desprezível.

Evidentemente, isso não significa que nenhuma medida de boa-fé subjetiva seja também necessária para o êxito prático de alianças –

como, aliás, em qualquer contrato, mesmo que não colaborativo.

O tema deste tópico, entretanto, não é a boa-fé em seu sentido subjetivo, mas a relação entre a ideia de boa-fé, em seu sentido objetivo, e a aliança de projetos.

Defendemos que a avaliação das circunstâncias corretas de uso e das consequências que podem ser inferidas da aplicação da noção de boa-fé objetiva depende de uma análise dos elementos convencionais da relação jurídica (sujeitos, objeto, vínculo e garantia) e de uma aglomeração adicional de fatores, que conjuntamente considerados chamaremos, à falta de melhor nome, elemento contextual.

De fato, muito já se escreveu sobre o princípio da boa-fé a partir da edição do Código Civil de 2002, especialmente quanto à distinção entre a boa-fé objetiva e a caracterização dos deveres acessórios decorrentes da boa-fé em matéria contratual, como o dever de cooperação, de proteção, de prestar informações, lealdade etc.²⁷.

Como já referido acima, estes deveres podem e devem ser interpretados de maneira mais ou menos estrita de acordo com a categoria a que se submete determinado contrato. Não apenas à categoria a que submete o contrato, mas, igualmente, aos elementos contextuais relevantes em que se insere a específica operação econômica.

Não é por outra razão que, recentemente, tem-se sugerido a utilidade de uma nova classificação dos contratos, definida a partir do elemento subjetivo (no sentido de relativo aos sujeitos) das relações jurídicas: contratos empresariais e contratos existenciais. A diferença específica daqueles seria a circunstância de serem celebrados entre empresas (sociedades empresárias). Por exemplo:

A simple categorization of the universe of bargaining transactions will clarify the domain of our [teoria dos contratos]. A transaction involves a seller (whether of goods or services) and a buyer. Parties to transactions can be partitioned into individuals and firms. This yields four transactional categories:

1. A firm sells to another firm;

2. An individual sells to another individual;
3. A firm sells to an individual; and
4. An individual sells to a firm.

Category 1 is the area of commercial and business law. Category 2 is primarily regulated by family law and real property law. Category 3 is primarily regulated by consumer protection law, real property law, and the securities laws. Category 4 is mainly the domain of labour Law²⁸.

O corolário que, aparentemente, pretende-se extrair da distinção parece ser uma tese simples e intuitiva sobre a relação entre igualdade de poder de barganha e liberdade de contratar (em seu duplo aspecto de escolha entre contratar ou não e definição do conteúdo do contrato): quanto maior a igualdade, maior a liberdade. E, por via consequência, a tendência do ordenamento jurídico em resgatar ou não as partes das consequências adversas de arranjos contratuais que celebrem, por intermédio de mecanismos diversos, prévios, como a listagem de cláusulas proibidas, e posteriores, como a revisão judicial decorrente da alteração de circunstâncias subjacentes ao contrato.

O raciocínio acima se fecha com a presunção de que empresas têm poder de barganha equivalente e de que sua relação se estabelece com intuito de lucro, o que assegura uma maior deferência do direito aos resultados adversos (leia-se, prejuízos) do pacto a uma das partes.

Em suma, o critério de classificação é essencialmente subjetivo, embora deva ser temperado pela esfera de atuação do sujeito. Na terminologia de Antonio Junqueira de Azevedo, que, entre nós, mais desenvolveu a ideia, será existencial o contrato em que uma das partes seja pessoa física atuando fora do âmbito de exercício de uma atividade profissional (por exemplo, o contrato firmado entre dois indivíduos para a compra de um apartamento, como também aquele contrato firmado por um consumidor que adquire bem ou serviço de uma empresa) e será empresarial o contrato firmado entre dois profissionais médicos, no exercício de sua profissão, ou entre duas

empresas para construção de uma nova unidade industrial. Enquanto no primeiro caso o indivíduo busca a satisfação de uma necessidade “existencial”, no segundo é evidente o intuito de lucro.

Do ponto de vista do princípio da boa-fé, o propósito dessa distinção é nos levar a aplicar o padrão de conduta esperado de maneira mais estrita nos contratos existenciais entre pessoa física e jurídica. Em uma relação de consumo, por exemplo, o conhecimento (ou ainda o monopólio) que detém o fornecedor imporia a ele um dever de proteção maior do que aquele que se manifesta em uma relação entre empresas, pois, neste caso, as empresas devem ter a experiência e conhecimento adequado para permanecerem em determinado mercado.

A nosso ver, essa conclusão não é tanto equivocada quanto incompleta. A simples referência à já conhecida discussão dos contratos relacionais seria suficiente para prová-lo²⁹. Por exemplo, o princípio da boa-fé também poderá ser afetado pelo mercado ou ambiente negocial em que é realizado determinado contrato. O estudo do mercado de diamantes em Nova Iorque realizado por Lisa Bernstein evidencia que o mercado investigado funciona quase de maneira perfeita, pois há um compromisso muito forte de manter a palavra dada entre os seus agentes.

Evidentemente, essa circunstância é também reflexo de um mercado bastante fechado, desenvolvido por uma comunidade substancialmente homogênea, ou seja, a comunidade judaica. Neste caso, a aplicação de princípios como a boa-fé e *pacta sunt servanda* é extremamente rigorosa. O dever de lealdade é levado ao extremo mediante, claro, a ameaça de exclusão do próprio mercado. Por outro lado, um contrato de compra e venda de um objeto adquirido na Galeria Pajé, em São Paulo, como sendo uma joia, não pode ser interpretado da mesma forma. Alguém que adquire um objeto desses por um valor ínfimo jamais poderia pretender a aplicação do princípio da boa-fé sob a mesma ótica do contrato de compra e venda de diamantes em Nova Iorque.

Os exemplos acima servem para evidenciar o quanto a classificação de um contrato em uma determinada categoria

contratual define a forma como os tais deveres acessórios decorrentes da boa-fé devem ser interpretados e aplicados em uma operação econômica concreta. Há como que um certo nível ou intensidade de aplicação da boa-fé a partir das características categoriais ou típicas. Embora nosso intuito não seja de exaurir o tema, pode-se, ilustrativa e exemplificativamente, indicar como o mapa de fatores de análise, a ser considerado para avaliação, é³⁰ e deve ser bastante mais amplo. Abaixo, um quadro não exaustivo de tais fatores.

Sujeitos	indivíduo-indivíduo; indivíduo-empresa; empresa-indivíduo; empresa-empresa; paritárias/assimétricas
Objeto	determinado/determinável; tangível/intangível; existente/a construir; concebido/a conceber; bem de consumo/bem de capital
Preço	determinado/determinável; fixo/variável: <i>input-based</i> (por exemplo, por administração); <i>output-based</i> (por desempenho); <i>floors/collars</i>
Duração	execução instantânea ou transcorre um “lapso de tempo entre o aperfeiçoamento do negócio e o adimplemento das prestações” [Comparato]; diferida/por trato sucessivo/continuada; <i>one-shot/on-going</i>
Função	intercâmbio de prestações/comunhão de escopo; que visa a: transferência de propriedade ou posse/fornecimento de atividade, produto ou serviço/extinção de lide/garantia ou risco/colaboração
Finalidade	lucrativa/não lucrativa; leiga/profissional; consumo/produção/troca no mercado
Inter-relação e interdependência entre as partes	fraca/intensa
Organização	estrutura da oferta e da demanda no

industrial	mercado; assimetria de informação etc.
------------	--

Voltando-nos para o contrato de aliança, entendemos que não se trata apenas de uma questão de intensidade de aplicação de um dever acessório. Como referido acima, uma das notas características do contrato de aliança é a divulgação integral dos custos efetivos (*open book*) incorridos pelos participantes. Ora, neste caso, não podemos falar que o dever de informar, inúmeras vezes repetido como dever acessório decorrente da boa-fé objetiva, tem caráter meramente acessório. A divulgação da informação integra a própria obrigação principal. O contrato de aliança somente existirá como tal se houver total transparência de informações para que, ao final, as partes partilhem dos resultados positivos ou negativos de determinado empreendimento (se os custos ficarem acima ou abaixo da meta fixada em conjunto).

O mesmo se verifica pelo dever de cooperação, pois o compartilhamento dos riscos ao final do empreendimento somente pode ser compreendido pela cooperação das partes. Não se quer dizer que não existam interesse conflitantes, pois é óbvio que ao construtor interessará a fixação de meta inflacionada para que as reduções dos custos sejam mais prováveis ao final, sendo o inverso o interesse do dono da obra. Porém, não resta dúvida de que, fixada a meta, esta somente poderá ser alcançada pela cooperação entre as partes.

Esta ideia não é nova e, embora não aplicada a contratos de aliança, pode ser encontrada novamente na obra já citada de Ronaldo Porto Macedo Jr.:

Ora, os contratos relacionais, à medida que questionam os pressupostos microeconômicos neoclássicos do *homo economicus*, apontam para uma dimensão não acessória, mas sim central, do princípio jurídico da cooperação. Conforme visto, a estratégia de cooperação em muitos casos de contratação relacional constitui-se na obrigação principal, porquanto elementos de preço,

quantidade, prazo de entrega, etc. deixam de ser perfeitamente definíveis *a priori*³¹.

Embora tratando dos contratos relacionais, em geral, esta ideia de deslocamento do dever acessório para o núcleo da prestação contratual é absolutamente pertinente no âmbito dos contratos de aliança.

3.6 Conclusões

Este capítulo procurou descrever situações e posições contratuais em que os diversos interesses das partes determinam uma nova estrutura contratual, formada a partir de estruturas conhecidas. De fato, não é possível identificar facilmente posições jurídicas clássicas de contratante e contratado, assim entendidos como centros de interesses opostos. As regras contratuais servem mais como incentivo à colaboração do que a comportamentos oportunistas decorrentes da assimetria de informação.

As implicações jurídicas do estudo são relevantes no que diz respeito à qualificação do contrato em possíveis categorias, que determinam a maneira pela qual será interpretado.

Em primeiro lugar, havendo participação do dono da obra no empreendimento, as regras de responsabilidade das partes sofrem um impacto decisivo. Partindo-se do princípio de que não há responsabilidade sem poder ou poder sem responsabilidade, a ingerência do dono da obra e total acesso às informações técnicas e financeiras impõem o compartilhamento de responsabilidade pelos danos eventualmente surgidos da execução do empreendimento, o que justifica nossa afirmação acima de que as cláusulas convencionais de responsabilidade adquirem novo sentido, como compartilhamento de riscos e não meramente a proteção de uma parte perante os danos causados à outra parte.

Outro aspecto fundamental é a aplicação do mais estrito padrão de boa-fé entre as partes, como se se tratasse de uma sociedade de pessoas. Tem-se como quase lugar-comum que da boa-fé objetiva resulta o dever acessório de informar. Ora, dentro da estrutura dos contratos de aliança, o dever de informar integra a obrigação principal de ambas as partes. Ao intérprete de um contrato de tal natureza, o dever de informar é essencial e não poderá ser mitigado pela posição jurídica de cada uma das partes. Neste caso, o intérprete não poderá pressupor que ao contratado ou contratante seria razoável deixar de informar um determinado elemento do contrato. É da essência do contrato, e integra sua função econômico-social, a divulgação de toda informação relevante para a execução do contrato.

Deste modo, este texto serve para apresentar uma nova categoria de contrato que não se subsume um tipo contratual, pois rompe os limites não apenas da função econômico-social de uma empreitada para a execução de uma obra, mas, igualmente, elimina uma distinção cara entre os elementos essenciais extrínsecos a um contrato, entre os quais a qualificação de uma parte como contratante ou contratado. São, ambos, executantes de um mesmo empreendimento.

Por fim, uma observação de natureza especulativa: os autores têm conhecimento de que, na data de conclusão deste texto (outubro/2010), há quase uma dúzia de grandes empreendimentos no Brasil em implantação sob o regime de aliança, cujas partes não são empresas do mesmo grupo econômico. Aguarda-se a sua conclusão, nos próximos anos, para que se possa fazer uma investigação mais sólida de sua efetiva capacidade em superar as deficiências dos modelos que visa suplantare.

De um lado, o compartilhamento do risco poderá ser reconhecido como relevante, porém, de outro lado, somente os resultados econômicos, ou seja, os lucros, poderão definir o incentivo aos agentes econômicos em adotar modelos cooperativos ou adversariais para os grandes empreendimentos de infraestrutura que desafiam o país. Intuitivamente, acreditamos que os novos modelos de

compartilhamento de riscos representam uma forma moderna e racional de desenvolvimento do país, permitindo que empreendimentos que demandam vultosos investimentos sejam desenvolvidos de maneira eficiente sem a imposição de riscos insuportáveis a apenas um dos elementos da cadeia produtiva.

REFERÊNCIAS

ATIYAH, P. S. **Essays on contracts**. Oxford: Clarendon Press, 1986.

_____. **The Rise and Fall of Freedom of Contract**. Oxford: Clarendon Press, 1979.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Nulidade de cláusula limitativa de responsabilidade em caso de culpa grave. Caso de equiparação entre dolo e culpa grave. Configuração da culpa grave em caso de responsabilidade profissional. *In: Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BOWER, D.; ASHBY, G.; GERALD, K.; SMYK, W. Incentives mechanisms for project success. **Journal of Management in Engineering**, v. 18, n. 1, 2002.

BRUNER, P.; O'CONNOR, JR., P.; **Bruner & O'Connor on Construction Law**. West Group, 2002, v. 1 a 7.

COHEN, Michael; RIOLO, Rick L.; AXELROD, Robert. **The Role of Social Structure in the Maintenance of Cooperative Regimes**. University of Michigan, working papers, 2000. Disponível em: <www.umich.edu>. Acesso em: 26 out. 2010.

COMPARATO, Fabio Konder. **O seguro de crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Law and Economics**. 2. ed. USA: Addison-Wesley, 1996.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **Obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. Contrato de *engineering*, **Revista dos Tribunais**, v. 685, nov. 1992, p. 29-40.

DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não indenizar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 2.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. Contrato e deveres de prote o. **Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra, 1994. v. XXXVIII.

_____. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2003.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Conflito de interesses nas assembleias de S.A.** São Paulo: Malheiros, 1993.

GIL, Fábio Coutinho de Alcântara. **A onerosidade excessiva em contratos de *engineering***. Tese de Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GILMORE, Grant. **The Death of Contract**. Columbus. USA: Ohio State University Press, 1995.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **Licita o e contrato administrativo: estudos sobre a interpreta o da lei**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GROTIUS, Hugo. **On the Law of War and Peace**. Trad. A. C. Campbell. Disponível em: <<http://www.constitution.org/gro/djbp.htm>>. Acesso em: 26 out. 2010.

HARTMAN, F.; SNELGROVE, P. Risk Allocation in Lump-Sum Contracts – Concept of a Latent Dispute. **Journal of Construction, Engineering and Management**, September 1996, p. 291 e s.

JONES, Doug. Project Alliances, **International Construction Law Review** n. 18, v. 2, p. 411-436.

KAMMINGA, Y. P., Towards effective governance structures for contractual relations, recommendations from social, psychology, economics and law for improving project performance in infrastructure projects. Tilburg University, 2008, p. 47 e s.

KLEIN, B. Hold-up Problem. In: The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law. Editado por P. Newman, Palgrave Macmillan, 2002.

LARENZ, Karl. Base del negocio jurídico e cumplimiento de los contratos. Trad. Carlos Fernandez Rodriguez. Granada, Espanha: Colmares, 2002.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Proibição de voto e conflito de interesse nas assembleias gerais. In: Pareceres. São Paulo: Singular, 2004. v. I.

LEVITT, R.; ASHLEY, D.; LOGCHER, R. Allocating Risk and Incentive in Construction. Journal of the Construction Division (ASCE), v. 106, n. 3, set. 1980, p. 299 e s.

LOPEZ, Teresa Ancona. Comentários ao Código Civil. Coord. Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003.

MACEDO JR. Ronaldo Porto. Contratos relacionais e defesa do consumidor. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MACNEIL, Ian. The relational Theory of Contract: selected works of Ian Macneil. London: Sweet & Maxwell, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. A boa-fé no direito privado. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MONTEIRO, Antonio Pinto. Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2003.

NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil anotado e legislação extravagante. 2. ed., revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PONTES de MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 3. ed., 2. reimp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. XLIV.

PROJECT ALLIANCING PRACTITIONER'S GUIDE (2006, issued by the Government of Victoria, Australia). Disponível em: <[http://www.dtf.vic.gov.au/CA25713E0002EF43/WebObj/CompleteProjectAllianceGuide/\\$File/Complete%20Project%20Alliance%20Guide.pdf](http://www.dtf.vic.gov.au/CA25713E0002EF43/WebObj/CompleteProjectAllianceGuide/$File/Complete%20Project%20Alliance%20Guide.pdf)>. Acesso em: 26 out. 2010.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra. Coimbra: Almedina, 1988.

SCHWARTZ, Alan. Incomplete contracts. *In: The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Palgrave Macmillan, 2002.

SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. Contract theory and the limits of contract law (2003). John M. Olin Center for Studies in Law, Economics, and Public Policy. **Working Papers**, Paper 275. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/lepppapers/275>>. Acesso em 26 out. 2010.

SHAVELL, Steven. **Foundations of Economic Analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

SHAVELL, Steven *et alii*. **Analytical Methods for Lawyers**. New York: Foundation Press, 2003.

SWEET, J.; SCHNEIER, M. M. **Legal Aspects of Architecture, Engineering and the Construction Process**. 7. ed. Toronto: Thomson Canada, 2004.

SZTAJN, Rachel. **Contrato de sociedade e formas societárias**. São Paulo: Saraiva, 1989.

VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995.

WALLACE, D. G. **Hudson's Building and Engineering Contracts**. 11. ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.

YAU, M.; CHAN, E. **Attitudes of Contractors and Employers Towards Transfer of a Time-Related Risk in Construction Contracts**. [American Society of Civil Engineers – ASCE - Construction Research Congress, 2005, Broadening Perspectives, Proceedings of the Construction Research Congress 2005 held in San Diego, California, April 5-7, 2005 - doi: 10.1061/40754(183)68]. Disponível em: <<http://ascelibrary.aip.org/dbt/dbt.jsp?KEY=ASCECP&Volume=183&Issue=40754&bproc=year&scode=2005&confTitle=Construction+Research+Congress+2005>>. Acesso em: 26 out. 2010.

1 COMPARATO, Fábio Konder. **O seguro de crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 32-33.

2 “Diz-se que o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas. Donde se conclui que onde não há operação econômica, não pode haver também contrato. Isto resulta claramente do próprio Código Civil [italiano], que no artigo 1321, em sede de definição geral do conceito de contrato, o identifica como todo o ‘acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir, entre si, uma relação jurídica patrimonial’: a especificação introduzida com o adjetivo patrimonial vem justamente confirmar, com força de lei, que uma iniciativa que não se configure como operação econômica, não pode constituir matéria de um contrato, e que, portanto, o contrato opera exclusivamente na esfera do econômico” (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 11). Esclarecimento nosso: embora não tenha identificado o contrato com operação econômica, Orlando Gomes a relaciona com o elemento, necessário, da causa (no sentido de função econômico-social): “A vida econômica desdobra-se através de imensa rede de contratos que a ordem jurídica oferece aos sujeitos de direito para que regulem com segurança seus interesses. Todo contrato tem uma função econômica, que é, afinal, segundo recente corrente doutrinária, a sua causa.

Considerada a variedade de funções econômicas que desempenham, classificam-se em contratos: a) para promover circulação de riqueza; b) para colaboração; c) para prevenção de risco; d) de conservação e acautelatórios; e) para prevenir ou diminuir controvérsias; f) para concessão de crédito; g) constitutivos de direitos reais de gozo, ou de garantia” (**Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 19).

3 “A expressão *joint venture* tem sido utilizada, às vezes, em um sentido mais abrangente, de modo a compreender associações de empresa, de natureza contratual e transitória, sem a característica da constituição de uma sociedade. Todavia, a expressão vem gradativamente ganhando uma conotação corporativa, e como tal correspondendo à constituição de uma sociedade, por outras sociedades, com o objetivo de desenvolver novos mercados ou oportunidades de negócios” (BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 545).

4 Para a noção de contratos relacionais, *vide* MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998; e MACNEIL, Ian. **The relational Theory of Contract: selected works of Ian Macneil**. London: Sweet & Maxwell, 2001.

5 Sobre a noção de tipo social, *vide*, entre nós, SZTAJN, Rachel. **Contrato de sociedade e formas societárias**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 11-14.

6 Para a distinção, *vide* GRAU, Eros Roberto. **Licitação e contrato administrativo: estudos sobre a interpretação da lei**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 28 e s.

7 Sobre as “vicissitudes” do preço global – e circunstâncias em que não se afigura uma modalidade favorável mesmo ao dono da obra – *vide* GIL, Fabio Coutinho de Alcantara. **A onerosidade excessiva em contratos de engineering**. Tese de Doutorado em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 81 e s.

8 Segundo a relevante distinção de Ihering, citada por GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 91 e s.

9 *Vide*, para uma discussão breve porém sistemática a respeito, o Capítulo 3 (“Contracting”) de Shavell, Steven *et alii*, **Analytical Methods for Lawyers**. New York: Foundation Press, 2003.

[10](#) Com a ressalva de que a legalidade do Decreto n. 2.745/98 está em discussão no Supremo Tribunal Federal, sobretudo por ações de iniciativa do Tribunal de Contas da União, que entende estar a Petrobras sujeita às exigências da Lei n. 8.666/93, mais restritiva. Evidentemente, não é objeto deste capítulo participar dessa discussão. A referência ao mencionado decreto tem o simples propósito de indicar a existência de menção expressa na legislação ao modelo contratual de que tratamos.

[11](#) Salientamos que o próprio Decreto n. 2.745/98 faz a distinção entre os contratos de aliança e outras formas de associação de natureza contratual, como o consórcio. Por exemplo, ao tratar tais hipóteses na alínea *h* do mesmo item 2.3: “2.3 É inexigível a licitação, quando houver inviabilidade fática ou jurídica de competição, em especial: (...) *h*) para a formação de parcerias, consórcios e outras formas associativas de natureza contratual, objetivando o desempenho de atividades compreendidas no objeto social da Petrobras”.

[12](#) Segundo a terminologia usual na indústria de infraestrutura, os consórcios podem, entre outras classificações, ser divididos em verticais e horizontais, conforme a atribuição, a cada parte, de uma parcela definida do escopo contratual, sendo vertical aquele em que cada um dos consorciados tem sua parcela do escopo e da remuneração claramente segregada. No consórcio horizontal, as partes compartilham a execução da totalidade do escopo, sem prestações específicas atribuídas a cada uma e participam do resultado (positivo ou negativo) do empreendimento, segundo um percentual predefinido.

[13](#) Salvo considerações de caráter tributário, que não são objeto deste capítulo, as relações contratuais entre o dono da obra e terceiros fornecedores se afiguram diretas e independentes da relação entre o dono da obra e o contratado, ainda que este possa, conforme a circunstância do negócio e políticas corporativas dos diferentes envolvidos, figurar como mandatário do dono da obra em algumas relações deste com os terceiros.

[14](#) Do ponto de vista gerencial, é evidente, portanto, a especial importância das atividades de integração dos profissionais e equipes de cada parte entre si.

[15](#) FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Conflito de interesses nas assembleias de S.A.** São Paulo: Malheiros, 1993; LEÃES, Luiz Gastão Paes de

Barros. Proibição de voto e conflito de interesse nas assembleias gerais. *In: Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004, v. I, p. 175-184.

16 *Vide*, por exemplo, as normas enunciadas no Código de Ética Profissional de Engenheiros e Arquitetos que, em diversos dispositivos, procuram assegurar a incolumidade física das pessoas e bens (art. 8º, VI), além de declarar a segurança da prática da engenharia e arquitetura como um bem de interesse coletivo (inciso VII do mesmo artigo).

17 Embora, a rigor, *overhead* seja uma classificação de custo, costuma-se subdividir o elemento (ii) em *overhead* e lucro, excluindo-se da aplicação da parcela (iii), por essa razão, a parcela de *overhead*. Trata-se, entretanto, de simples questão convencional, assim como o é definir se *overhead* e lucro consistem em valores fixos (resultante da aplicação de um percentual sobre o custo total estimado) ou percentuais do custo real.

18 Há mesmo quem considere que o risco de ocorrência de casos fortuitos ou eventos de força maior é, tipicamente, da aliança. Aliás, o próprio Código Civil brasileiro admite a hipótese (art. 393, *a contrario sensu*: "(...) se expressamente não se houver por eles responsabilizado"). *Vide*, por exemplo, o **Project Alliancing Practitioner's Guide** (2006, emitido pelo governo de Victoria, Austrália) e disponível em: [http://www.dtf.vic.gov.au/CA25713E0002EF43/WebObj/CompleteProjectAllianceGuide/\\$File/Complete%20Project%20Alliance%20Guide.pdf](http://www.dtf.vic.gov.au/CA25713E0002EF43/WebObj/CompleteProjectAllianceGuide/$File/Complete%20Project%20Alliance%20Guide.pdf).

Acesso em: 26 out. 2010, p. 37.

19 No que segue, designaremos a culpa ordinária simplesmente como culpa, reservando o qualificador apenas para o caso da culpa grave.

20 Como obras de referência, podemos citar, no Brasil: DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não indenizar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, e MONTEIRO, Antonio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2003.

21 *Vide*, mais recentemente: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Nulidade de cláusula limitativa de responsabilidade em caso de culpa grave. Caso de equiparação entre dolo e culpa grave. Configuração da culpa grave em caso de responsabilidade profissional. *In: Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 427-441. Registramos nossa consideração no sentido de que, no contexto de instrumentos contratuais celebrados entre partes qualificadas

com poder de barganha equivalente, a definição da noção de culpa grave não deveria prescindir, para ter utilidade, da referência ao *standard* profissional ou leigo a ser aplicado.

[22](#) Segundo José de Aguiar Dias, “o direito que a lei confere tão somente em contemplação do interesse privado pode ser afastado pela convenção de irresponsabilidade. Isso não pode acontecer, entretanto, com as normas que visam à proteção da ordem pública e dos bons costumes, porque as convenções particulares não as podem deixar sem efeito” (**Da responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 2, p. 672).

[23](#) A literatura de *law&economics*, de fato, caracteriza o *owner* como aquele que detém os direitos (e deveres) residuais de controle sobre a coisa. *Vide*, entre outros: SHAVELL, Steven. **Foundations of Economic Analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

[24](#) A ideia de vontade, ou autonomia da vontade, também é um dado questionável, visto que agentes econômicos não tomam decisões em função de sua liberdade, mas em razão das necessidades ditadas pelo mercado. Um empresário não decide contratar pelo amor ao exercício de sua autonomia da vontade, mas para satisfazer determinadas necessidades pelo mercado.

[25](#) *Op. cit.*, p. 151.

[26](#) ATIYAH, P. S. **Essays on contracts**. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 18.

[27](#) “Estes deveres, assinala Mario Julio de Almeida Costa, são derivados ou de cláusula contratual, ou de dispositivo da lei *ad hoc* ou da incidência da boa-fé objetiva. Podem situar-se autonomamente em relação à obrigação principal, sendo ditos avoluntarísticos nos casos de inidoneidade da regulação consensual para exaurir a disciplina da relação obrigacional entre as partes. São ditos, geralmente, ‘deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses’, e se dirigem a ambos os participantes do vínculo obrigacional, credor e devedor”. (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 438-439).

[28](#) SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. Contract theory and the limits of contract law (2003). John M. Olin Center for Studies in Law, Economics, and Public Policy, **Working Papers**, Paper 275. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/lepp_papers/275>. Acesso em 26 out. 2010.

[29](#) MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Op. cit.*

[30](#) Provar essa parte da afirmação dependeria de um estudo empírico, sobretudo jurisprudencial (tribunais judiciais e arbitrais), que não realizamos. Parece-nos, em qualquer caso, uma pauta de pesquisa interessante, que gostaríamos de desenvolver com outros pesquisadores porventura interessados.

[31](#) *Op. cit.*, p. 189.

4 CONTRATO DE EMPREITADA – OBRIGAÇÕES DE MEIO, DE RESULTADO E DILIGÊNCIA

Fabio Coutinho de Alcantara Gil

Professor do Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVlaw; doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); master in business administration (MBA) pela University of Michigan; LL.M pela University of Illinois at Urbana Champaign – College of Law.

4.1 Contrato de empreitada, qualificação e objeto

O surgimento de subtipos do contrato de empreitada em resposta a demandas de mercado vem colocando desafios quanto à qualificação dos vários contratos encontrados na indústria da construção civil e implantação de projetos industriais. Mesmo em relação à prestação contratual típica do contrato de empreitada – prestação contratual¹ que se confunde com o objeto contratual², como “conjunto dos atos que as partes se comprometeram a praticar, singularmente considerados”³ – remanescem dúvidas se se compõe exclusivamente por obrigações de resultado, ou se a empreitada admite que a prestação contratual do empreiteiro vincule-se às obrigações ditas de meio, especialmente quando se exige do empreiteiro especial diligência no cumprimento do contrato. Este capítulo visa, assim, analisar o objeto do contrato de empreitada, no intuito de melhor situar seus contornos e, por consequência, seus efeitos.

A partir da infiltração na cultura empresarial mundial de modelos contratuais desenvolvidos sobretudo nos Estados Unidos da América

e na Grã-Bretanha, pouco se volta a atenção à velha espécie ou tipo contratual da empreitada. Quando se fala em EPC (*Engineer, Procure, Construct*), EPCM (*Engineering, Procurement and Construction Management*), *Tunkey*, BOT (*Build, Operate, Transfer*), *Construction Management* – todos modelos contratuais cujo conteúdo deriva da prática anglo-americana relacionada à criação de regulamentos contratuais consolidados em formulários, ou contratos-tipo, desenvolvidos por entidades nacionais ou supranacionais como AIA (American Institute of Architects) e EJCDC (Engineers Joint Contract Documents Committee), nos Estados Unidos, RIBA/JCT (Royal Institute of British Architects/Joint Contracts Tribunal) e ICE (Institution of Civil Engineers), na Grã-Bretanha, e FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils) na França – muito pouco se leva em conta a relação desses regulamentos contratuais padrão com a normatização da empreitada.

O Código Civil brasileiro vigente, a exemplo do Código Civil de 1916 revogado, não define o objeto da empreitada, ao contrário de outros ordenamentos, como o alemão, em que o BGB define o *Werkvertrag*, ou contrato de obra, em seu § 631 (2)⁴. Em tradução livre, lá se diz que o objeto do contrato de obra pode ser a produção ou modificação de uma coisa, ou outro resultado obtido com o trabalho ou prestação de serviços. O mesmo ocorre com o ordenamento italiano, em que o contrato de empreitada ou *appalto* tem seu objeto definido no art. 1.655 do *Codice Civile* como aquele em que uma parte assume, com organização dos meios necessários e gestão a seu risco, o cumprimento de uma obra, ou de um serviço, mediante contraprestação em dinheiro⁵. Já o ordenamento francês, a partir da definição ampla e muito elástica de contrato do *Louage D'Ouvrage*, ou *Louage D'Entreprise*, prevista no art. 1.710 do seu Código Civil⁶, prevê, em seu art. 1.779, três subespécies desse contrato, relacionadas, respectivamente, à prestação de serviços, transporte e à construção, de que derivam regimes distintos aplicáveis, respectivamente, nas Seções I, II e III do Capítulo III, que se inicia pelo referido art. 1.779.

O que se nota do exame das disposições sobre empreitada desses três códigos paradigmáticos do Sistema de Direito Civil da Europa Continental – que, reconhecidamente, exercem a maior influência sobre o Código Civil brasileiro – é que existe muito menor elasticidade na descrição da operação econômica subjacente ao tipo empreitada do que em nosso Código Civil. Como se verá abaixo, essa grande elasticidade do tipo empreitada, que deriva da ausência de definição precisa da operação econômica que se pretende disciplinar pelo tipo contratual em questão, a exemplo do que fazem os Códigos Civis alemão e italiano, ou a atribuição de regimes jurídicos específicos a subtipos da empreitada, como faz o Código Civil francês, traz problemas de qualificação.

Relembrando o que diz Roppo sobre a qualificação:

A qualificação do contrato é a operação lógica com que o intérprete – frente a um contrato concreto – afirma ou nega sua reconducibilidade a um determinado tipo contratual. A sua função principal é estabelecer se ao contrato é aplicável a disciplina de algum tipo; e, se sim, de qual tipo⁷.

O mesmo Roppo introduz a noção de elasticidade do tipo⁸, segundo a qual a definição do tipo pode ser mais ou menos restrita ou fechada, mais ou menos elástica, portanto, com o efeito de que o conteúdo contratual pode variar mais nos tipos mais elásticos, sem que extravase seus limites. Aplicando-se essa noção às empreitadas, na medida em que se pode considerar que o tipo respectivo, no Brasil, carece de definição mais precisa⁹, seria grande a gama de conteúdos contratuais sujeita a seu regime.

Dessa constatação decorrem vários problemas, esforçando-se a doutrina para suprir a lacuna com definições próprias muitas vezes empíricas. Clóvis Beviláqua, por exemplo, diz que “o que caracteriza a empreitada é seu fim, que consiste na produção de uma obra material ou certa porção dela: seja, por exemplo, a construção de

um edifício, seja o preparo dos móveis, com que lhe guarnecer uma das salas”¹⁰. Beviláqua exclui da empreitada, portanto, os contratos cuja prestação é a produção de obra intelectual, como poderiam ser, em exemplo recente, o contrato de desenvolvimento de *software* e mesmo o contrato de elaboração de projeto de engenharia, que, ainda que fixado em suporte físico, dificilmente se enquadraria na noção de “obra material”.

Modernamente, há autores que restringem a empreitada ainda mais, como Teresa Ancona Lopez, ao notar que “a empreitada se refere somente à construção de obra material”¹¹, sendo que “o conceito de obra é restrito e está ligado à ideia de construção e reparação de edifícios e de bens móveis, como às demais obras de engenharia (construção de pontes, represas, usinas hidrelétricas)”¹². Contrariamente, encontra-se também na doutrina moderna noção ampliativa de empreitada que considera possível a qualificação como tal dos contratos que têm por objeto a “elaboração de um livro, a organização de um evento festivo ou de um espetáculo, ou a criação de um programa de informática (*software*)”¹³.

Como não há definição de obra ou de empreitada no Código Civil, não há critério objetivo de diferenciação entre a empreitada e contratos afins, como a prestação de serviços e mesmo a compra e venda de coisa futura, entregando-se uma vez mais à doutrina e jurisprudência a árdua tarefa de distinguir a empreitada de outros tipos contratuais, esforço empreendido por vários autores, como Orlando Gomes¹⁴, Miranda de Carvalho¹⁵ e Costa Sena¹⁶. Mesmo no Direito português, que traz, em seu Código Civil, art. 1.207, a noção de empreitada¹⁷, inúmeras dificuldades há em distingui-lo de tipos básicos e bem definidos contratuais, como a compra e venda¹⁸. E, com essa incerteza, são várias as dificuldades que se põem ao intérprete que procura qualificar os novos contratos que se apresentam à sua análise, principalmente os relacionados à implantação de projetos industriais ou de construção.

Para que o intérprete possa aplicar, ou descartar, as regras do tipo contratual empreitada, seria necessário, então, empreender o esforço de estabelecer as notas típicas desse contrato, que, a nosso

ver, encontram-se na atribuição, pelo dono da obra, ao empreiteiro, da obrigação de fazer (*necessitas faciendi*), da tarefa de alcançar certo resultado¹⁹, de acordo com a distribuição de riscos prevista em contrato, ou, na ausência de clareza quanto a essa distribuição, conforme o regramento vigente, especialmente o Código Civil²⁰. Portanto, a relação entre as noções de resultado e risco é fundamental para a compreensão desse tipo contratual.

4.2 Contrato de empreitada – obrigações de meio e de resultado – jurisprudência

Diante dos problemas de qualificação acima indicados, a jurisprudência vacila ao qualificar a obrigação do empreiteiro, na empreitada, entre obrigação de resultado e obrigação de meio. Tomem-se como exemplos dois julgados, cujos trechos relevantes para este trabalho são abaixo reproduzidos, oriundos de mesmo tribunal, o Tribunal de Justiça de São Paulo, ambos recentes:

Obrigação de empreiteiro é de resultado²¹:

Contrariamente ao que afirmou o apelante, a autora não o contratou para uma “tentativa” de solucionar os problemas de infiltração e vazamentos em sua residência, mas sim para resolvê-los.

A obrigação que o empreiteiro de construções assume é uma obrigação de resultado. Assim, deve ele garantir ao dono da obra, nos termos do contrato, a solidez desta e a sua capacidade para servir ao destino para que foi encomendada (Aguar Dias, Da responsabilidade, Saraiva, p. 367).

Indiscutível, portanto, que o empreiteiro de mão de obra assume a obrigação de conseguir um resultado certo e determinado, sem o que haverá inadimplemento.

Obrigação de empreiteiro é de meio²²:

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Prestação de serviços. Contrato de empreitada. Perfuração de solo para execução de poço artesiano. Serviço

realizado até a parte rochosa, sem, entretanto, encontrar água. Irrelevância. Fim. Impossibilidade de se fixar na contratação dos serviços, de forma exata, a profundidade do poço artesiano por fatores que independem da previsão dos serviços a executar, ainda que por pessoa especializada. Impossibilidade de previsão do fornecimento de água em certa quantidade e qualidade. Ação improcedente. Decisão mantida.

Na respeitável sentença, a eminente Magistrada singular entendeu que a avença tratava de contrato de risco, **envolvendo obrigação de meio**, e, na hipótese dos autos, verificou-se que a perfuração foi efetivada; no entanto, pelas alegações do autor, não houve localização do lençol freático. Asseverou que, por ser obrigação de meio, forçoso reconhecer que o contratado estará "isento de responsabilidade se não depender dele o não êxito do empreendimento".

E tem razão a MMA. Juíza ao fundamentar a decisão, ao apontar que "se trata de contrato de perfuração de solo para a implantação de poço artesiano. Cuida-se, na verdade, de contrato de risco, envolvendo obrigação de meio", e concluiu, forte no argumento de que o serviço foi prestado, aliás, como esclareceu a testemunha... .

De fato, a obrigação dos contratados era de realizar a perfuração do solo, algo que foi feito, todavia, "o fato de não ter sido encontrada a água, com vazão suficiente, como alegado pelo autor, em sua petição inicial, não configura, por si só, inadimplemento". E mais: "Não há, nos autos, prova de que os réus não tenham agido como cumpridores das obrigações normais, relativas à perfuração do solo. Não há como exigir que eles tivessem encontrado água, no local escolhido pelo autor, para a instalação do poço artesiano.

Os casos acima, de solução antagônica entre si, referem-se a contratos que, em ambos os casos, foram qualificados como empreitadas. Mesmo que não se conheçam os detalhes fáticos dos casos acima descritos, nada impede que se imagine que mesmo a perfuração do poço artesiano pudesse constituir obrigação de resultado, caso o empreiteiro tivesse amplo conhecimento das condições geológicas do terreno.

Não é por outra razão que o sempre atual Pontes de Miranda, com precisão, introduz a noção de *favorabilidade* do resultado:

O resultado é a obra, mas os contratantes podem estabelecer que só se há de considerar obra feita a do resultado favorável. Não há solução a priori. Algumas obras só se têm como feitas se o resultado foi favorável. Outras não se prometem com a favorabilidade do resultado, salvo se foi estipulado. É o que acontece, de ordinário, com os advogados que se incumbem de causa até o final, ou de defesa de algum resultado, e com os médicos, que não prometem a cura (GUSTAV RÜMELIN, *Diensvertrag und Werkvertrag*, 306; EDWIN RIEZLER, *Der Werkvertrag nach dem BGB*, 24). De modo que se tem por finalidade o resultado, mas a obra pode ser executada sem que o resultado seja favorável, razão por que não se pode dizer que o bom resultado seja pressuposto necessário. Entre o querer-se e o obter-se há, em dadas circunstâncias, mas principalmente pela natureza da prestação, discordabilidade fáctica. A referência ao resultado, em vez de ao serviço, é relevante para se distinguir da locação de serviços a empreitada. Aliás, a empreitada, mesmo quando o empreitante dirige a obra, não torna subordinado o trabalho. A direção só se concebe se não apaga a distinção entre locação de serviços e empreitada. Aquela direção é mais objetiva do que subjetiva; não pode eliminar a autonomia do trabalho, que caracteriza a empreitada. Tudo isso se reflete na regulação dos riscos, que, na empreitada: são do empreiteiro, devedor da obra, e não do empreitante, credor do trabalho que execute a obra²³.

O art. 610 do Código Civil, ao introduzir o tipo empreitada, refere-se ao “empreiteiro de uma obra”, ou seja, ao que ajustou certa obra. Portanto, ao qualificar a palavra “empreitada” à obra, o art. 610 do Código Civil, em redação praticamente idêntica à do art. 1.237 do Código Civil de 1916, ao menos sob o aspecto literal, refere-se ao ajuste para a consecução da obra, necessariamente, tornando indissociável o tipo empreitada da obra.

Obra, ainda segundo Pontes, “pode consistir em criar o bem que se quer, ou em destruí-lo, ou em modificá-lo”, sendo que “a prestação de serviços não é devida como serviços, mas pelo resultado”²⁴. Assim, como não há empreitada que não vise a um

resultado, ou à criação, destruição ou modificação de um bem, é possível depreender outro elemento da empreitada, que é o da autonomia do empreiteiro em relação ao dono da obra – o que faz distinguir a empreitada da mera prestação de serviços – e que também permite dela derivar a subempreitada, já que a prestação refere-se à obra, e não ao serviço em si.

Aqui também importa notar que a empreitada possui certo aspecto de delegação, de atribuição de tarefa, qual seja, a obra, ou resultado, que o empreiteiro se compromete a concluir com autonomia, autonomia essa que, enquanto repele a subordinação ao dono da obra, obriga o empreiteiro a reunir condições para a consecução da obra, como a *expertise* técnica, ou qualificação, e, em muitos casos, a habilitação concedida por órgãos de fiscalização profissional.

Nesse sentido, é interessante notar que, no Direito Romano, como lembra Jérôme Huet, não se considerava que o professor, o médico ou o advogado fizessem jus à remuneração derivada da empreitada, então também associada à locação, mas que sua remuneração fosse um “honorário”, como ainda hoje é designada, “generosamente” vertida pelos beneficiários de seus serviços, que eram prestados segundo o regime do mandato, “contrato tradicionalmente considerado gratuito”²⁵.

Embora longínqua a associação da empreitada com o mandato, aquela guarda com este a semelhança de delegação de uma tarefa – uma obra, no caso da empreitada, a representação para execução de atos, no caso do mandato. O mesmo Huet, ao diferenciar o mandato da empreitada, menciona que, originalmente, os dois tipos contratuais se diferenciavam por ser o primeiro oneroso e o segundo, gratuito, sendo que, nos dias atuais, essa diferenciação não seria tão radical. Em verdade, continua Huet²⁶, as qualificações de empreitada e mandato não são mutuamente excludentes, como ocorre com o contrato de trabalho, mas são compatíveis, já que ambos os contratados prestam serviços e a aproximação se justifica por um e outro agirem com independência (do dono da obra ou do mandante, conforme o caso), sem subordinação. A distinção atual

vincula-se a que a empreitada refere-se à execução de atos materiais ou de trabalho intelectual, enquanto o mandato se refere à realização de atos jurídicos por representação.

Assim, na empreitada, atribui-se, delega-se a tarefa, a obra, para sua execução autônoma pelo empreiteiro, sem subordinação ao dono da obra, que deverá possuir a qualificação compatível com a natureza do resultado que se pretende alcançar. A delegação, como é sabido, enquanto obriga a que o delegado aja no interesse e em benefício do delegante, não assegura a este o êxito, a favorabilidade do resultado, o que a toda evidência repercute na alocação de riscos do contrato. Aliás, ainda aqui, a assimilação ao regramento do mandato vem a calhar, ao invocar-se o art. 676 do Código Civil, que dispõe "ser obrigado o mandante a pagar ao mandatário a remuneração ajustada e as despesas da execução do mandato, ainda que o negócio não surta o esperado efeito, salvo tendo o mandatário culpa". Assim como no mandato o mandatário age no interesse do mandante, na empreitada, o empreiteiro age no interesse do dono, muito embora a favorabilidade do resultado, tanto em um como em outro tipo contratual, não seja elemento essencial do tipo.

Voltemos ao acórdão acima, que considera que a empreitada ajustada para a perfuração de poço artesiano envolve obrigação de meio, uma vez que o fato de não ter sido encontrada água em vazão suficiente não poderia levar à caracterização de descumprimento do contrato por parte do empreiteiro. O caso, sem dúvida, vem bem a calhar para ilustrar a noção de favorabilidade do resultado, uma vez que, se se determinar que a prestação devida pelo perfurador de poços era "encontrar água", poder-se-ia sustentar que o contrato foi frustrado. No entanto, caso se interprete que o objeto da obrigação do empreiteiro-perfurador era, realmente, a perfuração de um poço, chega-se à conclusão de que o contrato foi, efetivamente, cumprido por parte do empreiteiro, uma vez que o trabalho foi feito, ainda que não se tenha encontrado água.

Ocorre que, mesmo não sendo a favorabilidade do resultado essencial ao conteúdo da obrigação pactuada na empreitada, a

conduta do empreiteiro assume relevância na averiguação do cumprimento do contrato, não se excluindo dessa avaliação a diligência e perícia empregada no processo que leva à obtenção do resultado. Nesses casos, a aplicação do art. 248 do Código Civil²⁷ deve ser referida à avaliação da conduta do empreiteiro, a exemplo do que dispõe, com maior clareza, o Direito italiano, na segunda parte do art. 1.176 de seu Código Civil²⁸, que menciona que no adimplemento das obrigações inerentes ao exercício de uma atividade profissional, a diligência deve valorar-se com referência à natureza da atividade exercida.

4.3 As obrigações de meio

Segundo Comparato²⁹, a partir de meados do século XIX, com o advento da sociedade industrial, surgiu nova classificação compreensiva das relações de obrigação na vida jurídica privada, com a distinção entre obrigações de meio e de resultado, distinção cujo efeito mais relevante refere-se à repartição do ônus da prova em matéria de obrigações contratuais e delituais³⁰.

Ainda, como expõe Comparato, “tratando-se de uma obrigação de meios, o devedor só será responsável na medida em que se provar não a falta de resultado (que não entra no âmbito da relação), mas a total ausência do comportamento exigido, ou um comportamento pouco diligente e leal. O ônus da prova incumbe, pois, ao credor”³¹.

Do ponto de vista do conteúdo, as obrigações de meios seriam aquelas “cuja prestação não consiste em um resultado certo e determinado a ser produzido pelo devedor, mas simplesmente uma atividade diligente deste em benefício do credor”³². Ou seja, o resultado útil esperado pelo credor da obrigação não seria um resultado determinado, mas a própria atividade do devedor³³.

Não existindo um resultado concreto e preciso a ser esperado pelo credor, mas o desempenho de certa atividade, ocorre,

naturalmente, redução da concreção do conteúdo da prestação, ou aumento da indeterminação, relativamente às obrigações de resultado. Em suma, a obrigação de meio, comparativamente com a obrigação de resultado, é menos concreta e menos aferível no que toca à delimitação e mesmo definição da prestação.

Essa relativamente baixa precisão de aferição do conteúdo da obrigação de meios faz com que a interpretação do contrato possa ser dificultada, já que as referências para a aferição do cumprimento da obrigação se tornam mais fluidas.

Volte-se ao caso em que se discutiu a perfuração de solo para execução de poço artesiano, acima. A consideração de que a obrigação do perfurador era de meios faz com que se exima da responsabilidade de fazer com que o poço venha a, efetivamente, produzir água. Ou seja, o perfurador não arcou com o risco de encontrar o lençol freático e, embora não se saibam ao certo as razões de não ter sido localizado esse lençol, sua obrigação foi considerada cumprida com a mera perfuração até a parte rochosa do solo, ainda que malsucedida, já que não encontrada água. Mas, por outro lado, do ponto de vista do credor da obrigação do empreiteiro, o resultado útil esperado, obviamente, não foi alcançado, já que esse resultado era concreto e tangível: obter água e, por consequência, ter-se um poço.

Embora o acórdão mencionado não explicita detalhes do acordado entre as partes, ou seja, não traga o conteúdo contratual completo, é possível, por outro lado, supor que o contrato pudesse ter sido explícito quanto à alocação do risco relacionado às condições geológicas do terreno em que se perfurou o poço. Essa verificação permitiria que melhor se conhecesse a real utilidade buscada pelo credor ao celebrar o contrato. Nada obsta que houvesse o compromisso de perfurar o poço, por parte do perfurador, até determinado ponto, ou por número determinado de metros, independentemente da localização ou não do lençol freático.

Por consequência, a consideração da obrigação como sendo de meios ou de resultado envolve distribuição de riscos distinta entre as partes. Enquanto, na obrigação de resultado, a obrigação somente

se considera cumprida com a efetiva produção do resultado, na obrigação de meios, desloca-se a consideração quanto ao cumprimento para a avaliação da proficiência, ou diligência, com que se desempenhou a atividade. Em realidade, o foco de atenção, na obrigação de meios, é o modo e qualidade com que o devedor desempenhou as tarefas a ele atribuídas.

Esse processo interpretativo volta-se, então, à avaliação quanto ao cumprimento de normas de conduta técnica, ética ou de organização, deixando margem de avaliação subjetiva para a qualidade intrínseca do desempenho da atividade. Assim é que existe margem para cumprimento melhor ou pior da obrigação de meios, sem que o devedor seja responsabilizado pelo cumprimento falho.

Como a empreitada nitidamente se refere a obrigações de fazer³⁴, e como a distinção entre obrigações de resultado e de meio também se refere às obrigações de fazer, há a natural propensão a se considerar que a empreitada, como tipo contratual, por não necessariamente se referir a fatos materiais, abriga as duas modalidades de obrigações. Assim, ora se considera que contratos que envolvem obrigações de meio desvinculam o devedor do alcance de certo resultado, assemelhando-o a mero prestador de serviços, ora se considera que certos resultados devam ser obtidos, quando a utilidade, a prestação, objetivada pelo credor se refere a resultados distintos.

Fixada, no entanto, a noção de que o contrato de empreitada sempre se refere a uma obrigação de resultado, ainda que o empreiteiro não tenha se comprometido com sua favorabilidade, pergunta-se se a essa obrigação se inclui ou não a consideração quanto à diligência empregada em sua execução. Aqui, podemos identificar três vertentes principais, sob o ponto de vista da responsabilidade do empreiteiro:

- a) A obrigação do empreiteiro exclui qualquer consideração quanto à diligência empregada, sendo considerada cumprida somente quando o resultado é aperfeiçoado. Essa orientação associa-se à imputação de responsabilidade objetiva do

empreiteiro em caso de descumprimento contratual ou vício da obra, não se recorrendo à teoria da responsabilidade contratual por culpa³⁵. Essa orientação aloca o risco de descumprimento da obrigação de entregar certo resultado predominantemente ao empreiteiro.

b) O empreiteiro responde por culpa, segundo o regime da responsabilidade contratual, fazendo parte do conteúdo da obrigação do empreiteiro a diligência empregada para a consecução do resultado. Sob essa ótica, assume relevância a consideração do comportamento do devedor-empreiteiro na execução do contrato. Como bem resume Giuseppe Musolino, ao notar que "o empreendedor não é obrigado somente a prover ao comitente um bem determinado, considerado em si, de qualquer modo e produzido por qualquer um. Ele deve, sobretudo, fazer com que o dono da obra a adquira como resultado de um processo produtivo que ele, enquanto empreiteiro, deve conduzir"³⁶. Ou seja, sob essa ótica, ainda que o empreiteiro se obrigue pelo resultado, o alcance desse mesmo resultado é qualificado pela conduta diligente do empreiteiro.

c) Finalmente, há os que vejam³⁷ que, sendo a obrigação de resultado do empreiteiro conformada por sua conduta diligente, o contrato somente se tem cumprido se alcançado o resultado em si e, ainda que a conduta diligente constitua comportamento juridicamente exigível, não constitui o conteúdo da obrigação, como ocorre, por outro lado, com a obrigação de meios.

Dada a amplitude e variedade das operações econômicas enquadráveis sob a empreitada, é necessário notar que são empreitadas desde pequenas obras de artesanaria, como as do marceneiro, até as grandes obras de infraestrutura. Essa amplitude faz com que o peso da diligência do empreiteiro em relação à execução da obra varie sobremaneira. Por outro lado, diligência e conhecimento tecnológico são correlatos e o estado da arte pode limitar a própria consecução da obra.

A visão expressa no item “a”, acima, põe, portanto, menor peso na diligência necessária à consecução da obra e melhor se conforma à economia moderna de consumo em massa, visando a proteger as relações de consumo³⁸. Entretanto, a empreitada certamente não é o tipo contratual predominante na economia de massa, e, em regra, contrata-se a empreitada para tarefas em que a capacidade técnica do empreiteiro é relevante.

Considerar, por outro lado, que a diligência não constitui conteúdo da obrigação de resultado, como sustentam os defensores da tese descrita no item “c”, acima, significa, em realidade, desprezar sua influência em relação ao alcance do resultado. Por essa visão, a conduta diligente apenas seria comportamento acessório exigido do empreiteiro, o que a toda evidência retira-lhe o componente subjetivo e o suposto de que toda empreitada somente é celebrada em vista das habilidades do empreiteiro, maiores ou menores.

Assim, dado que a empreitada decorre do trabalho humano, do fazer, não se afigura possível que não se considere que a obtenção do resultado está conformada pela diligência do empreiteiro. Assim não fosse, em vez de empreitada, haveria compra e venda futura ou mera prestação de serviços – o que não é o caso.

Parece-nos claro, assim, que a responsabilidade do empreiteiro se fundamenta na teoria clássica da responsabilidade contratual, baseada na culpa, salvo as circunstâncias especiais enunciadas no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, como as situações de risco. Fica claro que o Código Civil, por exemplo, em seu art. 612, adota frontalmente a teoria da culpa.

Essa orientação é de especial relevância no que toca aos chamados serviços profissionais.

4.4 Serviços profissionais

Tomemos, por exemplo, dois subtipos contratuais bastante frequentes na indústria da construção, como os contratos de gerenciamento e fiscalização, geralmente considerados espécies do gênero “serviços profissionais”, juntamente com os contratos de engenharia, como os contratos de elaboração de projeto. Pelo contrato de gerenciamento de obra, o contratado se obriga a planejar, coordenar e controlar o desenvolvimento de dada obra. Já o contrato de fiscalização “é aquele em que uma das partes se encarrega de acompanhar determinada construção, impondo ao construtor a fiel observância do projeto próprio ou de terceiro”³⁹. Os ajustes de gerenciamento e fiscalização, como se sabe, integram subtipos contratuais modernos, como o EPCM, citado no item 4.1, *supra*.

O gerenciamento e fiscalização da construção, com efeito, também se qualificam como contratos de empreitada, muito embora o resultado mediato do contrato seja a consecução da obra, mas seu resultado imediato refira-se ao gerenciamento e fiscalização propriamente ditos, ainda que referidos à obra. Assim, o gerenciador e o fiscal da obra não se comprometem com a sua conclusão, que é encargo do empreiteiro principal ou construtor, mas com o provimento de um conjunto de informações e desempenho de série de ações que são processadas no sentido de administrar e verificar a adequação da obra aos projetos, normas técnicas, cronogramas e padrões de qualidade aplicáveis. Assim, repita-se, embora o resultado mediato seja o sucesso da obra, o gerenciamento e a fiscalização visam à consecução de obra imaterial que se integra à obra.

Assim é que, ao contrário do que sustentava Hely Lopes Meirelles⁴⁰, o fiscal não é contratado para assegurar a qualidade da obra pura e simplesmente, já que usualmente dela não é garantidor⁴¹, mas prover um conjunto determinado de informações sobre a obra ao dono. É este, o dono da obra, que tem a palavra final sobre o melhor curso de ação decorrente do conhecimento das informações técnicas providas pelo fiscal, uma vez que é o dono da obra que mantém a relação contratual com o empreiteiro principal.

No entanto, como o fiscal muitas vezes é preposto do dono da obra, podendo interferir no andamento desta última, sua omissão em rejeitar serviços ou materiais que não estejam em conformidade com as especificações pode gerar efeitos sob a execução do contrato, afetando o resultado da empreitada principal, ou construção⁴².

Ainda que haja espaço, nesses contratos, como nas obrigações de meio em geral, para julgamentos técnicos ou profissionais, como, por exemplo, quando o administrador da obra ou fiscal usa dados de sua experiência para a aprovação de certa fase ou da totalidade de uma obra, é necessário ponderar que gerenciador e fiscal hoje atuam segundo processos de ação muitas vezes informatizados e fruto de desenvolvimento tecnológico acentuado. Ou seja, há maior padronização de procedimentos e conhecimento tecnológico, fazendo com que haja referências para avaliação da conduta do profissional.

Com efeito, como demonstra o trecho abaixo livremente traduzido extraído de artigo norte-americano sobre administração de contratos de construção:

Como resultado das observações do arquiteto – ou dos representantes do projeto no local da obra –, o arquiteto pode encontrar trabalho que não esteja de acordo com os documentos do contrato. Essas situações podem criar alguns dos mais difíceis momentos na administração do contrato de construção.

Os documentos do contrato de construção não podem antecipar toda condição do local da obra; nem podem antecipar todo o espectro de meios e métodos de construção disponíveis ao empreiteiro. Interpretações serão necessárias. Ao mesmo tempo, muitos processos construtivos levam tempo para ser cumpridos. Às vezes é possível corrigir trabalhos que não estejam em conformidade com as especificações enquanto esses processos se desenvolvem; em outras vezes, um erro inicial é ampliado à medida que o trabalho progride. Decidir quando intervir, quando rejeitar o trabalho e quando recomendar que o dono da obra paralise o trabalho no projeto são todos chamamentos ao julgamento do arquiteto⁴³.

Embora os chamados “serviços profissionais” geralmente sejam relacionados às obrigações de meio, é certo que contratos como gerenciamento e a fiscalização de obras podem, perfeitamente, se enquadrar como empreitada, ainda que o resultado a que se comprometem os devedores não sejam necessariamente favoráveis e que o peso da diligência e conhecimento técnico do empreiteiro seja comparativamente maior do que, por exemplo, na empreitada global.

Ocorre que, muitas vezes, seja pelas vicissitudes inerentes aos processos de comercialização, as lacunas contratuais e mesmo falta de tipificação mais fechada desses contratos – objetivo que, principalmente nos países anglo-saxões, é atingido mediante emprego de contratos-tipo –, certos contratos conexos à empreitada de obra, ou mesmo empreitada de construção, são tratados como meros contratos de prestação de serviços, causando incerteza quanto à alocação dos riscos entre as partes.

Assim, é evidente que se aplica a esses contratos profissionais, como os mencionados contratos de gerenciamento e fiscalização, a disciplina jurídica das empreitadas, disposta no Código Civil. São empreitadas unicamente de labor, podendo-se citar os artigos que tratam dessa modalidade, como o art. 612, que exime o empreiteiro de labor e aloca ao dono da obra os riscos em que o empreiteiro não tiver concorrido com culpa. Aliás, como diz a segunda parte do art. 615, o dono da obra poderá rejeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza.

Do ponto de vista probatório, a consideração de que há, nos serviços profissionais como o gerenciamento e a fiscalização, sem se falar na atividade de elaboração de projetos, propriamente dita, efetiva busca de um resultado, que é conexo, mas não dependente do resultado final da obra, traz maior equilíbrio ao contrato e parte da constatação de que a utilidade visada pelo dono da obra que contrata com esses profissionais não se confunde com a obra em si,

mas com a organização e com o desempenho de tarefas, executadas em caráter autônomo, não subordinado ao dono da obra e segundo regras específicas. Assim, como se diz em relação às obrigações de meio, não se trata de atribuir o ônus da prova do defeito dos serviços ao credor, mas de considerar que, ainda que não haja compromisso de empreiteiro com a favorabilidade da obra, houve o alcance de resultado decorrente da criação, ou modificação de bem ou bens imateriais relacionados à obra.

Voltando uma vez mais ao caso da perfuração malsucedida do poço artesiano, a ressalva do empreiteiro de que a perfuração seria obstada pelo encontro de formação rochosa, ou seja, pela ressalva de que o resultado somente seria favorável ao dono da obra dentro de certas condições, dispensaria a referência às obrigações de meio, ou de melhores esforços. De mais a mais, considerando que o empreiteiro poderia ter suspenso a obra ao se manifestarem dificuldades imprevisíveis de execução, resultantes de causas geológicas ou hídricas, na conformidade com o inciso II do art. 625 do Código Civil, a referência às obrigações de meio, no caso, parece ainda mais supérflua. Por outro lado, a diligência do empreiteiro na avaliação do solo, por exemplo, parece aspecto a ser considerado pelo julgador, uma vez que a frustração do contrato está relacionada à limitada avaliação da viabilidade de alcance do resultado pretendido.

Em suma, as empreitadas relacionadas aos ditos serviços profissionais são exemplos de contratos em que, ainda que se busque um resultado determinado, ou determinável, a diligência assume caráter conformador da obrigação e influente sobre o próprio resultado. Em outras palavras, o risco associado ao alcance do resultado objetivado nesses contratos é qualificado pela diligência do empreiteiro e pelo processo de execução do contrato.

4.5 Conclusão

A precisa determinação do conteúdo do objeto da obrigação do empreiteiro pode contribuir para a solução de dúvidas relacionadas à frustração do contrato de empreitada e orientar as partes quanto a suas expectativas. Com efeito, procuramos, com o auxílio do contraste entre casos jurisprudenciais, demonstrar que a atividade diligente do empreiteiro não exaure sua responsabilidade pelo alcance do resultado contratado, como se poderia dizer caso se considerasse que certas empreitadas pudessem envolver apenas obrigações de meio, como no caso dos serviços profissionais. Na empreitada, o resultado é o ponto central da obrigação do empreiteiro, muito embora a diligência empregada na execução do contrato conforme essa obrigação. Essa orientação reafirma a noção de que a responsabilidade do empreiteiro é baseada na culpa, salvo circunstâncias especiais, como as relativas às atividades de risco.

A consideração acima exposta tem reflexos na alocação dos riscos da empreitada entre as partes, uma vez que, de ordinário, não se pode dizer que o alcance do resultado constitua obrigação absoluta e incondicionada do empreiteiro, já que a empreitada necessariamente envolve o desenvolvimento de um processo, de uma atividade sujeita, no mais das vezes, a várias intercorrências que demandam a conduta diligente e que, eventualmente, façam com que não se possa garantir a consecução do resultado. Longe, no entanto, de assimilar as obrigações do empreiteiro às de meio.

REFERÊNCIAS

- ALPA, G. Engineering: problemi di qualificazione e di distribuzione del rischio contrattuale. *In: Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale: profili comparatistici*. Milano: Guiffrè, 1978.
- BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 6. tir. Rio de Janeiro: Ed. Rio, v. IV.

CODICE CIVILE TEDESCO. **Bürgerliches Gesetzbuch**. Trad. S. Patti. Milano: Giuffrè-Beck, 2005.

COMPARATO, Fabio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. *In: Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CUNHA, Antonio G. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. 3. ed. Lexicon, 2009, verbetes "Empreitada", "Preito" e "Pleito".

ESTEVILL, L. P. **La responsabilidad contractual: parte especial**. Barcelona: Bosch, 1992. t. 2, v. 1.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 15. ed., 1995.

_____. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HUET, Jérôme. Les principaux contrats spéciaux. *In: Traité de Droit Civil*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2001.

Il Codice Civile Illustrato. Org. F. Maggese e I Pepe. Piacenza: Casa Editrice La Tribuna, 2006.

LOPEZ, Teresa Ancona. Parte Especial: das várias espécies de contratos (arts. 565 a 652). *In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.

MARINELLI, F. Engineering. *In: I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, v. 13 – Strutture industriale e tecnologiche. Turim: UTET.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MIRANDA DE CARVALHO, E. V. **Contrato de empreitada**. Rio de Janeiro: Livr. Freitas Bastos, 1953.

MOROG. Construcion Contract Administration. *In: 2 The Architect's Handbook for Professional Practice*, *apud* BRUNER, Philip L. e O'CONNOR JR., Patrick, **Bruner and O'Connor on Construction Law**. v. 4.

MUSOLINO, Giuseppe. **Appalto e contratto d'opera: la responsabilità**. Bologna: Zanichelli, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi. t. XLI e XLIV.

ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. Milano: Giuffrè, 2001.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível n. 7.095.347-2**. 18ª Câmara de Direito Privado. Relator: Jurandir de Sousa Oliveira. J. em: 10-9-2008. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3353877>>. Acesso em: 5 out. 2009.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação com Revisão n. 1020224009**. 33ª Câmara de Direito Privado. Relator: Cristiano Ferreira Leite. J. em: 3-11-2008. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3328146>>. Acesso em: 5 out. 2009.

SENA, Costa. **Da empreitada no direito civil**. Rio de Janeiro: Graphica São Jorge, 1935.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de direito civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 3.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado** – conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2006. v. II.

VILALONGA, José Manuel. Compra e venda e empreitada – contributo para a distinção entre os dois contratos. **Revista da OAB**, ano LVII, n. 1, 1997.

1 ROPPO, Vincenzo. **Il Contratto**. Milão: Giuffrè, 2001, p. 433.

2 Mas não se confunde com o objeto da obrigação, que é a prestação – *vide*: BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 126.

3 GOMES, Orlando. **Contratos**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 56.

[4](#) § 631 (2): “Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein”. Tradução feita a partir do italiano, cf. **Codice civile tedesco** – Bürgerliches Gesetzbuch. Trad. S. Patti, Milano: Giuffrè-Beck, 2005, p. 453.

[5](#) Art. 1.655: “L’appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un’opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro” (*in: Il Codice Civile illustrato*, Piacenza: Casa Editrice La Tribuna, 2006, organização F. Maggese e I. Pepe. Nesse ponto vale lembrar que o *Codice Civile* também prevê como tipo contratual o *Contratto d’Opera* em seu art. 2.222, como espécie de contrato de trabalho autônomo, em que uma pessoa se obriga, com trabalho prevalentemente próprio, a executar obra ou serviço.

[6](#) Art. 1.710: “Le louage d’ouvrage est un contrat par lequel l’une des parties s’engage à faire quelque chose pour l’autre, moyennant un prix convenu entre elles”.

[7](#) Tradução nossa de “La qualificazione del contratto è l’operazione logica con cui l’interprete – di fronte a un concreto contratto – ne afferma o nega la riconducibilità a un determinato tipo contrattuale. La sua funzione principale è *stabilire se al contratto sia applicabile la disciplina de qualche tipo; e se sì, di quale tipo*” (*op. cit.*, p. 429).

[8](#) *Op. cit.*, p. 425.

[9](#) Costa Sena já criticava o Código Civil de 1916 ao dizer que “a dificuldade subsiste depois do código [de 1916], no que concerne à empreitada: com seus só onze artigos, não se tem a physionomia perfeita do contracto. O código alemão dedicou-lhe vinte e uma provisões, com muitos paragraphos (631 a 651). No suíço das obrigações, a materia se dilata em dezessete extensos dispositivos (362 a 379)” (**Da empreitada no direito civil**. Rio de Janeiro: Graphica São Jorge, 1935, p. 15-16). Desnecessário dizer que o Código Civil de 2002 praticamente em nada avançou nesse ponto.

[10](#) **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 6. tir. Rio de Janeiro: Ed. Rio, v. IV, p. 344.

11 Parte Especial: das várias espécies de contratos (arts. 565 a 652). *In*: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 7. p. 243.

12 LOPEZ, Teresa Ancona. *Op. cit.*, p. 247.

13 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado** – conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2006. v. II.

14 *Op. cit.*, 15. ed., p. 298-299.

15 **Contrato de empreitada**. Rio de Janeiro: Livr. Freitas Bastos, 1953, p. 34 e s.

16 *Op. cit.*, p. 31-32.

17 "Art. 1.207º. Empreitada é o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço."

18 *Vide*, a esse respeito, o excelente artigo de Vilalonga, José Manuel, Compra e venda e empreitada – contributo para a distinção entre os dois contratos, **Revista da OAB**, ano LVII, n. 1, 1997, p. 183-228.

19 COSTA, Sena. *Op. cit.*, p. 29: "Dois elementos principais individualizam a *locatio operis*: a *necessitas faciendi* e o resultado final".

20 Outras leis especiais, como a Lei n. 4.591, de 16-12-1964, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias (tratando da empreitada de construção), e a Lei n. 8.666, de 21-6-1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, também regulam aspectos específicos das empreitadas.

21 SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação com Revisão n. 1020224009**. 33ª Câmara de Direito Privado. Relator: Cristiano Ferreira Leite. São Paulo. J. em: 3-11-2008. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3328146>>. Acesso em: 5 out. 2009.

22 SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível n. 7.095.347-2**. 18ª Câmara de Direito Privado. Relator: Jurandir de Sousa Oliveira. São Paulo. J. em: 10-9-2008. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3353877>>. Acesso em: 5 out. 2009.

[23](#) **Tratado de direito privado**, t. XLIV, p. 376-377.

[24](#) *Idem*, t. XLI, p. 375.

[25](#) Mais, en droit romain, on se refusait à penser que le professeur, le médecin ou l'avocat soit lié par un tel contrat, et reçoive une rémunération, une merces. L'idée que de telles personnes, et notamment les membres de professions libérales, ne puissent prétendre qu'à un honoraire, honorarium, généreusement versé par le bénéficiaire de leurs services, devait se maintenir longtemps. Et, pour la logique des choses, on qualifiait de mandat, contrat traditionnellement considéré comme étant gratuit, la convention passée pour l'exécution de ces prestations. Les principaux contrats spéciaux. *In: Traité de Droit Civil*. 2. ed., Paris: LGDJ, 2001, p. 1232. *Vide*, no mesmo sentido histórico, SENA, Costa, *op. cit.*, p. 10.

[26](#) *Op. cit.*, p. 1262.

[27](#) "Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos."

[28](#) "Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata."

[29](#) Obrigações de meios, de resultado e de garantia. *In: Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 523.

[30](#) *Idem*, p. 524.

[31](#) *Idem*, p. 538.

[32](#) *Idem*, p. 526.

[33](#) *Idem*, p. 527.

[34](#) Já que, se se relacionasse às obrigações de entregar a coisa depois de concluída, seria qualificada como compra e venda – *vide* SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de direito civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 3.

[35](#) *Vide* MARINELLI, F. Engineering. *In: I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, v. XIII – Strutture industriale e tecnologiche. Turim: UTET, p. 20. Contra: ALPA, G. Engineering: problemi di qualificazione e di distribuzione del rischio contrattuale. *In: Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale: profili comparatistici*. Milano: Giuffrè. 1978, p. 345-346.

[36](#) **Appalto e contratto d'opera: la responsabilità.** Bolonha: Zanichelli, 2008, p. 35 (tradução livre).

[37](#) ESTEVILL, L. P. **La responsabilidad contractual: parte especial,** Barcelona: Bosch, 1992, v. 1, t. II.

[38](#) CERVALE *apud* MARINELLI, *op. cit.*, p. 20.

[39](#) MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 230.

[40](#) *Idem*, p. 231.

[41](#) Embora, em tese, o fiscal pudesse assumir essa obrigação, a título de transferência de riscos.

[42](#) A esse respeito, *vide* BRUNER, Philip L. e O'CONNOR Jr., Patrick, **Bruner and O'Connor on Construction Law**, v. 4, § 13:4, p. 706. Os autores observam que é obrigação do fiscal informar a tempo sobre as não conformidades da obra, ainda que o dono desta tenha ressalvado no contrato da empreitada principal que a fiscalização não eximiria o empreiteiro de suas obrigações quanto à sua execução. Referem-se à interpretação do contrato segundo o *course of dealing* das partes durante a execução dos contratos, ou, entre nós, com base nos usos adotados no curso de uma relação contratual, como notava Orlando Gomes (**Contratos**, 26. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 248). Ainda nesse sentido, se considerado o fiscal como preposto do dono da obra, assim dispõe o parágrafo único do art. 619 do Código Civil: "Ainda que não tenha havido autorização escrita, o dono da obra é obrigado a pagar ao empreiteiro os aumentos e acréscimos, segundo o que for arbitrado, se, sempre presente à obra, por continuadas visitas, não podia ignorar o que se estava passando, e nunca protestou".

[43](#) MOROG, **Construcion Contract Administration.** *In*: 2 **The Architect's Handbook for Professional Practice**, § 3.92, p. 762-763 (1994) *apud* BRUNER, Philip L. e O'CONNOR Jr., Patrick, **Bruner and O'Connor on Construction Law**, v. 4, § 13:1, p. 701.

5 CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

Giancarlo Melito

Professor do Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVlaw; doutorando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP); mestre em Direito pela Université d'Angers, na França; advogado e sócio do escritório Barcellos, Tucunduva – Advogados, em São Paulo.

5.1 Introdução

Uma das maiores preocupações dos empresários, industriais, é o meio pelo qual farão com que seus produtos cheguem aos seus consumidores. Muitas empresas optam pela colocação direta de seus produtos no mercado, atuando com lojas próprias ou vendedores internos (sistema bipolar: fabricante/consumidor); outras preferem colocar seus produtos no mercado utilizando-se de intermediários (sistema triangular: fabricante/intermediário/consumidor).

A utilização dos intermediários pode dar-se de diversas maneiras, tais como comissão mercantil, mandato mercantil, corretagem, representação comercial, agência, franquia, concessão comercial etc. Devido à proximidade desses contratos, doutrina e jurisprudência não são unânimes quanto às suas semelhanças e diferenças; e o contrato de distribuição insere-se nesse contexto¹.

Entende-se por distribuição “o contrato pelo qual uma das partes, denominada distribuidor, se obriga a adquirir da outra parte, denominada distribuído, mercadorias geralmente de consumo, para sua posterior colocação no mercado, por conta e risco próprio, estipulando-se como contraprestação um valor ou margem de revenda” (VENOSA, 2008, p. 304).

Paula Forgioni, notável estudiosa do assunto, leciona que o contrato de distribuição vem a ser um “contrato bilateral, sinalagmático, atípico e misto, de longa duração, que encerra um acordo vertical, pelo qual um agente econômico (fornecedor), obriga-se ao fornecimento de certos bens ou serviços a outro agente econômico (distribuidor), para que este os revenda, tendo como proveito econômico a diferença entre o preço de aquisição e de revenda e assumindo obrigações voltadas à satisfação das exigências do sistema de distribuição do qual participa” (2005a, p. 116).

Concordamos, em grande parte, com as lições de Paula Forgioni, exceto quanto à utilização do contrato de distribuição para serviços. Entendemos que o contrato de distribuição aplica-se exclusivamente a produtos, já que é elemento essencial da distribuição a aquisição do *produto* pelo distribuidor para posterior revenda ao lojista ou consumidor final, não sendo possível falar-se em aquisição de *serviços* para posterior revenda.

Assim, no nosso entender, *distribuição é o contrato pelo qual um fabricante se obriga a vender seus produtos a um distribuidor, com habitualidade e continuidade, para que este os revenda ao mercado, obtendo seu lucro de acordo com a diferença entre o preço de aquisição e o de revenda*².

Dentre as diversas modalidades para se colocar os produtos no mercado pelo sistema triangular, a concessão mercantil ou comercial é aquela que mais se aproxima da distribuição, já que nela também o concessionário adquire os produtos do fabricante para posterior revenda³. Entretanto, entendemos que a diferença entre tais tipos contratuais reside na *obrigatoriedade* de exclusividade por parte do concessionário, que não pode revender produtos de outros fabricantes e na existência de legislação específica.

Assim, temos que a relação entre as montadoras de automóveis e as concessionárias de veículos, por exigir a exclusividade da concessionária e possuir legislação específica (Lei n. 6.720/79, alterada pela Lei n. 8.132/90), apresenta-se como concessão mercantil ou comercial. Por sua vez, inserem-se na categoria de distribuição os contratos entre fabricante e distribuidor,

estabelecendo a compra e revenda de produtos, que não tenham obrigatoriedade de exclusividade, não obstante existir tal possibilidade, e não possuam legislação específica.

A distribuição não se confunde, ademais, com a franquia. Não obstante o franqueado também possa adquirir produtos do fabricante para revenda, o contrato de franquia pressupõe a transferência de um *know-how*, de um conhecimento para a exploração do produto, sob uma determinada marca. A grande diferença entre a distribuição e a franquia reside no principal foco de cada um destes tipos contratuais: na distribuição, o objetivo principal do contrato é a aquisição de bens pelo distribuidor para posterior revenda, sendo que a transferência do *savoir-faire* ou sua atuação no mercado sob uma determinada marca são objetivos secundários; já na franquia, o objetivo principal do contrato é a transferência do *know-how* e a atuação do franqueado no mercado sob uma determinada marca, sendo que a aquisição de bens do franqueador é de importância secundária. Tanto assim que é possível a franquia de prestação de serviços, mas não a distribuição, conforme acima analisado. Com o advento da Lei n. 8.955/94, que regula o contrato de franquia e impõe diversas obrigações aos franqueadores, muitos deles tentaram esquivar-se dessas obrigações, alegando tratar-se de distribuição; contudo, devido às diferenças ora analisadas, pouco trabalho tiveram os tribunais para identificar cada uma das espécies, aplicando a cada uma delas a legislação adequada⁴.

Não obstante estarem previstas na mesma regra (art. 710 do Código Civil), a distribuição diferencia-se do contrato de agência “visto que, na distribuição, o fabricante vende o produto ao distribuidor, para posterior revenda, e na agência o fabricante vende o produto diretamente ao consumidor, por meio da intermediação do agente” (DINIZ, 2002, p. 542). Pelo mesmo motivo, o contrato de distribuição não se confunde com o de comissão e o de corretagem, pelo qual o intermediário apenas aproxima as partes contratantes, não celebrando qualquer tipo de contrato com o adquirente do produto (PEREIRA, 2004, p. 392).

Ainda, apesar da opinião de Washington de Barros Monteiro (2007, p. 311), de que “o contrato de agência e distribuição nada mais é que o contrato de representação comercial”⁵, entendemos que tais tipos de contratos não se confundem. A representação comercial⁶ aproxima-se, indiscutivelmente, da agência, mas não da distribuição, pois o representante não adquire os produtos do fabricante para revenda, apenas intermedeia a venda direta entre o fabricante e o comerciante. No mais, normalmente a representação comercial é utilizada para a venda entre o fabricante e o comerciante, enquanto o distribuidor, muitas vezes, revende os produtos diretamente ao consumidor final.

Por fim, a distribuição diferencia-se do contrato de fornecimento, pois, no de distribuição os produtos são adquiridos pelo distribuidor exclusivamente para revenda, enquanto no de fornecimento os produtos são adquiridos para uso no seu processo industrial, como matéria-prima ou suprimento para a produção.

O contrato de distribuição surge da prática dos comerciantes, na incessante busca de melhorias de resultados. Tão logo os fabricantes se aperceberam que os ganhos não advêm somente da produção, mas também da logística para a disponibilização do produto no mercado, todos os contratos decorrentes do sistema triangular de venda de produtos ganharam significativa importância. Porém, indiscutivelmente, o contrato de distribuição ganhou maior relevância no país com a vinda das montadoras de veículos que se utilizaram desse modelo de negócio para a colocação de seus produtos no mercado.

Posteriormente, devido à grande importância e à ausência de legislação específica, em especial para proteger as concessionárias, em geral parte mais fraca na relação contratual, foi promulgada a Lei n. 6.720/79⁷, regulamentando a concessão comercial entre produtores e concessionárias de veículos automotores de via terrestre. Entretanto, os demais segmentos que utilizavam o contrato de distribuição permaneceram sem legislação específica.

E, exatamente em virtude da ausência de legislação específica, “o contrato de distribuição é moldado pela prática dos comerciantes na

busca da satisfação jurídica de suas necessidades econômicas” (FORGIONI, 2005b, p. 31), sendo que “no caso brasileiro, as principais características do contrato de distribuição fundiram-se antes nos Tribunais do que nas lições doutrinárias” (FORGIONI, 2005b, p. 40)⁸.

Como esse modelo de negócio mostrou-se eficaz para a colocação de produtos no mercado, outros segmentos seguiram pelo mesmo caminho; atualmente, a distribuição é muito utilizada no mercado de alimentos, bebidas, joias, livros, relógios, vestuário etc.

Estudado o conceito do contrato de distribuição e suas diferenças com relação a outros tipos contratuais próximos, bem como seu surgimento e evolução no país, aprofundaremos sua análise, abordando, de proêmio, as características gerais do contrato de distribuição e, posteriormente, as cláusulas contratuais mais controvertidas.

5.2 Características gerais do contrato de distribuição

Para a devida compreensão de um tipo contratual, imprescindível a análise de sua natureza jurídica e da legislação aplicável a tal contrato, motivo pelo qual tais questões serão primeiramente analisadas. Após, para complementar a análise das características gerais do contrato de distribuição, impõe-se o estudo das principais obrigações dele decorrentes.

5.2.1 Natureza jurídica

O contrato de distribuição é essencialmente sinalagmático, já que impõe obrigações a ambos os contratantes. De um lado, há a figura do fabricante, sociedade empresária⁹, necessariamente produtora de bens, que necessita colocar tais produtos no mercado. De outro lado, há a figura do distribuidor, “pessoa física ou jurídica que se obriga a revender os produtos comprados ao industrial e, conforme

o objeto da concessão, a prestar assistência técnica às máquinas revendidas” (GOMES, 2007, p. 464).

Ambos os contratantes, necessariamente, devem exercer atividade empresária, nos termos do art. 966 do Código Civil¹⁰; ou seja, atividade econômica organizada, exercida com habitualidade e intuito de lucro, sem preponderância de caráter intelectual. Assim, o contrato de distribuição, seja por tal característica, seja por sua própria essência, insere-se na classe de contratos empresariais, com as consequências daí decorrentes, em especial quanto aos critérios para sua interpretação.

Ainda, o contrato de distribuição é oneroso e consensual, já que é de sua essência a compra de produtos pelo distribuidor do fabricante, e conclui-se meramente pelo encontro de vontade das partes, independentemente da efetiva entrega do bem pelo fabricante ao distribuidor.

Sua conclusão independe de qualquer solenidade, podendo ser celebrado verbalmente. Tal conclusão decorre do fato de que, por não haver previsão específica quanto à forma, aplica-se ao contrato de distribuição a regra da liberdade de forma, estipulada no art. 107 do Código Civil¹¹. Não obstante a respeitada opinião de Orlando Gomes, para quem, “quanto à *forma*, exige-se que o contrato se celebre por instrumento particular, impraticável como seria, em face da complexidade da relação, o emprego da forma verbal” (2007, p. 464), os tribunais pátrios já sedimentaram o entendimento da validade da forma verbal, conforme se extrai do julgamento dos Recursos de Apelação n. 1.124.809-8, 1.059.812-0 e 1.263.617-0, proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. De qualquer modo, é sempre recomendável sua celebração por instrumento particular ou público, devido à sua complexidade e diversas particularidades, apresentadas caso a caso.

É, ainda, contrato nominado, porém atípico, encontrando seu fundamento no art. 425 do Código Civil¹². Não obstante haver legislação sobre o assunto, conforme será adiante analisado, é indiscutível que a legislação não estabelece regras próprias suficientes para a tipicidade do contrato, sendo necessário, até por

questões práticas, aplicar prioritariamente as regras gerais de direito contratual nesse tipo de relação. Por essa razão, conclui Orlando Gomes que “a distribuição, no sentido de *revenda de bens por conta e risco do distribuidor*, permanece contrato atípico no direito brasileiro, à exceção da revenda de veículos automotores” (2007, p. 465).

Ademais, o contrato de distribuição pode ser paritário ou de adesão. Não obstante haver a necessidade de o fabricante dispensar tratamento igualitário entre os distribuidores, tal fato não implica terem todos os distribuidores contratos iguais com o fabricante, sendo vedada a possibilidade de discussão na celebração do contrato. Evidentemente, quando for de adesão, aplicam-se as regras especiais a esse tipo de contrato, mormente os arts. 423 e 424 do Código Civil¹³.

E, mesmo que seja de adesão, tal fato não implica a obrigatoriedade de o fabricante aceitar qualquer distribuidor como revendedor de seus produtos, já que “nas relações de direito comercial, continua em plena vigência o princípio da autonomia da vontade, não sendo objetivo da legislação concorrencial forçar empresas a encetarem relações contratuais com outrem a despeito das regras de mercado. Assim, não há obrigar fabricante a fornecer mercadorias a revendedor ou a cadastrá-lo como tal contra sua vontade” (FRANCESCHINI, 2000, p. 1245).

Ele é necessariamente de execução continuada, já que “a peculiaridade do contrato de distribuição reside no fato de abarcar operações de compra e venda mercantil, de caráter não eventual, mas sim habitual (estável)” (FORGIONI, 2005b, p. 32).

Assim, o contrato de distribuição é necessariamente um contrato mercantil, sinalagmático, oneroso, consensual, não solene, nominado e atípico, podendo ser paritário ou de adesão.

Importante destacar, ainda, que os contratos de distribuição são contratos relacionais, fundados, principalmente, na confiança, cooperação e boa-fé, objetivando interesses comuns, consistentes no escoamento da produção do fabricante e na colocação do produto no mercado consumidor pelo distribuidor, para gerar aumento de lucro a ambas as partes.

Tal fato não quer dizer que não existam interesses conflitantes também no contrato de distribuição, já que “as áleas decorrentes da atividade empresarial poderão ser interdependentes, mas não comuns” (FORGIONI, 2005b, p. 45-46).

5.2.2 Legislação aplicável

O contrato de distribuição, conforme acima mencionado, é atípico; na verdade, atípico misto, tendo em vista a aplicação de algumas regras de contratos típicos. Assim, em geral, aplicam-se aos contratos de distribuição as regras gerais de direito contratual e algumas regras específicas¹⁴.

Quanto às regras gerais de direito contratual, destacam-se os arts. 421 e 422 do Código Civil¹⁵, aplicáveis a todos os contratos, e aqueles referentes à formação, vícios redibitórios, evicção e extinção dos contratos¹⁶.

Quanto às regras específicas, o Código Civil traz algumas regras aplicáveis ao contrato de distribuição em seu Capítulo XII do Título VI, tratando em conjunto da agência e da distribuição, não obstante serem tipos contratuais diferentes, conforme acima analisado.

Dispõe o art. 710 do Código Civil que “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”.

Com efeito, o “Código Civil de 2002 não contribuiu para dirimir a confusão, por vezes feita entre agência e distribuição. Ao contrário, designou como *distribuição* a modalidade de contrato de agência em que o agente tem à sua disposição a coisa a ser negociada” (GOMES, 2007, p. 464).

O Código Civil, porém, ainda cometeu outra imperfeição, já que a mera *disposição da coisa* não é elemento para a caracterização do contrato de distribuição, uma vez que o agente mercantil ou o representante comercial, por vezes, possui o produto a ser negociado à sua disposição, na qualidade de depositário,

consignatário etc. e nem por isso se confunde com distribuidor. Com efeito, conforme já analisado, o elemento essencial para a caracterização do contrato de distribuição é a compra dos produtos do fabricante pelo distribuidor e a posterior revenda por este; ou seja, não basta ter o bem à sua disposição; na distribuição, o distribuidor necessita ter a propriedade do bem, ser seu titular.

O art. 711 do Código Civil¹⁷ não se aplica à distribuição, tanto assim que se limita a mencionar, em seu corpo, o contrato de agência. E nem poderia ser diferente, já que, conforme mencionado, a cláusula de exclusividade, apesar de muito utilizada no contrato de distribuição, não é obrigatória nesse tipo de contrato.

Também não se aplica à distribuição o art. 712 do Código Civil¹⁸, já que, salvo disposição em contrário no contrato de distribuição, o distribuidor age de acordo com suas convicções, não devendo seguir instruções do fabricante quanto ao modo de gerir suas atividades.

Tanto assim que o art. 713 do Código Civil, aplicável aos contratos de distribuição, estabelece que "salvo estipulação diversa, todas as despesas com a agência ou distribuição correm a cargo do agente ou distribuidor". Extrai-se deste dispositivo a independência¹⁹ e autonomia do distribuidor perante o fabricante, afastando qualquer tipo de vinculação societária entre as partes.

Ainda, dessa independência e autonomia extrai-se que o distribuidor assume isoladamente os riscos de sua atividade e não pode imputá-los ao fabricante, razão pela qual o fabricante não assume qualquer tipo de responsabilidade quanto ao *risco* de revenda dos bens adquiridos, que é essencialmente do distribuidor.

De qualquer modo, é evidente que o fabricante responde por atos que prejudiquem ou impeçam a revenda dos bens, tais como o aumento significativo do preço, a ausência de campanha de *marketing* etc., já que "decidindo, como decide, entregar a outrem a *distribuição* de seus produtos, o concedente deve ter conduta consistente em proporcionar e assegurar ao concessionário condições indispensáveis ao exercício de sua atividade, abstendo-se da prática de atos que possam dificultá-la, notadamente atos de concorrência" (GOMES, 2007, p. 466).

O art. 714 do Código Civil²⁰ somente se aplica ao contrato de distribuição se ele possuir cláusula de exclusividade, já que, não havendo tal previsão, não há qualquer impedimento ao fabricante de realizar negócios na região de atuação do distribuidor. Porém, se prevista a cláusula de exclusividade, o distribuidor terá direito a receber indenização decorrente dos prejuízos sofridos, se o fabricante realizar negócios em sua zona de atuação, consistente na diferença entre o valor de aquisição do produto e seu valor de revenda.

Ainda, nos termos do art. 715 do Código Civil, "o agente ou distribuidor tem direito a indenização se o proponente, sem justa causa, cessar o atendimento das propostas ou reduzi-lo tanto que se torna antieconômica a continuação do contrato". Em especial por tratar-se de contrato relacional, o espírito de cooperação e confiança dos contratantes deve ser especialmente tutelado, de modo que, sendo da essência do contrato de distribuição que o lucro do distribuidor advém da revenda dos produtos adquiridos, o fabricante deve atender as propostas de compra do distribuidor, não podendo reduzir suas vendas de modo a prejudicar a atividade do distribuidor²¹.

Por vezes, o contrato de distribuição possui cláusula estipulando quota mínima para a aquisição de produtos pelo distribuidor. Tal estipulação impõe, em contrapartida, a obrigação ao fabricante de vender, ao menos, a quota determinada, sob pena de inadimplemento contratual²². Isto não quer dizer, todavia, que se na prática o distribuidor adquire quantidade muito maior de produtos, possa o fabricante, sem justificativa plausível, limitar a venda à quantidade estipulada na quota mínima, sob pena de incorrer em abuso de direito²³.

Os arts. 716 ao 719 do Código Civil²⁴ não se aplicam ao contrato de distribuição, já que tais previsões referem-se exclusivamente ao contrato de agência, hipótese em que o agente aproxima o fabricante e o cliente para que eles celebrem o contrato. De qualquer modo, sua inaplicabilidade à distribuição não importa qualquer prejuízo ao distribuidor já que ele poderá sempre utilizar--

se da clássica regra de responsabilidade civil, de que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Assim, é evidente que se o fabricante, como qualquer outra pessoa, praticar alguma atitude que impeça a revenda dos bens, terá que suportar as perdas e danos sofridos pelo distribuidor.

O art. 720, por sua vez, é o dispositivo mais importante do Capítulo XII do Título VI do Código Civil, para a distribuição, merecendo análise especial, que será realizada quando do estudo da cláusula de vigência e extinção do contrato.

Por fim, o art. 721 do Código Civil determina que “aplicam--se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial”. Quanto às regras de mandato e comissão, respectivamente, Capítulos X e XI do Título VI do Código Civil, pouca aplicação têm aos contratos de distribuição, pois são contratos que se aproximam da agência.

Quanto à parte final do dispositivo, determinando a aplicação de regras *constantes de lei especial*, surge a indagação de quais seriam tais leis. Como já analisado e pelos motivos expostos, ao contrato de distribuição não se aplicam as legislações especiais de representação comercial e de franquia. Para não fazer do art. 721 letra morta, alguns doutrinadores pugnam pela aplicação analógica da Lei Ferrari à distribuição, tendo em vista a evidente proximidade da concessão comercial. Entretanto, tendo em vista tratar-se de legislação específica para a *distribuição* de veículos terrestres, com particularidades inaplicáveis a outros segmentos, a jurisprudência majoritária entende por sua inaplicabilidade aos contratos de distribuição em geral.

Por fim, vale destacar a total inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de distribuição. Isto porque, não obstante o fabricante possa ser considerado fornecedor, o distribuidor não pode ser considerado consumidor, eis que, pela própria finalidade do contrato, não adquire os produtos do fabricante na qualidade de consumidor final, mas para revenda e obtenção de lucro.

5.2.3 Principais obrigações

“A *obrigação nuclear* do concedente ou fabricante, por ser um elemento essencial do contrato, é possibilitar a realização do serviço transferido ao concessionário, ou seja, a venda ao consumidor dos bens compreendidos na concessão, na forma, no tempo, e na quantidade previstas” (GOMES, 2007, p. 466).

A obrigação principal do distribuidor, por sua vez, é o pagamento do preço estipulado para a compra dos produtos e a venda dos bens no mercado, devendo aplicar seus melhores esforços para a concretização de tal ato. A esse respeito, a colocação dos produtos no mercado pode dar-se por subdistribuição, se não houver cláusula contratual que vede tal possibilidade. “A distribuição, pela sua generalidade, admite a subdistribuição; assim, o distribuidor, autorizado pelo contrato de distribuição, poderá utilizar-se de rede própria de subdistribuidores para providenciar a colocação do produto no mercado consumidor, mas tal subdistribuição deverá sujeitar-se às normas ditadas pelo fabricante” (DINIZ, 2002, p. 451). Independentemente de previsão contratual, o distribuidor que adotar essa modalidade deverá exigir dos subdistribuidores os mesmos critérios dele exigidos pelo fabricante.

Ainda, recomendável estabelecer no contrato de distribuição o modo pelo qual o distribuidor fará os pedidos de compra de novos produtos (formulário específico de compra, *e-mail*, carta etc.) e os prazos de entrega, conferindo maior segurança e previsibilidade às partes.

Normalmente, o preço de venda dos produtos ao distribuidor é definido pelo fabricante e o preço de revenda pelo distribuidor. Porém, diante da atipicidade do contrato, nada impede que o fabricante estabeleça também o preço de revenda, determinando o lucro do distribuidor. Todavia, o controle de preços pelo fabricante pode gerar problemas concorrenciais (FORGIONI, 2005b, p. 32-33), mesmo que, em regra, as “restrições impostas por empresas fornecedoras às suas distribuidoras, onde se incluem a exclusividade comercial e a discriminação de preços por quantidade, não se

constituem em infração da ordem econômica” (FRANCESCHINI, 2000, p. 1298).

Seja como for, o fabricante não pode aumentar o preço de venda ou diminuir o preço de revenda, de modo a prejudicar o lucro do distribuidor, respondendo pelas perdas e danos que causar ao distribuidor, se desse modo agir.

Muitas vezes, além da obrigação de compra e revenda, há o dever de assistência técnica por parte do distribuidor. Nesses casos, geralmente há a obrigação de o distribuidor contratar pessoal qualificado para a prestação do serviço e, ainda, a obrigatoriedade de participação de cursos e treinamento fornecidos pelo fabricante. Normalmente, estabelece-se que a prestação do serviço não se restringe aos produtos revendidos pelo distribuidor, obrigando-o na reparação e conserto de produtos revendidos por outros distribuidores da rede. Se a reparação for paga pelo cliente, ou seja, estiver fora da garantia, pouco problema haverá entre o fabricante e o distribuidor; maior atenção merece, entretanto, as situações em que a reparação deve ser feita pelo distribuidor de forma gratuita ao cliente. Nessas situações, normalmente se estabelece um valor a ser pago pelo fabricante para a reparação, salvo se no preço de aquisição do produto pelo distribuidor já estiver previsto tal custo ao distribuidor para determinada quantidade de atendimentos e consertos.

De qualquer modo, diante da atipicidade do contrato, entendemos que, salvo previsão expressa em contrário, o distribuidor não é obrigado a prestar serviços de conserto aos produtos vendidos e caso os preste, poderá cobrar do consumidor tal custo, salvo se o fabricante os assumir. Nas hipóteses em que não puder cobrar do consumidor tais custos, em virtude das regras de garantias legais, eles deverão ser suportados pelo fabricante, salvo se o defeito do produto decorrer de alguma atitude do próprio distribuidor.

O contrato de distribuição deve identificar o tipo de produto a ser adquirido e revendido pelo distribuidor, com todas as suas qualidades e particularidades. Normalmente, devido à quantidade de

produtos e às mudanças de especificações, em especial decorrente do tempo de duração do contrato, as partes relacionam os produtos em documentos anexos, que são periodicamente substituídos, sem necessidade de alteração da substância do contrato.

Há ainda obrigações acessórias ao distribuidor, que estão diretamente relacionadas à obrigação principal, tais como obrigação de manter determinado estoque, organização administrativa, apresentação de relatórios etc. Por vezes, estabelecem-se, ainda, métodos de venda a serem adotados pelo distribuidor; nesses casos, é comum o fabricante dar treinamento e cursos à equipe do distribuidor para sua correta implementação, obrigando-se o distribuidor a adotar referido método.

Outra obrigação do distribuidor consiste em respeitar a propriedade intelectual, notadamente a marca do fabricante, sendo vedada sua utilização para fins diversos daqueles decorrentes do contrato. Desse modo, se não houver cláusula contratual que expressamente o autorize, o distribuidor não pode utilizar-se da marca do fabricante, salvo quanto à natural utilização decorrente da exposição dos produtos a serem vendidos.

Para verificar se o distribuidor está cumprindo suas obrigações, principais e acessórias, é normal e lícito estipular-se cláusula contratual que permita a fiscalização do distribuidor pelo fabricante ou por alguém por este nomeado. Tal cláusula normalmente permite ao fabricante vistoriar e auditar o distribuidor, sendo que sua amplitude varia de acordo com o tipo de distribuição, podendo, muitas vezes, chegar ao ponto de possibilitar ao fabricante acesso a todos os dados e documentos do distribuidor. De qualquer modo, por mais ampla que seja a cláusula de fiscalização, ela não tem o condão de permitir que o fabricante tenha acesso a dados e documentos que não estejam relacionados à distribuição. Ainda, em obediência ao dever de confidencialidade, decorrente do princípio da boa-fé objetiva, o fabricante deve guardar sigilo dos dados e informações obtidos, não podendo divulgá-los às demais empresas e distribuidores.

Ainda quanto à confidencialidade das informações, é costumeiro constar nesse tipo de contrato cláusula específica para tal fim, em especial para proteger as informações trocadas entre fabricante e distribuidor quanto a lançamento de novos produtos, estratégias de atuação, campanha de *marketing* etc. Não havendo estipulação de grau de confidencialidade, seja para as informações fornecidas livremente ou para aquelas obtidas em fiscalização, a parte deve manter em sigilo todas as informações que de algum modo, se divulgadas, possam causar prejuízos à outra parte, bem como compartilhá-las somente com as pessoas da empresa que necessitam conhecer tal informação. É também dever da parte arquivar as informações de modo a garantir sua confidencialidade, impedindo que aquelas informações constantes em meios físicos estejam facilmente acessíveis a terceiros ou empregados que não necessitam conhecer a informação, bem como que aquelas informações transmitidas por suporte virtual sejam arquivadas sob determinados critérios de segurança (antivírus, proteção por senha etc.)²⁵. Cabe destacar, a esse respeito, que o inadimplemento do dever de confidencialidade, ainda que não pactuado contratualmente, importa em inadimplemento do contrato, por ofensa à boa-fé objetiva.

Não rara é a estipulação de *quota mínima* no contrato, impondo ao fabricante entregar, no mínimo, tais produtos e ao distribuidor de adquiri-los. Esse tipo de cláusula confere uma lógica na formação do preço e, se bem pactuada, é importante para o negócio de ambas as partes. Assegura ao distribuidor a possibilidade de ter um mínimo de bens para venda (essencial, já que seu lucro decorre exatamente da diferença do preço de aquisição e do preço de revenda ao mercado) e assegura ao fabricante uma quantidade de vendas mínimas, conferindo-lhe maior previsibilidade em seus negócios, possibilitando-lhe uma redução no preço, o que, por sua vez, favorece o distribuidor. Todavia, é evidente que fatos imprevisíveis, em especial decorrentes da longa duração desse tipo de contrato, podem impor às partes a revisão de tal quota, seja para mais ou

para menos, de acordo com as alterações fáticas na base do negócio.

Dada a natureza do contrato, se o fabricante decide fazer uma promoção no mercado para aumentar suas vendas, deve, necessariamente, acordar com os distribuidores as condições de tal promoção, seja diminuindo o preço de compra dos produtos pelo distribuidor, seja concedendo-lhes maior prazo para pagamento, de modo a não alterar a álea econômica do contrato. A esse respeito, vale frisar que “a discriminação entre os distribuidores pode caracterizar ilícito antitruste, fazendo incidir o art. 20 da Lei 8.884, de 1994, combinado com seu art. 21, XII” (FORGIONI, 2005b, p. 45).

Por vezes, para facilitar a aquisição dos produtos pelo distribuidor, em especial quando há a estipulação de *quota mínima*, as partes estabelecem a concessão de crédito rotativo pelo fabricante ao distribuidor, com ou sem garantia. Tal modalidade permite melhor fluxo de caixa ao distribuidor que, por ver o prazo do pagamento dos produtos dilatado, muitas vezes somente terá que liquidar tal obrigação após a revenda dos produtos.

Por fim, no contrato de distribuição firmado entre partes localizadas em países diferentes, normalmente há cláusula contratual indicando a legislação aplicável e o foro de eleição ou cláusula arbitral. A cláusula compromissória pode ser adotada também se ambas as partes forem brasileiras; todavia, esse tipo de previsão, na prática, somente ocorre nos contratos que envolvem vultosas quantias e firmados entre grandes empresas.

Analisadas as características gerais do contrato de distribuição, cabe a análise de suas cláusulas contratuais mais controvertidas.

5.3 Cláusulas contratuais controvertidas

O contrato de distribuição, em virtude de sua atipicidade, confere elevada margem de autonomia às partes; tal fato faz com que algumas cláusulas contratuais, em geral, gerem intensas

controvérsias. Nesse sentido, analisaremos as cláusulas penal e de responsabilidade, exclusividade e vigência e extinção do contrato.

5.3.1 Cláusula penal e de responsabilidade civil

A estipulação de cláusula penal é normalmente uma das que mais controvérsias geram nos contratos em geral e tal fato não seria diferente no contrato de distribuição, em especial quanto ao valor da penalidade.

De proêmio, pode-se dizer que é lícita a estipulação de cláusula penal punitiva ou penitencial, nos termos do art. 411 do Código Civil²⁶. Esse tipo de cláusula é estabelecido, em geral, para os casos de mora no pagamento do preço, estipulando-se uma multa equivalente a um percentual do preço (normalmente de 5% a 10%); e inadimplemento de alguma obrigação acessória, tal como a entrega de documentos, adoção de alguma medida administrativa etc., estipulando-se nessas hipóteses um valor fixo a título de penalidade. Outrossim, também é lícita a estipulação de cláusula penal indenizatória ou compensatória, conforme o art. 410 do Código Civil²⁷, para o caso de total inadimplemento do contrato, assim entendidas, dentre outras, as hipóteses descritas no art. 715 do Código Civil, acima analisadas. Acerca do total inadimplemento do contrato, a justificar a aplicação da penalidade, deve-se ter em conta a ideia de adimplemento substancial, que decorre do princípio da boa-fé objetiva, para se evitar o enriquecimento indevido de uma das partes contratantes em prejuízo da outra. Ainda, em ambos os tipos de penalidades, o juiz pode reduzi-la, se a considerar excessiva, de acordo com o art. 413 do Código Civil²⁸.

Outrossim, no que tange à responsabilidade pelos eventuais prejuízos sofridos pela outra parte, em virtude de inadimplemento contratual, é comum a estipulação de limitação ao valor da indenização. Tais cláusulas, conhecidas como limitativas de responsabilidade²⁹, são válidas e encontram seu fundamento no princípio da autonomia privada. Entretanto, não podem ser aplicadas se atentarem contra interesse público³⁰, tiverem por finalidade

retirar a força obrigatória do contrato³¹ ou se exercidas com dolo ou culpa grave por qualquer das partes³².

Ademais, em geral, os contratos de distribuição estabelecem cláusulas especificando a responsabilidade de cada uma das partes, por eventuais prejuízos que possam vir a ser causados a terceiros, em especial decorrentes de relações trabalhistas ou de defeito do produto.

Quanto ao aspecto trabalhista, o próprio art. 710 do Código Civil menciona que não há *subordinação hierárquica* no contrato de distribuição, entre o fabricante e o distribuidor. Disso se concluiria estar afastada eventual tentativa de caracterização de vínculo empregatício entre o fabricante e o distribuidor pessoa física na execução do contrato de distribuição. Contudo, tal vínculo poderá ser reconhecido judicialmente se, na prática, ficarem demonstrados os requisitos caracterizadores de relação de emprego (art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho³³), sendo o contrato de distribuição mera *fachada* para mascarar essa relação.

A questão ganha ainda mais relevo na relação entre fabricante e distribuidor pessoa jurídica. Nessa hipótese, em especial quando há exclusividade na venda de produtos de um único fabricante, não raro é o empregado do distribuidor tentar engajar a responsabilidade subsidiária do fabricante, pelo pagamento de verbas trabalhistas eventualmente não pagas pelo seu empregador e também de indenizações. Entendemos que a mera relação contratual entre as partes não tem o condão de responsabilizar o fabricante pelas verbas não pagas pelo distribuidor aos seus funcionários ou pelo pagamento de qualquer tipo de indenização, em especial, pois não há no contrato de distribuição os requisitos do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho. De qualquer modo, se a prática das empresas apresentar tais requisitos, evidentemente que o fabricante poderá ser responsabilizado.

Em virtude do princípio *in dubio pro misero* ou *in dubio pro operario*, geralmente o fabricante exige a inclusão no contrato de distribuição de cláusula contratual estabelecendo que não haverá qualquer relação de emprego entre ele e os funcionários do distribuidor e que,

caso venha a sofrer qualquer demanda nesse sentido, o distribuidor compromete-se a assumir os custos do processo e a efetuar o pagamento de qualquer tipo de indenização.

Vale destacar que as cláusulas no contrato que autorizam o fabricante a indicar funcionários ao distribuidor, bem como possibilitando-lhe solicitar a dispensa de um funcionário, não devem ser interpretadas como indício de vínculo empregatício. O fabricante, por ter seus produtos colocados no mercado pelo distribuidor, em especial se ele for distribuidor exclusivo, tem interesse que o distribuidor mantenha em seus quadros funcionários bem qualificados e comprometidos com a distribuição, sendo perfeitamente compreensível tal tipo de estipulação. Todavia, nosso entendimento não é majoritário na Justiça Trabalhista, que por vezes interpreta esse tipo de cláusula como indício de hierarquia entre o fabricante e o funcionário do distribuidor.

Quanto aos danos oriundos do defeito do produto, inclusive os de natureza ambiental, normalmente se estabelece a integral responsabilidade do fabricante, salvo se o defeito decorrer da atuação do distribuidor, por exemplo, no estoque do produto ou na venda de produtos após seu prazo de validade.

Muitas vezes o distribuidor atua diretamente com o consumidor final do produto, o que impõe a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas suas relações com seus clientes. Essa legislação permite ao consumidor acionar todos os integrantes da cadeia de produção, inclusive o distribuidor, caso haja defeito no produto adquirido. Em contrapartida, o fabricante pode ser condenado por atos do distribuidor, em especial se houver na distribuição a prestação de serviços pelo distribuidor aos clientes finais, já que uma falha na prestação desses serviços pode causar danos ao cliente final, que, por sua vez, pode acionar diretamente o fabricante do produto.

Assim, importante estabelecerem-se regras para a responsabilidade de cada uma das partes e o fluxo de reembolsos, tendo em vista tratar-se naturalmente de um contrato de cooperação e de longa duração. Interessante, nesse sentido, possibilitar ao

distribuidor a compensação dos prejuízos comprovadamente sofridos por *culpa* do fabricante com os valores que deve pagar; e, ao fabricante, a possibilidade de aplicar multa ao distribuidor, caso este não o reembolse pelos prejuízos sofridos, nos prazos estabelecidos.

Em geral, não se aplica a cláusula limitativa do valor da indenização, nas hipóteses de responsabilidade trabalhista e de responsabilidade civil, decorrentes de defeito do produto ou de dano ambiental.

Por fim, não obstante decorrer de norma cogente, é aconselhável incluir-se no contrato a responsabilidade de cada uma das partes pelo recolhimento dos tributos incidentes, bem como o dever de indenizar a outra, caso esta venha a ser demandada por obrigação tributária ou administrativa da outra parte.

5.3.2 Cláusula de exclusividade

Conforme já analisado, a cláusula de exclusividade não é obrigatória no contrato de distribuição, e nem poderia ser, diante de sua atipicidade. A exclusividade, assim, depende de previsão contratual ou decorre da prática comercial do segmento – *usos e costumes*.

A exclusividade pode ocorrer de diversas formas: (i) obrigação do distribuidor de não comercializar produtos concorrentes dos fabricados pelo fabricante; (ii) obrigação do distribuidor de comercializar apenas os produtos adquiridos de terceiros indicados pelo fabricante; (iii) obrigação do distribuidor de comercializar somente os produtos fabricados pelo fabricante, mesmo que não concorrentes com aqueles objeto do contrato de distribuição; (iv) obrigação do fabricante de vender sua produção exclusivamente por intermédio do distribuidor; (v) direito do distribuidor de ser o único a comercializar o produto distribuído em determinada área ou em relação a determinados consumidores. Ainda, tais *exclusividades* podem ser pactuadas para determinadas áreas (territorial) e/ou por determinado tempo (temporal).

A *exclusividade* está sempre relacionada à divisão de mercado e vedação à ampla atuação do distribuidor ou do fabricante, razão pela

qual é constante a preocupação com as normas de direito concorrencial. Nesse sentido, já se manifestou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE que “a distribuição como estratégia das empresas é fator importante para a legislação antitruste na medida em que torna-se um instrumento restritivo ou limitativo das relações concorrenciais em dado mercado. O sistema de distribuição pode trazer eficiências econômicas justificáveis e, ao mesmo tempo, pode limitar a participação no mercado de outros fabricantes ou funcionar como barreira à entrada de novos entrantes” (FRANCESCHINI, 2000, p. 554).

No Brasil, não há posicionamento firme para a cláusula de exclusividade, pendendo nossos pretórios para a declaração de que não seriam ilícitas *per se*, mas devem ser analisadas sob o ponto de vista contratual e concorrencial. Se nessa análise for concretamente demonstrada a utilização abusiva da cláusula e os efetivos prejuízos auferidos pelo distribuidor ou fabricante, ela poderá ser declarada abusiva e ensejar perdas e danos.

Ainda, a quebra do dever de exclusividade, se considerada válida tal cláusula, gera direito à indenização ao distribuidor ou ao fabricante, desde que comprovados os prejuízos sofridos. Geralmente, os prejuízos são apurados de acordo com a quantidade de produtos vendidos – ou não vendidos – e a diferença entre o preço de compra e revenda desses produtos. Concedida a exclusividade, seja qual for sua natureza, e desrespeitada tal obrigação pelo fabricante ou distribuidor, a parte prejudicada tem o direito de rescindir o contrato ou forçar o cumprimento da cláusula, mediante ação cominatória, sem prejuízo de indenização por perdas e danos, em ambas as hipóteses (art. 475 do Código Civil).

A exclusividade pode impedir, inclusive, que o fabricante venda seus produtos diretamente ao consumidor, não podendo ele (fabricante) alegar que por razões concorrenciais está obrigado a vendê-los, porquanto o CADE já decidiu, reiteradas vezes, que “tratando-se de mercado de distribuição regulado por contratos de exclusividade, legítima é a recusa de venda direta por produtor em relação a atacadista não credenciado como distribuidor” e “embora a

conduta restrinja a concorrência em alguma medida, traz ela ganhos líquidos de eficiência no mercado que beneficiam, em última instância, o consumidor” (FRANCESCHINI, 2000, p. 1266).

Muitas vezes, havendo a exclusividade por parte do distribuidor, ele assume a obrigação de fazer as propagandas para a divulgação do produto no mercado final. Por vezes, os custos de *marketing* devem ser suportados exclusivamente pelo distribuidor, já considerada sua expectativa de lucro com a revenda dos bens; outras vezes, mesmo que não haja tal obrigação, o distribuidor tem esse interesse para aumentar suas vendas.

O contrato deve dispor se o distribuidor pode fazer ou não propagandas e quais os critérios para tanto. Se obrigado a fazer a propaganda, o contrato deve dispor se o distribuidor tem autonomia para estabelecer o melhor tipo de *marketing* ou se deve seguir orientação do fabricante e qual o valor a ser investido periodicamente. Mesmo possuindo o distribuidor autonomia para a campanha de *marketing*, quando é obrigado a fazê-lo ou quando pode fazê-lo, independentemente de cláusula contratual, ele deve respeitar a marca do fabricante, podendo este, inclusive, impedir a campanha, se a julgar prejudicial.

Entende Washington de Barros Monteiro (2007, p. 314) que o art. 713 do Código Civil impõe ao distribuidor as despesas relativas à propaganda dos produtos distribuídos, salvo disposição em contrário. Não interpretamos da mesma maneira; por não haver expressamente tal imposição ao distribuidor na norma mencionada, entendemos que, sendo omissa o contrato, o distribuidor não é obrigado a fazer propaganda dos produtos distribuídos, ficando ao seu livre-arbítrio sua realização ou não.

5.3.3 Cláusula de vigência e extinção

O contrato de distribuição pode ter prazo determinado ou indeterminado³⁴. Por sua natureza, entende-se que, seja ele determinado ou não, o prazo é geralmente longo, o que possibilita maior previsibilidade e segurança às partes, diminuindo o custo de transação de cada uma das partes.

Como o tratamento em caso de extinção é diferente para os contratos por prazo determinado e para aqueles por prazo indeterminado, alguns fabricantes estipulam prazos curtos, de modo a poderem extinguir o vínculo contratual e as responsabilidades existentes no caso de contrato por prazo indeterminado.

Devido, entretanto, à natureza do contrato, entendemos que a estipulação de prazos curtos, com possibilidade de reiteradas renovações, implica a nulidade da cláusula, impondo-se a adoção das regras aplicáveis aos contratos por prazo indeterminado. Isto porque as regras aplicáveis aos contratos por prazo determinado são mais brandas, em virtude da previsibilidade que existe quanto ao término do contrato; nas hipóteses de contratos com prazos curtos e renovações automáticas tal previsibilidade deixa de existir, impondo-se a aplicação das regras estipuladas para os contratos por prazo indeterminado.

O contrato de distribuição extingue-se de pleno direito pelo decurso do prazo determinado, sem que reste qualquer direito suplementar a cada uma das partes, salvo na hipótese acima mencionada. Assim, não encontra guarida qualquer pedido de indenização se a extinção do contrato se der no prazo estipulado, haja vista a possibilidade de cada uma das partes prever seu término.

Ainda, o contrato de distribuição pode se extinguir por rescisão, seja ela unilateral ou bilateral, não havendo, em regra, dever de indenização, tendo em vista a ausência de inadimplemento. Tratando-se de rescisão bilateral, é indiferente para o distrato ser o contrato por prazo determinado ou indeterminado, bem como haver ou não cláusula prevendo tal situação. A única exigência é que o distrato seja feito "pela mesma forma exigida para o contrato", conforme estabelece o art. 472 do Código Civil.

O mesmo não ocorre com a denúncia. Se o contrato for por prazo indeterminado, ele poderá ser rescindido, desde que "mediante aviso prévio de noventa dias" e que tenha "transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente", conforme o art. 720 do Código Civil. No mesmo sentido dispõe o

parágrafo único do art. 473 do Código Civil, ao estabelecer: “Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”.

Assim, encontramos dois requisitos distintos para a denúncia nos contratos por tempo indeterminado: aviso prévio de noventa dias e decurso de prazo suficiente para a recuperação dos investimentos. Note-se, ademais, que tais prazos não se confundem, já que possuem finalidades distintas. O período de aviso prévio tem por objetivo possibilitar à outra parte o redirecionamento de suas atividades, mediante a busca de novos parceiros, reestruturação de pessoal etc.; já o período para recuperação dos investimentos, como o próprio nome indica, tem por finalidade impedir que a parte perca os investimentos realizados para a consecução dos negócios.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar o Recurso de Apelação n. 1.071.886-0, decidiu que o mero desrespeito ao prazo de aviso prévio estipulado no art. 720, por parte do fabricante, gera direito a indenização a favor do distribuidor; o mesmo raciocínio pode ser adotado em favor do fabricante.

A esse respeito, vale citar trecho do acórdão proferido na Apelação n. 104.281-4, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelo Desembargador Aldo Magalhães, ainda sob a égide do Código Civil de 1916:

Ainda que a lei não o exija expressamente, o aviso prévio é reclamado pela boa-fé que há de informar os contratantes, tanto na celebração do contrato como em sua execução. E há de ser dado com a antecedência que permita ao distribuidor evitar prejuízos, redirecionando, se for o caso, os seus negócios e atividades. A razoabilidade ou não do prazo entre a denúncia e a rescisão do contrato há de ser sopesada tendo em conta, entre outros fatores, a duração do vínculo contratual e a relevância econômica maior ou menor do contrato em relação à atividade comercial do distribuidor”.

Quanto ao segundo requisito, qual seja, o decurso de prazo suficiente para a recuperação dos investimentos realizados pela outra parte, não é possível estabelecer-se um prazo fixo, variando tal lapso de acordo com o segmento e o valor investido. É comum nos contratos de distribuição que o distribuidor efetue significativos investimentos para iniciar suas atividades; tais investimentos são feitos em virtude da legítima expectativa que possuem de que irão recuperar tais valores após o decurso de certo prazo de vigência contratual.

Assim, se o fabricante denunciar o contrato antes do decurso desse prazo, deverá indenizar o distribuidor. No mesmo sentido, pode acontecer de um fabricante efetuar investimentos para conseguir vender a um distribuidor determinada quantidade de produtos, sendo que tais investimentos também decorrem da expectativa de que, com o passar do tempo, eles serão recuperados; assim, se o distribuidor quiser denunciar o contrato, terá que indenizar o fabricante. Tal conclusão, sem prejuízo do art. 720 e do parágrafo único do art. 473, também encontra seu fundamento na boa-fé objetiva, que veda a quebra à legítima expectativa (*culpa in contrahendo*).

O arbitramento do valor a ser indenizado, nessas hipóteses, não é simples. Primeiro, porque não é fácil identificar qual o percentual de lucro líquido na operação periodicamente, de modo a se estabelecer que certa quantia será utilizada para abater os custos de investimentos por determinado período; a questão piora se a operação for sazonal. Ainda, pode ser que o distribuidor ou fabricante tenha efetuado significativo investimento na aquisição de um ativo imobilizado, situação em que a indenização não pode ser equivalente ao valor do bem, pois tal ativo permanecerá com o adquirente; pode ocorrer que os investimentos possam ser utilizados em outros negócios do distribuidor ou fabricante e eventual indenização no valor total investido acarretará enriquecimento indevido da parte.

Diante da insegurança dessa situação, as partes normalmente estabelecem cláusula de retorno de investimento, pactuando qual será o valor da indenização, de acordo com o prazo decorrido; por exemplo: se houve decurso de prazo inferior a um ano, o valor da indenização será x ; se houve o decurso de um a dois anos, o valor da indenização será dois terços de x ; se decorreu lapso temporal entre dois e três anos, o valor a ser indenizado será de um terço de x ; não sendo devido qualquer valor se a denúncia ocorrer após o decurso de três anos de vigência do contrato.

Já se o contrato for por prazo determinado, em obediência ao princípio da força obrigatória dos contratos, somente poderá haver a denúncia se houver cláusula contratual que a estabeleça e mediante o respeito ao aviso prévio estabelecido. Na ausência de estipulação de aviso prévio, aplica-se, subsidiariamente, a regra do art. 720 do Código Civil, impondo que seja ele de noventa dias.

Contudo, intensa discussão ocorre quando o contrato por prazo determinado apenas estabelece prazo de aviso prévio, nada mencionando quanto ao prazo para recuperação dos investimentos. Alguns doutrinadores entendem que, diante da estipulação da possibilidade da denúncia e do aviso prévio, fica subentendida que a recuperação dos investimentos se dará nesse prazo; outros defendem que, por terem objetivos distintos, mesmo nos contratos por prazo determinado, a denúncia somente poderá ocorrer, sob pena de indenização, após o decurso do prazo para o retorno dos investimentos, analisado de acordo com o caso prático. No nosso entender, prevalece a primeira corrente; se há a previsão de rescisão unilateral, mediante determinado aviso prévio, a outra parte não terá qualquer surpresa com a denúncia do contrato, de modo que deveria avaliar melhor os investimentos feitos para a consecução do contrato. De qualquer modo, é sempre indicado que, mesmo nos contratos por prazo determinado, haja, além da previsão de aviso prévio, a estipulação de prazo a partir do qual a denúncia possa ocorrer.

Destaque-se, ainda, que nos contratos por prazo determinado, se constar cláusula de exclusividade, é importante que haja a

possibilidade de rescisão unilateral, sob pena de poder vir a ser considerado anticoncorrencial, já que “a exigência de exclusividade imposta aos distribuidores não ofende a concorrência quando o acordo for passível de rescisão por qualquer das partes” (FRANCESCHINI, 2000, p. 158).

Ademais, o contrato de distribuição pode se extinguir por rescisão – ou resolução voluntária –, ou seja, em virtude do inadimplemento de uma das partes, havendo, em regra, o dever de indenizar pela parte culpada pela rescisão, de acordo com o art. 475 do Código Civil supratranscrito, podendo as partes preestabelecer o valor da indenização em cláusula penal indenizatória ou compensatória, conforme acima mencionado.

Cabe, contudo, destacar que, mesmo culpada pela rescisão, pode ser que a parte tenha direito a receber indenização em virtude dos benefícios trazidos à outra parte no contrato, para se evitar o enriquecimento sem causa desta, de acordo com os arts. 884 e 885 do Código Civil³⁵. Aliás, a título ilustrativo, cabe salientar que tal ideia permeia o art. 717 do Código Civil aplicável ao contrato de agência, mas inaplicável ao de distribuição. Desse modo, mesmo que o distribuidor motive a rescisão, ele pode pleitear indenização, sob o fundamento de *enriquecimento sem causa*, em especial se trabalhou por longos anos para a abertura e inserção dos produtos no mercado.

A apuração de tal *benefício sem causa* também não é fácil, sendo possível e recomendável às partes pactuarem tal situação no momento da celebração do contrato de distribuição. Nesse sentido, Paula A. Forgioni leciona que “do rompimento unilateral do contrato de distribuição, ainda que motivado, não pode resultar a apropriação do trabalho e dos investimentos do distribuidor pelo fornecedor, sem que aquele receba a devida compensação” (2005a, p. 486).

Por fim, o contrato de distribuição pode se extinguir por resolução – ou resolução involuntária –, sempre que um evento externo à vontade das partes, tais como caso fortuito ou força maior, impossibilitar a continuidade do contrato. Ainda, pode ocorrer a resolução por onerosidade excessiva, nos termos do art. 478 do Código Civil³⁶, desde que preenchidos os quatro requisitos ali

estampados. Nessa hipótese, pode a parte favorecida pelo evento externo evitar a extinção do contrato, concordando com a modificação do contrato, de acordo com o art. 479 do Código Civil³⁷.

Diante da natureza do contrato de distribuição, é comum as partes estipularem cláusula de *hardship*, comprometendo-se a promover a renegociação de boa-fé do contrato, preservando as bases negociais que as levaram a celebrá-lo. Por vezes, as partes já estabelecem, inclusive, quais serão os critérios de revisão do contrato; por exemplo, repassar ao preço de venda eventuais aumentos nos insumos dos produtos, possibilitando seu repasse no preço de revenda pelo distribuidor.

5.4 Conclusão

A distribuição é o contrato pelo qual um fabricante se obriga a vender seus produtos a um distribuidor, com habitualidade e continuidade, para que este os revenda ao mercado, obtendo seu lucro de acordo com a diferença entre o preço de aquisição e o de revenda; e é um dos instrumentos contratuais de que o empresário dispõe para a colocação de seus produtos no mercado, pelo sistema triangular (fabricante/intermediário/consumidor).

A análise de suas particularidades nos permite diferenciá-lo dos contratos de franquia, agência, comissão, corretagem, representação comercial e fornecimento. Aproxima-se muito, por sua vez, do contrato de concessão mercantil ou comercial, do qual se diferencia somente pela ausência de obrigatoriedade de exclusividade e de legislação específica.

Trata-se, com efeito, de um contrato relacional, que pode ser classificado, ainda, como mercantil, sinalagmático, oneroso, consensual, não solene, nominado e atípico, podendo ser paritário ou de adesão.

Diante de sua atipicidade, desenvolveu-se na prática dos empresários, mostrando-se como um modelo de negócio eficaz para

o escoamento da produção, e nas orientações jurisprudenciais, fundamentadas nos princípios gerais de direito contratual. Além das normas gerais de direito contratual, aplicam-se ao contrato de distribuição os arts. 710, 713, 714, 715 e 720 do Código Civil. Por sua vez, não se aplicam aos contratos de distribuição os demais dispositivos do Capítulo XII do Título VI do Código Civil, nem as legislações específicas que tratam dos demais tipos de contratos utilizados no sistema triangular de colocação de produtos no mercado, tais como as leis de representação comercial, franquia e concessão comercial.

Como consequência de um desenvolvimento pautado nos interesses dos empresários, sem legislação específica norteando tais interesses, diversas questões ainda são controvertidas, tais como a determinação do preço pelo fabricante, a imposição de compra de quota mínima de produtos pelo distribuidor, a prestação de serviço de assistência técnica aos produtos pelo distribuidor, a fiscalização das atividades do distribuidor pelo fabricante, a utilização de subdistribuidores para a venda dos produtos e o grau de confidencialidade exigido dos contratantes, em relação às informações recebidas da outra parte.

Ainda, pelos mesmos motivos, as partes devem dispensar especial cuidado às cláusulas penais e de responsabilidade, de exclusividade e de vigência e extinção, pois, além de consequências civis, tais cláusulas podem atentar contra normas concorrenciais.

Por essas razões, não obstante algumas obrigações decorram da mera aplicação das normas gerais de direito contratual, recomenda-se a estipulação de cláusulas contratuais prevendo tais situações e como elas deverão ser tratadas, para que sejam consideradas válidas.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASES, José Maria Trepat. **Código Civil comentado – arts. 693 a 817**. Coord. Álvaro Villaça Azevedo, São Paulo: Atlas, 2003. v. 8.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não indenizar – chamada cláusula de irresponsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1947.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

FORGIONI, Paula. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005a.

_____. Tullio Ascarelli, a teoria geral do direito e os contratos de distribuição. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 137, p. 30-48. São Paulo: Malheiros, 2005b.

_____. **O posicionamento dos tribunais perante os contratos de distribuição (1980/2000)**. São Paulo: Núcleo de Pesquisa e Publicações da Escola de Administração de Empresas de São Paulo – Fundação Getúlio Vargas, 2001.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Direito da concorrência *Case Law***. São Paulo: Singular, 2000.

GOMES, Orlando; AZEVEDO, Antonio Junqueira de; MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações – 2ª Parte**. 35. ed. atual. Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 3.

VENOSA, Sílvio de Sálvio. **Direito civil: contratos em espécies**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 3 v.

1 Fábio Ulhoa Coelho (**Manual de direito comercial**, p. 443), devido à utilização em larga escala do vocábulo *distribuição*, para identificar contratos diferentes, apresenta classificação que distingue contratos de distribuição-aproximação – ou por conta do proponente –, como sendo aqueles regulados pelo Código Civil, nos arts. 710 a 721, e os contratos de distribuição-intermediação – ou por conta própria –, para aqueles contratos atípicos de compra e revenda de produtos.

2 Nosso conceito de contrato de distribuição aproxima-se muito da ideia de Fábio Ulhoa Coelho (**Manual de direito comercial**, p. 443), também defendida por Ricardo Negrão (**Manual de direito comercial e de empresas**, p. 287), para distribuição-intermediação, com a única diferença de que entendemos por aplicáveis alguns dispositivos do Capítulo XII do Título VI do Código Civil — arts. 710 a 721.

3 Fábio Ulhoa Coelho (**Manual de direito comercial**, p. 443) e Ricardo Negrão (**Manual de direito comercial e de empresas**, p. 287) entendem que concessão mercantil insere-se no tipo distribuição-intermediação.

4 A esse respeito, vale destacar a inaplicabilidade da Lei n. 8.955/94 aos contratos de distribuição.

5 Provavelmente referindo-se à distribuição-aproximação ou distribuição por conta do proponente, de acordo com a classificação de Fábio Ulhoa Coelho (**Manual de direito comercial**, p. 443).

6 A representação comercial é regida pela Lei n. 4.886/65, com as alterações feitas pela Lei n. 8.420/92, que não se aplica ao contrato de distribuição.

[7](#) Posteriormente alterada pela Lei n. 8.132/90.

[8](#) Sobre a evolução jurisprudencial no Contrato de Distribuição, ver a obra de Paula A. Forgioni, **O posicionamento dos tribunais perante os contratos de distribuição (1980/2000)**. Dentre as decisões que influenciaram o desenvolvimento desse tipo de contrato, importante frisar o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 78.051, em 27-8-1974, publicado na RTJ 72/881.

[9](#) É possível que o fabricante seja um empresário individual; entretanto, como tal situação geralmente se dá em atividades empresárias menores, não se encontra, na prática, a adoção da distribuição para a colocação de seus produtos no mercado.

A distribuição geralmente é utilizada por atividades empresárias de maior porte, explorada por sociedade empresária.

[10](#) "Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. 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."

[11](#) "Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir."

[12](#) "Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código."

[13](#) "Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio."

[14](#) Tal raciocínio não se aplica à distribuição de veículos terrestres, entendida por nós como concessão mercantil, que possui legislação especial (Lei n. 6.720/79, alterada pela Lei n. 8.132/90), conhecida como Lei Ferrari.

[15](#) "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."

[16](#) Não se aplicam ao contrato de distribuição os artigos do Código Civil referentes à estipulação em favor de terceiro, promessa de fato de terceiro e contrato com pessoa a declarar, bem como aqueles relativos aos contratos aleatórios e preliminares.

[17](#) "Art. 711. Salvo ajuste, o proponente não pode constituir, ao mesmo tempo, mais de um agente, na mesma zona, com idêntica incumbência; nem pode o agente assumir o encargo de nela tratar de negócios do mesmo gênero, à conta de outros proponentes."

[18](#) "Art. 712. O agente, no desempenho que lhe foi cometido, deve agir com toda diligência, atendo-se às instruções recebidas do proponente."

[19](#) Evidentemente fala-se aqui de independência administrativa e de gestão de negócios, já que é indiscutível a dependência econômica do distribuidor perante o fabricante, porquanto seu lucro está diretamente relacionado ao preço de aquisição dos produtos.

[20](#) "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."

[21](#) Sem prejuízo da regra do art. 715 do Código Civil, o distribuidor encontra proteção contra tais condutas na vedação ao abuso de direito, prevista no art. 187 do mesmo Código, que impõe a análise objetiva da conduta do ofensor, de acordo com o padrão esperado pelo mercado.

[22](#) O que possibilitará a reparação em perdas e danos, nos termos do art. 475 do Código Civil.

[23](#) O que possibilitará a reparação em perdas e danos, nos termos dos arts. 927 e 187 do Código Civil.

[24](#) "Art. 716. A remuneração será devida ao agente também quando o negócio deixar de ser realizado por fato imputável ao proponente.

Art. 717. Ainda que dispensado por justa causa, terá o agente direito a ser remunerado pelos serviços úteis prestados ao proponente, sem embargo de haver este perdas e danos pelos prejuízos sofridos.

Art. 718. Se a dispensa se der sem culpa do agente, terá ele direito à remuneração até então devida, inclusive sobre os negócios pendentes, além das indenizações previstas em lei especial.

Art. 719. Se o agente não puder continuar o trabalho por motivo de força maior, terá direito à remuneração correspondente aos serviços realizados, cabendo esse direito aos herdeiros no caso de morte.”

[25](#) Em uma época em que as informações cada vez mais são transmitidas por computador, não é raro encontrar cláusula que determine que certo tipo de informação somente pode ser transmitida de modo criptografado e que deverá ser arquivada com elevados critérios de segurança (antivírus, servidor próprio etc.).

[26](#) “Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.”

[27](#) “Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.”

[28](#) “Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.”

[29](#) Conforme explica José de Aguiar Dias (*in*: **Cláusula de não indenizar** – chamada cláusula de irresponsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 1947), tecnicamente é incorreto denominá-la desse modo, devendo ser chamada de cláusula limitativa ao valor da indenização, já que ela não tem por finalidade, e nem poderia, excluir a responsabilidade, mas sim limitar o valor da indenização. Contudo, o preciosismo terminológico, que neste caso não apresenta qualquer implicação prática, pode ser afastado em virtude da importância e interesse do tema, tratando-se as expressões como sinônimas.

[30](#) Nesse sentido, em regra, entendemos pela nulidade dessa cláusula nos contratos de adesão. Aliás, tal entendimento é ratificado pela própria interpretação do art. 424 do Código Civil, ao estabelecer que “nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”. Entretanto, excepcionalmente, mesmo nos contratos de adesão, tal cláusula poderá ser considerada válida se houver justificativa plausível (*causa*) para sua existência, a ser analisada no caso concreto,

trazendo benefícios para a parte tutelada pelo interesse público, no caso o aderente.

[31](#) Essa cláusula ofende a força obrigatória do contrato nas hipóteses em que possibilita a uma das partes o inadimplemento da cláusula essencial do contrato.

[32](#) Se uma das partes adota uma postura dolosa, que culmina na sua responsabilidade civil, não poderá ser aplicada a cláusula limitativa do valor da indenização, facultando-se à outra parte arguir a *exceptio doli* para afastar sua aplicabilidade. A equiparação da culpa grave ao dolo é historicamente aceita, havendo inclusive o brocardo latino *culpa lata dolo aequiparatur*, pois “se, na culpa, grave, não está presente o elemento subjetivo característico do dolo (a intenção ou a assunção do risco de produzir o resultado danoso), ela se equipara ao dolo por conta da intensidade da negligência, isto é, da gravidade da desatenção para com os interesses da contraparte ou do interessado” (AZEVEDO, **Novos estudos e pareceres de direito privado**, p. 431).

[33](#) “Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

[34](#) A Lei Ferrari, relativa à concessão comercial entre montadoras de automóveis e concessionárias, estabelece em seu art. 21 que “a concessão comercial entre produtor e distribuidor de veículos automotores será de prazo indeterminado e somente cessará nos termos desta Lei”, e em seu parágrafo único que “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”.

[35](#) “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.”

[36](#) "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."

[37](#) "Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato."

6 CONTRATO DE FRANQUIA EMPRESARIAL: A INSTRUMENTALIZAÇÃO DE UM NEGÓCIO FORMATADO

Flavio Lucas de Menezes Silva

Doutor em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP); mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP); especialista em Direito Ambiental pela PUCSP; especialista em Varejo pela FIA/USP; graduado pela Universidade Mackenzie.

Gabriele Tusa

Professor do Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVlaw; mestre em Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP); doutor em Direito Civil pela USP; diretor da Câmara de Comércio Brasil – Itália de São Paulo; árbitro do Tribunal Arbitral das Câmaras Europeias Reunidas (Eurocâmaras); advogado em São Paulo.

6.1 Introdução

Discorrer acerca do contrato de franquia de modo isolado seria certamente uma abordagem insuficiente. Com efeito, este modelo contratual é totalmente característico, mas sua compreensão só faz sentido no contexto em que ele funciona enquanto peça fundamental de estrutura maior. Franquia, em verdade, não se resume ao contrato, não é mero acordo de vontades, não é uma relação jurídica que a lei simplesmente disciplina: franquia é um modelo de negócio.

Como tal, o contrato que instrumentaliza sua celebração deve necessariamente levar em conta as obrigações que cada parte deve cumprir não apenas para atender ao outro contratante, em corriqueira leitura de adimplemento, mas para preservar o sistema,

sob pena de colocar em risco toda a estrutura que compõe o modelo de negócio.

Sob outro prisma do mesmo modo importantíssimo, a legislação sobre a matéria disciplina, com precisão, como se buscará demonstrar, os estágios que antecedem a celebração do contrato, sem contudo empregar a mesma ênfase na tutela dos interesses das partes no decorrer da respectiva execução. Tal constatação traz consequências que são próprias deste ambiente contratual e que não podem ser desprezadas. É com essas premissas que se justifica digressão acerca do contrato de franquia e das vicissitudes que permeiam sua celebração.

A franquia do negócio formatado, *business format franchising*¹, vem se estabelecendo de forma crescente nas últimas décadas e constituindo-se uma prática empresarial de enorme importância no cenário mundial, em razão do grande impacto econômico que promove no mundo globalizado.

A realidade cotidiana relativa ao universo da franquia empresarial demonstra que, não obstante o empenho de alguns juristas e estudiosos na investigação e análise de suas peculiaridades, resta ainda glosá-lo sob uma ótica diferenciada e de caráter interdisciplinar que inclui, necessariamente, a análise dos aspectos legais conectados ao impacto econômico do sistema sobre questões candentes atadas à globalização econômica e mundialização cultural atuais e, ainda, aos fundamentos filosóficos que lhe servem de terreno.

Assim, os capítulos que seguem apontarão de modo extensivo os elementos relativos ao contrato de franquia do negócio formatado. De um lado, como não poderia deixar de ser, estudar-se-á o *corpus* formador do contrato de franquia; de outro, os objetos que lhe são caros. Em particular, estudar-se-á a marca e o *know-how*, objetos centrais na constituição do referido instituto, sem os quais o contrato de franquia se descaracterizaria por completo.

6.1.1 Considerações gerais sobre o *franchising*.

Conceito de *franchising*. O *franchising* no Brasil e

a perspectiva econômica

No Brasil e no mundo, o sistema de franquia de negócio formatado antecede o surgimento de qualquer legislação específica. Há dados que noticiam o surgimento do *Business format franchising* no Brasil, mesmo que em estágio bastante incipiente, nos anos 1910, quando um fabricante de calçados, Arthur de Almeida Sampaio, propôs a alguns de seus representantes comerciais a instalação de lojas, com seus próprios investimentos, a serem identificadas com a marca *Calçados Stella*, que à época possuía grande apelo popular². Posteriormente, outras redes de *franchising* apareceram, como é o caso da Ducal – pouco lembrado por ter sua expansão prematuramente interrompida por questões financeiras –, mas é nos anos 1970 que o *franchising* dá as primeiras mostras de desenvolvimento sistemático no Brasil, com o surgimento de redes como Mister Pizza, Yázigi, Boticário, Água de Cheiro, McDonald's, entre outras.

Um dos principais marcos do período foi, sem dúvida, a criação de uma lei específica para a franquia empresarial no Brasil³ – Lei n. 8.955, de 15-12-1994, originária do Projeto de Lei n. 318/91, apresentado pelo então Deputado Magalhães Teixeira. Nesse aspecto, muito embora a Lei n. 8.955/94 receba críticas de doutrinadores de grande peso, deve-se considerar que a regulamentação da franquia no país, naquele momento, trouxe valiosa segurança aos investidores, o que contribuiu de forma decisiva para impulsionar o setor, favorecendo o crescimento da economia do país.

De acordo com o conceito trazido pelo art. 2º da referida lei,

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 semiexclusiva 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.

Com efeito, tal conceituação dá conta de uma segunda geração de franquia⁴ que foi amplamente difundida como *Business Format Franchising*, no Brasil traduzido por “franquia do negócio formatado”. Esta consiste em um sistema de gestão empresarial estruturado a partir de um modelo “formatado”, ou seja, um modelo já desenhado, testado e estabelecido. Nela o franqueador – detentor de marca consolidada, *know-how*, identidade corporativa etc. – transfere a seus franqueados toda a competência desenvolvida em tudo o que diz respeito à implantação e operação do negócio, geralmente objetivando o varejo⁵.

Não por acaso, a apreciação do modo de ser do instituto leva à conclusão de que a franquía empresarial de negócio formatado é multiplicação de um mesmo negócio de sucesso por meio da licença dos direitos de uso de outros bens imateriais de titularidade do franqueador, especialmente a transmissão de *know-how* de planejamento, implantação e administração do estabelecimento ao franqueado, que passará a integrar a rede de franquía. É a este tipo de negócio, em suma, que este capítulo se ocupa e ao qual dedica sua atenção, no sentido de melhor compreender os desdobramentos de tal instituto jurídico no mundo atual.

6.2 Formação e classificação do contrato

6.2.1 Aspectos da formação do vínculo contratual

6.2.1.1 Circular de Oferta de Franquia

A Lei n. 8.955/94 inspirou-se no texto legal denominado pelo Direito norte-americano *disclosure statute*, cujo objetivo é assegurar uma

maior transparência negocial por parte dos franqueadores em face daqueles interessados a integrar sua rede e, com isso, investirão seus recursos financeiros nos sistemas por eles desenvolvidos. Assim, no Brasil, é exigência legal para o processo de franqueamento, de conformidade ao art. 3º da Lei n. 8.955/94, a elaboração e divulgação do documento denominado Circular de Oferta de Franquia para os candidatos interessados a integrar a rede de franquias, de forma a proporcionar o acesso às informações pertinentes ao negócio franqueado.

A Circular de Oferta de Franquia deverá conter uma diversidade de informações, como, por exemplo: o histórico, forma societária, nome completo ou razão social, nome fantasia e endereço do franqueador, assim como de outras empresas a quem o franqueador esteja diretamente ligado; os balanços e as demonstrações financeiras relativas aos últimos dois anos; 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 de franquias ou o que possa impossibilitar de forma direta o funcionamento da franquias; descrição detalhada da franquias, descrição geral do negócio e das atividades que serão desempenhadas pelo franqueado; dentre outros.

Determina a Lei n. 8.955/94 que a Circular de Oferta de Franquia seja apresentada em linguagem clara e acessível e com antecedência mínima de dez dias do recebimento de qualquer importância pelo franqueador ou terceiro indicado por este ou da celebração de qualquer instrumento contratual. É a materialização do cumprimento do dever de informar, ou seja, fazer o *disclosure* total da empresa franqueadora e do negócio franqueado para o candidato a futuro franqueado.

O descumprimento de tal obrigação – entregar a Circular de Oferta de Franquia no momento adequado – é de tal ordem que o legislador optou por imprimir no parágrafo único do art. 4º da própria lei as consequências deste descumprimento, dentre as quais

estão previstas a anulabilidade do negócio e a devolução dos eventuais valores pagos a título de taxa de filiação e *royalties*, corrigidos pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança, mais perdas e danos.

Ora, a intenção do legislador no momento de criação da norma foi assegurar ao candidato as informações mínimas necessárias para a sua decisão e, para tanto, acertadamente fixou um prazo suficiente para que o candidato reflita sobre o negócio e procure colher os dados e depoimentos de outros franqueados da rede.

A entrega da Circular de Oferta de Franquia não se caracteriza como proposta⁶ e tampouco como aceitação do candidato à rede, não gerando expectativas para nenhuma das partes na celebração do contrato. Isto porque a entrega da Circular de Oferta de Franquia se configura como etapa meramente inicial das negociações, ou seja, a entrega prévia de documento informativo sobre a rede, em cumprimento a uma obrigação legal.

Com efeito, a Circular de Oferta de Franquia não é senão uma etapa vencida na cooperação empresarial que irá se formar entre franqueador e franqueado, mas que para um maior aperfeiçoamento depende, ainda, de melhor conhecimento de caráter personalíssimo, especialmente por parte do franqueador. O franqueado, por seu turno, após a análise das informações recebidas, decide-se por ingressar na rede ou não. Assim, na fase seguinte compete ao franqueador analisar com cautela se o candidato preenche os requisitos necessários, se tem perfil adequado para o ingresso no sistema, para daí tomar a decisão de aceitar ou não o candidato, outorgando a ele o direito a explorar a sua unidade franqueada.

6.2.2 O Contrato de Franquia Empresarial

É pacífico na doutrina moderna que contrato é um instituto jurídico do Direito Privado, celebrado por duas ou mais partes⁷, cujo sentido amplo assenta na celebração de negócio jurídico formado pelo concurso da vontade dos contratantes. Ainda se pode dizer, *stricto sensu*, que o contrato se forma pelo concurso da vontade dos contratantes produzindo, em sua perfeição, efeitos obrigacionais,

onerosos ou não, para as partes que o celebram⁸. Pacífica ainda é a doutrina que diz que o contrato é o instrumento jurídico, por excelência, da vida econômica moderna, dado que, conforme ensina Enzo Roppo, reflete sempre uma *realidade exterior a si próprio*⁹; isto é, está em consonância aos variados aspectos culturais em uso e não se configura um reflexo exclusivo do universo jurídico.

A análise que se faz da Lei Especial n. 8.955/94 leva em conta este novo estágio da economia e da sociedade, ao qual o direito dos contratos deverá reportar-se, para cumprir com aquilo que Miguel Reale chamou de Teoria Tridimensional do Direito e que, cerrando o foco, Enzo Roppo entende ser o reflexo da realidade externa presente no contrato¹⁰.

Destarte, estudam-se as características do Contrato de Franquia Empresarial sempre considerando a franquia de negócio formatado, quanto à previsibilidade deste instrumento contratual, bem como as obrigações de cada uma das partes quanto aos benefícios patrimoniais, exigências formais, cumprimento do contrato ao longo do tempo e obrigações autônomas, sempre sob um padrão de conduta orientado pela boa-fé, segundo a qual, conforme o art. 422 do Código Civil, "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Isto porque, se para as relações contratuais de um modo geral as obrigações advindas da boa-fé são consideradas como deveres secundários, nas relações de franquia exercem papel preponderante. Segundo a doutrina, é possível distinguir dois grupos de deveres anexos: os deveres de prestação e os deveres de proteção.

Já os segundos (deveres de proteção) dizem respeito à proteção de si mesmos e de seus bens contra quaisquer prejuízos evitáveis durante o processo da prestação¹¹. São deveres que independem da vontade das partes de uma relação e surgem desde o primeiro contato realizado, na seara dos deveres pré-contratuais.

Na franquia, existem os exemplos de deveres de prestação e de deveres de proteção, o que torna o estudo do instituto da boa-fé aplicada ao sistema de *franchising* ainda mais relevante. Como

exemplos de tais deveres, podem-se citar, de um lado, o do franqueador de repassar ao franqueado os novos métodos desenvolvidos para melhorar o desempenho da atividade franqueada, de outro, o dever do franqueado de guardar sigilo sobre atos ou fatos a respeito dos quais teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares; e, ainda, o seu dever de não praticar atividade concorrente à do franqueador utilizando o *know-how* dele adquirido após a extinção do contrato.

Com efeito, a relação entre o franqueador e o franqueado demanda uma colaboração e respeito mútuo entre as partes durante todas as etapas (preliminares ao contrato, durante a execução do contrato e após o término do contrato), que são caracterizadores do negócio. Assim, os deveres ou padrões de conduta esperados destinam-se a preservar o bom andamento e conclusão do contrato tal como exige a boa-fé.

6.2.2.1 O contrato preliminar

Há na doutrina diversas denominações para o instituto do contrato preliminar, tais como pré-contrato, promessa de contrato, compromisso ou contrato preparatório¹², este adquirindo maior relevância nos últimos anos, principalmente com o advento do Código Civil de 2002.

Conforme ensina Orlando Gomes, são duas as principais teorias que explicam a natureza do contrato preliminar:

Para a primeira, é o contrato que tem por fim obrigar as partes a celebrar outro contrato. Para a segunda, o contrato de execução subordinado à vontade de um ou dos dois contratantes, para que outro produza seus normais efeitos¹³.

De acordo com a primeira teoria, o contrato preliminar é um *pactum de contrahendo* – como designado no Direito Público internacional

–, isto é, o tratado firmado. Tal como registra Hildebrando Acioli,

a designação de *pacta in contrahendo* aplica-se a acordos que estipulam para as partes a obrigação de negociar uma convenção ulterior sobre o objeto determinado, embora não comportem, necessariamente, a obrigação de se chegar ao resultado previsto e nem sequer a de se chegar à conclusão de um acordo qualquer¹⁴.

Desta forma, aquele que firma contrato preliminar *obriga-se a emitir a necessária declaração de vontade e a praticar os indispensáveis atos de conclusão de outro contrato que projetou realizar*¹⁵. Orlando Gomes, examinando esta teoria, aponta duas críticas que, em sua opinião, explicam a sua fragilidade. Admitindo-se que a função do contrato preliminar é a celebração do contrato definitivo, alguns doutrinadores entendem que ele nada mais é do que uma “entidade supérflua” e sua estipulação não passa de desnecessário rodeio¹⁶.

Alguns institutos jurídicos, entretanto, já comprovaram a indispensabilidade do contrato preliminar para que o negócio jurídico principal se efetue, dentre os quais o exemplo clássico é a promessa de compra e venda, especialmente útil para possibilitar à parte compradora um período necessário para a averiguação da regularidade do imóvel e da situação do vendedor mediante certidões, evitando-se a configuração de fraude à execução ou contra credores.

No caso do *Business format franchising*, o contrato preliminar também é fundamental. Isto porque durante a vigência do contrato preliminar o franqueador terá reais condições para avaliar a compatibilidade do promissário franqueado à rede, assim como sua aptidão para a operação do negócio. Fica evidente que o franqueador deverá, muito antes da assinatura do contrato preliminar ou de qualquer outro instrumento que venha a produzir maior vinculação, avaliar o perfil do candidato. Mas, a experiência

tem demonstrado que os resultados dessas avaliações preliminares, em alguns casos, não chegam a se confirmar na prática. Além disso, essa etapa que antecede a assinatura do contrato definitivo servirá para a localização de ponto comercial compatível com a atividade da rede, para a construção ou adaptação do imóvel escolhido, e, em especial, para dar início à transmissão do *know-how* mediante treinamentos, entre outras providências preparatórias.

A segunda crítica diz respeito à inexistência de interesse prático do contrato preliminar pela aplicação da regra *nemo praecise cogi potest ad factum* para a eficácia das obrigações, ou seja, a recusa do devedor de determinada obrigação não cumprida deve ser convertida em obrigação de indenizar, não podendo ser o devedor compelido a cumprir especificamente o prometido¹⁷. Entretanto, esta teoria acabou sendo superada com a vigência do Código Civil de 2002, cujo art. 464 passou a possibilitar a supressão da vontade da parte inadimplente, tornando o contrato preliminar definitivo¹⁸.

Já para os partidários da segunda teoria que explica a natureza do contrato preliminar, considera-se que o contrato definitivo já está compreendido no contrato preliminar e, conseqüentemente, não há a necessidade de nova oferta ou nova aceitação. Assim, explica Orlando Gomes,

a segunda teoria vê no pré-contrato o acordo de vontades que subordina a conclusão do contrato definitivo à condição meramente potestativa. Dependeria este da condição *si volet*, concluindo-se somente se as partes o quiserem¹⁹.

Esta teoria é reforçada pela previsão legal de que o contrato preliminar deverá conter as obrigações principais e condições do contrato de franquia, para, *ad fidei*, estabelecer liame com o Código Civil, que em seu art. 462 estabelece: "O contrato preliminar, exceto quanto à sua forma, deve conter todos os requisitos essenciais do

contrato a ser celebrado”. Assim, os requisitos de validade do contrato preliminar são, nos termos do art. 104 do Código Civil em vigor, exatamente os mesmos exigidos para a validade de qualquer ato jurídico, isto é, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita e não defesa em lei.

Apesar de a segunda teoria ser menos difundida no Brasil, parece acertada a sua aplicação para os contratos de *franchising*, justamente pelas características singulares das relações de franquia. Com efeito, tem-se que a Circular de Oferta de Franquia deverá, nos termos do inciso XV do art. 4º da Lei n. 8.955/94, manter o modelo padrão de Contrato de Franquia Empresarial, de maneira que o candidato, antes de assinar o contrato preliminar, terá ciência de todas as condições e obrigações a serem assumidas.

Nas situações em que as partes, por qualquer motivo que seja, não celebrarem o contrato definitivo, bastará, portanto, o início de operação da sua unidade franqueada para que o franqueado tenha a sua vontade externada. Por outro lado, o reconhecimento por parte do franqueador do início do funcionamento da unidade franqueada, mediante a divulgação da unidade aos demais membros da rede ou da inserção do endereço da nova unidade na página de Internet da rede de franquia, ou, ainda, mediante a cobrança de *royalties* e o fornecimento de mercadorias exclusivas da rede, é suficiente para manifestar a sua vontade. Dessa maneira, a partir do momento em que as partes cumprem as obrigações previstas no contrato preliminar e tem início a operação da unidade franqueada, um novo contrato só servirá para conforto das partes, pois as obrigações e os direitos de ambas as partes já estarão selados.

6.2.2.2 Natureza jurídica do contrato de franquia empresarial

Na opinião de Adalberto Simão Filho, apoiado no conceito adotado pela Lei n. 8.955/94, o *franchising* se enquadra como um sistema, sendo que para este autor

a conceituar o instituto de *franchising*, o legislador optou, acertadamente, a nosso ver, não por apresentá-lo como um simples contrato (...) mas como verdadeiro e absoluto sistema de franquia empresarial²⁰.

Parece, no entanto, que o legislador pátrio procurou imprimir características práticas do instituto ao elaborar a definição de franquia empresarial; mas, dada a natureza jurídica imbuída nas relações de franquia, é inegável que estas constituem natureza contratual. Nesse sentido, Adriana M. Theodoro de Mello²¹ explica que o sistema instituído pela Lei n. 8.955/94 nada mais é que seu objeto, ou seja, o conteúdo econômico que a relação obrigacional instrumentaliza, haja vista que é a função econômica²² que predomina na determinação da definição do *franchising*.

Com efeito, os contratos de *franchising* são negócios jurídicos cuja função predominante é econômica ou, nas palavras de Orlando Gomes, são aqueles “praticados para que a vida econômica flua na multiplicidade de suas vicissitudes”²³.

O franqueado busca, por sua vez, obter no *franchising* uma vantagem competitiva no mercado que não obteria sem o amparo da figura do franqueador e da rede. O *franchising* surgiu como um novo método de distribuição e comercialização para incentivar e facilitar a venda de certos produtos²⁴, além de uma oportunidade para que empresários inexperientes tenham o seu próprio negócio, aproveitando-se da experiência administrativa e empresarial do franqueador e de uma marca já consolidada no mercado²⁵.

Disso decorre a natureza jurídica bastante complexa do contrato de franquia empresarial, haja vista a proximidade que mantém com outros institutos jurídicos, devendo ser analisado como um amálgama de outros modelos contratuais.

Nesse mesmo sentido, Waldirio Bulgarelli reconhece no *franchising* uma figura “decorrente de novas técnicas negociais, no campo da distribuição e venda de bens e serviços”²⁶. Para Fran Martins, “o contrato de franquia compreende uma prestação de serviços e uma

distribuição de certos produtos²⁷. Além da prestação de serviços e da distribuição, outros autores identificam no contrato de *franchising* elementos dos contratos de compra e venda, licença de marcas, mandato mercantil, comissão mercantil, concessão comercial, sociedade, *know-how* e até representação comercial, entre outros²⁸.

Sem dúvida, considerando a evolução do instituto até chegar no atual modelo, *Business Format Franchising*, não se trata mais de uma simples distribuição de produtos ou uma simples licença de uso de marca. Como bem observou Fábio Ulhoa Coelho, a transmissão da forma de organização de empresa tornou-se indispensável nas franquias modernas e, conseqüentemente, estão implícitos os contratos de *engineering, management, marketing*, licenciamento de bens e direitos de propriedade intelectual, eventual fornecimento de mercadorias e de assistência técnica. Mas o contrato de *franchising* é ainda mais amplo. Ele compreende, nas palavras de Gladston Mamede, a *exploração mercantil do aviamento, da vantagem (ou benefício) de mercado*²⁹ do franqueador pelo franqueado, ou seja, o empresário ou a sociedade empresária, em lugar de desenvolver um aviamento próprio, contrata, por meio do *franchising*, a cessão do aviamento de terceiro (franqueador), mediante o pagamento de retribuição (*royalties*)³⁰.

Assim, fundamentalmente, os contratos de *franchising* são contratos mistos, ou seja, resultantes de um apanhado de variados modelos contratuais, mas cujo resultado deve proporcionar aos franqueados uma vantagem de mercado, independentemente de dispositivo contratual em tal sentido. E essa vantagem, conforme se apresentará de modo extensivo em item adiante, é obtida graças à transmissão do *know-how* do franqueador ao franqueado; esse último, elemento essencial para a configuração de um contrato de *Business Format Franchising*.

6.2.2.3 Classificação

O contrato de franquia empresarial pode ser classificado como negócio jurídico bilateral, oneroso, comutativo, consensual, formal e

solene, principal, de execução continuada ou de duração, atípico e nominado, por adesão e de integração e colaboração.

6.2.2.3.1 Bilateral

Para a ampla maioria da doutrina, o contrato de franquia empresarial é classificado como bilateral, isto é, ele produz obrigações para ambas as partes, franqueador e franqueado; ao contrário, os contratos unilaterais são aqueles que geram obrigações para apenas uma das partes contratantes³¹.

O contrato de *franchising* gera para o franqueado uma série de obrigações com o objetivo de garantir a padronização de seu estabelecimento à rede, proporcionando ao consumidor os mesmos produtos e serviços em qualquer unidade do sistema à qual se dirija. Dessa forma, o franqueado deve, entre outras obrigações, respeitar o padrão de atendimento aos clientes estabelecido previamente pelo franqueador da rede e adquirir os produtos e insumos dos fornecedores indicados pelo franqueador, como medida necessária para garantir a padronização das unidades franqueadas. A operação da unidade franqueada deve ser realizada também em conformidade com os métodos de operação e o *know-how* do franqueador, inclusive os novos métodos desenvolvidos durante a vigência do contrato.

O franqueador não se resume ao papel de "mero titular de patente ou registro de marca ou modelo industrial"³² ou de fornecedor de mercadorias, como acontecia nos modelos ancestrais de franquia. Com efeito, o franqueador deve garantir o uso dos direitos de propriedade intelectual licenciado aos franqueados, transmitir o seu *know-how* e prestar continuamente todo o suporte e a assistência técnica, mercadológica, de *marketing*, de *engineering*, dentre outros previstos na Circular de Oferta de Franquia, no contrato preliminar e no contrato de franquia definitivo. Além das obrigações previstas nos referidos instrumentos³³, o franqueador também se compromete com o aperfeiçoamento da rede, devendo zelar para a proteção e o desenvolvimento dela, extravasando os limites da relação jurídica "franqueador-franqueado".

Logo, o franqueador deve assumir um controle centralizado de um e de todos os franqueados, pois, sem esse controle, o sistema e a rede de franquia poderiam rapidamente perder a sua identidade³⁴. Assim, embora seja fundamentalmente uma relação contratual entre franqueador e franqueado, Martin Mendelsohn reconhece nela o envolvimento de duas outras partes que não figuram no contrato: "... as outras partes são, primeiramente, todos os outros franqueados da rede de franquia e, em segundo lugar, o público consumidor"³⁵. A percepção da responsabilidade do franqueador e também dos próprios franqueados em relação aos demais surge do fato de que cada ação ou omissão individual, dentro da rede, afeta positiva ou negativamente todos os demais franqueados.

Nessa acepção, Thomaz Saavedra defende que os contratos de *franchising* são plurilaterais em função da "objetivação" do contrato, teoria proposta por Enzo Roppo, segundo a qual

o contrato estipulado entre vários sujeitos não esgota a sua função no constituir e regular relações jurídicas patrimoniais entre eles, mas realiza uma função mais ampla, relevante, ou seja, a função de dar vida diretamente a uma complexa organização de homens e meios, que adquire uma objetividade autônoma em relação ao contrato e às relações contratuais de que emerge, a que, por assim dizer, transcende³⁶.

Com efeito, a relação existente entre os franqueados de uma mesma rede não possui condão contratual, apesar de as partes estarem ligadas por interesses comuns. O cumprimento das obrigações assumidas por cada franqueado é exigível somente pelo franqueador, e por força contratual, mas poderá, aquele que prejudicar outro franqueado da rede, responder pela prática de ato ilícito, com fundamento no art. 186, que trata da responsabilidade *aquiliana*, de natureza extracontratual³⁷, combinado com o art. 927 do Código Civil.

A importância prática da classificação do contrato de *franchising* como bilateral é, sobretudo, em função da aplicação do princípio da exceção do contrato não cumprido – *exceptio non adimpleti contractus* – que se acha consagrada pelo art. 476 do atual Código Civil, permitindo que “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

6.2.2.3.2 Oneroso

Há unanimidade quanto à onerosidade do contrato de *franchising*, pois nele as partes contratantes visam proveito ou vantagens econômicas mútuas e, para isso, impõem-se encargos em benefício recíproco, o que não ocorre nos contratos gratuitos, nos quais uma só das partes obtém proveito.

Assim, conforme Fran Martins, *a onerosidade resulta do proveito que as partes têm na franquia*³⁸. Adriana M. Theodoro de Mello ressalta que a onerosidade está na fórmula através da qual “se estabelecerá a participação de cada um dos contratantes nos resultados positivos da parceria empresarial”³⁹. Para o franqueado, “o benefício de compartilhar da clientela do franqueador e de um conjunto de conhecimentos experimentados e extremamente úteis para a atividade empresarial desenvolvida”⁴⁰ e para o franqueador as remunerações previstas no contrato, que normalmente correspondem a uma taxa inicial de filiação e taxas mensais, denominadas *royalties*.

Com efeito, não resultam de pouca monta as vantagens adquiridas pelo franqueado ao ingressar em determinada rede e fazer uso da licença de marca consolidada e de prestígio no mercado, ter acesso ao *know-how* oferecido pelo franqueador, entre outras vantagens que o sistema oferece aos seus integrantes. Em contrapartida, o franqueador, além das remunerações diretas ajustadas contratualmente, pode receber remunerações indiretas, como é o caso das redes em que o franqueador também é o fornecedor principal ou exclusivo de mercadorias, com o que terá com a expansão da rede um aumento dos canais de distribuição de seus produtos.

6.2.2.3.3 Comutativo

O contrato de franquia empresarial é também comutativo, isto é, às prestações correspondem contraprestações equivalentes, que são previamente conhecidas por ambas partes. Mesmo que não exista garantia por parte do franqueador quanto ao sucesso do franqueado, pois há diversos fatores que influenciarão para o sucesso ou insucesso da unidade franqueada, não se pode equivaler essa falta de garantias à incerteza quanto ao direito à prestação, elemento esse essencial para os contratos aleatórios.

Assim, em sentido contrário ao dos contratos comutativos, os contratos aleatórios são aqueles em que há uma incerteza para as duas partes sobre se a vantagem esperada será proporcional ao sacrifício. No caso dos contratos de *franchising*, essa proporcionalidade é ainda mais perceptível, pois a ampla maioria das redes adota sistemas de remuneração do franqueador proporcionais ao faturamento da unidade franqueada, ou seja, o preestabelecimento de percentual sobre o faturamento da unidade franqueada.

6.2.2.3.4 Consensual

Os contratos de *franchising* dependem apenas da manifestação de vontade das partes para o seu aperfeiçoamento, não exigindo a entrega da coisa objeto da relação para sua formação, como ocorre nos contratos reais. Estes últimos, além do consentimento das partes, exigem a entrega da coisa para a perfeição, sendo sua principal consequência a de não gerar a obrigação de entregar a coisa, uma vez que a formação do contrato só se opera no momento da tradição⁴¹.

6.2.2.3.5 Formal e solene

Na opinião da grande maioria de doutrinadores, contrato formal é sinônimo de contrato solene e ambos dizem respeito à necessidade de formalidades para a sua formação. A jurista Maria Helena Diniz explica que

os contratos solenes ou formais consistem naqueles para os quais a lei prescreve, para a sua celebração, forma especial que lhes dará existência, de tal sorte que, se o negócio for levado a efeito sem a observância da forma legal, não terá validade⁴².

Parece que o legislador pátrio optou por diferenciar os contratos formais dos solenes ao colocá-los separadamente dentre as hipóteses de nulidade de negócio jurídico, nos termos do art. 166 do Código Civil.

Desta forma, é apropriado fazer distinção entre esses dois contratos: o contrato formal está relacionado à maneira de formalização do contrato, se escrito ou verbal⁴³; enquanto o contrato solene está relacionado às formalidades que devem acompanhar determinados negócios.

No caso dos contratos de *franchising*, verifica-se a exigência de forma escrita e de solenidade para a sua validade. Com efeito, o art. 6º da Lei n. 8.955/94 exige que o contrato seja escrito e assinado na presença de duas testemunhas, logo, trata-se de contrato formal e solene, sendo que a inobservância desses requisitos acarretará a nulidade do contrato, em consonância com os arts. 104 e 166 do Código Civil.

6.2.2.3.6 Principal

O contrato de *franchising* também se configura como principal, ou seja, tem existência própria, autônoma. Ao passar a integrar um sistema de *franchising*, o franqueado poderá deparar-se com alguns contratos coligados ao contrato de *franchising*, entre os quais os contratos de fornecimento, o contrato de locação e os contratos de prestação de serviços e que, juntos, estabelecem uma relação jurídica complexa.

A existência dos contratos coligados não depende do contrato principal, o que ocorre é que, por disposição contratual e manifestação livre de vontade das partes contratantes, a rescisão do

contrato de *franchising* implica, automaticamente, a rescisão dos demais contratos.

6.2.2.3.7 Execução continuada ou de duração

Os contratos de *franchising* são de execução continuada ou de duração, isto é, as obrigações assumidas pelas partes renovam-se sucessivamente. Assim, durante toda a vigência do contrato, o franqueador presta continuamente ao franqueado o suporte e a assistência previstos nos instrumentos de franquia, tais como: licença de uso de marca, consultoria na administração do negócio, *know-how*, *marketing*, entre outros. O franqueado, por seu turno, deverá também, de forma continuada durante a vigência do contrato, realizar o pagamento de todos os valores acordados – entre eles, o pagamento de *royalties* –, bem como respeitar os padrões estéticos estabelecidos para a rede e os termos e condições contratuais, dentre outros.

6.2.2.3.8 *Intuitu personae*

Uma característica essencial do contrato de *franchising*, sem dúvida, é o seu caráter personalíssimo, ou *intuitu personae*, como preferem alguns. Nas relações de *franchising*, o franqueador deve buscar entre os candidatos interessados aquele que melhor desempenhará as atividades de franqueado.

A própria legislação que trata da matéria (Lei n. 8.955/94) impõe ao franqueador a obrigação de informar na Circular de Oferta de Franquia o perfil de “franqueado ideal” e os requisitos quanto ao envolvimento direto do franqueado na operação e na administração do negócio. O caráter personalíssimo dos contratos de *franchising* justifica as restrições impostas pelas redes para a cessão de posição contratual do contrato de franquia, assim como para qualquer modificação na composição societária ou no controle acionário da empresa que será constituída pelo franqueado.

6.2.2.3.9 Atípico e nominado

A ampla maioria da doutrina entende que os contratos atípicos distinguem-se dos contratos típicos porque estes últimos inserem-se

numa figura que tem disciplina legal, ou seja, encontram regulamentação específica dentro do ordenamento jurídico, enquanto os contratos atípicos não são regulados ou disciplinados por norma legal.

Para muitos autores, o contrato típico é sinônimo de contrato nominado, a exemplo de Orlando Gomes, para quem “os contratos típicos também são chamados nominados, e os atípicos, inominados”⁴⁴. Todavia, essa definição não é pacífica na doutrina, pois para alguns os contratos nominados são aqueles que recebem denominação própria e, por sua vez, são chamados de contratos inominados aqueles que não recebem um *nomen juris*⁴⁵.

Assim, pode um contrato ser nominado e atípico, quando o contrato recebe um *nomen juris* no ordenamento e, apesar disso, nele não encontrar uma regulamentação específica; assim como pode ser o contrato inominado e típico, ou seja, quando existe certa regulamentação no ordenamento e, todavia, não é atribuída denominação ao contrato⁴⁶.

O contrato de *franchising*, muito embora tenha regulamentação própria, é um contrato atípico⁴⁷, pois a Lei n. 8.955/94 é totalmente omissa no tocante ao conteúdo do contrato⁴⁸. A referida lei, em seu art. 1º, traz expressamente a nomenclatura desses contratos, “contratos de franquia empresarial”, e, portanto, evidentemente correspondem aos contratos nominados aqui considerados.

6.2.2.3.10 Por adesão

As regras de *franchising* impõem ao franqueador o dever de fornecer previamente o modelo de contrato-padrão aos candidatos interessados, que deve ser homogêneo para todos eles. Some-se a isso a necessidade de organização da rede, para garantir aos consumidores serviços padronizados, de modo a inibir a concessão de condições especiais e privilegiadas para um ou outro franqueado. Diante de tudo isso, parece inevitável que o contrato de *franchising* receba o rótulo de contrato de adesão, o que a nosso ver, compartilhando da posição de Humberto Theodoro Júnior e Adriana M. Theodoro de Mello⁴⁹, é um equívoco.

É mister ressaltar que a existência de uma distinção entre o contrato *por adesão* e o *de adesão* não encontra acolhida pacífica na doutrina, sendo para muitos doutrinadores expressões com o mesmo significado, restritas portanto a uma questão meramente semântica⁵⁰. Apesar de bastante tênue, há uma distinção muito importante entre esses dois tipos contratuais. O contrato de adesão é aquele no qual uma das partes contratantes impõe à outra um contrato pronto, rígido e predeterminado, sem oferecer-lhe a oportunidade de discutir ou modificar o conteúdo. Há, assim, uma aceitação em bloco das cláusulas contratuais pela parte aderente e não existe nesse tipo de relação a opção de recusa de contratar, diferentemente do contrato por adesão, no qual mantém-se a dificuldade de impor alterações quanto ao seu teor, mas o destinatário da proposta não está forçado a contratar⁵¹.

Humberto Theodoro Júnior e Adriana M. Theodoro de Mello⁵², recorrendo aos ensinamentos de Silvio Rodrigues, explicam que para a caracterização de um contrato como sendo “de adesão”, este deve conter cumulativamente os seguintes elementos: a) a necessidade de contratação por parte de todos ou por um número considerável de pessoas; b) o ofertante deve desfrutar de um monopólio de direito ou de fato; c) é necessário que os interesses em jogo o permitam, como na oferta dirigida a uma coletividade.

É justamente o que ocorre nos contratos de franquias empresariais. O candidato interessado em se tornar franqueador poderá optar por inúmeras redes, nos mais variados segmentos. Caso o candidato discorde das condições apresentadas por determinado franqueador, poderá contratar com outro.

6.2.2.3.11 Integração e colaboração

Os contratos de *franchising* são também negócios jurídicos de integração econômica entre empresários e de colaboração.

Segundo a definição de Adriana M. Theodoro de Mello,

são chamados contratos de integração aqueles que viabilizam a organização de uma atividade econômica através de políticas comerciais sincronizadas, que combinam eficácia e disciplina, e que submetem a existência e manutenção de uma das partes à própria duração do vínculo jurídico⁵³.

Assim, para a doutrina, o principal elemento caracterizador de um contrato de integração é a existência de uma “subordinação”, um controle exercido pelo franqueador em relação às empresas que integram a sua rede de franquia, com o objetivo de garantir a sua identidade e o padrão de qualidade dos serviços e produtos oferecidos ao público consumidor. Esse “controle” é o que permite que os integrantes da rede usufruam seu sucesso e estabeleçam uma vantagem sobre os concorrentes. O instrumento para que o franqueador exerça esse controle dentro da estrutura organizacional da rede é o contrato de franquia.

Mas esse controle não caracteriza a perda da autonomia jurídica e administrativa do franqueado, que necessariamente será um empresário independente, e deve ser tratado como um igual pelo franqueador. Com efeito, em tais estruturas, apesar de se oferecer serviços e produtos idênticos aos do franqueador e de outros estabelecimentos franqueados, os franqueados arcarão com o risco do seu próprio negócio⁵⁴, como empresários independentes que são.

Ademais, o contrato de *franchising* qualifica-se como um contrato de colaboração ou cooperativo, no qual as partes concorrem visando atingir um mesmo fim econômico, mediante a união das prestações devidas pela partes. A colaboração, no caso do *franchising*, extravasa o binômio franqueador-franqueado e contamina todos os integrantes da rede, não obstante caiba ao franqueador o dever de zelar pelo interesse coletivo⁵⁵, devem todos os participantes em relação aos demais agir de forma cooperada e solidária.

6.2.3 Elementos do contrato de franquia empresarial

O conceito de franquia de negócio formatado é entendido como multiplicação de um negócio de sucesso por meio da transmissão de

know-how, da licença dos direitos de uso de outros bens imateriais de titularidade do franqueador e do acesso a uma clientela fiel à marca, a terceiros aprovados pelo franqueador, originando estabelecimentos empresariais franqueados que irão explorar o negócio franqueado e integrar a rede de franquia.

A proposta deste item é discorrer sobre os elementos imateriais⁵⁶, oriundos da produção industrial e artística e estender e iniciar a análise do próprio contrato de franquia, para entender corretamente tanto o seu objeto, funções e conteúdo como, principalmente, a forma de proteção jurídica a ser articulada, considerando a sua perspectiva econômica, a imaterialidade do sistema, a rede de franquia, a clientela e a concorrência.

6.2.3.1 Marca

No *franchising*, grande parte da doutrina reconhece na marca um elemento essencial, sendo impossível imaginar um sistema que não possua uma marca forte e reconhecida pelo público consumidor, pelo que se parte agora para a definição da marca, a maneira pela qual o titular adquire direitos sobre a marca e os respectivos tipos de sua apresentação e funções.

São inúmeros os conceitos atribuídos pela doutrina à marca. Contudo, carece pontuar de maneira genérica e conforme recomenda a Lei da Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/96) que marca é todo sinal distintivo visualmente perceptível não compreendido nas proibições legais. Em seu *Tratado de propriedade industrial* Gama Cerqueira definiu marca como “todo sinal distintivo aposto facultativamente aos produtos e artigos das indústrias em geral para identificá-los e diferenciá-los de outros idênticos ou semelhantes de origem diversa”⁵⁷.

A principal função da marca é possibilitar ao consumidor a identificação e associação de um produto ou serviço a características específicas ou a uma empresa, possibilitando, inclusive, diferenciá-los de outros produtos ou serviços concorrentes. Nesse sentido, a função identificadora seria a principal, enquanto a função distintiva seria secundária. Tanto a função identificadora quanto a função

distintiva guardam a sua importância para o negócio franqueado e, por consequência, para o estabelecimento empresarial franqueado.

Sob o ponto de vista do franqueado, seu investimento remunera um negócio já consolidado caracterizado por uma marca forte aos olhos do consumidor, aproveitando toda a experiência de mercado e solidez alcançada pelo franqueador. Em outro sentido, sob o ponto de vista do franqueador, verifica-se que a estruturação basilar do negócio está assentada no fato de o franqueador haver testado um determinado negócio, analisado a viabilidade de franqueá-lo, padronizando-o para, em seguida, emprestar aos franqueados uma marca e transmitir um *know-how* de sucesso, para que estes atuem em segmento mercadológico determinado mediante o pagamento das contraprestações ajustadas.

É notório que a marca é um dos maiores patrimônios para o negócio franqueado, o que de fato deve incentivar o franqueador a investir na sua manutenção e no incremento da reputação de que goza. Por tratar-se de patrimônio fundamental do franqueador e fundamental ao negócio franqueado, é o franqueador responsável por resguardá-la e protegê-la, tendo em vista ser este o elo de ligação entre o seu negócio e os consumidores.

Na relação de franquia o contrato de licença de uso de marca é absorvido pelo contrato de franquia do negócio formatado propriamente dito, conforme mencionado anteriormente. Vale, finalmente, a ressalva quase óbvia de que a concessão da licença de uso da marca pelo franqueador ao franqueado não obsta a que o franqueador conserve o direito de explorar diretamente o uso da marca; caso contrário, não haveria que se falar em rede de franquia, estabelecimento franqueado e franqueador, todos atuando sob a égide da mesma marca, objeto do contrato de licença entre as partes⁵⁸

6.2.3.1.1 *Trade dress*

O *trade dress* não é objeto de proteção legal específica no Brasil, porém guarda relação intrínseca com o desenho industrial e outros institutos da propriedade intelectual e vale-se de remédios jurídicos

e proteções indiretas para se resguardar em face de eventuais práticas de concorrência desleal. Trata-se de expressão emprestada do direito norte-americano que designa a configuração de produtos, embalagens, a perspectiva do interior e do exterior de estabelecimentos empresariais, dentre outros, que contribuam para a constituição do código visual de determinado negócio.

Sobre o tema, Denis Barbosa afirma que o *trade dress*, entendido a princípio como sendo *only the packaging, or dressing of a product*, chega a designar o *product's design* e até mesmo o visual interno e externo do estabelecimento, ou a forma do produto⁵⁹. Nesse sentido, se o *packaging* ou o *dressing* de um produto são imbuídos de suficiente distinção, conquistam a condição de serem protegidos como marcas mistas, figurativas ou mesmo tridimensionais, apenas porque contêm os requisitos necessários para o registro da marca. Mesmo o *dressing* de um estabelecimento pode compor marca mista, figurativa ou tridimensional.

O *trade dress* é de suma importância para uma rede de franquia e são vários os seus componentes. O projeto arquitetônico da rede de franquia e o *design* de interiores, a despeito de serem protegidos por meio dos direitos autorais dos arquitetos – cujos direitos autorais patrimoniais são posteriormente cedidos ao franqueador –, dada a celebração de contrato próprio a atender esse fim, configuram o *trade dress* da rede de franquia e dos seus estabelecimentos, por consequência.

Trata-se de estratégia que fortalece a imagem da rede perante o mercado e junto à sua clientela. Em outras palavras, o consumidor sabe que em qualquer estabelecimento franqueado que adentrar, em toda a rede, nas mais diversas localidades, aquele é o padrão visual a sua espera.

6.2.3.2 Know-how

O *know-how* ingressou no Direito brasileiro por meio da Lei de Franquia, em seu art. 3º, XIV, segundo o qual o franqueador deverá fornecer ao interessado em tornar-se franqueado uma Circular de Oferta de Franquia, dispondo, entre muitas questões, a situação do

franqueado após a expiração do contrato de franquia em relação ao *know-how* ou segredo de negócio a que venha a ter acesso em função da franquia.

A existência de referida previsão legal pressupõe que a relação de franquia sempre dependerá de tecnologias, conhecimentos, informações, sigilosas ou não, componentes essenciais do *know-how* do franqueador e inerentes ao *modus operandi* do negócio franqueado, transmitido a todos os franqueados, ou seja, a relação de franquia sempre será designada pela existência de *know-how* transmissível ao franqueado.

A doutrina dominante brasileira define o *know-how* como uma disposição empresarial que consiste em capacitar-se para captar, absorver, processar e aplicar empresarialmente a massa de conhecimentos técnicos livres ou privilegiados, de direcionar as pesquisas tecnológicas para os fins empresariais, de gerenciar as habilidades e experiências técnicas e de administrar o risco da aplicação de novas técnicas.

Com efeito, o *know-how* criado ou detido pela empresa franqueadora é o que possibilita a replicação do estabelecimento originário do franqueador, motivo pelo qual o *know-how* é equiparado à alma do sistema de franquia, enquanto a marca é o verdadeiro elo de ligação entre a franquia e a clientela. Isto porque, quando um agente econômico opta por integrar-se a uma rede de franquias, certamente está à procura de um negócio identificado por uma marca de sucesso, mas, principalmente, por uma estrutura organizacional que permita a sua participação, independentemente de experiência anterior, e que apresente maiores possibilidades de minorar o risco de seu investimento, ainda que se saiba que o risco é inerente a todo e qualquer negócio. Portanto, está à procura da tecnologia de operação ou do *know-how* que lhe serão conferidos quando de seu ingresso na rede.

Isso significa que o *know-how* não pode configurar um elemento eventual no negócio franqueado. Trata-se, na verdade, de elemento que sempre estará presente na relação entre franqueador e

franqueado, ou seja, um elemento essencial à vida da relação jurídica estabelecida.

O *know-how* é o elemento que irá garantir o sucesso do negócio, a expectativa de retorno do capital investido pelo franqueado, o bem incorpóreo que em conjunto com a identificação trazida pela marca se transforma no patrimônio de maior valor do franqueador.

Por tal razão, o contrato de franquia do negócio formatado pode ser visto como um instrumento, *par excellence*, de disseminação ou transmissão do *know-how*, mantendo, por suas características, o resguardo do segredo de negócio. No universo da franquia, é importante ressaltar que o *know-how* pode ser utilizado como ferramenta, à medida que o franqueador revela ao franqueado informações sigilosas acerca do negócio franqueado, autorizando o acesso temporário e restrito a informações confidenciais. Nesse caso, cláusulas ou acordos de sigilo constituirão as ferramentas mais importantes para a proteção de tais ativos, utilizados tanto em fases pré-negociais como quando do recebimento da Circular de Oferta de Franquia, bem como durante a relação contratual e que, na maioria das vezes, estabelecem obrigações que vigoram após a extinção do contrato.

6.2.3.2.1 Transmissão de *know-how* no *Business format franchising*

As redes de franquia detêm um *know-how* exclusivo. Por maiores que sejam as semelhanças guardadas com outras redes, o seu *know-how* é único, pois resulta do aperfeiçoamento do estabelecimento originário do franqueador e das suas experiências até chegar àquele modelo de negócio replicável. Mas examinando uma série de sistemas de áreas diferentes, é possível identificar etapas comuns no processo de transmissão desse *know-how*, que ocorre em linhas resumidas em dois momentos: etapa inicial e durante a vigência do contrato.

Num primeiro momento, cuja duração tem início a partir da assinatura do pré-contrato, seguindo até a inauguração do estabelecimento franqueado, o *know-how* e a assistência do franqueador terá como objetivo transformar o candidato a

franqueado, muitas vezes totalmente inexperiente, em um empresário capacitado para administrar o estabelecimento; num segundo momento, ou seja, após o início das operações da unidade franqueada até a extinção do contrato, o franqueador deverá cuidar e fiscalizar para que o franqueado receba um suporte contínuo para conduzir o seu negócio com sucesso⁶⁰.

Os manuais de franquia são parte integrante desse treinamento e cumprem a função de orientar a respeito dos sistemas operacionais e procedimentos a serem observados pelo franqueado antes e durante a operação de seu negócio.

O monitoramento periódico do estabelecimento franqueado é um instrumento indispensável para que o franqueador acompanhe o desenvolvimento da sua operação, podendo inclusive identificar falhas na gestão e administração do negócio. Esse monitoramento normalmente é realizado por meio de relatórios preparados pelo franqueador, mas também através de consultorias de campo, ou seja, a visita *in loco* de consultores do franqueador.

Cumpra ao franqueador a busca contínua pelo aprimoramento do seu *know-how* e sua tecnologia. É Martin Mendelsohn quem explica a importância da introdução de novos métodos e ideias para aperfeiçoamento do negócio e, conseqüentemente, da rede como um todo. Assim, diz ele "o franqueador deve ter meios de pesquisa e desenvolvimento em relação aos produtos, aos serviços, ao sistema e à imagem de mercado projetada"⁶¹.

6.3 Conclusão

A Lei n. 8.955/94 entende o *franchising* como o sistema pelo qual o franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição de produtos ou serviços e, eventualmente, o direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional detidos pelo primeiro. Tal compreensão do instituto se encontra, como se viu nos

itens precedentes, totalmente ultrapassada. Com efeito, o *Business format franchising* evoluiu de tal modo que hoje se caracteriza, prioritariamente, pela licença de direitos de uso de marca e transmissão *know-how* e tecnologia detidos pelo franqueador, constituindo, por vontade deste, um só conjunto, uma universalidade.

É fato que o franqueado, ao ingressar em determinada rede de franquias, deseja ter acesso a uma vantagem empresarial, ao segredo de negócio desenvolvido pelo franqueador, que são vitais para a organização empresarial da atividade explorada. Em um mundo de economia globalizada já não é mais atraente para o franqueado o mero acesso a uma marca e a um direito de distribuição de produtos ou prestação de serviços como subestima a legislação; o acesso à vantagem empresarial⁶² do franqueador, ao seu *know-how* e à clientela consolidada ao sistema franqueado é, hoje, elemento essencial de todas as relações jurídicas estabelecidas entre o franqueador e as empresas franqueadas.

A grande inovação, portanto, do *Business format franchising* está na transmissão do *know-how* àqueles que compõem a rede franqueada; na ampliação das vantagens que daí decorrem e que superam, em grande medida, a simples concessão do direito de distribuição de produtos ou serviços. Mas, também, no licenciamento do uso de suas marcas e demais bens incorpóreos de sua titularidade, que, conjugados, constituem o segredo de negócio do franqueador, a materialidade do sucesso da rede franqueada, formando um estabelecimento empresarial diferenciado daquele que a legislação conceitua.

Para a exploração do negócio, o franqueado fará uso da tecnologia desenvolvida pelo franqueador para a exploração da atividade identificadora da rede; fará uso e colherá os benefícios do seu *know-how*, da credibilidade e idoneidade das marcas associadas à rede, cujo uso é licenciado nos termos dos respectivos instrumentos contratuais. Depreende-se com isso que será licenciada ao empresário franqueado a base patrimonial do franqueador e que constitui seu segredo de negócio.

Assim, dada a evolução do *franchising*, o franqueador não só permite ao franqueado explorar economicamente negócio franqueado seu – que se caracteriza por ser um negócio de sucesso, fruto do desenvolvimento de tecnologias e segredos empresariais –, como também licencia a estes elementos essenciais para a formação do estabelecimento empresarial, sem os quais sua formação e o exercício da atividade da empresa não prosperam.

Diante disso, tal circunstância, atrelada à falta de uma legislação que ofereça maior segurança ao próprio sistema, faz com que os vínculos contratuais fiquem sujeitos à aplicação de normas destinadas aos contratos em geral, dando azo, inclusive, à atribuição indevida de direitos a cada uma das partes, expondo-as a situações de vulnerabilidade – a exemplo, dentre outros, do que ocorre com o estabelecimento empresarial franqueado que somente existe enquanto o acervo de bens e direitos, a que se refere o contrato de franquia, cumprir o destino contratual ajustado entre as partes e, que, portanto, é distinto do previsto no Código Civil e sujeito, inclusive, a regime jurídico especial –, que com a existência de uma legislação competente e o conhecimento adequado do *franchising*, poderiam facilmente ser evitadas ou minimizadas.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. Da franquia comercial. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 669, jul.1991.

ALPHA, Guido. *I principi generali*. Milano: Giuffrè, 1993.

ARAÚJO, Edmir Netto. *Proteção judicial do direito de autor*. São Paulo: LTr, 1999.

ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.

_____. *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*. Milano: Giuffrè, 1960.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARBOSA DE MAGALHÃES. *Teoria do estabelecimento comercial*. 2. ed. Lisboa: Ática, 1964.

BARKOFF, Rupert M.; SELDEN, Andrew C. *Fundamentals of franchising*. Chicago: ABA, 1997.

BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising & direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. O seguro e o *franchising*: a verdade sobre a relação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, n. 90, 1993.

BOJUNGA, Luiz E. A. Natureza jurídica do contrato de *franchising*. *LEX: Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*. São Paulo, n. 24, p. 124, nov.-dez. 1990.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentário ao Código Civil: parte especial – do direito de empresa (artigos 1.052 e 1.195)*. São Paulo: Saraiva, 1977.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de propriedade industrial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. v. 2.

CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1997.

CHERTO, Marcelo. *Franchising: noções básicas*. Guia Oficial do Instituto Franchising – 2005, São Paulo: ADC Editora, 2005.

CINTIOLI, Fabio *et alii*. *I trasferimenti di azienda*. Milano: Giuffrè, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. Considerações sobre a Lei de Franquia. *Revista da ABPI*, n. 16, maio-jun. 1999.

_____. *Manual de direito comercial*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999. v. I e III.

CORDEIRO, A. M. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Livr. Almedina, 1984.

CRETELLA NETO, José. *Manual jurídico do franchising*. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Do contrato internacional de franchising*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Livre iniciativa e direito concorrencial*. São Paulo: Atlas, 1998.

CRUZ, António Côrte-Real. O conteúdo e extensão do direito à marca: a marca de grande prestígio. *In*: ALMEIDA, Alberto Francisco R. *et alii*. *Direito industrial*. Coimbra: Almedina, 2001. v. I.

DAHAB, Sônia. *Entendendo franchising*. São Paulo: Casa da Qualidade, 1997.

DANNEMANN, G. E. *et alii*. *Comentários à Lei da Propriedade Industrial e correlatos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DI BIASI, Gabriel *et alii*. *A propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DÍEZ DE CASTRO, E. C.; GONZÁLEZ, J. L. G. *Práctica de franquicia*. Madrid: McGraw-Hill, 1988.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 4.

_____. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUCLERC VERÇOSA, Haroldo Malheiros. *Curso de direito comercial 1*. São Paulo: Malheiros, 2004.

ESCARRA, Jean. *Principes de droit commercial*. Paris: Recueil Sirey, 1934.

ESTRELLA, Hernani. *Curso de direito comercial*. Rio de Janeiro: José Kofino Ed., 1973.

FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FAUCEGLIA, Giuseppe. *Il franchising: profili sistematici e contrattuali*. Milano: Giuffrè, 1988.

FEKETE, Elizabeth K. *O regime jurídico do segredo de indústria e comércio no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FELSANI, Fabiana Massa. *Contributo all'analisi del know-how*. Milano: Giuffrè, 1997.

FERNANDES, Lina Márcia Chaves. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FERNANDES, Marcelo C. Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2003.

FERREIRA MARTINS, Waldemar. *Instituições de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. II.

_____. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1960.

FRIGNANI, Aldo. *Factoring, leasing, franchising, venture capital, leveraged buy-out, hardship clause, countertrade, cash and carry, merchandising, know-how, securitization*. Torino: Giappichelli, 1996.

GALGANO, Francesco. *Tratatto di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. Padova: Cedam, 1994. v. II.

GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. *La franquicia*. Madrid: Ed. Trivium, 1991.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006.

GUSMÃO, José Roberto. *L'acquisition du droit sur la marque au Brésil*. Paris: Litec, 1990.

HOVERKAMP, H. *Antitrust*. 2 ed. St. Paul: West Publ. Co., 1993.

HUIZINGA, Johan. *O declínio da Idade Média*. São Paulo: Verbo/EDUSP, 1977.

INSTITUTO FRANCHISING. *Palestra do Programa de formação de executivos de franchising*. Dez. 2002.

LADAS, Stephen P. *La protection internationale de la propriété industrielle*. Paris: Ed. du Bocard, 1932.

_____. Patentes, Trademarks and related rights – national and international protection. Cambridge: Harvard University Press, 1975. v. 2.

LELOUP, Jean-Marie. La franchise: droit et pratique. Paris: Delmas, 1991.

LOBO, Jorge. Contrato de *franchising*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MAGNINI, François. Know-how et propriété industrielle. Paris: Librairies Techniques, 1974.

MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1.

_____. Manual de direito empresarial. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. Empresa e atuação empresarial. São Paulo: Atlas, 2004.

MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. 22. ed. Curso de direito comercial. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A tridimensionalidade realiana. Revista do Advogado, São Paulo, n. 61, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MENDELSON, Martin. 5. ed. The guide to franchising. Londres: Cassel, 1996.

_____. A essência do *franchising*. São Paulo: Difusão, 1994.

MENEZES, Flávio L. S. *et alii*. O direito do *franchising*: as melhores práticas do mercado. São Paulo: ADC Editora, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

MORENO, Marco A. V. El contrato de *franchising*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivarian. Medellin: 1994.

MORO, Maitê Cecília F. Direito de marcas: abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/1996 e nos acordos internacionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios informadores do sistema do direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé. *In: Direito do consumidor*. n. 23-24. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. III.

PIOLA CASELLI, Eduardo. *Codigue del diritto di autore: comentario*. Torino: Unione Tipografica, 1943.

PORTUGAL, Heloisa Helena de Almeida. A tutela jurídica da transferência de tecnologia. *In: FIORATI, Jete Jane; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Novas vertentes do direito do comércio internacional*. São Paulo: Manole, 2003.

REALE, Miguel. *Cinco temas do culturalismo*. São Paulo: Saraiva, _____ . *Experiência e cultura*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.
_____. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: José Bushatsky Ed., 1974.

REDECKER, Ana Cláudia. *Franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

REQUIÃO, Rubens. Contrato de franquia e concessão comercial. *Revista Forense, Bauru*, v. 267.

_____. O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial). *Revista de Direito Mercantil, São Paulo*, n. 7, 1972.

RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia*. Coimbra: Almedina, 2001.

RIGOL, J. *La franquicia, una estrategia de expansión*. Barcelona: Einia, 1992.

RIZZO, Marcus. *Franchise, o negócio do século*. Itu: Ottoni, 2006.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

SAAVEDRA, Thomaz. *A vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Agathe E. S. S. Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo. *Revista do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais*, n. 3, Canoas:

ULBRA,1995.

SILVA, Américo Luiz Martins da. *Contratos comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 2.

SILVA, Vivian Lara dos Santos. *Ambiente institucional e organização de redes de franquias: uma comparação entre Brasil e França*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2004.

_____. *O papel das franquias de alimentos na coordenação e gerenciamento de cadeias agroindustriais*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 1999.

SILVEIRA, C. V. *Franchising: guia prático*. Curitiba: Juruá, 2001.

SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e a nova Lei da Propriedade Industrial*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

STUMPF, Herbert. *El contrato de know-how*. Bogotá: Temis, 1984.

TARTUCE, Flávio. *A função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Contratos inominados ou atípicos*. 2. ed. Belém: Cejup, 1983.

THEODORO DE MELLO, Adriana Mandim. *Franquia empresarial: responsabilidade civil na extinção do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TROLLER, Aloïs. *Précis du droit de la propriété immatérielle*. Bale e Stuttgart: Helbing & Lichtenhanhn, 1978.

VASCONCELOS, Miguel P. *O contrato de franquia*. Coimbra: Almedina, 2000.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Manual dos contratos e obrigações unilaterais da vontade*. São Paulo: Atlas,1997.

WALD, Arnoldo. *Comentários ao novo Código Civil: arts. 966 a 1.195*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WALLERSTAIN, Immanuel. *The modern world-system*. New York: Academic Press, 1976.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 1994.

ZAITS, Daniela. *Direito & know-how: uso, transmissão e proteção dos conhecimentos técnicos ou comerciais de valor econômico*. Curitiba: Juruá, 2005.

ZANITELLI, Leandro M. A proteção do consumidor no contrato de *franchising*, *Revista do Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 23/24, jul.-dez. 1997.

1 Preferiu-se privilegiar, no presente capítulo, a expressão *franchising* na língua inglesa em detrimento da palavra franquia – tradução considerada *muito inexpressiva para ser aceita*, segundo Orlando Gomes (*Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 467), acompanhado por Adalberto Simão Filho (*Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. São Paulo: Atlas, 1993, p. 20). Entretanto, considerando que a legislação pátria utiliza-se da expressão franquia empresarial para regulamentar o assunto e, também, para atribuir maior leveza ao texto, tal expressão será utilizada, embora de forma secundária, para se referir ao instituto do *franchising*.

2 No negócio proposto, Luiz Felizardo Barroso identificou três pressupostos de uma franquia moderna: "... escolha correta dos franqueados; descentralização administrativa e financeira, e trabalho debaixo de uma mesma marca" (*Franchising & direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 1).

3 Antes da lei especial em referência, as relações de *franchising* eram regidas pelo complexo de normas existentes, em especial o Código Civil, o Código Comercial, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Propriedade Industrial.

[4](#) Para boa parcela dos doutrinadores, há várias gerações de franquia, podendo-se citar como exemplo as definições propostas pela IFA que sugerem a existência de três gerações, a saber: a Tradicional, o *Business format franchising* e a Franquia de Conversão. Há autores, entre os quais o consultor brasileiro Marcelo Cherto, que chegam a vislumbrar até mesmo seis diferentes gerações de franquia. No entanto, as diferenças existentes entre uma geração de franquia e outra, embora confirmem a evolução que o instituto percorre, fortalecem o pensamento daqueles que defendem a existência de apenas dois gêneros do *franchising* – Franquia Tradicional e Franquia do Negócio Formatado, haja vista que todas as gerações se contextualizam em uma ou outra descrição.

[5](#) REDECKER, Ana C. **Franquia empresarial**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 59.

[6](#) Segundo Orlando Gomes, “proposta é a firme declaração receptícia de vontade dirigida à pessoa com a qual pretende alguém celebrar um contrato, ou ao público. Para valer, é preciso ser formulada em termos que a aceitação do destinatário baste à conclusão do contrato. Não deve ficar na dependência de nova manifestação da vontade, pois a oferta, condicionada a ulterior declaração do proponente, proposta não é no sentido técnico da palavra (...) exige-se que seja inequívoca, precisa e completa, isto é, determinada de tal sorte que, em virtude da aceitação, se possa obter o acordo sobre a totalidade do contrato” (*op. cit.*, 1990, p. 62).

[7](#) Contratos bilaterais ou plurilaterais.

[8](#) GOMES, Orlando. *Op. cit.*, 1990, p. 19-21.

[9](#) **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 7.

[10](#) *Idem*.

[11](#) FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 64.

[12](#) GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino, sob a coordenação de Edvaldo Brito, 2007, p. 159.

[13](#) *Idem, ibidem*, p. 6.

[14](#) ACIOLI, Hildebrando. **Tratado de direito público internacional**, v. I, p. 861.

[15](#) GOMES, Orlando. *Op. cit.*, 1990, p. 160.

[16](#) *Idem, ibidem*, p. 6.

[17](#) *Idem, ibidem*, p. 6-7.

[18](#) "Art. 464. Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação."

[19](#) *Op. cit.*, 1990, p. 161.

[20](#) SIMÃO Filho, Adalberto. **Franchising: aspectos jurídicos e contratuais**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 99 e s.

[21](#) Sobre função econômica dos contratos, ver: GOMES, Orlando. *Op. cit.*, 1990, p. 103 e s.

[22](#) **Franquia empresarial: responsabilidade civil na extinção do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 58.

[23](#) *Op. cit.*, 2007, p. 104.

[24](#) MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 566.

[25](#) COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, p. 125.

[26](#) BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 591.

[27](#) *Op. cit.*, p. 572.

[28](#) Nesse sentido, ver comparativos entre os institutos nas seguintes obras: FERNANDES, Lina Márcia Chaves. **Do contrato de franquia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 62 e s.; LOBO, Jorge. **Contrato de franchising**. Rio de Janeiro: Forense, p. 1 e s.; FERNANDES, Marcelo C. Proença. **O contrato de franquia empresarial**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2003, p. 51 e s.; SIMÃO FILHO, Adalberto. *Op. cit.*, p. 36 e s.; RIBEIRO, Maria de Fátima. **O contrato de franquia**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 66 e s.

[29](#) **Empresa e atuação empresarial**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 182.

[30](#) *Idem*, p. 301.

[31](#) “Não é pacífica a noção de contrato bilateral. Para alguns, assim deve qualificar--se todo contrato que produz obrigações para as duas partes, enquanto para outros a sua característica é o sinalagma, isto é, a dependência recíproca das obrigações, razão por que preferem chamá-los contratos sinalagmáticos ou de prestações correlatas” (GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 85).

[32](#) GOMES, Orlando. *Op. cit.*, 1990, p. 304.

[33](#) MENDELSON, Martin. **A essência do franchising**. São Paulo: Difusão, 1994, p. 169 e s. e SILVA, Américo Luiz Martins da. **Contratos comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 374-375.

[34](#) MENDELSON, Martin. *Op. cit.*, p. 166.

[35](#) *Idem, ibidem*, p. 191-192.

[36](#) **A vulnerabilidade do franqueado no franchising**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 71.

[37](#) TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005.

[38](#) **Contratos e obrigações comerciais**, cit., p. 573.

[39](#) *Op. cit.*, p. 68.

[40](#) *Idem*.

[41](#) GOMES, Orlando. *Op. cit.*, 1990, p. 90.

[42](#) **Tratado teórico e prático dos contratos**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996, v. 4, p. 121.

[43](#) Orlando Gomes defende, *a contrario sensu*, que a forma consiste no contrato se lavrado por tabelião. Assim, somente são considerados solenes aqueles que têm como forma a escritura pública (*op. cit.*, 1990, p. 92).

[44](#) *Op. cit.*, 1990, p. 81.

[45](#) GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 91.

[46](#) SANCHES, Sydney. **Os contratos atípicos no direito privado**, p. 237.

[47](#) Nesse sentido, ver: SILVA, Américo Luis Martins da. **Contratos comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 58; FERNANDES, Lina Márcia Chaves. **Do**

contrato de franquia. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 56; REDECKER, Ana Cláudia. **Franquia empresarial.** São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 42.

[48](#) Manifestando-se em sentido contrário, atribuindo aos contratos de *franchising* caráter de contrato típico, podem-se citar: THEODORO DE MELLO, Adriana Mandim. *Op. cit.*, p. 57; FERNANDES, Marcelo C. P. *Op. cit.*, p. 38-40.

[49](#) **Franquia empresarial: responsabilidade civil na extinção do contrato.** Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 133-137.

[50](#) Maria Helena Diniz prefere denominar os contratos de adesão de contratos por adesão, mas dá a ambos a mesma conceituação (**Tratado**, cit., p. 11). Nesse mesmo sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 1990, v. III, p. 50-53.

[51](#) GOMES, Orlando. *Op. cit.*, 1990, p. 118 e s.

[52](#) **Franquia empresarial**, cit., p. 133-137.

[53](#) *Op. cit.*, p. 62.

[54](#) BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 1059.

[55](#) SAAVEDRA, Thomaz. *Op. cit.*, p. 55.

[56](#) João da Gama Cerqueira (**Tratado de propriedade industrial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, v. 2, p. 50-51) adota o uso da expressão propriedade imaterial e não propriedade intelectual para definir os bens ora explorados, pois entende que a expressão se aplica com mais justeza aos diversos institutos que engloba, especialmente à marca, na medida em que, embora na sua opinião esta não possa ser considerada uma criação intelectual em si mesma, encontra na propriedade imaterial classificação mais adequada.

[57](#) *Op. cit.*, p. 773-774.

[58](#) Vale esclarecer que se entende por licença exclusiva aquela em que o titular renuncia ao direito de conceder outras licenças para os direitos objeto de licença, enquanto esta se mantiver em vigor. Sob esse aspecto, o contrato de licença de uso de marca exclusivo equipara-se a uma cessão de uso de marca, no entanto temporária.

[59](#) Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/marcas.htm#Trade%20Dress>>. Acesso em 26 fev. 2007.

[60](#) MENDELSON, Martin. **A essência do franchising**, *cit.*, p. 121-122.

[61](#) **A essência do franchising**, *cit.*, p. 133.

[62](#) Neste sentido, Gladston Mamede ensina que “no contrato de franquia empresarial, o franqueador cede ao franqueado uma vantagem empresarial representada por um conjunto de elementos...”. Parecer Jurídico sobre o Contrato de concessão de uso de método de ensino e material didático e outros ajustes, emitido em 16-8-2005, in **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. São Paulo: Atlas, 2004, v. 1. p. 34.

7 SEGURO: ATO E ATIVIDADE

Pedro Guilherme Gonçalves de Souza

Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP); pós-graduado em Economia pela Escola de Economia de São Paulo (EESP/FGV-SP); advogado em São Paulo.

Kleber Luiz Zanchim

Professor do Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVlaw; professor da Fundação Instituto de Administração (FIA); graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP); doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP); advogado em São Paulo.

7.1 Introdução

Uma das maiores disputas contratuais do mundo no início do século XXI envolveu um contrato de seguro. Após a queda das torres do World Trade Center, as seguradoras do empreendimento esperavam pagar indenização de aproximadamente USD 3,6 bilhões. Contudo, Larry Silverstein, arrendatário da área dos prédios, julgava ter direito a USD 7,2 bilhões. Para ele, teriam acontecido dois eventos segurados, cada um representado pela queda de uma torre, o que justificaria indenização dobrada.

O debate foi travado exatamente em torno do sentido da palavra “ocorrência” para a apólice de seguro. As seguradoras sustentaram que o choque de um avião em cada prédio não correspondeu a dois eventos isolados, mas a apenas um, pois os ataques teriam sido coordenados para atingir um único alvo formado pelas duas torres. Larry Silverstein, por outro lado, fez releitura de diversas apólices no mercado e apresentou conclusão de que, pelo texto, cada choque deveria ser tratado individualmente.

Em 2004, o júri da Corte Federal de Manhattan decidiu em favor de Larry Silverstein, condenando as seguradoras a pagar a indenização em dobro. O caso pôs em xeque conceitos básicos da definição de contrato de seguro, estimulando aprofundamento no estudo do tema.

O capítulo está dividido em duas partes. A primeira tem por objeto o contrato de seguro, com discussões sobre seus elementos e seus tipos. A segunda concentra-se na operação de seguro, abordando aspectos importantes do sistema securitário brasileiro. O propósito do texto é, a partir da análise de casos, levantar reflexões sobre temas por vezes considerados pacificados na doutrina e na jurisprudência, mas que, na prática, ainda ensejam dúvidas.

7.2 O contrato de seguro

O art. 757 do Código Civil brasileiro prevê: "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". A compreensão da norma depende do detalhamento dos elementos categoriais essenciais do contrato de seguro: prêmio, garantia e risco¹.

7.2.1 O prêmio

O prêmio é o "preço" do seguro². Corresponde à prestação do segurado. É definido a partir de cálculos atuariais que levam em conta a sinistralidade de determinada carteira de riscos. Serve para formar um agregado de recursos que possa (a) fazer frente às eventuais indenizações e (b) remunerar a seguradora pela garantia oferecida.

Em geral, o prêmio é analisado sob a ótica da mutualidade que, nas palavras de Antígono Donati, é "a associação de muitas economias expostas a riscos de igual natureza e a consequente reunião de muitos custos parciais, para que a riqueza assim obtida

seja posta à disposição daqueles para os quais a necessidade eventual se verificará”³. Em outras palavras, o prêmio seria a participação de cada segurado no risco de todos aqueles que integram a mesma carteira, incluindo o seu próprio.

Nelson Borges coloca a mutualidade como representação da função social do contrato de seguro, observando que

no *mutualismo* (*ratio essendi* das contratações securitárias), sempre existiu um alargamento implícito e consentido da responsabilidade e dos interesses de quantos fizessem parte do grupo, de tal sorte que a efetiva e pontual contribuição de cada um para a formação do fundo previdenciário solidificasse e energizasse a garantia de todos⁴.

É preciso ponderar, porém, que (a) a mutualidade é econômica e não jurídica⁵ e (b) está na operação de seguro, e não no contrato. O prêmio divide economicamente o risco entre os segurados na carteira do segurador. Juridicamente, porém, os segurados não têm qualquer relação entre si. Cada um vê diante de si apenas o seu contrato de seguro, e não as avenças dos demais integrantes da carteira, e obriga-se a pagar somente o seu próprio prêmio. Existe uma só contraparte em cada contrato, o segurador, único a ter o dever (*Schuld*) e a responsabilidade (*Haftung*) pelo pagamento das indenizações⁶. Não há solidariedade entre os segurados em relação aos prêmios⁷ nem em relação às indenizações. Assim, a mutualidade não está na conceituação jurídica do contrato de seguro. Restringe-se à economia da operação securitária.

Para o Direito, destarte, o prêmio é unicamente um elemento da estrutura sinalagmática da avença. É a *kausa*⁸ (= razão de ser) da prestação do segurador no contrato, ou seja, da garantia. Nesse sentido, o seguro, em relação à cobertura securitária, é comutativo, pois as obrigações do segurado (= prêmio) e do segurador (= garantia) estão presentes já na formação do negócio. É por esse

motivo que o art. 764 do Código Civil estatui que “salvo disposição especial, o fato de se não ter verificado o risco, em previsão do qual se faz o seguro, não exime o segurado de pagar o prêmio”. Regra geral, prêmio e garantia convergem comutativamente desde a origem do contrato.

A aleatoriedade se verifica no pagamento da indenização, que está na fase de execução da avença e corresponde a ato devido do segurador, como explica Antônio Junqueira de Azevedo:

[O pagamento da indenização] não se confunde com a *obrigação de garantia dos riscos*. Ele consubstancia o cumprimento da obrigação. O pagamento está na fase de execução: trata-se de *ato devido*, na classificação de Carnelutti (cf. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. I, Classic Book, São Paulo, 2000, p. 117); deve ser efetuado tão logo o sinistro se materialize. O “ato devido encontra uma justificação objetiva no *dever prévio à sua realização*” (Natureza de seguro dos fundos de garantia, *in* nosso livro *Estudos e pareceres de direito privado*, Saraiva, São Paulo, 2004, p. 98). Há sucessão lógica e cronológica de atos e deveres ou obrigações: do contrato, surge o dever ou a obrigação e, destes, o ato devido, o pagamento – ou, se não for assim, a mora ou o inadimplemento⁹.

Pode-se, portanto, dizer que o contrato de seguro é geneticamente comutativo, quanto à garantia, e funcionalmente aleatório, quanto ao ato devido indenização¹⁰. O prêmio enseja *ab initio* a garantia e esta pode ou não ensejar indenização, a depender da ocorrência do sinistro.

Reforce-se a que aqui se fala do contrato de seguro e não da operação securitária. A aleatoriedade permanece sempre no primeiro (ato), ainda que seja relativizada na última (atividade). Na lição de Tullio Ascarelli,

a aleatoriedade do contrato não exclui que não seja aleatória a indústria do segurador, tomando em consideração o fato que, apesar de ser aleatória a verificação de um determinado sinistro, não é aleatória a média dos sinistros em um período de tempo: essa é a consequência natural da possibilidade de se aplicar o cálculo de probabilidade¹¹.

O prêmio aplicado ao contrato decorre de uma composição de informações oriundas do segurado individualizado e da operação securitária. Nesse sentido, dá a medida do sinalagma, pois é o valor pelo qual o segurador aceita garantir determinado risco. Está, pois, na gênese do contrato.

Sendo assim, o não pagamento do prêmio não “quebra” o sinalagma, pois não modifica a relação cobertura \times preço. Corresponde simplesmente ao inadimplemento do contrato de seguro pelo segurado, eximindo o segurador do ato devido do pagamento da indenização se o sinistro ocorrer. O inadimplemento não promove de plano a extinção da garantia, pois, nos termos do art. 475 do Código Civil¹², o segurador pode preservar o contrato exigindo que o segurado o cumpra. Apenas a indenização deixa de ser devida, podendo o segurador recorrer à exceção do contrato não cumprido. Assim dispõe o art. 763 do Código Civil: “Não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação”.

Condutas que desajustam o sinalagma, modificando a relação cobertura \times preço, levam, por outro lado, à perda da garantia. É o caso de (a) declarações inexatas ou omissão de circunstâncias que possam influir na taxa do prêmio (art. 766 do Código Civil), (b) agravamento intencional do risco (art. 768 do Código Civil), e (c) silêncio em relação a incidente que possa aumentar consideravelmente o risco coberto (art. 769 do Código Civil).

Mesmo lesões involuntárias no sinalagma podem afetar o seguro. Como prevê o parágrafo único do art. 766 do Código Civil, “se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar,

mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio”. Em outras palavras, ainda que o segurado não tenha intenção de manipular a relação prêmio \times cobertura, eventuais omissões ou declarações inexatas suas justificam a extinção da garantia ou a cobrança de valor suplementar para equalização do sinalagma.

Se há diminuição do risco, porém, não ocorre necessária redução do prêmio, salvo disposição em contrário, como disposto no art. 770 do Código Civil. Leitura apressada apontará que essa regra fomenta o desequilíbrio entre segurador e segurado. Porém, ela promove exatamente o contrário: balanceia a equação econômica da avença¹³. Da mesma forma que o segurador “perde”¹⁴ se o risco aumentar no curso da avença por fatores exógenos, já que a chance de ter de pagar indenização aumenta e não é possível cobrar prêmio adicional por isso, o segurado “perde” se o risco diminuir, não fazendo jus a prêmio menor. Essa lógica reforça a tese da aleatoriedade funcional do contrato de seguro¹⁵: tanto o segurador quanto o segurado estão sujeitos aos movimentos da incerteza na fase de execução do negócio.

O mesmo art. 770 assenta, todavia, que se a redução do risco for considerável, pode haver revisão do prêmio ou resolução do contrato. A possibilidade de revisão corresponde a um limite à aleatoriedade funcional do seguro e conserva a avença. Já a previsão de resolução – tomado o termo em sentido técnico – significa retorno ao *status quo ante*, com extinção do contrato e devolução do prêmio ao segurado, descontadas eventuais despesas. No primeiro caso, o contrato ainda preservaria sua função social de garantia, a despeito da diminuição do risco. No segundo, porém, seu fim estaria frustrado, sendo irrelevante a álea a segurar.

Há dificuldade exatamente em saber quando o risco é de fato diminuído. No caso das torres gêmeas, por exemplo, o contrato cobria danos à estrutura dos prédios. Se, depois da celebração da avença, as torres tivessem sido revestidas por material altamente resistente, seria possível falar em redução de risco e consequente diminuição do prêmio? Há muitas variáveis a considerar nessa resposta, em especial diante da complexidade de se testar a efetiva

resistência da estrutura a eventos com condão de afetá-la. Portanto, recalibrar *a posteriori* a relação risco x prêmio é, na prática, trabalho árduo.

7.2.2 A garantia

Fábio Konder Comparato escreve:

[O] conteúdo das obrigações de garantia é a eliminação de um risco que pesa sobre o credor. Eliminar um risco significa *a fortiori* reparar as consequências de sua realização. Mas mesmo que esta não se verifique, a simples assunção do risco pelo devedor da garantia representa o adimplemento de sua prestação¹⁶.

Garantia, portanto, é a obrigação de cobrir o risco. A palavra “cobertura” remete a imagem interessante: o segurador funciona como um “telhado” para o segurado, suportando no lugar deste as intempéries que recaem sobre o interesse protegido.

Vale reforçar que a prestação do segurador se efetiva com a contratação do seguro, independentemente da verificação do risco e do eventual pagamento da indenização. Por isso, não é adequado dizer que o seguro transfere “as consequências econômicas do evento temido pelo segurado”¹⁷. Se fosse assim, o contrato seria ineficaz caso o sinistro não ocorresse, pois não transferiria coisa alguma. Em verdade, a avença nada transfere ao segurador. Sua finalidade é simplesmente criar obrigação (é fonte de obrigação) de garantia. Sua função (objetivo concreto das partes) é resguardar o interesse segurado¹⁸.

A definição da garantia no contrato de seguro passa pelos seguintes pontos fundamentais: (a) indicação dos riscos cobertos, (b) detalhamento das exclusões da cobertura, (c) fixação do limite máximo de indenização e (d) determinação (facultativa) da participação do segurado no sinistro, conhecida como franquia.

Os dois últimos pontos são numéricos e mais fáceis de estabelecer. Os dois primeiros, contudo, são mais críticos. A composição entre riscos cobertos e exclusões delinea a abrangência do seguro. A dificuldade está no fato de muitas vezes não se conhecer de antemão todos os riscos de determinada circunstância. Com isso, não há plena segurança na estipulação da cobertura e, por consequência, na eliminação daquilo que não se pretende cobrir.

7.2.2.1 Garantia e regulação do sinistro

No caso do World Trade Center, a apólice de seguro não excluía expressamente atos terroristas¹⁹. O motivo talvez fosse que ninguém imaginava um ataque coordenado de aviões ao centro financeiro de Nova Iorque. O risco desse tipo de evento era ignorado ou considerado remoto, não justificando sua inclusão no contrato, como afirmam Howard Kunreuther e Erwann Michel-Kerjan:

Mesmo após o ataque terrorista ao World Trade Center em 1993 e a explosão em Oklahoma em 1995, as seguradoras nos Estados Unidos não viam nem o terrorismo internacional nem o doméstico como um risco que deveria ser explicitamente considerado na precificação de suas apólices comerciais de seguro, principalmente porque perdas decorrentes de terrorismo tinham sido historicamente pequenas e, em grande medida, não correlacionadas²⁰.

Se esse risco não foi antecipado na avença, evidente que haveria discussão sobre a interpretação da ocorrência que destruiu as torres. Para a Swiss Re, que participou do resseguro da operação, não era possível entender o fato como dois eventos distintos. Em petição dirigida à United States District Court for the Southern District of New York, sustentou tratar-se de único evento, haja vista a apólice indicar como cobertos “todas as perdas e prejuízos atribuíveis direta ou indiretamente a uma causa ou a uma série similar de causas” e estipular que “essas perdas serão agregadas e a soma total dos

prejuízos será tratada como uma ocorrência independentemente do período de tempo ou área em que as perdas ocorrerem”²¹.

Larry Silverstein, por outro lado, apresentou aos jurados argumentos em favor de dois eventos. Comparou os aviões a dois furacões, cada qual com sua zona de destruição e momento de ocorrência. Concentrou-se na ideia de duas forças destrutivas distintas e com propósitos individualizados. Afinal, houve um avião para cada torre, e não um para as duas.

As versões de Swiss Re e de Larry Silverstein divergem, no fundo, sobre o conceito de causa do sinistro para identificar a cobertura. A primeira faz juízo mais retrospectivo para apontar como causa um projeto coordenado para destruir as torres. Para o último, a retrospectiva deve ir somente até os choques dos aviões.

Pontes de Miranda comenta as teorias mais recorrentes sobre a causa dos sinistros. Destaca (a) a teoria da causalidade adequada, pela qual se deve considerar o fato que normalmente se liga a determinado efeito, (b) a teoria da causa próxima, pela qual a causa é o evento mais próximo no tempo, e não o mais remoto, que apenas aumentou o risco, e (c) a teoria da causa determinante, preferida do autor, pela qual deve-se observar o fato definitivo para a materialização do evento²².

Ao estudar as causas do sinistro, Michael S. Moore – que não é o diretor do documentário, mas o professor da Universidade de Illinois – compilou informações sobre o ocorrido. Às 7h59min de 11 de setembro de 2001, o avião n. 11 da American Airlines decolou do Aeroporto Logan de Boston. A aeronave foi sequestrada logo após a decolagem. Às 8h46min o avião chocou-se com a torre norte do World Trade Center e às 10h29min a torre desabou em razão do enfraquecimento da estrutura pelo fogo. Às 7h58min, o avião n.175 da United havia partido do mesmo aeroporto e também foi sequestrado. Às 9h06min, atingiu a torre sul, que caiu às 10h²³.

O mesmo autor comparou o direito inglês e o americano em relação à lógica das apólices “por ocorrência”, como a do World Trade Center. Percebeu que na Inglaterra essas apólices concentram-se diretamente no prejuízo, enquanto nos EUA o foco está nas

causas das perdas: “O direito securitário americano concentra--se nas causas do prejuízo, não nos efeitos de comportamentos danosos, para determinar quando há uma ou mais ocorrências”²⁴. Segundo Moore, os tribunais americanos usam com mais frequência a teoria da causa próxima para interpretar as apólices a base de ocorrências, o que coloca o aspecto temporal dos acontecimentos como critério fundamental para a interpretação²⁵. Diante disso, conclui que no caso ocorreram dois eventos, pelos seguintes motivos:

Se aplicarmos nossas observações gerais aos fatos do litígio sobre as torres gêmeas, devemos fazer isso separadamente em relação às diferentes possibilidades sobre onde na sequência causal estamos procurando os eventos individuais. Se nos concentrarmos nos eventos ocorridos ao final e perguntarmos quantas quedas de prédio ocorreram, a resposta parece ser duas. Quanto à dimensão objetiva dessa conclusão, duas torres, conectadas apenas por um *shopping* subterrâneo, indubitavelmente constituem duas construções, em qualquer conceito ordinário de prédio. Seu plano comum de construção, o fato de serem do mesmo proprietário, seu nome comum (“The World Trade Center”) e uma única apólice de seguro não são elementos suficientes para alterar essa conclusão. Mesmo o nome popular, “As Torres Gêmeas”, anuncia apenas a identidade qualitativa, mas não numérica, das duas construções. Assim, mesmo se os desabamentos tivessem sido ambos qualitativamente idênticos (como de fato quase foram) e temporalmente coincidentes (o que não foram), teria havido dois eventos. Do modo como aconteceram os desabamentos foram separados por vinte e nove minutos e meio. Mesmo se as duas torres fossem consideradas parte do mesmo prédio, essa separação temporal indicaria dois colapsos. Se parte de um prédio desaba a partir da mesma causa, e vinte e nove minutos e meio depois outra parte colapsa por uma causa distinta, sem conexão causal entre os colapsos, terá havido dois desabamentos. Voltando no tempo, se focarmos nas causas imediatas dominantes nos dois colapsos, chegamos ao mesmo resultado. A causa imediata de cada colapso foi o fogo intenso que degradou a integridade estrutural das colunas de aço que sustentavam os prédios. Considerando que havia dois prédios, houve então duas ocorrências de incêndio. Essa conclusão é reforçada pela ligeira diferença qualitativa entre as chamas: o fogo da Torre

Sul não cobriu completamente os andares envolvidos no impacto, enquanto o fogo na Torre Norte tomou completamente os andares atingidos pelo avião. A conclusão por dois eventos é ainda mais reforçada pela diferença temporal das chamas: na Torre Sul o fogo perdurou por aproximadamente cinquenta e seis minutos, das 9h03min às 9h59min, enquanto na Torre Norte o fogo perdurou por aproximadamente uma hora e quarenta e dois minutos, das 8h46min até 10h28min. (...) Houve dois choques, primeiro, porque havia dois tipos de objetos envolvidos (dois aviões, dois prédios), segundo, porque havia diferenças qualitativas entre os ataques (ex. os andares atingidos, a velocidade dos aviões e a força resultante dos impactos, o ângulo dos choques), e terceiro, porque o momento temporal dos ataques foi distinto (8h46min26s na Torre Norte e 9h02min54s na Torre Sul)²⁶.

Fácil perceber como é complexa a análise (regulação) do sinistro para determinação da extensão da cobertura do seguro. Os eventos são normalmente caóticos, tanto em suas causas como em seus efeitos. Por isso, a relação riscos cobertos \times exclusões mostra-se um fator crítico do contrato quando as ocorrências se materializam.

A própria "materialidade" do sinistro pode não ser muito clara. Está em andamento um caso concreto de seguro de obra civil em construção em que a discussão sobre uma cláusula de exclusão de cobertura envolve os conceitos de "equipamentos", "ferramenta" e "instrumentos empregados na obra". O texto prevê que não estão cobertos "equipamentos móveis ou fixos que não estejam incorporados à obra ou as estruturas temporárias e quaisquer ferramentas ou instrumentos empregados na obra".

Um incêndio atingiu a construção e destruiu um lote de fôrmas plásticas de um sistema construtivo que substitui a madeira na estrutura das paredes e acelera sensivelmente a construção das casas. Essas fôrmas não ficam incorporadas à obra, porque são removidas assim que o concreto se solidifica. Porém, não parecem ser equipamentos, ferramentas ou instrumentos, ao menos considerando o sentido usual dessas palavras, que remetem a mecanismos que agregam utilidade ou aumentam a eficiência do processo construtivo. As fôrmas plásticas são, em verdade, parte do

próprio processo construtivo, e não agregados dele. Como se trata de inovação na construção civil, a regulação do sinistro esbarra na compreensão da dimensão prática da cobertura.

7.2.2.2 Garantia e indenização

A garantia é causa pressuposta da indenização. Esta última é ato devido, se preenchidas as condições da apólice. Há situações em que a cobertura permanece, mas o segurado perde o direito à indenização. Uma delas é a mora no pagamento do prêmio, como explicado no item 7.2.1 acima. Outra é a omissão do segurado sobre a ocorrência do sinistro e suas consequências.

O art. 771 do Código Civil estatui: "Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar--lhe as consequências". A norma trata do aviso de sinistro e do salvamento do interesse sinistrado. Como diz Pontes de Miranda,

a finalidade do aviso é pôr o segurador a par do ocorrido, para que tome conhecimento das circunstâncias, verifique se o sinistro está incluso na cláusula contratual e investigue quanto às causas do sinistro e do importe dos danos, antes de se tornarem impossíveis ou difíceis pelas mudanças e alterações regulares ou culposas ou dolosas²⁷.

Se o segurado não avisa o segurador sobre o sinistro ou não trabalha para reduzir-lhe os efeitos, a cobertura continua vigente, mas para aquele evento específico ele perde o direito à indenização. O caso é comum no seguro de automóveis. Quando o proprietário acredita que o pagamento da franquia não compensa, deixa de recorrer ao seguro, mas continua coberto.

Existe ainda hipótese em que a cobertura e o direito à indenização permanecem, mas o segurado perde a pretensão de exigir o pagamento. Assim será quando houver prescrição, como previsto no art. 206, §1º, II, do Código Civil:

[Prescreve em um ano] a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo: *a)* para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador; *b)* quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão²⁸.

Se, em uma apólice com vigência de 1º de janeiro de 2009 a 1º de janeiro de 2011, o sinistro ocorre em 5 de janeiro de 2009 e o segurado deixa de pedir a indenização, sua pretensão indenizatória prescreverá em 5 de janeiro de 2010, mas a cobertura permanecerá até o término do contrato.

7.2.2.3 *Garantia e boa-fé*

Já foi exposto que a garantia integral, ao lado do prêmio, a estrutura sinalagmática do seguro, na relação cobertura \times preço. Comportamentos que desajustem essa relação ensejam sanções previstas em lei. Para o segurado, pode levar à perda da garantia, como estabelecido nos arts. 766, 768 e 769 do Código Civil. Para o segurador, pode criar obrigação de indenizar, como dispõe o art. 773: "O segurador que, ao tempo do contrato, sabe estar passado o risco de que o segurado se pretende cobrir, e, não obstante, expede a apólice, pagará em dobro o prêmio estipulado".

Esse artigo contempla casos de má-fé do segurador que frustra o sinalagma ao cobrar prêmio sem oferecer verdadeira cobertura, dada a inexistência de risco. Tal conduta é sancionada porque, como lembra Carvalho Santos,

mais do que qualquer outro contrato, o de seguro é fundamentalmente *bonae fidei*, principalmente porque, assumindo o segurador a responsabilidade de

riscos, claro que precisa ter elementos exatos para os cálculos do prêmio a cobrar do segurado, enquanto que, da parte do segurado, é preciso que ele confie nas promessas do segurador, contando com a boa-fé com que este assume os riscos²⁹.

Ou seja, o contrato de seguro é *uberrimae fidei*, da mais estrita boa-fé, nos termos do art. 765 do Código Civil: "O segurado e o segurador são obrigados a guardar, na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes". A relação entre prêmio e cobertura é fundada nessa boa-fé, que deve ser atuante, positiva. Espera-se que as partes sejam leais e informem-se reciprocamente sobre os riscos e o interesse a segurar. A boa-fé, no seguro, é mais do que princípio: é regra.

Uma empresa firmou contrato de seguro contra furto e roubo de seu estabelecimento³⁰. A pessoa que prestou as declarações para análise de risco não informou que, nos cinco anos anteriores, houve furto no local. Além disso, não mencionou que a trava de piso de uma das portas não estava funcionando. Diante disso, a seguradora negou o pagamento da indenização quando um novo sinistro aconteceu.

A empresa segurada propôs ação judicial alegando que não houve dolo na omissão dos fatos, pois a pessoa respondente era nova no emprego e desconhecia as circunstâncias relacionadas ao estabelecimento. A ação foi julgada procedente em primeira instância.

A decisão do Tribunal, porém, foi pela improcedência. No voto vencedor, lê-se:

Pouco importa que a funcionária tenha agido de má-fé ou não. Na medida em que as informações que precedem a contratação – e de exclusiva responsabilidade do segurado – não correspondem à realidade, rompida a

boa-fé contratual que informa a contratação e, conseqüentemente, excluído se encontra o dever de indenizar, com perda do prêmio³¹.

Houve um voto vencido, que considerou como não dolosa a conduta da empregada do segurado, por se tratar de pessoa recém-admitida na função. Por isso, decidiu pelo pagamento da indenização.

O voto vencedor está mais conforme à boa-fé estrita exigida no seguro. Não se pode atribuir à seguradora o ônus de verificar se quem responde ao questionário de análise de risco é novo ou antigo na empresa segurada. Tratando-se de relação de preposição, a expectativa do segurador é de que o segurado tenha indicado respondente com condições de esclarecer os pontos pertinentes ao seguro. Se não foi o que ocorreu, o segurado deve assumir as conseqüências. Pensar diferente seria chancelar o *venire contra factum proprium*: a empresa destaca para responder ao questionário um empregado que não conhece as circunstâncias que influenciam o seguro e, depois, vale-se dessa situação de ignorância para legitimar seu pleito indenizatório. Inadmissível.

A boa-fé tem, pois, papel decisivo na interpretação do contrato de seguro. Contudo, aplicá-la não é tarefa fácil. Não basta simplesmente mencioná-la para se extrair conseqüências jurídicas. É preciso dar conteúdo concreto a esse princípio-regra.

No caso do World Trade Center, a apólice de seguro não estava completa em relação à definição do conceito de ocorrência. As partes ainda negociavam as definições quando o sinistro ocorreu. Em petição dirigida à United States District Court for the Southern District of New York, as seguradoras afirmaram que

onde, como aqui, não há um contrato escrito completo estabelecendo a totalidade do acordo entre as partes, o tribunal deve olhar para evidências extrínsecas das circunstâncias em torno das negociações e minutas de acordo,

bem como para as correspondências entre as partes, a fim de fixar os termos do contrato³².

Depois de fazer análise cuidadosa dos documentos da negociação, a petição procurou o sentido da palavra evento no mercado de seguros americano para concluir que “o homem de negócios ordinário não teria dúvidas de que quando dois aviões sequestrados atingem as Torres Gêmeas em um período de dezesseis minutos, a total destruição do World Trade Center resultou de ‘única série de causas similares’³³. Portanto, a indenização deveria ser para apenas uma ocorrência, não duas.

Reflexão semelhante foi feita por Larry Silverstein, mas a conclusão foi distinta. Ele sustentou que “se uma apólice de seguro usa o termo ‘ocorrência’ sem defini-lo, então, como questão de direito, o sentido do termo não é ambíguo e deve ser decidido por referência ao estabelecido em precedentes legais de Nova Iorque”. Segundo Silverstein, essa referência significaria que “os eventos de 11 de setembro constituem duas ocorrências”³⁴. Para provar que a palavra ocorrência tinha um sentido usual no mercado, Silverstein recorreu ao depoimento de especialistas do setor de seguros.

A United States Court of Appeals for the Second Circuit decidiu em favor do segurado, que conseguiu demonstrar um padrão de conduta (que remete à boa-fé) entre os seguradores em torno do sentido estrito da palavra evento:

Obviamente, o sentido da palavra “evento” é de importância crítica. Se “evento” for interpretado no sentido de “todo fenômeno relacionado”, então a definição dos seguradores para “ocorrência” agregaria todas as perdas associadas a todo fenômeno relacionado, como os ataques terroristas de 11 de setembro, e as trataria como única ocorrência. Se, por outro lado, “evento” for definido como “um fenômeno físico”, então a definição dos seguradores para “ocorrência” trataria todas as perdas associadas a um fenômeno físico singular, como uma colisão de avião, como uma só “ocorrência”. Em ambos os casos –

se “evento” é definido em sentido amplo (todo fenômeno relacionado) ou em sentido estrito (um fenômeno físico) – a previsão continuará a desempenhar sua função agregadora; continuará a tratar todas as perdas associadas a dado “evento” como única “ocorrência”. Então, se “evento” é definido no sentido de “fenômeno físico”, e se um avião choca-se causando dano a ambas as torres do WTC, então Silverstein poderia receber apenas por uma “ocorrência”, mesmo que o avião causasse prejuízo aos dois prédios. Infelizmente para os seguradores, pelas circunstâncias do presente caso, o sentido estrito de “evento” – definido como “um fenômeno físico” – autorizará Silverstein a duas indenizações separadas: uma para cada choque de avião, limitadas a todas as perdas associadas a cada choque³⁵.

No Brasil, o debate seria parecido em razão do art. 113 do Código Civil: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. A parte final da norma remete às circunstâncias objetivas do mercado de que o contrato faz parte. A aplicação da regra passaria pela comprovação do sentido que os agentes do setor de seguros atribuem às palavras “evento” e “ocorrências”. Como o seguro é *uberrimae fidei*, a boa-fé seria definitiva na solução do caso.

7.2.2.4 *Garantia e interesse*

Segundo o art. 757 do Código Civil, a garantia do seguro protege interesse legítimo contra risco predeterminado.

Goffredo Telles Junior ensina que “a expressão *interesse*, na famosa definição de Jhering (*O Espírito do Direito Romano*), designa utilidade, vantagem ou proveito, assegurado pelo Direito. Refere-se tanto a bens materiais como a bens espirituais (vida, liberdade, honra, nome etc.)”³⁶. Trazendo o conceito especificamente para o seguro pode-se dizer, na esteira de Fábio Konder Comparato, que o interesse “pode apresentar um conteúdo econômico, como em todos os seguros de dano, ou um conteúdo afetivo, como no seguro sobre a vida de terceira pessoa”³⁷.

A partir dessas reflexões, vale a pergunta: o interesse faz parte da estrutura do contrato de seguro? Para Ernesto Tzirulnik, trata-se de "elemento estrutural do seguro: sua *causa*"³⁸. Antônio Junqueira de Azevedo faz, porém, uma ressalva de caráter geral:

Diz-se também, especialmente nos países causalistas, que a causa, entendida, pois, como "função", é "elemento constitutivo" do negócio. Ora, isso envolve a insuperável contradição de colocar a função como fazendo parte do negócio, quando jamais a função de um ser pode ser, ao mesmo tempo, elemento constitutivo dele³⁹.

O interesse não parece ser um elemento categorial essencial do contrato de seguro, ou seja, um item determinante para a qualificação jurídica de determinada avença como seguro. Primeiro, porque em todo contrato há interesse, no sentido de "utilidade, vantagem ou proveito" (Goffredo) ou de "conteúdo econômico" ou "afetivo" (Comparato), não representando traço distintivo desse ou daquele negócio jurídico. Segundo, porque o interesse está fora do contrato, visto que oriundo de relação jurídica distinta daquela do seguro. Somente contrata cobertura securitária para automóvel quem já integra contexto jurídico que o envolve: é proprietário, por exemplo.

Dessa forma, melhor do que ver o interesse como *elemento* do contrato de seguro é qualificá-lo como *pressuposto*. "O interesse é simplesmente o pressuposto pelo qual um indivíduo determinado deva sofrer as consequências danosas do sinistro", escreveu Buttaro⁴⁰. E pressuposto do quê? Do risco, esse sim elementar para o seguro. Interesse é *prius*, risco é *posterius*; quem não tem interesse, não tem risco.

Note-se, porém, que apesar de não haver risco sem interesse, pode haver interesse sem risco, pois "a existência do risco não é ínsita no conceito de interesse, mas constitui simplesmente um

requisito para que ele possa ser segurado”⁴¹. Exemplo caricato: uma empresa transforma destroços de navio naufragado no oceano em destino de mergulho para turistas. Sem dúvida, os destroços lhe são úteis e têm conteúdo econômico, sendo claro seu interesse sobre eles. No entanto, a empresa não poderia contratar seguro contra incêndio do navio. Há interesse na incolumidade dele, mas não há risco de destruição por fogo porque ele está embaixo d’água e tomado por ela.

O exemplo mostra que o risco é elemento do contrato de seguro, e não o interesse. É a ausência de risco que, de imediato, desnatura o contrato, conforme indica o art. 773 do Código Civil. Sem risco não existe seguro. O risco é estrutural e específico, ao lado da garantia e do prêmio. O interesse é externo e geral, não distinguindo a avença⁴². Nicola Gasperoni aponta: “O interesse é levado em consideração no seguro somente enquanto é ameaçado por um risco. O risco constitui assim condição para que se segure o interesse”⁴³.

Há ainda julgados que extremam essa posição e admitem seguro sobre riscos desconectados do interesse⁴⁴. Um arrendatário segurou o bem que lhe foi arrendado. Declarou-se proprietário dele para o segurador. Ocorrido o sinistro, o segurador negou a indenização, uma vez que o bem se perdeu para o arrendador. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pelo pagamento:

...embora conste como proprietária do veículo segurado a sociedade arrendadora, uma vez realizada a tradição do bem ao recorrente, na posição de arrendatário, passa ele a suportar os riscos da perda ou deterioração do bem. Daí a necessidade de contratação do seguro para atenuar supostos prejuízos. Se o bem arrendado sofre um sinistro, o efetivo prejuízo da perda é suportado pelo arrendatário, pois as obrigações contraídas perante o arrendante ainda subsistem. Há, pois, interesse do arrendatário na solução do contrato de seguro para o fim de solver as obrigações assumidas no contrato de arrendamento mercantil firmado entre ele e o arrendante⁴⁵.

O Tribunal entendeu que, a despeito de o seguro envolver o bem, o arrendatário tinha interesse no adimplemento do contrato de *leasing*. Por isso, o segurador deveria indenizá-lo. Perceba-se, porém, que o interesse do arrendatário está na *performance* do *leasing*, e não no bem em si. Por isso, do modo como foi proferida, a decisão admitiu seguro desvinculado do interesse originalmente segurado: o arrendatário pôde receber indenização por perda de bem que não lhe pertencia para compensar os prejuízos da relação jurídica obrigacional com o arrendador⁴⁶.

7.2.2.4.1 Interesse legítimo

A abordagem é outra, porém, quando se fala do sintagma “interesse legítimo”. A inclusão do adjetivo desloca a discussão do plano da existência para o da validade do contrato de seguro. “Interesse legítimo”, como unidade de sentido, torna-se requisito para a tutela jurídica da avença. O contrato pode existir sem “interesse legítimo”, mas será inválido nos termos do art. 762 do Código Civil: “Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro”⁴⁷.

Há diferença no tratamento dado ao tema pelo Código Civil de 2002 em relação ao Código de 1916. O art. 1.436 do diploma revogado previa: “Nulo será este contrato, quando o risco, de que se ocupa, se filiar a atos ilícitos do segurado, do beneficiado pelo seguro, ou dos representantes e prepostos, quer de um, quer do outro”. A lei em vigor utilizou dolo ao invés de atos ilícitos porque entre estes colocou expressamente a culpa, segundo o art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Se tivesse mantido a expressão atos ilícitos, o Código Civil de 2002 não admitiria seguro para atos culposos do segurado, o que limitaria a garantia securitária a caso fortuito, força

maior ou fato de terceiro, restringindo sua utilidade para a vida moderna. A adequação terminológica foi, portanto, pertinente⁴⁸.

No caso do World Trade Center existe "teoria da conspiração" em torno da legitimidade do interesse de Larry Silverstein sobre as torres gêmeas. A operação delas estaria deficitária há anos e seria necessário muito dinheiro para modernizá-las e torná-las lucrativas. Mesmo assim Silverstein decidiu arrendar o complexo de prédios por USD 100 milhões ao ano. Fez seguro de mais de USD 3 bilhões "por ocorrência", tudo há menos de dois meses dos ataques terroristas. Alguns suspeitam de Silverstein⁴⁹.

Conspirações à parte, o fato é que o segurado não terá cobertura se agir dolosamente. O dolo elimina a aleatoriedade do sinistro, tornando-o sujeito à vontade do segurado. Garantir condutas dolosas seria premiar a delinquência, em franca violação à ordem pública.

No final, aliás, será essa mesma ordem pública que dará os contornos do "interesse legítimo". É o que se pode extrair do art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil: "Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos".

Como ordem pública é conceito jurídico remissivo, varia conforme muda a sociedade. O mesmo caminho tem o "interesse legítimo", que hoje já abrange objetos antes incomuns no mercado de seguros, como nádegas femininas.

7.2.3 Risco

John Maynard Keynes propõe a seguinte definição para risco:

O "risco" pode ser definido de algum modo como segue. Se A é o valor do bem que pode resultar, p é sua probabilidade ($p + q = 1$), e E é o valor da "expectativa matemática", de modo que $E = pA$, então "risco" é R , onde $R = p(A - E) = p(1 - p)A = pqA = qE$. Isso pode ser colocado de outro modo: E

mede o sacrifício imediato que deveria ser feito para se obter A; q é a probabilidade de que esse sacrifício seja em vão; então qE é o "risco"⁵⁰.

Observa-se nessa definição que a palavra risco traz sentido natural de perda, algo negativo. No seguro isso é tão forte que o risco materializado recebe o nome de sinistro, não no sentido inocente de esquerdo, mas de "desastre, ruína"⁵¹. Como diz Keith J. Crocker, "risco é a chance de algo ruim acontecer"⁵².

Na matemática de Keynes, vê-se que risco está diretamente vinculado à probabilidade. É precisamente com base em juízos de probabilidade que se nega a aleatoriedade econômica do seguro⁵³. Nas palavras de Paul A. Samuelson,

a companhia de seguros não está apostando, porque o que é imprevisível e sujeito ao acaso para o indivíduo é altamente previsível e uniforme na massa. Se John C. Smith, vinte anos de idade e com boa saúde, viverá por mais 30 anos é problema do acaso, mas a famosa lei dos grandes números garante que em 100.000 casos de pessoas com vinte anos de idade e boa saúde uma proporção definida ainda estará viva ao final desse período. A companhia de seguro de vida pode facilmente definir o prêmio de modo a não perder dinheiro⁵⁴.

Em outras palavras, a Lei dos Grandes Números garantiria a identificação de padrões com alto índice de precisão de modo que, para a seguradora, a relação cobertura \times risco não seria aleatória em sua carteira de seguros. Para tanto, basta uma grande amostragem de casos para uma leitura histórica.

Tal observação é um fato. Porém, como dito acima, aplica-se à operação, não para o contrato de seguro. E mesmo para a operação, a aplicação da Lei dos Grandes Números nem sempre é infalível. O mundo contemporâneo está sujeito a eventos fora do comum, ou

*outliers*⁵⁵. São ocorrências com resultados de grandes proporções que, inicialmente, ou não haviam sido previstas, ou imaginava-se que sua chance de materialização era remota.

7.2.3.1 Risco e incerteza

No World Trade Center, os prejuízos segurados alcançaram o montante de USD 19 bilhões. Foi uma das maiores perdas da história para a indústria de seguros dos Estados Unidos da América, ficando atrás apenas de grandes furacões como o Katrina⁵⁶. Nenhuma matemática antecipou essa ocorrência. Contudo, tratou--se de sinistro coberto, cabendo às seguradoras pagar indenizações.

Em eventos *outliers* (ou Cisnes Negros, para Nicholas Nassim Taleb), os cálculos de probabilidade de risco não funcionam. Alguém dirá, todavia, que tais eventos são irrelevantes para os cálculos, que tratam apenas do padrão de comportamento de determinada carteira de seguros. O Direito dirá, porém, que irrelevante é precisamente esse padrão, em que tudo se passa como esperado e não há conflitos. Não há crise se o índice de sinistralidade de determinada carteira permanece constante. Já se ele aumenta ou diminui muito, surgem os problemas.

Seria possível dizer, portanto, que para o Direito é de fundamental importância aquilo que, para a matemática, tende a ser descartado: o resquício de aleatoriedade econômica que, apesar do avanço de todos os modelos de análise existentes, ainda existe no seguro. Trata-se do campo da *incerteza*, que está além da previsibilidade do *risco*, na dicotomia de Frank H. Kinght de que risco é mensurável, enquanto incerteza não:

Parece que a incerteza mensurável, ou “risco” em sentido próprio, como usaremos o termo, é tão diferente da imensurável que não é, de fato, incerteza. Devemos então restringir o termo “incerteza” para os casos do tipo não quantitativo⁵⁷.

A incerteza desconstrói qualquer premissa de racionalidade nos cálculos de probabilidade. Howard Kunreuther e Erwann Michel-Kerjan relatam o comportamento dos seguradores após os ataques de 11 de setembro:

Como consequência imediata do 11 de setembro de 2001, os seguradores americanos se viram com quantidade significativa de exposição ao terrorismo em seu portfólio com limitadas possibilidades de obter resseguro para reduzir perdas decorrentes de um ataque futuro. Os poucos que ofereceram cobertura a seus clientes o fizeram a preços muito altos. Por exemplo, antes de 11/09, o aeroporto O'Hare de Chicago tinha cobertura de USD 750 milhões para terrorismo a um prêmio anual de USD 125 mil. Depois dos ataques terroristas, os seguradores ofereceram somente USD 150 milhões de cobertura a um prêmio anual de USD 6,9 milhões⁵⁸.

Depois do sinistro, os prêmios subiram cinquenta e cinco vezes, enquanto as coberturas diminuíram cinco vezes. Essa revisão das tendências parte da premissa de que, depois de ocorridos os ataques, a chance de haver outros aumenta. Mas onde está a racionalidade disso? Racional não seria imaginar que, após o sinistro, a probabilidade de ele voltar a ocorrer diminuiu, considerando o reforço do estado de atenção do país e do mundo em relação a movimentações terroristas? O prêmio não deveria, então, ser mais barato? É esse tipo de crise que os *outliers* causam, mostrando "as severas limitações de nosso aprendizado pela observação ou experiência e a fragilidade do nosso conhecimento"⁵⁹.

Existe alguma maneira de fazer frente a esses eventos? Talvez. Primeiro, é preciso reconhecer que existe margem de aleatoriedade (jurídica e econômica) no seguro, tanto na operação como no contrato. Segundo, deve-se analisar o contrato dentro da categoria

dos contratos de duração. Como diz Antígono Donati, “il rapporto assicurativo è infine un rapporto di durata”⁶⁰. Nessa categoria contratual o tempo é fator fundamental, porque suas avenças são feitas para durar. Dessa forma, elas devem ter certa elasticidade que permita sejam adaptadas às alterações de circunstâncias.

Essa adaptação é orientada pela boa-fé, especialmente atuante nos contratos de duração, nos quais reforça as expectativas de confiança e colaboração entre as partes⁶¹. Será a partir da boa-fé que as consequências do *outlier* serão redistribuídas para preservar o contrato. Admitindo a premissa de que ambas as partes perdem nesse tipo de evento, é preciso readequar o seguro sob pena de desnaturá-lo. Se a garantia foi estabelecida contra riscos predeterminados, mas o *outlier* é, em essência, indeterminável, o contrato não pode ser cumprido como se o sinistro fosse padrão. Dessa forma, a parte das perdas que não tiver sido precificada no prêmio não terá cobertura por não se tratar de risco, mas sim de incerteza. A quantificação deve ser feita no caso concreto.

7.3 Categorias do contrato de seguro no Código Civil

O Código Civil divide o seguro em duas categorias: seguro de coisas e seguro de pessoas⁶². Ainda se discute se é possível tratar ambas as categorias sob o mesmo regime. Para muitos, haveria um dualismo conceitual, uma vez que o seguro de pessoas nem sempre teria a natureza indenizatória do seguro de coisas, compondo por vezes uma reserva de recursos em favor do segurado ou do beneficiário, como no seguro de vida⁶³. Ascarelli, que se posiciona a favor do conceito unitário do seguro, argumenta:

Podemos afirmar que, nos contratos de seguro, o âmbito do caráter indenitório é menos claro passando dos ramos de seguros de coisa àqueles de seguros de pessoas ou sobre a vida. Essa diferença, todavia, deriva da característica do

dano cujo ressarcimento se pretende e que importa a passagem de uma avaliação concreta e a posteriori a uma avaliação abstrata e preventiva. O fundamento do reconhecimento legal do seguro reside, entretanto, sempre na função indenitária, apesar de o direito, dada a igual natureza do risco, admitir, em algumas hipóteses, a possibilidade de uma avaliação abstrata e preventiva do dano⁶⁴.

O debate se alonga, mas não tem lugar neste espaço⁶⁵. Interessa aqui analisar aspectos dogmáticos do Código Civil para cada categoria de seguro.

7.3.1 Prescrição

As regras do Código Civil para prescrição do seguro estão contidas no art. 206, § 1º, II, e § 3º, IX. A primeira trata da prescrição da pretensão do *segurado* contra o segurador, e deste contra aquele. A segunda trata do *beneficiário* e do *terceiro prejudicado*.

A redação do art. 206, § 3º, IX, exige reflexão ao dizer que prescreve em três anos “a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório”. A parte final relativa ao seguro de responsabilidade civil obrigatório refere-se tanto a beneficiário como a terceiro prejudicado, ou somente a este? Ou, de outro modo, quando não se tratar desse tipo de seguro não se aplicará o prazo de três anos, mas sim o prazo geral de dez anos do art. 205 do Código Civil? Não.

A norma trata, em verdade, de duas situações: a do beneficiário de qualquer seguro e a do terceiro prejudicado em relação ao seguro de responsabilidade civil obrigatório. Não fosse assim, haveria incongruência clara em seguros como o de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre (DPVAT). Nele, terceiro prejudicado e beneficiário podem ser a mesma pessoa⁶⁶. Não faria sentido a lei usar dois nomes para a mesma pessoa.

É, portanto, preciso separar. Prescreve em três anos a pretensão de beneficiário de qualquer seguro e, no caso de seguro de

responsabilidade civil obrigatório, a pretensão do terceiro prejudicado.

7.3.2 Seguro de dano

7.3.2.1 Valor da indenização

O art. 778 do Código Civil ocupa-se do contrato de seguro geneticamente (formação). Pela norma, no seguro de dano a garantia não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão da avença. Já o art. 781 trata do negócio funcionalmente (execução). Dispõe que a indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, respeitado o limite máximo de garantia da apólice.

Ainda na vigência do Código Civil de 1916 discutiu-se: havendo perda total do bem, a seguradora pode pagar ao segurado apenas o valor de mercado do mesmo na época do sinistro ou deve levar em conta o valor do momento da contratação? O Superior Tribunal de Justiça tem julgado no sentido de que

à luz do Código Civil de 1916, em caso de perda total, a indenização securitária a ser paga pela seguradora deve tomar como base a quantia fixada na apólice, sobre a qual é cobrado o prêmio, independentemente da existência de cláusula prevendo o contrário, salvo se a seguradora, antes do evento danoso, tiver postulado a redução da indenização⁶⁷.

Há outra decisão ainda mais incisiva:

CIVIL. SEGURO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE VEÍCULO. PERDA TOTAL. VALOR SEGURADO. APÓLICE. CC, ARTS. 1.462 E 1.438.

I. O seguro deve ser pago pelo valor atribuído ao bem contratado pelas partes, em relação ao qual o prêmio foi pago, quando a companhia seguradora não se

vale da faculdade prevista no art. 1.438 do Código Civil para reduzir eventual distorção na estimativa do veículo.

II. Injustificável, portanto, o afastamento do preceito contido no art. 1.462 da lei substantiva, ao argumento de que o veículo, que era novo, teve seu valor reduzido pelo uso, de acordo com o mercado, situação que, por ser comum, tornaria, sempre, meramente figurativo o montante fixado na apólice respectiva.

III. Pacificação da matéria pela 2ª Seção do STJ (EREsp 176.890/MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, por maioria, jul. em 22.09.99).

IV. Recurso especial não conhecido⁶⁸.

Em resumo, as decisões pontuam que, se na apólice havia valor determinado de cobertura, as indenizações deveriam ser por esse valor em caso de perda total do bem, pois o prêmio teria sido cobrado sobre aquele montante. Os fundamentos para essa conclusão estariam nos arts. 1.438 e 1.462 do Código revogado:

Art. 1.438. Se o valor do seguro exceder ao da coisa, o segurador poderá, ainda depois de entregue a apólice, exigir a sua redução ao valor real, restituindo ao segurado o excesso do prêmio; e, provando que o segurado obrou de má-fé, terá direito a anular o seguro, sem restituição do prêmio, nem prejuízo da ação penal que no caso couber.

Art. 1.462. Quando ao objeto do contrato se der valor determinado, e o seguro se fizer por este valor, ficará o segurador obrigado, no caso de perda total, a pagar pelo valor ajustado a importância da indenização, sem perder por isso o direito, que lhe asseguram os arts. 1.438 e 1.439.

No Código de 1916, o valor da cobertura vinculava o da indenização. Em tese, a garantia podia superar o valor do bem, cabendo à seguradora, se quisesse, exigir redução do *quantum* coberto e devolver o excesso de prêmio ao segurado. Se assim não procedesse, ficaria obrigada pelo valor definido no contrato, ainda que superior ao da coisa.

Há nisso uma confusão entre prêmio, cobertura e indenização, que foi corrigida na lei em vigor. O prêmio determina apenas a cobertura, e não a indenização. Em caso de sinistro parcial, não há devolução do prêmio, pago pela cobertura toda, mesmo que a

indenização seja inferior ao máximo previsto na apólice. Ou seja, o valor da indenização não está relacionado diretamente ao valor do prêmio, mas à extensão da perda.

Essa reflexão é, inclusive, intertemporal. A relação cobertura \times prêmio estabelece-se na gênese do contrato. Já o pagamento da indenização, que é eventual, ocorre na execução da avença e depende da extensão do prejuízo. É por isso que o Código Civil de 2002 trata de cobertura em um artigo (778) e de indenização em outro (781). São momentos distintos do seguro.

Atualmente, mesmo que a *cobertura* indique um valor determinado, a *indenização* nunca poderá superar o valor do interesse no momento do sinistro. Se o seguro de automóvel indicou R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), mas o furto ocorreu quando ele valia R\$ 63.000,00 (sessenta e três mil reais), é esta última quantia que será indenizada. Não importa que o prêmio tenha sido estabelecido sobre R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), pois isso dá apenas a medida da cobertura (sinalagma genético). O que referencia a indenização é o valor do prejuízo (aleatoriedade funcional).

Se o segurado receber mais do que perdeu, enriquecerá sem causa. Então alguém dirá: se ele pagou prêmio sobre o valor maior, deve receber sobre esse valor. Errado. A contraprestação ao prêmio maior está no simples oferecimento da cobertura pelo segurador, nada tendo que ver com a indenização. O segurado paga pela garantia do risco, não pela reparação do dano. Risco vem antes, dano depois. O risco tem um preço estimado, o dano tem um valor comprovado. Indeniza-se sempre, e no máximo, o valor do prejuízo.

O Código Civil de 2002 cria, porém, situações intrigantes. O art. 783 prevê: "Salvo disposição em contrário, o seguro de um interesse por menos do que valha acarreta a redução proporcional da indenização, no caso de sinistro parcial". Pergunta-se: é possível dispor em contrário para que a indenização não seja diminuída em caso de sinistro parcial? Parece que não. A regra deve ser interpretada em conjunto com o art. 781, que limita a indenização ao valor do prejuízo. Assim, o que se pode dispor em contrário refere-se à proporcionalidade da redução da indenização. Ou seja,

em caso de sinistro parcial, pode-se definir que a diminuição da indenização não será proporcional. Nunca poderá, porém, superar o efetivo valor da perda.

7.3.2.2 Cessão do contrato

Conforme o art. 785 do Código Civil, “salvo disposição em contrário, admite-se a transferência do contrato a terceiro com a alienação ou cessão do interesse segurado”. O § 1º desse artigo trata da eficácia da transferência do seguro perante a seguradora em caso de o instrumento contratual ser nominativo, exigindo que esta seja notificada por escrito assinado pelo cedente e pelo cessionário.

O Superior Tribunal de Justiça, todavia, tem julgados que obrigam a seguradora a pagar indenização ao terceiro cessionário do contrato mesmo sem aquela notificação:

CIVIL. SEGURO FACULTATIVO. TRANSFERÊNCIA DE VEÍCULO. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO À SEGURADORA.

A só e só transferência de titularidade do veículo segurado sem comunicação à seguradora não constitui agravamento do risco. Na hipótese, como retratado pela decisão recorrida, não houve má-fé por parte do anterior e do atual proprietário do veículo no que seja atinente à sua transferência, não tendo havido, objetivamente, ofensa aos termos do contrato, pois ausente qualquer comprovação de que a transferência se fizera para uma pessoa inabilitada, seja técnica ou moralmente. Descabe a aplicação da multa prevista no parágrafo único do art. 538/CPC, se não há, como no caso, intenção protelatória. Recurso conhecido e parcialmente provido⁶⁹.

Assim, a discussão sobre a eficácia da cessão do seguro em relação à seguradora tem sido concentrada no risco: a indenização deixa de ser devida apenas se este for agravado com a transferência da apólice.

Também sobre a cessão do seguro dispõe o § 2º do art. 785 do Código Civil: “A apólice ou o bilhete à ordem só se transfere por endosso em preto, datado e assinado pelo endossante e pelo endossatário”. A norma reforça as palavras de Pontes de Miranda: “A *apólice de seguro* sempre foi, no direito brasileiro, *título de crédito*. O fato mesmo da ligação do seguro à mercadoria segurada sugeria que a circulação da apólice de seguro acompanhe a circulação da mercadoria”⁷⁰.

Diante da natureza cartular da apólice, a palavra endosso tem dois sentidos no seguro: (a) mecanismo de modificação do contrato e (b) ato cambial de transferência deste a terceiros. O endosso “modificativo” é bastante comum para ajustes como alteração do endereço do segurado, adaptação da cobertura a pequenas mudanças no perfil de risco etc., e pode ocorrer tanto em seguro de coisas quanto de pessoas. O endosso “translativo”, por sua vez, cabe apenas nas apólices ou bilhetes à ordem nos seguros de coisa.

7.3.2.3 Seguro de responsabilidade civil

O art. 787 do Código Civil estatui: “No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro”. Dessa forma, o segurador somente teria de efetuar pagamentos após a condenação do segurado e a indenização seria paga a este, como reembolso.

Debata-se sobre a possibilidade de ação direta do terceiro prejudicado em face da seguradora. No REsp 228.840/RS, o Ministro Ari Pargendler, relator, decidiu que “nos seguros de bens terrestres, todavia, prevalece o princípio da relatividade dos contratos, salvo cláusula expressa em contrário”. Assim, negou a possibilidade de o terceiro processar diretamente a seguradora. Restou, porém, vencido, como mostra a ementa:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DIRETAMENTE PROPOSTA CONTRA A SEGURADORA. LEGITIMIDADE.

1. Pode a vítima em acidente de veículos propor ação de indenização diretamente, também, contra a seguradora, sendo irrelevante que o contrato envolva, apenas, o segurado, causador do acidente, que se nega a usar a cobertura do seguro.
2. Recurso especial não conhecido⁷¹

A discussão perde força diante do art. 788 do Código Civil de 2002, norma sem correspondência no Código de 1916: "Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado". Leitura *a contrario sensu* da regra fixa conclusão de que, nos seguros de responsabilidade não obrigatórios (= facultativos), a indenização *não* será paga pelo segurador ao terceiro prejudicado, mas sim ao segurado. Dessa forma, o terceiro não pode acionar diretamente o segurador.

Essa interpretação não contraria decisões anteriores do Superior Tribunal de Justiça. Simplesmente se pauta em novidade legislativa. Com o art. 778 do Código Civil vigente, a lide fica restrita entre segurado e segurador. Este pode ser litisdenunciado em demanda movida pelo terceiro prejudicado, mas não processado diretamente por ele. Já há decisões nesse sentido no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DIRETA DA VÍTIMA CONTRA A SEGURADORA. SEGURO VOLUNTÁRIO. INADMISSIBILIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO DESPROVIDO.

O seguro de responsabilidade civil não é, efetivamente, estipulação em favor de terceiro, mas em favor do segurado que, por força do contrato, poderá exigir da seguradora a recomposição das perdas decorrentes de eventual obrigação de indenizar a vítimas, em relação às quais seja reconhecida a sua responsabilidade civil. Obriga-se a seguradora, por força do contrato, a indenizar o segurado e não a vítima. Se o segurado não se reconhece como causador do dano e, por isso, recusa a indenização, não pode a vítima superar,

ou contornar, esta resistência dirigindo a ação diretamente contra a seguradora por ele contratada. O contrato de seguro faz nascer em favor do segurado um direito subjetivo de exigir as obrigações dele decorrentes que só ele está legitimado a exigir. A contratação de um seguro facultativo não pode dar ensejo à substituição da manifestação de vontade do segurado, pela seguradora que, vencida na demanda que lhe tenha sido dirigida pela vítima, indenizará aquela em relação à qual o segurado não reconhece o direito à reparação. Diversa é a hipótese nos seguros obrigatórios, exatamente porque todos serão indenizados, independentemente da investigação da culpa⁷².

7.3.3 Seguro de pessoa

No seguro de pessoa não há limite de cobertura, podendo ser contratado mais de um seguro sobre o mesmo interesse, nos termos do art. 789 do Código Civil. Restrição importante há, porém, no seguro sobre a vida de outros: o proponente é obrigado a declarar, sob pena de falsidade, seu interesse na preservação da vida do segurado, conforme o art. 790. O parágrafo único dessa norma cria presunção *iuris tantum* da existência de interesse quando o segurado é cônjuge, ascendente ou descendente do proponente⁷³.

Importa lembrar que as regras do seguro de pessoa não se aplicam à garantia do reembolso de despesas hospitalares ou de tratamento médico, nem ao custeio das despesas de luto e de funeral do segurado (art. 802 do Código Civil). Tais eventos estão mais próximos do seguro de coisa por representarem perdas de natureza eminentemente patrimonial.

7.3.3.1 O beneficiário

O art. 791 prevê que o beneficiário do seguro de pessoa pode ser substituído se o segurado não renunciar a essa faculdade e se o seguro não tiver como causa declarada a garantia de alguma obrigação. Causa deve ser entendida aqui precisamente como a função social do seguro, ou seja, seu objetivo concreto. O beneficiário, credor da obrigação, não pode ser substituído por

simples vontade do devedor, pois isso significaria redução arbitrária da garantia ao crédito.

A substituição do beneficiário deve ser notificada ao segurador (parágrafo único do art. 791). Não pode ser presumida, dependendo de manifestação expressa do segurado:

SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS. BENEFICIÁRIO DESIGNADO NA APÓLICE - RECURSO PROVIDO.

Quando a apólice designa nominalmente o beneficiário, é claro que só em proveito deste se fez o contrato. A substituição do favorecido não pode ser presumida reclamando, pelo contrário, ato positivo de vontade do segurado⁷⁴.

O companheiro pode ser instituído como beneficiário se na conclusão do contrato de seguro o segurado era separado judicialmente ou estava separado de fato (art. 793). Em relação ao concubino, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela impossibilidade de instituição como beneficiário:

DIREITO CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. CONTRATOS, FAMÍLIA E SUCESSÕES. CONTRATO DE SEGURO INSTITUÍDO EM FAVOR DE COMPANHEIRA. POSSIBILIDADE.

É vedada a designação de concubino como beneficiário de seguro de vida, com a finalidade assentada na necessária proteção do casamento, instituição a ser preservada e que deve ser alçada à condição de prevalência, quando em contraposição com institutos que se desviem da finalidade constitucional (...)⁷⁵.

7.3.3.2 Seguro, dívidas e herança

O art. 794 do Código Civil é claro: “No seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito”. Ou seja, valor pago pela seguradora não pode ser penhorado nem integra o espólio do *de cujus*⁷⁶:

LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO CUMULADA COM COBRANÇA. IMPENHORABILIDADE DAS VERBAS DECORRENTES DO CONTRATO DE SEGURO DE VIDA.

As verbas oriundas de contrato de seguro de vida e acidentes pessoais são impenhoráveis, uma vez que a função desta espécie de seguro é criar um fundo alimentar ao segurado ou ao beneficiário. Recurso improvido⁷⁷.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SEGURO DE VIDA CONTRATADO PELO DE CUJUS - CAPITAL DO SEGURO. LEVANTAMENTO PELO BENEFICIÁRIO. POSSIBILIDADE. VALOR QUE NÃO INTEGRA O PATRIMÔNIO DO ESPÓLIO. RECURSO PROVIDO. O capital do seguro de vida não constitui herança para os efeitos de direito, não integrando, portanto, o patrimônio do espólio⁷⁸.

7.3.3.3 Não pagamento do prêmio

Ao contrário do que ocorre no seguro de coisas, no seguro de vida individual o inadimplemento em relação ao prêmio não autoriza o segurador a executar o contrato, nos termos do art. 475 do Código Civil. Resta-lhe resolver a avença, restituindo a reserva já formada, ou reduzir o capital garantido na proporção do prêmio já pago, conforme disposto no contrato, nos termos do parágrafo único do art. 796 daquele Código:

Em qualquer hipótese, no seguro individual, o segurador não terá ação para cobrar o prêmio vencido, cuja falta de pagamento, nos prazos previstos, acarretará, conforme se estipular, a resolução do contrato, com a restituição

da reserva já formada, ou a redução do capital garantido proporcionalmente ao prêmio pago.

Essa regra é vista como espécie de direito de desistência do segurado em relação ao seguro de vida individual: “O parágrafo único do mesmo artigo determina como que uma potestativa prerrogativa de desistência para o segurado, quando o seguro de vida seja contratado de forma individual”⁷⁹. Note-se, contudo, que a consequência do inadimplemento – resolução do contrato ou redução do capital garantido – já estará regulada desde a formação da avença, não havendo opção do segurado por uma ou outra durante a execução dela. Dessa forma, o não pagamento do prêmio apenas acionará a cláusula contratual pertinente.

Vale observar que o parágrafo único do art. 796 do Código Civil não se aplica para os seguros de vida em grupo, que são estruturados em regime financeiro de repartição, não se admitindo restituição de prêmio:

Tratando-se de contrato de seguro de cobertura estruturada no regime financeiro de repartição, não há direito a resgate ou devolução de quaisquer prêmios pagos, tanto assim que não estipulada restituição da reserva já formada ou a redução do capital garantido proporcionalmente ao prêmio pago. Ademais, em contrato de seguro, impossível é a devolução das quantias pagas, tendo em vista ser típico contrato de risco, correndo a seguradora o risco da ocorrência do sinistro durante a vigência do contrato de seguro, como é próprio dos contratos aleatórios⁸⁰.

7.3.3.4 Seguro e suicídio

O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do

contrato, ou da sua recondução depois de suspenso (art. 798 do Código Civil). Ocorrendo suicídio nesse período, o segurador tem de entregar ao beneficiário o montante da reserva técnica formada (art. 798 c/c o parágrafo único do art. 797).

A situação é análoga à de uma carência, que não pode, porém, ter duração superior àqueles dois anos. Ou seja, é nula a cláusula que exclui o pagamento do capital para suicídio ocorrido depois de dois anos da vigência do seguro (art. 798, parágrafo único).

Com essas regras é preciso rever as Súmulas 105 do Supremo Tribunal Federal e 61 do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente: "Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro" e "O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado"⁸¹. Nos dias de hoje, a cobertura somente permanecerá se o suicídio ocorrer após a carência legal. Dentro do prazo de dois anos, o beneficiário não terá direito ao capital estipulado, tenha ou não havido premeditação do segurado.

Essa conclusão fica mais firme quando se compara o Código Civil em vigor com o Código de 1916. Neste, o art. 1.440 dispunha: "A vida e as faculdades humanas também se podem estimar como objeto segurável, e segurar, no valor ajustado, contra os riscos possíveis, como o de morte involuntária, inabilitação para trabalhar, ou outros semelhantes". E no parágrafo único: "Considera-se morte voluntária a recebida em duelo, bem como o suicídio premeditado por pessoa em seu juízo".

Assim, na lei revogada, o seguro de pessoas cabia para morte involuntária, mas não para a voluntária, caso do suicídio premeditado. Diante disso, formou-se entendimento de que o beneficiário somente perderia o capital estipulado se fosse demonstrada a premeditação do segurado suicida.

No Código Civil vigente, porém, não há qualquer referência à premeditação. O art. 798 simplesmente libera o segurador de pagar o capital em caso de suicídio no período de carência, independentemente da intenção do segurado. Como a lei não excepciona, não cabe ao intérprete excepcionar:

O art. 798 do Código Reale, no sentido de estabelecer um prazo de carência objetivo e legal de dois anos, dentro do qual, se ocorrido o suicídio, não haverá a cobertura securitária, sem identificar qualquer distinção acerca das condições em que cometido o desvario, se voluntária ou involuntariamente, veio justamente para superar essa diferenciação, a bem da segurança jurídica, como apropriadamente anotado pelo ilustre magistrado Cláudio Luiz Bueno de Godoy, ao comentar com maestria o citado artigo na obra *Código Civil Comentado*, ed. Manole, figurando como coordenador jurídico o eminente Ministro Cezar Peluso. Daí por que, se a lei não faz distinção, não caberia ao intérprete fazê-la, certo que a superada Súmula n. 105 do STF, invocada pela apelada e editada sob a égide do Código Civil de 1916, perdeu seus efeitos nos contratos firmados após a entrada em vigor do novo Estatuto⁸².

Vista a lógica e a dogmática do contrato de seguro (ato), passa-se ao estudo da operação de seguro (atividade).

7.4 A operação de seguro

7.4.1 Aversão e propensão a risco

Os indivíduos comportam-se de maneiras diversas ao tomar decisões em situações de risco. Os comportamentos são determinados pelas projeções individuais acerca da ocorrência ou inoocorrência de um evento futuro, as quais são norteadas pelo instinto de autopreservação, pelas experiências individuais, pelo compartilhamento de experiências com terceiros, pelas oportunidades e/ou pelas predisposições psíquicas de cada um.

Em regra, o ser humano foi como que programado para evitar situações de perigo, podendo ser classificado como "averso a risco"⁸³. Tal característica, embora predominante, não é universal.

Em situações específicas é possível observar indivíduos propensos a assumir riscos⁸⁴. Nas decisões com consequências financeiras, a aversão a risco é mais evidente. Nesse contexto, dois aspectos fundamentais devem ser ressaltados.

Em primeiro lugar, a aversão e a predisposição a risco são orientadas pela possibilidade de ganhos e perdas pecuniárias projetadas por indivíduos diante de dados cenários. Por um lado, indivíduos tendem a atribuir maior peso às situações de perda que as de ganho: perder muito tem peso negativo maior que o valor positivo de elevado ganho⁸⁵. Por outro lado, visando ao recebimento de prêmios por assumir riscos, alguns indivíduos expõem-se mais.

O segundo aspecto é a percepção de que, à medida que o indivíduo se torna mais rico, menor é o seu grau de aversão a risco⁸⁶. Esta conclusão resulta, em parte, do primeiro aspecto, já que a percepção individual de perda tende a ser menor quanto maior for o patrimônio de uma pessoa. Assim, o grau de exposição a risco de cada indivíduo funda-se muito mais em uma questão de incentivos e desincentivos que em uma predisposição natural ou biológica.

É possível que, para certo indivíduo, estacionar em área de “zona azul” sem a utilização do tíquete seja um risco aceitável, sendo incogitável para ele, no entanto, deixar seu veículo sem seguro estacionado em uma rua deserta em São Paulo.

Nos exemplos acima, a ponderação do risco é bastante evidente, baseada fundamentalmente no valor da multa de trânsito e no preço de mercado do veículo, de modo que a probabilidade de perda desses valores tende a ser subestimada no caso da “zona azul” e superestimada na hipótese da rua deserta⁸⁷.

Talvez o indivíduo assumisse, por outro lado, o risco da rua deserta na hipótese de o prejuízo decorrente do roubo do veículo ser para ele relativamente pequeno, como é o da multa da “zona azul”. Conclui-se que, independentemente do grau de aversão ao risco daquele indivíduo, sua predisposição a assumi-lo será tão maior quanto menor o preço que virtualmente tiver que pagar por isso. Ou seja, diante de um risco substancial, a possibilidade de

fragmentação das perdas potenciais “encoraja” a sua assunção pelos indivíduos, ainda que sejam aversos a risco.

7.4.2 Distribuição de risco

A engenhosidade humana desenvolveu, no contexto das relações privadas, importantes mecanismos que possibilitam essa fragmentação de perdas potenciais, ou seja, que permitem a distribuição de riscos entre sujeitos com diferentes graus de propensão a risco. O traço mais característico comum a todas essas ferramentas está na possibilidade de precificação do risco de modo a viabilizar sua distribuição segundo mecanismos de oferta e demanda⁸⁸.

Dentre tais mecanismos, destacam-se (a) as diversas formas de associações entre indivíduos para a realização de determinada empreitada, (b) a distribuição de ações no mercado por empresas abertas⁸⁹, (c) os derivativos, como ferramenta proteção de operações e (d) os contratos de seguros, estes objeto deste capítulo.

7.4.2.1 Distribuição primária de risco: o seguro e o cosseguro

No contrato de seguro não há assunção do risco da atividade do segurado pelo segurador. O que existe é garantia negocial de que determinados prejuízos relativos a riscos cobertos podem ser indenizados. Do ponto de vista do segurado, ocorre eliminação ou mitigação (às vezes a compensação, conforme o tipo de contrato) das consequências da materialização do risco⁹⁰. O contrato de seguro, portanto, permite ao segurado a substituição de um custo potencial que lhe é imprevisível ou de previsibilidade complexa – o custo do sinistro – por um custo de valor fixo, denominado prêmio⁹¹.

Note-se, porém, que do ponto de vista de cada contrato individualizado de seguro não faria sentido que o segurador se dispusesse a pagar indenizações que podem chegar a centenas de vezes o valor do prêmio simplesmente por possuir maior propensão a riscos. É no âmbito da contratação em massa que essa atividade ganha sentido⁹².

Mediante o cálculo atuarial, baseado no tratamento estatístico dos riscos assumidos em cada contrato, é possível ao segurador calcular com alto grau de confiabilidade a probabilidade de conversão dos riscos assumidos em efetivos sinistros e, com isso, antever o valor do capital que será obrigado a despende⁹³. Feita essa análise, determina-se o valor do prêmio cobrado de cada segurado, incorporando-se a este valor os custos operacionais e determinada margem de lucro⁹⁴.

A capacidade de assunção de riscos por um segurador orienta-se pela análise do grau de risco assumido e pela projeção de cenários. A partir disso estabelece-se, dentro de padrões técnicos, limites de exposição a serem adotados pelo segurador. A observância desses limites assegura, em situações normais, a higidez econômico-financeira do segurador.

Além da limitação autônoma do grau de absorção de risco, fundada em cálculos atuarias próprios do segurador, este está sujeito a regras impostas pelos órgãos reguladores estatais, que também limitam seu grau de retenção de risco.

O Decreto-Lei n. 73/66 estabelece critérios finalísticos que passaram a servir de norte à atividade securitária, congregados na "política de seguros privados" (art. 5º), voltada precipuamente (a) à promoção da expansão do mercado de seguros e criação das condições operacionais necessárias para sua integração no processo econômico e social do país, (b) ao combate à evasão de divisas, pelo equilíbrio do balanço dos resultados do intercâmbio de negócios com o exterior, (c) à criação do princípio da reciprocidade em operações de seguro, condicionando a autorização para o funcionamento de empresas e firmas estrangeiras à igualdade de condições no país de origem, (d) à promoção do aperfeiçoamento das sociedades seguradoras, (e) à preservação da liquidez e solvência das sociedades seguradoras e (f) à coordenação da política de seguros com a política de investimentos do governo federal, observados os critérios estabelecidos para as políticas monetária, creditícia e fiscal.

Em suma, o sistema de distribuição/assunção de riscos pelos seguradores, atividade essencial para a reprodução do sistema

econômico, deve ser viável financeiramente para atrair agentes econômicos e apresentar restrições visando à sua hígidez interna e à harmonização com os objetivos da política macroeconômica do Estado brasileiro.

À margem do controle externo, impôs-se ao sistema segurador a criação de determinados mecanismos internos de redistribuição dos riscos como forma de garantir o atendimento ao trinômio adequação social/rentabilidade/segurança. Entre esses mecanismos estão o cosseguo, o resseguo e a retrocessão.

O cosseguo consiste na distribuição de cotas de um risco entre dois ou mais seguradores, sem solidariedade entre eles e com a anuência do segurado⁹⁵. Com isso, os seguradores obrigam-se a ressarcir eventual prejuízo do segurado em proporção à quota de risco que assumiram, ainda que através de um único contrato de seguro para todos os cosseguradores⁹⁶.

Trata-se de evidente mecanismo de redução de risco sistêmico, pautado na relação negocial entre seguradores. Cada cosseguador responde perante o segurado por parcela do risco, diluindo-o. Por este mecanismo, é possível uniformizar riscos de uma carteira e evitar que a ocorrência de um sinistro seja demasiadamente gravosa a apenas um segurador. Merecem destaque a não solidariedade da obrigação (quotização) dos cosseguradores e a necessidade de anuência do segurado no cosseguo. Sem a quotização de responsabilidade entre os cosseguradores, o cosseguo seria ineficiente do ponto de vista da distribuição de risco – e da ampliação da capacidade de retenção de risco pelo segurador –, pois o segurado poderia demandar a totalidade de eventual indenização em face de cada cosseguador.

O art. 2º, § 1º, II, da Lei Complementar n. 126/2007 prevê a necessidade de anuência do segurado para a distribuição de risco via cosseguo. Ou seja, somente haverá cosseguo se o segurado consentir. Assim, a lei imputa-lhe a decisão sobre a forma de fracionamento da sua álea, dando-lhe a opção de obter cobertura de mais de um segurador. Inexiste imposição legal de contemporaneidade de participação dos cosseguradores na

indenização de um sinistro. O cosseguro é ferramenta dinâmica de distribuição de riscos, sendo possível admitir-se a quotização posterior das áleas entre os cosseguradores.

A contratação da cobertura de um risco em cosseguro ocorre, em regra, quando este risco representa potenciais perdas em valores muito elevados. O cosseguro, neste caso, possibilita a divisão do risco entre dois ou mais seguradores, reduzindo a probabilidade de que um sinistro não seja indenizado pela falta de capacidade financeira individual de um único segurador. No caso das Torres Gêmeas, o risco estimado em US\$ 7,2 bilhões (ou US\$ 3,6 bilhões, *vide* item 7.1) foi tomado em cosseguro por mais de vinte companhias de seguro⁹⁷.

Nos termos do art. 778 do Código Civil, nos seguros de danos em que o montante segurado exceder o valor do interesse segurado deve-se reduzir proporcionalmente o valor das quotas de risco que cada cossegurador assumiu no momento da conclusão do(s) contrato(s) da operação de cosseguro, ajustando-as ao valor do dano.

Sempre que um risco for assumido em cosseguro, é exigência legal que um segurador (líder) administre o contrato e represente os demais para todos os efeitos (Código Civil, art. 761).

7.4.2.2 Redistribuição de risco: o resseguro e a retrocessão

Outra forma de dispersão de riscos dentro do sistema securitário é o resseguro. Trata-se de operação pela qual um segurador contrata com outro (chamado ressegurador) cobertura sobre risco já segurado⁹⁸. Por esse mecanismo, o segurador transmite parte de sua álea ao ressegurador. Em contrapartida, o ressegurador recebe parcela proporcional dos prêmios arrecadados.

Nos contratos de resseguro, o ressegurador cobre exatamente o que foi segurado pelo segurador, em proporção à cota preestabelecida dos riscos previstos (resseguro em cota), ou de parte do valor segurado (resseguro até certa soma). De maneira geral, constituem-se entre segurador e ressegurador relações jurídicas de seguro cujo conteúdo, no todo ou em parte, equivale

aos contratos de seguro firmados pelo segurador⁹⁹. Trata-se de operação de distribuição de risco regida por contratos simples, nos quais o ressegurador resume-se a dizer se aceita ou não cada risco (ou porção deste) coberto pelo segurado, e ponto final.

O resseguro é, pois, válvula de escape do sistema securitário à medida que redistribui riscos entre diferentes agentes¹⁰⁰. Em última análise, a capacidade seguradora de um segurador revela-se pela quanto de risco ele consegue “passar para frente” aos resseguradores. Ou seja, será tão mais fácil assumir riscos quanto mais fácil for sua redistribuição¹⁰¹.

O segurador fortalece a sua capacidade de retenção de riscos quando contrata o resseguro por duas razões fundamentais. Primeiro, porque, economicamente, a contratação do resseguro permite ao segurador liberar parte de suas reservas para assumir novos riscos. O segurador torna-se praticamente um segurado, substituindo um custo potencial de valor imprevisível (a diferença entre os sinistros esperados e os efetivados) por um custo de valor fixo (o prêmio do resseguro). Segundo, porque a distribuição de riscos ao ressegurador protege o segurador contra situações de insolvência, principalmente na ocorrência de grandes sinistros¹⁰².

Complementando o resseguro há a retrocessão. Consiste em operação realizada entre dois resseguradores, ou entre um ressegurador e um segurador¹⁰³, através da qual o ressegurador cede parte do risco assumido mediante o repasse de parcela do prêmio de resseguro arrecadado.

A diluição do risco segurado através do resseguro e da retrocessão faz com que os prejuízos advindos de um sinistro de grandes proporções não sejam problema de um único segurador. Tais operações não se restringem às fronteiras de um único país, mas se difundem em cascata para todo o sistema em âmbito transnacional. No caso das Torres Gêmeas, estima-se que entre 57% e 70% do risco total assumido pelo segurador líder e pelos demais cosseguradores estavam ressegurados¹⁰⁴, sendo os principais resseguradores de origem europeia. Nota-se que a distribuição de riscos por via de resseguro neste caso foi ampla a ponto de ser

possível afirmar que quase todos os grandes grupos seguradores do mundo sofreram, em alguma medida, o impacto do 11 de setembro.

No Brasil, o resseguro e a retrocessão foram monopólio do Instituto de Resseguros do Brasil (IRB) desde sua criação pelo Decreto-Lei n. 1.186/39. O objetivo era limitar a atuação no país de seguradores internacionais¹⁰⁵ e proteger o mercado segurador brasileiro, ainda em desenvolvimento.

Tal monopólio resistiu a sucessivas alterações legislativas, institucionalizando-se no âmbito do Decreto-Lei n. 73/66, principal norma sobre operação de seguro em geral. Contudo, a Emenda Constitucional n. 13/96, que alterou o art. 192, II, da Constituição Federal, abriu espaço para quebra do monopólio ao excluir a expressão "órgão ressegurador oficial"¹⁰⁶.

Referimo-nos ao cenário institucional inaugurado pela Emenda Constitucional n. 13/96 como quebra do monopólio do resseguro em caráter apenas formal por uma razão específica: não havia regulamentação infraconstitucional para resseguradores privados. A questão foi solucionada apenas com a Lei Complementar n. 126/2007, que revogou as disposições contidas no Decreto-Lei n. 73/66 referentes ao resseguro.

7.4.2.3 Síntese

Para ilustrar as formas de distribuição de risco trabalhadas ao longo deste capítulo, elaboramos o esquema hipotético abaixo.

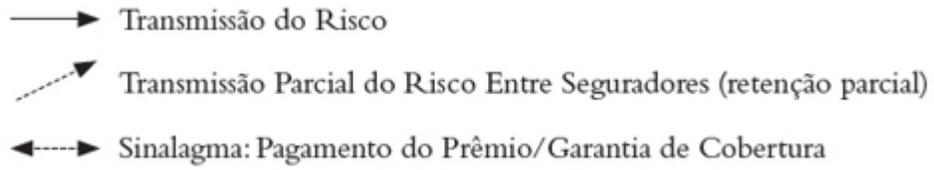
Bem Segurado: Torres Gêmeas WTC

Segurado: Silverstein

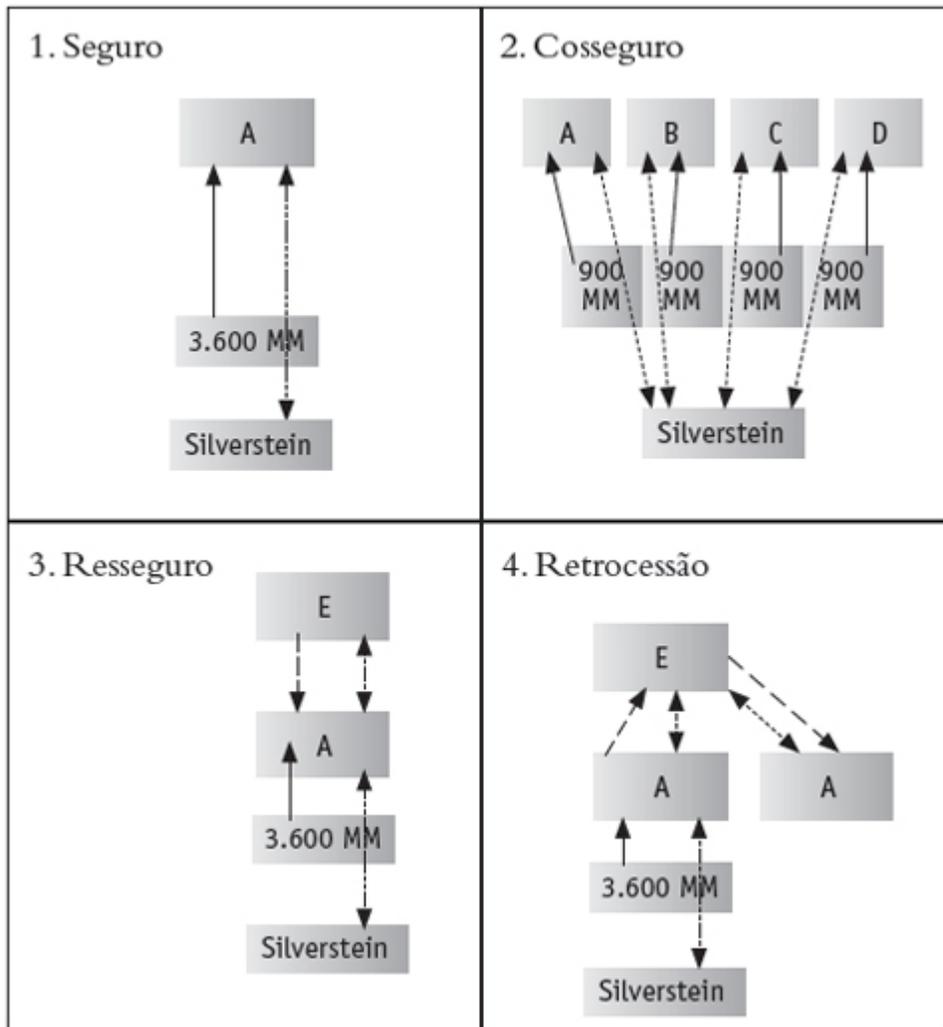
Valor em Risco: R\$ 3.600¹⁰⁷ MM (R\$ 3,6 bi) 3.600 MM ou 4x 900 MM

Seguradores: A, B, C, D

Ressegurador: E



Formas de diluição de risco:



As estruturas descritas viabilizam a distribuição econômica do risco de diversas formas. O aumento da complexidade dos fluxos econômicos envolvidos na retenção e distribuição de riscos entre agentes pode ocorrer através da utilização simultânea de duas ou mais dessas estruturas, pela construção de redes de absorção de risco.

Em razão do largo alcance de tais redes e das grandezas econômicas que podem envolver, há evidente preocupação com a higidez interna das estruturas, o que leva a atividade de distribuição de risco a ser intensamente regulada. Ao ente estatal ou paraestatal regulador resta a tarefa de identificar eventuais imperfeições na distribuição de risco, sempre pautado pela observância do binômio higidez interna do sistema securitário *vs.* adequação social das soluções. O grande desafio está em não obstaculizar a livre conformação das estruturas, o que demanda séria e intensiva reflexão daqueles que carregam o múnus da regulação.

7.4.3 Regulação¹⁰⁸ estatal da operação de seguro

7.4.3.1 Heterorregulação da operação de seguro

Amadeu Carvalhaes Ribeiro assevera que atividade regulatória do Estado em matéria de seguros visa a preencher cinco finalidades específicas: (a) indução e manutenção da higidez econômico-financeira do segurador, (b) livre iniciativa, (c) livre concorrência, (d) proteção do consumidor e (e) cooperação¹⁰⁹.

Para simplificar a análise, essas funções podem ser agrupadas em dois grandes grupos: (a) consistência interna do sistema securitário, dentro do qual incluem-se a higidez econômico-financeira do segurador e a livre concorrência; e (b) adequação social das atividades do segurador, que incorpora também a livre concorrência mas soma, fundamentalmente, a proteção do consumidor. A cooperação, na medida em que aprimora o funcionamento do sistema pela promoção da redistribuição de riscos e expande a

oferta de coberturas, preenche tanto a finalidade de promoção de consistência interna quanto de adequação social dos seguros.

Para perseguir esses objetivos o sistema jurídico brasileiro estruturou uma complexa rede de órgãos e autarquias concentradas em “ler” os fatos originados do sistema securitário, traduzi-los em linguagem jurídica e apresentar respostas através de uma ordem, permissão ou proibição¹¹⁰. Passa-se a analisar tais órgãos e autarquias.

7.4.3.2 A regulação e os agentes reguladores

A principal norma sobre atividade seguradora é o Decreto--Lei n. 73/66, que possui *status* de lei complementar, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal¹¹¹.

Entre as principais disposições sobre a atuação dos seguradores destacam-se (a) a exigência da constituição das entidades seguradoras sob a forma de sociedades anônimas ou cooperativas (art. 26), (b) a vedação da sociedade seguradora à exploração de qualquer outro ramo do comércio ou da indústria (art. 73), (c) a exigência de autorização para funcionamento da sociedade seguradora (art. 74), (d) a vedação de assunção de riscos cujos valores ultrapassem os limites técnicos fixados pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) de acordo com as normas do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e (d) a própria criação da SUSEP (arts. 35 e s.) e do CNSP (arts. 32 e s.).

No âmbito do subsistema econômico securitário, além dos agentes supramencionados, há o Instituto Brasileiro de Resseguros (IRB)¹¹², o Conselho Nacional de Saúde Complementar (CONSU) e a Agência Nacional de Saúde Complementar (ANS)¹¹³. Sobre reservas e provisões técnicas do segurador e do ressegurador não se pode esquecer também do Conselho Monetário Nacional (CMN)¹¹⁴.

A SUSEP é autarquia federal com função fundamental de regulamentar e fiscalizar as atividades desenvolvidas no âmbito dos mercados de seguros, capitalização e previdência privada aberta. Em virtude da necessidade de alinhar a atuação da SUSEP às diretrizes

da política econômica governamental, o seu superintendente é nomeado pelo Presidente da República.

A atuação da SUSEP baseia-se no estabelecimento de normas de observância obrigatória pelas entidades atuantes nos mercados que regula. Tais normas versam principalmente sobre as formações de reservas (consistência interna do sistema securitário) e as restrições aos contratos oferecidos ao mercado (adequação social das atividades do segurador). Ressalte-se que as regras de aplicação dos ativos que compõem aquelas reservas são definidas principalmente pelo CMN.

A atuação da SUSEP pauta-se, portanto, pela busca de conciliação de duas funções essenciais: a garantia da estabilidade sistêmica do mercado de seguros e a proteção da economia popular através do resguardo dos interesses do consumidor. Tais funções são perseguidas pelas diretrizes do CNSP, por atos infr legais sobre a execução dessas diretrizes e pela fiscalização do cumprimento das leis e regulamentos relacionados à atividade seguradora.

A eficácia da atuação da SUSEP é garantida por poderes de sanção que vão desde a advertência, passando pela imposição de multas, até a suspensão ou mesmo cassação da autorização dada ao segurador para atuar.

As Leis n. 9.932/99 e n. 10.190/2001 atribuíram à SUSEP novas competências, especialmente relacionadas à regulação das atividades de resseguro e à atuação nos procedimentos de intervenção e de liquidação extrajudicial das sociedades seguradoras.

O CNSP, por sua vez, é um órgão público colegiado que integra a estrutura do Ministério da Fazenda, composto pelos seguintes membros¹¹⁵: (a) Ministro da Fazenda, presidente do órgão; (b) representante do Ministério da Justiça; (c) representante do Ministério da Previdência e Assistência Social; (d) Superintendente da SUSEP; (e) representante do Banco Central do Brasil; e (f) representante da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Tal órgão possui extensa função normativa. É estruturado para direcionar o desenvolvimento da atividade seguradora de acordo

com a orientação da política econômica do país, cabendo-lhe fixar as diretrizes e normas gerais da política de seguros privados e resseguros, tais como a constituição, organização, funcionamento e fiscalização dos agentes seguradores¹¹⁶, a delimitação do capital das sociedades seguradoras e dos resseguradores e a aplicação às sociedades seguradoras estrangeiras autorizadas a funcionar no país as mesmas vedações ou restrições equivalentes às que vigorarem nos países da matriz, em relação às sociedades seguradoras brasileiras.

Sobre o IRB já se falou. Vale complementar o caráter híbrido que possuía: órgão regulador de resseguros e agente ressegurador unitário do país. Seu propósito era equiparar as condições técnicas do segurador nacional às do segurador estrangeiro, tanto em termos de capacidade de absorção de risco quanto no tocante aos conhecimentos técnicos da atividade¹¹⁷.

A atuação do IRB como agente regulador ganhou contornos mais específicos com o Decreto-Lei n. 73/66, que lhe atribuiu a disciplina do cosseguro, do resseguro e da retrocessão. Apenas em janeiro de 2007, com a Lei Complementar n. 126/2007, deixou o IRB de regular estas atividades, passando a exercer exclusivamente função empresarial de ressegurador.

A regulação do cosseguro, do resseguro e da retrocessão passou a ser realizada pelo "órgão regulador de seguros", nos termos do *caput* do art. 2º de mencionada lei. Leia-se, a partir da entrada em vigor da Lei Complementar n. 126/2007, que o CNSP e a SUSEP são os responsáveis pela regulação também dessas atividades.

Já o CONSU é órgão colegiado integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, com as funções precípuas de estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar, aprovar o contrato de gestão da ANS, supervisionar e acompanhar as ações da ANS, fixar diretrizes econômico-financeiras, contábeis e atuariais para implementação no setor de saúde, proteger o consumidor em caso de insolvência de operadoras de planos de saúde e deliberar sobre a criação de câmaras técnicas consultivas para subsidiar suas decisões¹¹⁸.

Sua estrutura é integrada pelo Chefe da Casa Civil da Presidência da República, na qualidade de presidente e pelos Ministros da Saúde, da Fazenda, da Justiça e do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Deve-se anotar que em razão das disposições introduzidas pelo art. 1º da Lei n. 10.185/2001 e, especialmente, pela utilização da classificação imposta pelo art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.656/98, a atuação do CONSU abrange tanto as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde¹¹⁹ quanto as sociedades seguradoras que operam seguro-saúde¹²⁰.

Também para a saúde foi criada a ANS (Lei n. 9.961/2000), autarquia ligada ao Ministério da Saúde. É dotada de autonomia administrativa, técnica, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos (art. 1º, parágrafo único). Seus dirigentes possuem mandato fixo de três anos, o que visa garantir independência da diretoria da agência em relação ao governo que a nomeou¹²¹.

A atuação da ANS pauta-se por um amplo rol de atribuições voltado particularmente à regulação das atividades de operadores de planos privados de assistência à saúde, componentes do denominado setor de saúde suplementar e às suas relações com fornecedores e, principalmente, com os consumidores.

Tal atividade regulatória fundamenta-se em dois pilares principais: (a) a busca da higidez interna do sistema de saúde suplementar, subjacente a atribuições como o estabelecimento de políticas e diretrizes gerais do CONSU para a regulação do setor (art. 4º, I) e a expedição de normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras (art. 4º, XVIII) e (b) adequação social, forjada principalmente nos mecanismos de proteção do consumidor, como o monitoramento da evolução dos preços de planos de assistência à saúde, seus prestadores de serviços e respectivos componentes e insumos (art. 4º, XXI). Visando atender a ambos os critérios de regulação mencionados, a regulação da concorrência no setor de saúde

suplementar é importante função atribuída à ANS pelo art. 4º, XXXI, da Lei n. 9.961/2000.

O CMN, por fim, é o órgão de cúpula do Sistema Financeiro Nacional. Foi criado em substituição ao Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC). Originalmente composto por representantes dos principais Bancos Nacionais (Banco do Brasil S.A. e BNDES), ao lado do Ministro da Fazenda, mudou de enfoque a partir da instituição plano real, quando passou a ser integrado exclusivamente pelo Ministro da Fazenda, como presidente, pelo Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão e pelo Presidente do Banco Central do Brasil¹²².

O CMN incumbe-se das atividades deliberativas e normativas relacionadas principalmente à administração da moeda, à conformação dos mercados sob a sua tutela (mercado bancário, mercado de capitais, atividades securitárias e previdência privada) e às atividades permitidas aos diversos intermediários financeiros, nos termos dos arts. 3º e 4º da Lei n. 4.595/64 e de outros dispositivos específicos desta lei¹²³.

São de suma relevância dois dos objetivos estabelecidos para este órgão segundo o art. 2º da Lei n. 4.595/64, quais sejam: a orientação da “aplicação dos recursos das instituições financeiras, quer públicas, quer privadas, tendo em vista propiciar, nas diferentes regiões do país, condições favoráveis ao desenvolvimento harmônico da economia nacional” (inciso IV) e o zelo “pela liquidez e solvência das instituições financeiras” (inciso VI).

7.4.3.3 Limites às normas (infralegais) de regulação

A atividade securitária demanda sofisticados mecanismos de organização e controle de fluxos financeiros. A utilização de modelos matemáticos e inferências estatísticas a partir da observação empírica para a mensuração de riscos está no âmago dessa atividade. A especificidade dos procedimentos fez necessária a construção de uma ciência própria, a atuária, capaz de organizar *inputs* de informação originárias de diversos campos do conhecimento, como estatística, cálculo, geografia, antropologia e

ciências sociais afins. É de se imaginar que há muitas situações em que a regulação pode intervir de forma deletéria na atividade securitária, haja vista o descompasso entre a vivacidade da atividade securitária e a frieza das normas jurídicas.

Um conflito bastante sensível entre regulação e atividade securitária ocorre na relação entre as normas no tempo. Como o contrato de seguros é de duração, a regulamentação que se lhe aplica sofre alterações no decorrer de sua execução, ensejando dúvidas sobre que norma vige em cada momento. Qual o ato normativo a ser aplicado, aquele vigente na data da assinatura do contrato ou aquele da data da verificação do evento a que se destina, *e.g.* sinistro?

Em outras palavras, considere-se o hipotético caso de um ato regulamentar específico voltado à regulação de um sinistro que entra em vigor após celebração do contrato, mas antes da ocorrência do sinistro. Se este ocorrer, que norma deve ser seguida?

A resposta está na natureza e no alcance dado ao ato regulamentar em questão. Se disser respeito tão somente à dimensão da eficácia contratual, então será aplicável no momento da ocorrência do sinistro. Caso irradie efeitos para além da eficácia contratual, tratando de questões relativas à existência ou validade do contrato como um todo ou de parte deste, então não será aplicável, persistindo o ato vigente na data de celebração do contrato.

7.5 Considerações finais

No texto o ato e a atividade securitária estão em partes distintas. No mundo da vida dos seguros, porém, andam lado a lado. Não há como pensar em um sem tangenciar o outro. Mesmo sujeitos a regramentos distintos, o contrato de seguro e a operação securitária são simbióticos. Isso os torna tão fascinantes quanto complexos. Para estudá-los é preciso fazer leitura dos fatos (a) por vários ramos do Direito, como direito civil, direito comercial, direito administrativo,

direito constitucional etc. e (b) por várias áreas do conhecimento como economia, atuária, sociologia etc.

Essa complexidade afasta soluções automáticas e requer grande disposição argumentativa dos envolvidos no mercado de seguro. Afinal, convencer alguém sobre o conceito da palavra “evento” pode fazer uma diferença de bilhões de dólares. A argumentação deve, porém, reforçar a técnica, e não fugir dela. Seguros não admitem demagogia. São sustentáculo da confiança em operações econômicas e da tranquilidade em relações sociais, que envolvem de torres a vidas humanas. Esperamos que este texto sirva de estímulo à pesquisa continuada e a reflexões que aprimorem a gestão de riscos no país.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Pedro. *O seguro e o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Política brasileira de seguros*. São Paulo: Manuais Técnicos de Seguros, 1980.

ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de. Seguro de vida não é herança. *Jornal da Tarde*, Opinião, 17-7-2009. Disponível em: <<http://www.jt.com.br/editorias/2009/07/17/opi-1.94.8.20090717.1.1.xml>>. Acesso em: 23 set. 2010.

ASCARELLI, Tullio. *Studi in tema di contratti*. Milano: Giuffrè, 1952.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*. 5. ed., 1938. v. 5.

BORGES, Nelson. Os contratos de seguro e sua função social. A revisão securitária no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 93, n. 826, 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Embargos Infringentes n. 231.641-4/3-02. Relator: Desembargador Vito Guglielmi. Brasília. J. em: 3-9-2009. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cpo/sg/search.do?>

[&cbPesquisa=NUMPROC&cdForo =990&dePesquisa=2316414302>.](#)
[Acesso](#) em: 30 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 327.515/RS. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. J. em: 15-5-2003. DJ 23-6-2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 217.805/SC. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. J. em: 17-8-2000. DJ 9-10-2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 188.694/MG. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. J. em: 18-4-2000. DJ 12-6-2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 600.788/SP. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. J. em: 25-9-2006. DJ 30-10-2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 228.840/RS. Relator: Ministro Ari Pargendler. J. em: 26-6-2000. DJ 4-9-2000.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação s/ Revisão 111.025-2 – 0/6. 36ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Desembargador Pedro Baccarat. J. em: 25-10-2007. Disponível em: <[http://esaj.tj.sp.gov.br/cpo/sg/search.do?](http://esaj.tj.sp.gov.br/cpo/sg/search.do?&cbPesquisa=NUMPROC&cdForo =990&dePesquisa=1110252)

[&cbPesquisa=NUMPROC&cdForo =990&dePesquisa=1110252>.](#)
[Acesso](#) em: 22 set. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação 081.724-8. 36ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Desembargador Dyrceu Cintra. J. em: 17-9-2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão n. 781205100. 26ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Desembargador Renato Sartorelli. J. em: 22-8-2005. Disponível em:

<<http://esaj.tj.sp.gov.br/cpo/sg/show.do;jsessionid=E7ED2481C687685A5EE069E0EE72A60C?>

[processo.foro=990&processo.codigo=RK000D46N0000&cdForo=990&cdComarca=-1>.](#) [Acesso](#) em: 23 set. 2010.

BRASIL. Recurso Especial n. 104.753-8/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi. J. em: 4-11-2008. DJ 10-12-2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 537.184/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. J. em: 20-5-2004. DJ 31-5-2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 105, de 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=105.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 23 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 61. 2ª Seção. J. em: 14-10-1992. DJ 20-10-1992.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão n. 1096154-0/6. 29ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Desembargador Francisco Thomaz. J. em: 3-6-2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 992.08.049936-7. 29ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Juiz Reinaldo Caldas. J. em: 16-9-2009. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cpo/sg/search.do?&cbPesquisa=NUMPROC&cdForo=990&dePesquisa=992080499367>>. Acesso em: 28 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em ADIn 2.223-7/DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. J. em: 10-10-2002.

BUTTARO, Luca. *L'interesse nell'assicurazione*. Milano: Giuffrè, 1954.

CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 19.

COMPARATO, Fábio Konder. Seguro de garantia de obrigações contratuais. *In: Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. *In: Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. *Seguro de crédito*. São Paulo: Max Limonad, 1966.

DONATI, Antígono. *Diritto delle assicurazione private: introduzione*. Castello: Unione Arti Grafiche, 1938.

_____. *Tratatto del diritto delle assicurazioni private*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 2.

ECONOMICS. 9th edition. New York: McGraw-Hill Book, 1973.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio século XXI*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

GASPERONI, Nicola. *Nuovo digesto italiano*, v. XVI, 1937, verbete "Assicurazione (in generale)".

GLADWELL, Malcolm. *Fora de série – outliers*. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2008.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Código Civil comentado*. Coord. Ministro César Peluso. São Paulo: Manole, 2007.

GORLA, Gino. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 1954.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GROSSI, Patrícia. Property Damage and Insured Losses from 2001 World Trade Center Attacks. *Peace Economics, Peace Science and Public Policy*. v. 15, issue 2, 2009.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Distinção entre cessão de contrato e cessão de crédito. *In: Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

KAHNEMANN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect Theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, v. 47, n. 2, mar. 1979.

KINGHT, Frank H. *Risk, Uncertainty and Profit*. New York: Dover, 2006.

KREPS, David M. *Microeconomics for managers*. New York: Norton, 2007.

KUNREUTHER, Howard; MICHEL-KERJAN, Erwann. Policy Watch: Challenges for Terrorism Risk Insurance in the United States. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 18, n. 4 (Autumn, 2004).

MEYER, Donald J. (org.). *Risk and Risk Management*. *In: The economics of risk*. Kalamazoo (Michigan): W.E. Upjohn Institute for Employment Research, 2003.

MOORE, Michael S. The destruction of the World Trade Center and the Law on Event-Identity. *Illinois Public Law and Legal Theory Research*

Papers Series, Working Paper n. 04-06, February 12, 2004.

NACHEM, IRA W. The complete guide to finance real estate developments. New York: Mc-Graw, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: contratos. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. Microeconomics. 5. ed. Trad. Eleutério Prado. New Jersey: Prentice Hall, 2002.

POLICYWATCH. Challenges for Terrorism Risk Insurance in the United States. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 18, n. 4.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. 45 e 46.

RE, Swiss. Disponível em: <<http://news.lp.findlaw.com/hdocs/docs/terrorism/swissrecmpt102201.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2009.

RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. Regulação da atividade seguradora privada. Tese de Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

RISK MANAGEMENT SOLUTIONS. Managing risk in the aftermath of the World Trade Center Catastrophe. Newark: RMS, 2002.

_____. World Trade Center Disaster. September, 18, 2001, p. 1. Disponível em: <<http://www.rms.com/publications/wtc.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2009.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de direito civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993. v. 4.

SILVERSTEIN, Larry. Disponível em: <http://www.doar.com/documents/case-studies/CaseStudy_WTC.pdf>. Acesso em: 29 set. 2009.

_____. Relatório da decisão da United States Court of Appeals for the Second Circuit, de 18-10-2006. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/data2/circs/2nd/044500p.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2009.

_____. Silverstein Makes a Huge Profit of the 9/11 Attacks. Disponível em:

<<http://whatreallyhappened.com/WRHARTICLES/silverstein.html>>. Acesso em: 25 set. 2009.

SLOVIC, Paul; FISCHHOFF, Baruch; LICHTENSTEIN, Sarah; CORRIGAN, Bernard; COMBS, Barbara. Preference for Insuring against Probable Small Losses: Insurance Implications. *The Journal of Risk and Insurance*, v. 44, n. 2, jun. 1977.

TALEB, Nassim Nicholas. *The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable*. New York: Random House, 2007.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TZIRULNIK, Ernesto. Seguro contra todos os riscos (*All Risks*) de engenharia. Regulação de sinistro. Conceito de dano moral. *Revista dos Tribunais*, v. 827, a. 93, 2004.

_____. Princípio indenitário no contrato de seguro. *Revista dos Tribunais*, v. 759, a. 88, 1999.

UNITES STATES DISTRICT COURT. Southern District of New York. Disponível em: <<http://news.lp.findlaw.com/hdocs/docs/terrorism/wtcinslit92502opn.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2009.

_____. Relatório da decisão da United States Court of Appeals for the Second Circuit, 18 de outubro de 2006, p. 64 e 65. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/data2/circs/2nd/044500p.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2010.

YAZBEK, Otavio. *A regulação do mercado financeiro e de capitais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

ZANCHIM, Kleber Luiz. O contrato e seus valores. *In*: JÚNIOR, Antonio Jorge Pereira; JABUR, Gilberto Haddad (orgs.). *Direito dos contratos II*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

1 Por vezes o interesse também é colocado entre esses elementos (cf. COMPARATO, Fábio Konder. Seguro de garantia de obrigações contratuais. *In: Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 353). Porém, parece-nos tratar-se mais de um pressuposto do risco. Além disso, está presente em qualquer contrato, não representando traço distintivo do seguro (para comentário sobre a impropriedade de entender o interesse como elemento do seguro, cf. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993, v. IV, p. 393). Observe-se ainda que quando o substantivo “interesse” vem acompanhado do adjetivo “legítimo” a discussão fica restrita ao plano da validade. “Interesse legítimo” é requisito para a tutela jurídica do seguro, sendo nulo o contrato que garantir risco proveniente de ato doloso do segurado (art. 762 do Código Civil). Sobre elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia do negócio jurídico, cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, *passim*.

2 Cf. ALVIM, Pedro. *O seguro e o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 35.

3 *Diritto delle assicurazione private: introduzione*. Castello: Unione Arti Grafiche, 1938, p. 7 (tradução livre).

4 Os contratos de seguro e sua função social. A revisão securitária no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 93, n. 826, 2004, p. 32 (destaques no original).

5 Como escreve Antígono Donati, “no seu aspecto integral o conceito econômico de seguro resulta da incindível combinação de dois elementos: a) transferência de um risco e b) mutualidade” (*Diritto delle assicurazione private: introduzione*, cit., p. 6 – tradução livre).

6 Nos seguros mútuos sustenta-se que o mutualismo é mais claro, pois os segurados constituem pessoa jurídica para, por meio dela, distribuir os riscos entre si. “Os sócios são os próprios segurados, e a sociedade considerada em conjunto, a pessoa jurídica, é o segurador”, ensina Clóvis Beviláqua (*Código Civil comentado*, 5. ed., 1938, v. 5, p. 222-223). Nesse caso, a sociedade tem o *Schuld*, mas o

Haftung é dos seus sócios. Porém, Pontes de Miranda adverte: “A prestação do seguro é feita pela entidade mutualística, e não pelos segurados, que são necessariamente mutualistas. A sociedade mútua personificou-se, de jeito que o dever de contribuir para as prestações de seguros é dever perante a entidade mutualística, e não perante os segurados. A relação jurídica da mutualidade é interior à sociedade, e não relação jurídica entre mutualistas e segurados” (Tratado de direito privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. 46, p. 117). Portanto, mesmo nos seguros mútuos, o mutualismo é, do ponto de vista jurídico, apenas indireto.

7 Os prêmios podem, inclusive, variar de segurado para segurado conforme o perfil de risco de cada um. Isso mostra a estreita vinculação do prêmio ao risco individual de cada contrato, mesmo que haja ponderações sobre a carteira como um todo. Inclusive do ponto de vista econômico, portanto, a mutualidade não anula o indivíduo.

8 A *kausa* com “k” está na *estrutura* dos contratos sinalagmáticos, interligando as prestações. A *causa* com “c”, por outro lado, remete à *função* das avenças. Anote-se uma observação. É a assunção pelo segurado do compromisso de pagar o prêmio, e não o pagamento em si, que cria para o segurador o compromisso de garantia. Essa é a lógica dos contratos consensuais. Se a *kausa* da garantia fosse o efetivo pagamento do prêmio, o contrato de seguro seria real. Porém, como diz Pontes de Miranda, “o contrato de seguro é contrato consensual: conclui-se com o só encontro das manifestações de vontade dos figurantes. A prestação do prêmio é adimplemento – portanto, ato de execução: e não de conclusão do contrato” (*op. cit.*, t. 4, p. 313).

9 (Parecer) Contrato de seguro de crédito. Ônus da seguradora de provar a má-fé do segurado. Impossibilidade do uso da *exceptio non adimpleti contractus* em caso de dispensa reiterada do cumprimento da obrigação por parte da seguradora (*suppressio*). (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Distinção entre cessão de contrato e cessão de crédito. *In: Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 315).

10 “Funcionalmente” quer dizer na “fase de execução do contrato”, em que há aleatoriedade no sentido jurídico em relação ao pagamento da indenização.

Comentários sobre o ponto de vista econômico serão feitos no item reservado ao risco.

[11](#) Sul concetto unitario del contratto di assicurazione. *In: Studi in tema di contratti*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 355, nota 5.

[12](#) “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.” Repita-se: como o seguro é consensual, a obrigação de garantia surge com o simples compromisso de pagamento do prêmio.

[13](#) Traz, contudo, externalidade negativa importante: reduz o incentivo do segurado de trabalhar para diminuir o risco, pois isso não lhe trará benefícios econômicos diretos.

[14](#) Ao menos atuarialmente, exigindo aumento de provisões para indenização dos sinistros.

[15](#) Essa aleatoriedade pode ser eliminada voluntariamente pelas partes se o contrato definir que o prêmio deve acompanhar a redução do risco. O papel da vontade na configuração jurídica da aleatoriedade está presente também em outros casos, como a compra e venda de coisa futura. Nela, porém, o regime é inverso ao do seguro: regra geral não será aleatória, salvo disposição em contrário das partes, conforme art. 483 do Código Civil: “A compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório”.

[16](#) Obrigações de meios, de resultado e de garantia. *In: Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 537.

[17](#) CAVALIERI FILHO, Sérgio. Visão panorâmica do contrato de seguro e suas controvérsias. *Revista do Advogado*, n. 47, mar. 1996, p. 8-9. O autor sustenta que o fato de o Código Civil prever a possibilidade de o segurado agravar o risco, sancionando-o com perda da cobertura, mostra que a álea continua sobre o segurado mesmo após o seguro. Na verdade, o que permanece com ele é o interesse: imóvel, automóvel, vida. O segurado agrava o risco atuando no interesse: abandona o imóvel, estaciona automóvel na rua à noite, passa a usar drogas injetáveis etc.

18 A função social dos contratos nada tem de demagógica no sentido de proteção à parte mais fraca. Indica apenas o objetivo específico dos contratantes, como adverte Gino Gorla: "Há antes de mais nada uma confusão, facilitada pela ambiguidade da expressão 'função social', entre a função social como utilidade social de um contrato e a função social como função típica de um contrato na sociedade. Neste último sentido, trata-se da função que serve para determinar o tipo e os caracteres jurídicos de um dado contrato: nesse sentido, por exemplo, a compra e venda tem a função típica de troca entre dinheiro e bens" (GORLA, Gino. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 1954, p. 206 - tradução livre). O seguro tem a função típica de resguardar o interesse segurado contra riscos predeterminados. Para aprofundamento no conceito de função social, cf. ZANCHIM, Kleber Luiz. *O contrato e seus valores*. In: JÚNIOR, Antonio Jorge Pereira; JABUR, Gilberto Haddad (orgs.). **Direito dos contratos II**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, v. 1, p. 263-268.

19 Cf. Risk Management Solutions. **World Trade Center Disaster**. September, 18, 2001, p. 1. Disponível em: <<http://www.rms.com/publications/wtc.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2009.

20 Policy Watch: Challenges for Terrorism Risk Insurance in the United States. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 18, n. 4, p. 202.

21 Disponível em: <<http://news.lp.findlaw.com/hdocs/docs/terrorism/swissrecmpt102201.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2009.

22 *Op. cit.*, t. 45, p. 336.

23 The destruction of the World Trade Center and the Law on Event-Identity. **Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series**, Working Paper n. 04-06, February 12, 2004, p. 7.

24 *Idem*, p. 15.

25 *Idem*, p. 28.

26 *Idem*, p. 81-82.

27 *Op. cit.*, t. 45, p. 339.

28 A pretensão do beneficiário contra o segurador prescreve em três anos, conforme o art. 206, § 3º, IX.

29 **Código Civil brasileiro interpretado**. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v. 19, p. 292.

30 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Embargos Infringentes n. 231.641-4/3-02. Relator: Desembargador Vito Guglielmi. Brasília. J. em: 3-9-2009. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cpo/sg/search.do?&cbPesquisa=NUMPROC&cdForo=990&dePesquisa=2316414302>>. Acesso em: 30 set. 2010.

31 Melhor seria dizer que fica excluída a cobertura, ao invés do dever de indenizar. Este deixa de existir nas hipóteses do item 7.2.2.2 acima.

32 Disponível em: <<http://news.lp.findlaw.com/hdocs/docs/terrorism/wtcinslit92502opn.pdf>>, p. 6. Acesso em: 29 set. 2009 (tradução livre).

33 Petição disponível em: <<http://news.lp.findlaw.com/hdocs/docs/terrorism/wtcinslit92502opn.pdf>>, p. 29. Acesso em: 29 set. 2009 (tradução livre).

34 Relatório da decisão da United States Court of Appeals for the Second Circuit, 18 de outubro de 2006, p. 14. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/data2/circs/2nd/044500p.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2010 (tradução livre).

35 Relatório da decisão da United States Court of Appeals for the Second Circuit, 18 de outubro de 2006, p. 64-65. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/data2/circs/2nd/044500p.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2009 (tradução livre).

36 **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 264 (destaques no original).

37 **Seguro de crédito**. São Paulo: Max Limonad, 1966, p. 26.

38 Seguro contra todos os riscos (*All Risks*) de engenharia. Regulação de sinistro. Conceito de dano moral. **Revista dos Tribunais**, v. 827, a. 93, 2004, p. 135.

39 **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia, cit., p. 154.

40 *L'interesse nell'assicurazione*. Milano: Giuffrè, 1954, p. 13 (tradução livre).

41 *Idem*, p. 14.

42 Ascarelli deixa claro que o risco é traço distintivo do seguro, separando-o, por exemplo, de jogo e aposta. No seguro, o risco é preexistente. No jogo e aposta, é

mera consequência de o apostador ter jogado ou apostado (Sul concetto unitario del contratto di assicurazione, *in op. cit.*, p. 364).

[43](#) **Nuovo Digesto Italiano**, v. XVI, 1937, verbete "Assicurazione (in generale)", p. 832.

[44](#) É o que parece ocorrer, aliás, em seguros como o de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre – DPVAT. Todos têm que contratar, mas o interesse é difuso: abrange a vida e a integridade física de qualquer acidentado, mesmo que ele nunca tenha pago prêmio do seguro.

[45](#) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 537.184/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. J. em: 20-5-2004. DJ 31-5-2004, p. 302.

[46](#) No caso houve certa confusão sobre os interesses. Em verdade, é do arrendador o interesse sobre o bem. O arrendatário, por sua vez, tem interesse na operação do *leasing*. O bem pode nem ficar com ele ao final do contrato, haja vista a opção de devolução existente no arrendamento mercantil. Por isso, a rigor, em se tratando de seguro de coisa, a indenização não deveria ser paga ao arrendatário, por falta de interesse específico.

[47](#) Nesse ponto o Projeto de Lei n. 3.555/2004, em trâmite na Câmara dos Deputados, mereceria ajustes no art. 5º: "Não existindo interesse legítimo, o contrato é ineficaz. Se parcial o interesse, a ineficácia não atingirá a parte útil. Se impossível a existência do interesse, o contrato é nulo". A inexistência de interesse legítimo (sintagma) é causa de nulidade. A impossibilidade de existência do interesse (substantivo) deveria ensejar a ineficácia do contrato, pois a garantia perderia razão de ser.

[48](#) "Como não se faz qualquer restrição ao ato ilícito, pode-se concluir que é ampla a cobertura. A negligência, a imprudência e a imperícia não anulam o contrato de seguro, a menos que a gravidade do ato resvale para o dolo" (ALVIM, Pedro. *Op. cit.*, p. 34).

[49](#) Cf. **Silverstein Makes a Huge Profit of the 9/11 Attacks**. Disponível em: <<http://whatreallyhappened.com/WRHARTICLES/silverstein.html>>. Acesso em: 25 set. 2009.

[50](#) **A treatise on probability**. [s.l.]. Rough Draft Printers, 2008, p. 315.

[51](#) Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio século XXI**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000, p. 638, Verbetes "Sinistro".

[52](#) Risk and Risk Management. *In*: MEYER, Donald J. (org.). **The economics of risk**. Kalamazoo (Michigan): W.E. Upjohn Institute for Employment Research, 2003, p. 10 (tradução livre).

[53](#) Cf. TZIRULNIK, Ernesto. Princípio indenitário no contrato de seguro. **Revista dos Tribunais**, v. 759, a. 88, 1999, p. 92 e s.

[54](#) ECONOMICS. 9th edition. New York: McGraw-Hill Book, 1973, p. 425 (tradução livre).

[55](#) Para reflexão interessante sobre os *outliers*, cf. GLADWELL, Malcolm. **Fora de série – outliers**. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2008, *passim*.

[56](#) GROSSI, Patrícia. Property Damage and Insured Losses from 2001 World Trade Center Attacks. **Peace Economics, Peace Science and Public Policy**. v. 15, issue 2, 2009, p. 1.

[57](#) **Risk, Uncertainty and Profit**. New York: Dover, 2006. p. 19.

[58](#) Policy Watch: Challenges for Terrorism Risk Insurance in the United States, cit., p. 203.

[59](#) TALEB, Nassim Nicholas. **The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable**. New York: Random House, 2007, p. 17. Alguém poderá dizer que os prêmios devem aumentar porque, então, soube-se que os EUA estavam sujeitos a ataques terroristas. Mas é o conhecimento disso que aumenta o risco, ou o risco sempre existiu antes mesmo do conhecimento? Outra vez se objetará: é verdade que o risco já existia, mas somente agora é possível precificá-lo. Mas vale outra pergunta: se ataques terroristas são fora de padrão, qual é a referência para lhes atribuir preço? Em verdade, não há referências objetivas, pois a noção sobre a possibilidade de ataques nada muda sobre a chance de eles ocorrerem. O próprio Taleb comenta: “Não é estranho ver um evento acontecer precisamente porque ele não deveria ocorrer? Que tipo de defesa nós temos contra ele? Qualquer coisa que você saiba (que Nova Iorque é um alvo fácil para o terrorismo, por exemplo), pode se tornar irrelevante se seu inimigo sabe que você sabe. Pode ser estranho que, em um jogo estratégico, o que você sabe pode ser verdadeiramente irrelevante” (*idem*, p. XIX – tradução livre).

[60](#) DONATI, Antígono. **Tratatto del diritto delle asscurazioni private**. Milano: Giuffrè, 1954, v. 2, p. 41.

[61](#) Cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Renúncia a direitos contratuais. Dolo e descumprimento dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva por parte do beneficiário da renúncia. Não verificação da pressuposição e desaparecimento da base do negócio. Anulabilidade da renúncia e restituição do enriquecimento sem causa. *In: Novos ensaios e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 101.

[62](#) O art. 3º do Decreto-Lei n. 73, de 21-11-1966, é mais abrangente: “Consideram-se operações de seguros privados os seguros de coisas, pessoas, bens, responsabilidades, obrigações, direitos e garantias”.

[63](#) Caio Mário da Silva Pereira nomeia os autores que defendem o conceito unitário de seguro em torno do dano e aqueles que sustentam o conceito dualista, que separa pessoa e dano. Conclui, porém, que “predomina em nosso direito positivo o conceito unitário de seguro, segundo o qual há um só contrato, que se multiplica em vários ramos ou subespécies, construídos sempre em torno da ideia de dano (patrimonial ou moral), cujo ressarcimento ou compensação o segurado vai buscar, mediante o pagamento de módicas prestações”. (*Instituições de direito civil: contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 3, p. 453).

[64](#) Sul concetto unitario del contratto di assicurazione *in op. cit.*, p. 391 (tradução livre).

[65](#) Serpa Lopes, por exemplo, adota a visão dualista do seguro. Para ele, o seguro de bens é um “seguro de dano por excelência”, enquanto o de vida é um “seguro de soma”. E completa: “A soma é devida ainda que a morte não acarrete qualquer dano. No seguro de bens, a ideia de indenização é absoluta; no de vida, a ideia de indenização toma um aspecto relativo, não dependendo do cálculo dos danos” (*op. cit.*, p. 387).

[66](#) Exemplo de um transeunte não proprietário de automóvel que é atropelado por um carro. As partes do DPVAT são o dono do veículo e uma seguradora, sendo o pedestre o terceiro prejudicado e beneficiário da indenização.

[67](#) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 327.515/RS. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. J. em: 15-5-2003. DJ 23-6-2003, p. 374.

[68](#) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 217805/SC. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. J. em: 17-8-2000. DJ 9-10-2000, p. 153.

[69](#) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 188.694/MG. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. J. em: 18-4-2000. **DJ** 12-6-2000, p. 114. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 600.788/SP. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. J. em: 25-9-2006. **DJ** 30-10-2006, p. 293.

[70](#) *Op. cit.*, t. 45, p. 333.

[71](#) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 228.840/RS. Relator: Ministro Ari Pargendler. J. em: 26-6-2000. **DJ** 4-9-2000, p. 150.

[72](#) BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação s/ Revisão 111.025-2/0/6. 36ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Desembargador Pedro Baccarat. J. em: 25-10-2007. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cpo/sg/search.do?&cbPesquisa=NUMPROC&cdForo=990&dePesquisa=111025>>. Acesso em: 22 set. 2010. No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação 081724-8. 36ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Desembargador Dyrceu Cintra. J. em: 17-9-2009.

[73](#) Note-se que não há referência a companheiro. É possível questionar se o Código Civil o equiparou ao cônjuge no contrato de seguro. Se as duas figuras estivessem mesmo equiparadas, não seria necessário o art. 793, que autorizou especificamente a instituição de companheiro como beneficiário do seguro.

[74](#) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão n. 781205100. 26ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Desembargador Renato Sartorelli. J. em: 22-8-2005. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cpo/sg/show.do;jsessionid=E7ED2481C687685A5EE069E0EE72A60C?processo.foro=990&processo.codigo=RK000D46N0000&cdForo=990&cdComarca=-1>>. Acesso em: 23 set. 2010.

[75](#) BRASIL. Recurso Especial n. 104.753-8/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi., Brasília. J. em: 4-11-2008, **DJ** 10-12-2008.

[76](#) Cf. ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de. Seguro de vida não é herança. **Jornal da Tarde**, Opinião, 17-7-2009. Disponível em: <<http://www.jt.com.br/editorias/2009/07/17/opi-1.94.8.20090717.1.1.xml>>.

Acesso em: 23 set. 2010.

[77](#) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 1240579007. 34ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Desembargador Gomes Varejão. J. em: 16-3-2009.

[78](#) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 6120964900. 3ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Desembargador Jesus Lofrano. J. em: 28-4-2009.

[79](#) GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Código civil comentado**. Coord. Ministro César Peluso. São Paulo: Manole, 2007, p. 668.

[80](#) Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão n. 1179914-0/4. 32ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Desembargador Kioitsi Chicuta. J. em: 3-7-2008. No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão n. 1135425-0/0. 34ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Desembargador Rosa Maria de Andrade Nery. J. em: 2-2-2009.

[81](#) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 105, de 13 de dezembro de 1963**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=105.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 23 set. 2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 61, 2ª Seção. J. em: 14-10-1992, DJ 20-10-1992, p. 18382.

[82](#) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão n. 1096154-0/6. 29ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Desembargador Francisco Thomaz. J. em: 3-6-2009. Contudo, há julgados que ainda aplicam o raciocínio do Código Civil de 1916. Cf., por exemplo: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 992.08.049936-7. 29ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Juiz Reinaldo Caldas. J. em: 16-9-2009. Disponível em: <http://esaj.tj.sp.gov.br/cpo/sg/search.do?&cbPesquisa=NUMPROC&cdForo=990&dePesquisa=992080499367>. Acesso em: 28 set. 2010.

[83](#) A doutrina tradicional utiliza-se da expressão “avesso a risco”, da qual sutilmente nos afastamos para adotar o conceito de aversão, que tem forma mais intuitiva.

[84](#) Para uma análise mais ampla sobre aversão/neutralidade/propensão a risco e tomada de decisões, cf. KREPS, David M. **Microeconomics for managers**. New York:

Norton, 2007, p. 367.

[85](#) PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomics**. 5. ed. Trad. Eleutério Prado. New Jersey: Prentice Hall, 2002, p. 154-157.

[86](#) KREPS, David M. *Op. cit.*, p. 378-379.

[87](#) Indivíduos tendem a superestimar irracionalmente as pequenas probabilidades em cenários de exposição a grandes perdas. Para maiores detalhes, cf. KAHNEMANN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect Theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, v. 47, n. 2, mar., 1979, p. 263-292. Em sentido contrário, cf. SLOVIC, Paul; FISCHHOFF, Baruch; LICHTENSTEIN, Sarah; CORRIGAN, Bernard; COMBS, Barbara. Preference for Insuring against Probable Small Losses: Insurance Implications. *The Journal of Risk and Insurance*, v. 44, n. 2, jun. 1977, p. 237-258.

[88](#) Indivíduos propensos a risco vendem sua capacidade de absorção de risco.

[89](#) O mercado de capitais é meio de obtenção de liquidez financeira pelas empresas, ou seja, possibilita-lhes ter “dinheiro na mão” para transações correntes, em antecipação de lucros a serem auferidos futuramente. Outro viés desse mercado, raras vezes abordado, é exatamente a possibilidade de diluição de risco. Cf. KREPS, David M. *Op. cit.*, p. 406-407.

[90](#) RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. **Regulação da atividade seguradora privada**. Tese de Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 67.

[91](#) *Idem*, p. 199.

[92](#) *Idem, ibidem*, p. 73.

[93](#) Vale uma ressalva. O cálculo atuarial depende de amostragem ampla, ou seja, da ocorrência reiterada de determinado tipo de sinistro em certo campo de estudo. Sem essa amostragem, não há o que calcular. Além disso, mesmo nessa amostragem não se pode esquecer dos eventos *outliers*, não captados pela matemática.

[94](#) O lucro não é, entretanto, inerente ao contrato de seguro, como se verifica no caso das sociedades cooperativas. No Brasil, embora o Decreto-Lei n. 73/66, que regula as sociedades seguradoras, permita a formação de sociedades cooperativas, o mercado segurador concentra-se quase exclusivamente nas

sociedades seguradoras constituídas como sociedades anônimas (RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Op. cit.*, p. 59-65).

[95](#) Lei Complementar n. 126/2007, art. 2º, § 1º, II.

[96](#) Decreto n. 60.459/67, art. 5º. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, t. 45, p. 289.

[97](#) NACHEM, IRA W. **The complete guide to finance real estate developments**. New York: Mc-Graw, 2007, p. 366.

[98](#) Lei Complementar n. 126/2007, art. 2º, § 1º, III. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, t. 45, p. 293.

[99](#) PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 293.

[100](#) Trata-se da estabilização da carteira de seguros, cf. ALVIM, Pedro. **Política brasileira de seguros**. São Paulo: Manuais Técnicos de Seguros, 1980, p. 124-125.

[101](#) O Instituto de Resseguros do Brasil foi criado pelo Decreto-Lei n. 1.186/39 para desenvolver a atividade de resseguro e regular o resseguro no país, protegendo o mercado local. Naquela época os seguradores estrangeiros estavam em situação muito mais favorável que os nacionais justamente pela sua capacidade de distribuir riscos em resseguro às suas matrizes, aos seus congêneres ou aos resseguradores internacionais. Sendo a distribuição de riscos mais fácil, era evidente a vantagem sobre o segurador nacional (RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Op. cit.*, p. 38-39).

[102](#) RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Op. cit.*, p. 201-202.

[103](#) Lei Complementar n. 126/2007, art. 2º, § 1º, IV.

[104](#) RISK MANAGEMENT SOLUTIONS. **Managing risk in the aftermath of the World Trade Center Catastrophe**. Newark: RMS, 2002, p.15.

[105](#) Por contarem com o suporte de suas matrizes para assumir riscos em cosseguro e resseguro, estes agentes apresentavam expressiva vantagem sobre o concorrente nacional. Este cenário, ao lado do desequilíbrio na balança de pagamentos proporcionado pela remessa de prêmios ao exterior, consiste na principal causa do modelo monopolista imposto ao mercado ressegurador pelo Estado Novo. Nesse sentido, RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Op. cit.*, p. 37-42.

[106](#) A Emenda Constitucional n. 40/2003 excluiu do art. 192 da Constituição Federal qualquer referência a seguro.

[107](#) Número hipotético.

[108](#) Não adotamos aqui distinção proposta por Eros Roberto Grau entre regulamentação (= regulação estatal, ou *regulation*) e regulação (= regulações sociais, auto ou endorregulação, *deregulation*). GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 131 e s.

[109](#) *Op. cit.*, p. 107-162.

[110](#) Vale citar a segregação das coberturas das provisões técnicas correspondentes à operação do DPVAT das demais operações das seguradoras de automóveis determinada pela Circular SUSEP n. 386/2009. Trata-se de medida regulatória voltada à separação de riscos em classes distintas, objetivando atender a exigências atuariais de agrupamento de riscos, regra voltada exclusivamente à higidez interna do sistema securitário.

[111](#) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em ADIn 2.223-7/DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. J. em: 10-10-2002, cf. votos dos Ministros Maurício Corrêa e Sepúlveda Pertence.

[112](#) Criado pelo Decreto-Lei n. 1.186/39. A regulamentação do IRB foi complementada pelo Decreto-Lei n. 73/66, alterado pela Lei Complementar n. 126/2007. No contexto da criação do modelo de concorrência para o mercado ressegurador, a Lei n. 9.482/97 transformou o IRB em sociedade anônima e transferiu seu controle do INSS à União, e a Lei n. 9.649/98 alterou sua razão social para IRB-Brasil Re.

[113](#) Criados respectivamente pela Medida Provisória n. 2.177-44/2001 e pela Lei n. 9.961/2000.

[114](#) Criado pela Lei n. 4.595/64.

[115](#) Lei n. 10.190/2001, art. 2º.

[116](#) Decreto-Lei n. 73/66, art. 32.

[117](#) RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Op. cit.*, p. 37-42.

[118](#) Art. 35-A da Lei n. 9.656/98, introduzido pela MP n. 2.177-44/2001.

[119](#) Na definição do art. 1º, I, da Lei n. 9.656/98, plano privado de assistência à saúde é prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por tempo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e

atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando à assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente a expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

[120](#) O seguro-saúde pode ser conceituado por leitura conjunta do § 1º do art. 1º da Lei n. 9.656/98 com o art. 757 do Código Civil. Trata-se de contrato que apresenta vinculação de cobertura financeira a riscos de natureza médico-assistenciais.

[121](#) Os diretores são brasileiros, indicados e nomeados pelo Presidente da República após aprovação prévia pelo Senado Federal. Admite-se recondução ao cargo uma única vez (art. 6º, parágrafo único, da Lei n. 9.961/2000).

[122](#) Conforme estabelecido pelo art. 8º, *caput*, da Lei n. 9.069/95.

[123](#) Cf. YAZBEK, Otavio. **A regulação do mercado financeiro e de capitais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 200.

8 CONSÓRCIO DE EMPRESAS

Daniel Santa Bárbara Esteves

*Professor do Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVLaw;
mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
(PUCSP); advogado em São Paulo.*

8.1 Considerações preliminares

O consórcio de empresas é figura de larga e histórica¹ utilização no mercado brasileiro de engenharia, construção e montagem, especialmente para obras de grande porte, havendo servido como importante mecanismo para a absorção de tecnologia pelas empresas brasileiras, que se associavam com as estrangeiras para a implantação de empreendimentos de maior dimensão ou complexidade². É utilizado também em outros segmentos, como nas concessões de transporte urbano de passageiros, no setor financeiro, para o lançamento de títulos ou valores mobiliários³, no ramo de seguros⁴, mas é no mercado de construção pesada que o instituto adquiriu notável relevância prática, que se verifica até os dias de hoje. Mais recentemente, houve a abertura das concessões de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural para consórcios⁵, levando a uma aplicação também nesta atividade; da mesma forma, a legislação que reformulou o setor elétrico abriu espaço para o ingresso de empresas em consórcio nas atividades de geração, na categoria de produtor independente de energia⁶.

Em que pese o longo histórico e a ampla utilização, que nos dias atuais certamente engloba a maior parte dos grandes empreendimentos⁷, este é um instituto que suscita dúvidas e questionamentos, provocados, sobretudo, pela pouca normatização e pelos aspectos aparentemente conflitantes com sua falta de personalidade jurídica, como o arquivamento do instrumento constitutivo no registro de comércio, o endereço próprio, a representação, designação, capacidade processual, obrigatoriedade de inscrição fiscal (CNPJ⁸), contratação de empregados, abertura e movimentação de conta bancária. Outro fator que certamente contribui para a dificuldade de compreensão da figura do consórcio é a variedade de formatos e arranjos que ele pode assumir, correspondendo às mais diversas técnicas de colaboração entre empresas que a prática dos negócios pode requerer.

É de se reconhecer que a reduzida disciplina jurídica orientada aos consórcios, que basicamente se compõe dos arts. 278 e 279 da Lei das S/A (Lei n. 6.404/76) e de normas esparsas de diferentes ordens – de defesa da concorrência, de licitações, de tributação, entre outras – confere a flexibilidade que é característica desse instituto, e que deixa à vida prática empresarial definir seus contornos de acordo com as necessidades de cada caso. Aliás, o delineamento do consórcio pelas demandas dos negócios não é propriamente novidade, preexistindo o próprio instituto à edição de uma legislação específica no Brasil, como comenta Rubens Requião (1998, p. 265):

O direito brasileiro se apercebeu de sua existência após ter ele se disseminado nos usos empresariais, impondo-se, pouco a pouco, ao legislador.

A escassez de disciplina jurídica, por outro lado, muitas vezes dificulta o entendimento dos operadores e dá ensejo à expedição de normas administrativas de diferentes ordens que, à guisa de regular

matérias específicas, terminam por impor restrições a atividades básicas dos consórcios, sacando potencialidades autênticas, por serem da própria finalidade do instituto, e causando dificuldades substanciais em sua operacionalização. Neste aspecto, é de se mencionar o entendimento restritivo que vinha sendo desenvolvido pela Receita Federal e culminou com a edição da Instrução Normativa n. 834, de 26-6-2008, que determinou ser defeso aos consórcios emitir faturamento pela sua atividade, salvo para as atividades sujeitas a ICMS, quando a legislação aplicável o permitisse. Tal inovação, que causou apreensão e transtorno ao setor empresarial, foi alterada em fevereiro de 2009 pela edição da IN n. 917, que passou a reconhecer aos consórcios a possibilidade de emitir faturamento também para as atividades sujeitas ao ISSQN (importante lembrar que este é o tributo incidente sobre a atividade de construção) quando a legislação relativa a tal imposto permita.

Seguindo a mesma tendência de se limitar certas possibilidades de atuação do consórcio pela sua falta de personalidade, passou a se consolidar no âmbito da autoridade fiscal federal o entendimento de que o consórcio de empresas não pode ser sujeito passivo de obrigações tributárias, estando inabilitado, conseqüentemente, a cumprir obrigações acessórias que têm o efeito jurídico de confissão de dívida (como a DCTF ou DIRF). Isto porque os efeitos da confissão não recairiam sobre seu autor (o consórcio), contrariando o preceito juscivilista⁹ de que a confissão só pode ser feita pelo titular da relação jurídica. Tais entendimentos vinham sendo emitidos concomitantemente com a admissão dos consórcios como contribuintes por leis tributárias de esferas estaduais e municipais, o que, aliás, ocorre já há longo tempo. De qualquer forma, a prevalecer o entendimento fazendário, ficaria inviabilizada na prática a contratação de serviços ou mesmo de empregados pelos consórcios, que estariam impedidos de fazer a retenção e o recolhimento dos tributos, prestando as declarações correspondentes, como indica a solução de consulta abaixo, alinhada com uma série de outras emitidas nos últimos anos:

CONSÓRCIO DE EMPRESAS. RENDIMENTO DO TRABALHO. Consórcio de empresas, constituído por tempo determinado para execução de obras contratadas por órgão público, não possui personalidade jurídica, cabendo a cada uma das empresas consorciadas assumir obrigações e responsabilidades a elas atribuídas, bem como prestações específicas. Sendo assim, a empresa consorciada que contratar pessoa física como assalariada ou autônoma, mesmo que para exercer atividades de interesse comum a todas as consorciadas, deve reter de imposto de renda na fonte incidente sobre a remuneração do trabalho (Processo de Consulta n. 102/09; Superintendência Regional da Receita Federal – SRRF/ 6a RF, publ.: 3-9-2009).

Mais recentemente¹⁰, seguindo a orientação dos pronunciamentos do Fisco, a Instrução Normativa n. 1.071 de 16-9-2010, da Receita Federal do Brasil, que altera a já citada Instrução Normativa n. 971, trouxe disposições que terminaram por agravar a insegurança jurídica dos consórcios no que diz respeito à tributação decorrente da contratação de empregados. O § 5º inserido no art. 322 da Instrução Normativa n. 971 determina expressamente que o consórcio não é sujeito passivo da contribuição previdenciária. No mesmo sentido, os novos dispositivos do § 2º do art. 112 vedam o preenchimento de GFIP por consórcio, bem como a compensação e o pedido de restituição de valores recolhidos em seu nome. Abstraindo do exame da adequação (ou da validade) do instrumento normativo utilizado para operar tal inovação na ordem jurídica¹¹, o fato é que os novos dispositivos trouxeram ao operador do Direito a grave incerteza sobre quem deveria fazer o recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de salários do consórcio, abrindo amplo campo para questionamentos quanto à realização de pagamentos indevidos e/ou de falta de pagamento, bem como em relação ao adequado cumprimento das obrigações acessórias¹². Após a emissão da Medida Provisória n. 510, de 29-10-2010, determinando que os consórcios devem cumprir as obrigações

tributárias quando realizarem negócios jurídicos em nome próprio, foi editada a Instrução Normativa n. 1.080/2010, que voltou a alterar o texto da Instrução Normativa n. 971, para permitir recolhimentos previdenciários pelos consórcios.

Estes fatores dão uma ideia das dificuldades teóricas que a própria natureza do consórcio pode gerar, que trazem consigo relevantes consequências, como as dúvidas quanto a sua capacidade de ser parte de contratos, a tributação decorrente das atividades praticadas pelo consórcio, a possibilidade de contratar mão de obra e a responsabilidade dos sócios pelas obrigações contraídas.

Neste capítulo, trataremos dos consórcios fazendo referência àqueles constituídos para a execução de obras no mercado de infraestrutura, com o fito de dar uma dimensão prática à análise das questões jurídicas e dos distintos aspectos que vamos abordar. A eleição do mercado de implantação de grandes empreendimentos¹³ se justifica por ilustrar justamente a atividade na qual a figura dos consórcios tem a mais intensiva aplicação e maior relevância econômica, não só nos dias de hoje, mas igualmente antes da própria edição da Lei n. 6.404/76, como confirma sua própria Exposição de Motivos.

8.2 Definição e utilidade do consórcio – sua razão de ser

Após um período em que a figura do consórcio contava com normas esparsas e já tinha larga utilização, reclamando uma disciplina específica, a edição da Lei das S/A veio dar ao instituto tratamento orgânico e sistematizado, já que até então havia unicamente normas fragmentadas e desconexas. De qualquer forma, a nova disciplina, nas palavras do próprio legislador (Exposição de Motivos), “sem pretensão de inovar, apenas convalida, em termos nítidos, o que já vem ocorrendo na prática, principalmente na execução de obras públicas e de grandes projetos de investimento”.

Consórcio é a associação temporária de empresas com o fito de executar certo empreendimento, sem criar um ente com personalidade jurídica, com contrato de constituição arquivado no registro de comércio. É fórmula associativa típica desprovida de personalidade jurídica, que se constitui transitoriamente para o desempenho de uma atividade específica.

Há autores que colocam como elemento central e fundamental do consórcio a própria "conjugação de esforços", o que não nos parece a linha mais acertada, na medida em que parece admitir a mera colaboração entre duas empresas que atuam de forma segregada. A formação de um consórcio pressupõe a criação de uma estrutura de cooperação, mais ou menos robusta e intensa conforme o caso, que lhe confere a possibilidade de se apresentar e se conduzir o negócio de forma unificada. Com efeito, a mera cooperação de empresas que atuam com estruturas isoladas, cada qual com atividades próprias, poderia (e pode) ser feita mediante meros acordos atípicos, que não requereriam uma previsão legal específica. A implantação de um empreendimento complexo pode ser feita mediante a celebração de um contrato com uma pluralidade de contratados, que respondam solidariamente ou não pelas obrigações assumidas. Como observa Pontes de Miranda (1966, p. 233),

O consórcio supõe a com-sorte, o pôr-se em comum a sorte de duas ou mais empresas. (...). Hão de existir disciplina e organização que permitam a comunidade no tratamento dos interesses e nos resultados.

Outro fator citado muitas vezes na definição dos consórcios é a preservação da individualidade das sociedades consorciadas, que nada mais é que a própria falta de personalidade jurídica do consórcio, a falta de isolamento das consorciadas em relação aos negócios conduzidos em conjunto por meio da figura consorcial; em outras palavras, a ausência de criação de um patrimônio

individualizado no novo ente que se cria, segregado dos bens das empresas que o integram, e que responda pelos débitos contraídos no exercício da atividade comum. Obviamente, ainda quando duas ou mais pessoas fundam uma nova sociedade personificada, elas preservam sua subjetividade e seguem, individualmente, desempenhando outras atividades em que buscam a realização de seus interesses.

Diversas são as razões que podem levar empresas a se reunirem em consórcio para levarem adiante determinado empreendimento. De uma forma geral, os motivos consistem na conjugação de experiências, na reunião de recursos – sejam equipamentos, estrutura física, ferramental, pessoal especializado, capacidades financeiras, ou outros –, na otimização econômica do projeto, ou, ainda, no compartilhamento dos riscos envolvidos, que torna a associação o meio mais eficiente ou mesmo indispensável para viabilizá-lo. Muitas vezes, o desempenho da atividade pretendida requer uma diversidade de especialidades técnicas e de recursos que uma empresa não reuniria isoladamente, tornando a associação indispensável para a participação de cada uma das consorciadas.

A soma de capacidades financeiras é também um fator que permite a participação em certos empreendimentos que requerem altos investimentos iniciais, aportes expressivos para suportar períodos em que o negócio enfrenta fluxo de caixa negativo ou garantias financeiras, que dependem de crédito. Como pondera Arnaldo Wald (1974, p. 14-15),

numa economia concertada e dialogada, o consórcio é instrumento de grande utilidade, que multiplica o poder de desempenho das empresas, sem lhes retirar o seu *status* de forma independente, conciliando, assim, as necessidades da concentração com a manutenção das peculiaridades locais e da individualidade de cada empresa consorciada.

A diluição de riscos é um fator que assume especial relevância nas atividades sujeitas a maior exposição, o que certamente é o caso da construção. Como já se observou, a sujeição a um grau elevado de riscos parece justificar o elevado número de artigos e pareceres a respeito da revisão contratual nesse setor econômico (ESTEVEZ, 2009, p. 49), e o fato de a empreitada estar entre as espécies contratuais em que mais se discute a aplicação da teoria da imprevisão¹⁴. Cabe lembrar que a subcontratação não permite o mesmo nível de compartilhamento de riscos e responsabilidades obtido na associação, de forma que a atuação em consórcio muitas vezes viabiliza a participação em certas atividades, pela redução da exposição que vem a propiciar. Com efeito, o subcontratado responde exclusivamente pela atividade que lhe foi confiada, muito embora a mesma tenha o potencial de comprometer o empreendimento como um todo, trazendo para seu contratante consequências muito mais gravosas que aquelas que lhe são impostas¹⁵.

Outra razão que não pode ser desprezada é a divisão dos custos de preparação dos estudos técnicos e econômicos que compõem a proposta para a contratação – pública ou privada – de certo empreendimento. As despesas de elaboração de tais propostas, que muitas vezes chega ao patamar de milhões de reais, pode tornar a divisão interessante, principalmente tendo em vista a possibilidade de tais esforços não resultarem na concretização do negócio.

Sob a perspectiva do investidor (dono do empreendimento), a contratação de consórcios facilita a atribuição a um só contratado (ou, no caso, a um grupo de contratados que atuam de forma coordenada) da responsabilidade pelo empreendimento como um todo, ao contrário da contratação separada das distintas atividades, cada qual com um escopo de atuação predefinido, na qual o empreendedor termina por assumir o risco pelas interfaces entre os diferentes contratados: autor do projeto de engenharia, construtor, fornecedores de equipamentos que integram a planta (turbinas, compressores, caldeiras, bombas etc.), montador de equipamentos etc. (NOBRE, 1987, p. 375).

Do ponto de vista econômico, a contratação de empreendimentos em consórcio pode permitir a redução do custo final, por duas razões principais. A primeira delas é evitar a duplicação dos impostos que incidem de forma cumulativa – caso do ISSQN, do PIS e da COFINS, que seguirão (estes últimos) incidindo pela sistemática cumulativa para a atividade de construção até 31 de dezembro de 2010 (exceto se houver nova prorrogação de tal regime, o que ocorreu sucessivas vezes desde a edição da Lei n. 10.833, de 29-12-2003). Obviamente, no arranjo contratual em que uma das empresas é contratada para a implantação integral do empreendimento e subcontrata parcela do escopo com outra, sobre as atividades desta última incidirão em cascata os referidos tributos, onerando a operação final. A segunda razão é viabilizar (ou facilitar) o compartilhamento de estrutura – imóvel, equipamentos, pessoal de apoio, pessoal operacional (denominado, na linguagem de administração de projetos, mão de obra direta) – necessária para o empreendimento conjunto.

É difundida e adequada a ponderação a respeito do risco que a concentração de empresas em consórcios acarreta para a concorrência, podendo dar oportunidade a composições entre os interessados em certa contratação, no sentido de frustrar sua competitividade e elevar o preço final. De fato, a associação de empresas que atuam no mesmo segmento e seriam potenciais concorrentes traz a possibilidade de prejudicar o funcionamento saudável da economia, especialmente em setores com poucos agentes.

Neste ponto, é importante não perder de vista que, em licitações de contratos de grande magnitude ou de elevada complexidade, a admissão de consórcios pode, ao contrário, ampliar a competição, na medida em que viabiliza a participação de interessados que não reuniriam individualmente as condições mínimas de concorrer, aumentando o número de propostas. Como assinala Marçal Justen Filho (2002, p. 349),

há hipóteses em que as circunstâncias do mercado e (ou) a complexidade do objeto tornam problemática a competição. Isso se passa quando grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuserem de condições para participar da licitação. Nesse caso, o instituto do consórcio é a via adequada para propiciar ampliação do universo de licitantes.

E Fábio Konder Comparato (1976, p. 6):

Onde a concentração se revela impossível ou inadequada, a chave do êxito passa pela conjugação de esforços e recursos, sem a supressão da autonomia das diferentes unidades em causa. Cada empresa continua a perseguir seu próprio objetivo, sob o controle independente de cada empresário, mas o método de trabalho não é mais individualista. Criam-se estruturas de cooperação institucional, onde antes havia um conjunto de operações isoladas. Aí está, em linhas gerais, a ideia justificadora dos consórcios empresariais.

A pouca normatização orientada aos consórcios confere a maleabilidade que é típica do instituto, tornando-o apto a acomodar-se a diversos formatos e organizações, o que foi aplaudido por Comparato (1978, p. 233), em obra publicada pouco após a edição da Lei das S/A, observando que

foi com grande senso de oportunidade que o legislador estabeleceu uma disciplina genérica dos consórcios de empresas, na nova lei acionária. Fê-lo, sabiamente, deixando grande latitude de deliberação aos próprios empresários, sem multiplicar exigências complexas e burocráticas.

Aliás, o caráter temporário dos consórcios alinha-se com a transitoriedade e a mobilidade que caracterizam o negócio da construção, em que a estrutura física (canteiro, máquinas, equipamentos tecnológicos etc.) e de empregados é alocada para a execução da obra e desmobilizada ao final de um prazo relativamente curto, com a transferência do pessoal estratégico das empresas para os novos empreendimentos. Esse tipo de atividade,

que se organiza por projetos com prazo específico de duração, é incompatível com o nível de comprometimento entre os sócios que se requer nas sociedades personificadas e com a rigidez de estruturas que as caracteriza. A menor complexidade na gestão do negócio, a preservação da autonomia administrativa das empresas componentes, que alocam e retiram seus recursos (inclusive financeiros) de forma mais simples, e a maior facilidade no desfazimento do vínculo (não havendo sequer patrimônio a ser desfeito) são fatores que certamente tornam o consórcio propício para atividades como a da implantação de novos empreendimentos.

8.3 Modalidades de consórcio

A doutrina, de uma forma geral, traça diferentes classificações para os consórcios, cada qual baseada em um critério. Entre as mais frequentes, estão: a que coloca, de um lado, os consórcios operacionais (teriam o propósito de executar negócio próprio) e, de outro, os instrumentais (formados para contratar com terceiros a execução de certo serviço ou obra); outra, similar à anterior, classifica como internos os consórcios que têm por objeto unicamente regular as relações entre as empresas parceiras, e externos os que têm a finalidade de entrar em relações com terceiros de forma unificada, por meio de representação comum; e, por fim, a que distingue os consórcios abertos (admitem a entrada de novos parceiros) dos fechados (vedam a inclusão de outros sócios).

Neste capítulo, vamos nos cingir a focalizar na distinção que nos parece a mais relevante, à qual voltaremos a nos referir em outras passagens, por influenciar em diversos aspectos morfológicos e organizacionais dos consórcios. Referimo-nos à divisão entre os consórcios verticais e horizontais, que será tomada no sentido empregado no mercado de uma forma geral, e não naquele utilizado pela maior parte da doutrina jurídica que se dedicou ao tema.

Usualmente, os autores conceituam o consórcio horizontal como aquele em que as empresas exploram o mesmo ramo econômico; sendo vertical o consórcio em que as integrantes se situam em fases sucessivas de uma cadeia de produção. Tal classificação, como se pode observar na lição de Fabio Nusdeo (2001, p. 274), visivelmente deflui da teoria econômica das formas de concentração empresarial, que enuncia que as concentrações verticais são aquelas em que vários estágios de produção de um bem são reunidos sob o mesmo grupo de controle; nas horizontais, a concentração se dá no mesmo estágio do processo produtivo; e nas conglomerações, diversas atividades sem conexão entre si são agregadas sob o mesmo centro decisório.

O critério utilizado de forma corriqueira, e pode-se dizer quase unânime, pelo mercado de infraestrutura se baseia no compartilhamento ou não, entre os sócios, das receitas, custos e riscos da atividade desempenhada.

Segundo esse critério, seriam horizontais os consórcios em que os sócios partilham entre si todos os custos e receitas do negócio de acordo com as participações proporcionais previamente acordadas. Geralmente, a formatação horizontal vem acompanhada pela execução do empreendimento pela própria estrutura do consórcio – que poderá ser complementada por recursos (equipamentos, pessoal) alocados pelas componentes – e do compartilhamento das decisões sobre todos os aspectos da gestão do negócio, muitas vezes de forma unânime. A gestão conjunta do empreendimento é feita, em regra, mediante a alocação de empregados de nível gerencial de cada uma das empresas consorciadas nos distintos postos de comando do organograma do consórcio (setores financeiro, de RH, de operações, de planejamento etc.), de forma a criar uma estrutura organizacional harmônica e equilibrada, em que se receba o aporte mais qualificado de cada empresa, e se opere uma divisão do poder. As decisões mais relevantes geralmente são reservadas à direção das empresas, devendo ser tomadas de forma unânime ou por maioria, conforme o caso. Em geral, a mão de obra operacional é contratada pelo próprio consórcio, de forma que tais

empregados estejam subordinados à gerência comum (e não somente a uma empresa consorciada), que as relações sindicais sejam manejadas pelo consórcio, e que a responsabilidade pelas obrigações decorrentes (em especial trabalhistas e tributárias) sejam compartilhadas entre as sócias.

Em regra, a divisão de custos e despesas que se opera nos consórcios horizontais é referida como compartilhamento dos “resultados” da atividade. Do ponto de vista estritamente econômico, tal definição reflete bem o efeito final que esta fórmula gera para as empresas consorciadas. Na prática, de fato, o compartilhamento de custos e receitas resulta economicamente na divisão do resultado do negócio. Em outras palavras, do ponto de vista da semântica vulgar (oposta à terminologia técnica jurídica e mesmo contábil), deve-se reconhecer que o termo se adequa ao que se pretende expressar. Entretanto, sob o enfoque jurídico, justamente por não contar com patrimônio próprio, o consórcio é ente que não apura resultado; aliás, por esta mesma razão, não é definido pela lei como contribuinte de imposto de renda, fator ao qual voltaremos mais adiante, em tópico específico. Por hora, basta a explicação do porquê nos referirmos à divisão de receitas e despesas, e não de resultado.

A contabilização das operações do consórcio horizontal reflete bem este conceito, com a apropriação pelas empresas dos recebimentos e débitos do consórcio, na proporção em que participam. Cada empresa, em sua contabilidade própria, apura seus próprios resultados, para os quais seus outros negócios – e não somente a atividade do consórcio – vão contribuir.

De outra parte, são classificados como verticais os consórcios em que cada empresa assume a responsabilidade pela execução de uma parcela do escopo total a ser desempenhado, absorvendo cada qual integralmente os custos, as receitas e os riscos de sua parte no empreendimento. Salvo pela necessidade – que segue existindo – de um concerto que viabilize a adequada concatenação das atividades executadas por consorciada, de forma que o empreendimento seja finalmente concluído, do ponto de vista econômico, a divisão das

atividades dá origem a dois (ou mais, de acordo com o número de integrantes) negócios efetivamente distintos, tornando possível que, no mesmo empreendimento, uma consorciada tenha bons resultados e a outra termine com perda econômica.

Nestes consórcios, via de regra, o critério de divisão de receitas entre as empresas é a própria delimitação de escopos, acompanhada pela fixação, no contrato com o cliente comum, do preço específico a ser pago por cada uma das parcelas. Neste caso, a fixação de proporções de participação no contrato de constituição de consórcio pode levar a distorções ao longo da execução das atividades caso venham a ocorrer revisões contratuais que alterem os valores de certas parcelas das obras, serviços e fornecimentos de bens, alterando as participações em que cada empresa participa do valor integral do negócio, e não se faça o ajuste correspondente no ato constitutivo do consórcio. No que toca às despesas, obviamente que elas não seguem necessariamente a mesma proporção das receitas, pelo que as participações proporcionais nos consórcios verticais, quando são especificadas, levam em conta unicamente as receitas.

Nos consórcios verticais, se por um lado o grau de integração das estruturas das empresas certamente é menor – seja de pessoal, equipamentos ou demais recursos – e não há compartilhamento de custos, controles, padrões e procedimentos operacionais na execução propriamente dita do objetivo consorcial, a coordenação e a cooperação entre as empresas permanecem indispensáveis, sendo certo que estas seguem tendo uma finalidade conjunta, para a qual se associaram. Ademais da sintonia em relação aos pontos de interface das atividades de cada qual, tornam--se imprescindíveis a precisa divisão de escopos e a definição de responsabilidades recíprocas em caso de alterações quanto ao que foi projetado, uma vez que desvios na execução por uma consorciada (como o atraso na entrega de certas estruturas) podem acarretar custos para a outra consorciada (como ociosidade da mão de obra e dos equipamentos disponibilizados) e penalizações perante o contratante comum.

Geralmente, os consórcios horizontais funcionam com um caixa próprio, que torna mais simples a operacionalização e a conferência de recebimentos e pagamentos a terceiros, e atenua os riscos de crédito das consorciadas entre si. A conta bancária do consórcio recebe diretamente os pagamentos do cliente (que recebe faturamentos do próprio consórcio) e os aportes das consorciadas, e faz os pagamentos a terceiros pelas despesas vinculadas à atividade comum, tornando a operação mais transparente, favorecendo o controle das próprias consorciadas e mesmo a fiscalização por autoridades. Obviamente, se cada empresa tivesse de receber uma parte da remuneração pela atividade do consórcio e realizar separadamente pagamentos a terceiros de despesas para a atividade comum, tal arranjo obrigaria a uma estrutura muito mais complexa para o encontro de contas, além de requerer controles cruzados muito mais rigorosos entre as consorciadas.

Já nos consórcios verticais, é pouco usual o manejo conjunto de caixa. Muito embora haja um contrato único com o cliente comum, os faturamentos são feitos por cada consorciada segundo a atividade que desempenha, gerenciando cada qual suas próprias receitas e pagamentos.

É importante destacar que a classificação que demos ilustra duas modalidades opostas, que são as mais frequentes pelas quais se executam as obras. Entretanto, a flexibilidade que caracteriza a figura dos consórcios, e que lhe garante tamanha utilidade, como já pudemos destacar, dá margem à definição de organizações com características que as situem entre um extremo e outro. De acordo com o que requeira o empreendimento e convenha às empresas envolvidas (contratadas e cliente), parcelas do escopo podem ser executadas conjuntamente, com comunhão de custos, receitas e riscos do negócio, e outras atribuídas exclusivamente a algum dos parceiros, que assume o encargo da execução, com todas as suas consequências econômicas e de responsabilidade.

Da mesma forma, é viável a criação de consórcios em que certa parcela de um empreendimento é executada por duas empresas (A e B) em regime de consorte (compartilhamento do negócio), e uma

terceira (C) executa a outra de forma independente. Neste consórcio, diz-se que A tem uma associação horizontal em relação a B; A e B, conjuntamente, se associam em formato vertical em relação a C.

No consórcio vertical, torna-se possível (e muitas vezes interessante), ainda, o compartilhamento de alguma estrutura central, para cujos gastos as empresas contribuam com aportes segundo certa divisão preestabelecida. Entretanto, a coparticipação econômica será restrita à estrutura comum de suporte, cabendo a cada empresa as receitas decorrentes da execução do seu escopo no negócio, correndo por conta de cada uma, da mesma forma, os dispêndios e as responsabilidades.

De qualquer forma, é válida a menção ao comentário de Comparato (1978, p. 223), para quem

a chave para o êxito passa pela conjugação de esforços e recursos, sem supressão da autonomia das diferentes unidades em causa. Cada empresa continua a perseguir o seu próprio objetivo, sob o controle independente de cada empresário, mas o método de trabalho não é mais individualista. Criam-se estruturas de cooperação institucional, onde antes havia um conjunto de operações isoladas. Aí está, em linhas gerais, a ideia justificadora dos consórcios empresariais.

As estruturas de cooperação institucional referidas pelo autor poderão ser mais ou menos densas conforme a configuração dada pelos sócios, como pudemos observar. Nos consórcios verticais "puros", elas seriam naturalmente menores e menos intensas, embora ainda sejam necessárias. Já nos horizontais, chegam-se a criar estruturas conjuntas, com mesclas de pessoal próprio de cada empresa, que são alocados no consórcio no período de execução do empreendimento, mais a contratação de empregados do consórcio para a execução das atividades.

Na atividade de implantação de grandes empreendimentos, boa parte dos casos em que comumente se formam consórcios verticais é aquela em que o cliente busca a contratação de um só ente que responda pela integralidade do empreendimento, mas não há propriamente comunidade de fins entre as empresas: muitas vezes, umas pretendem unicamente fazer o fornecimento dos equipamentos que fabricam, outras executar seu trabalho técnico recebendo uma remuneração específica à previamente definida, e outras, ainda, estejam interessadas em executar verdadeira empreitada, com os riscos e oportunidades que possa trazer. As empresas executam atividades muito distintas, sendo que uma não está disposta a assumir os riscos de atuar na atividade da outra, aventurando-se em um negócio que não domina ou, ainda, associando-se com outra empresa com a qual não tem uma comunidade de fins, uma predisposição de colaboração ativamente em prol de um objetivo social comum.

Exemplo típico é o da associação consorcial entre a empresa que vai executar a engenharia, construção e montagem de uma planta de geração elétrica e aquela que faz o fornecimento das turbinas. Muitas vezes, as empresas que prestam os serviços de planejamento e execução das obras de implantação do empreendimento, por não dominarem a tecnologia e não terem nenhuma ingerência sobre a fábrica daquela que produz tal equipamento, pretendem não se expor aos riscos envolvidos nessa parcela do escopo, como o do atraso da entrega e, principalmente, a falta de desempenho da máquina. Da mesma forma, aos olhos do fabricante, a atividade da construção pode envolver riscos inaceitáveis, como a contratação, gerência e dispensa de elevado número de empregados, a subcontratação de parcelas de escopo com empresas de menor porte, a compra de insumos variados, durante longo tempo, sofrendo as flutuações econômicas, o gerenciamento das interfaces entre um sem-número de atividades, a descoberta de formações geológicas instáveis.

8.4 Representação

Ponto que gera dúvidas frequentes é se o consórcio, sendo figura reconhecidamente sem personalidade jurídica e sem autonomia patrimonial, estaria autorizado a atuar em nome próprio perante terceiros. Muitas vezes, são vistos em textos jurídicos questionamentos sobre a “capacidade contratual”, outros sobre a “capacidade negocial” dos consórcios. Haveria aptidão em um ente que não tem subjetividade reconhecida pelo Direito para atuar assumindo obrigações e direitos? Estariam os administradores do consórcio impedidos de atuar em seu nome, por lhes faltar a figura do representado?

A Lei n. 6.404/76 determina expressamente, no art. 279, VI, serem obrigatórias no contrato de constituição de consórcio as normas de administração e de representação, não cabendo dúvidas quanto à atribuição aos administradores da gestão interna e da atuação perante terceiros em nome do consórcio. O mesmo ocorre com as sociedades personificadas de uma forma geral, nas quais os administradores investidos de poderes têm o uso privativo da firma social (art. 1.064 do Código Civil); para as sociedades anônimas, o art. 144 da Lei n. 6.404/76 atribui aos diretores a representação da companhia e a prática dos atos para seu funcionamento regular.

Representação é a relação pela qual o representante age em nome e por conta do representado, recaindo sobre este último todos os efeitos dos atos praticados. No caso dos consórcios, a atuação em nome próprio obviamente não lhe confere personalidade jurídica, nem sequer afasta das empresas consorciadas a responsabilidade pelos débitos contraídos por meio do representante da sociedade.

Em artigo sucinto e preciso a respeito da representação dos consórcios, Pedro Paulo Cristófar (1981, p. 19) pontifica:

A dissociação entre quem pratica o ato e a quem se imputam os efeitos jurídicos dele não é exclusiva da pessoa jurídica. A personalidade jurídica plena é atribuída pela lei quando esta entende que a densidade das relações

envolvidas em um dado organismo justifica a concessão plena (ou quase) de atributos próprios das pessoas naturais (...).

A outros entes, menos densos ou orgânicos, a lei não reconhece essa personalidade plena sem lhes negar, porém, os instrumentos necessários ao atingimento de suas finalidades.

A esses grupos não personificados, atribui a lei representação. Os efeitos dos atos praticados pelos seus representantes não recaem, porém, como sucede nos grupos personalizados, imediatamente sobre a pessoa jurídica, só mediadamente repercutindo sobre os componentes dela. Na hipótese de grupos não personificados, os efeitos dos atos jurídicos praticados por seus representantes, porque não podem recair sobre uma pessoa jurídica que não existe, incidem imediatamente sobre os patrimônios dos seus integrantes.

Dentre os entes despersonificados, a representação não é exclusividade do consórcio, sendo reconhecida pela ordem jurídica, por exemplo, ao condomínio edilício, que é representado pelo síndico, ao espólio, representado pelo inventariante, à massa falida, representada pelo administrador.

Boa parte da doutrina que se dedicou ao consórcio (CRISTÓFARO, 1981) considera que a líder ostenta a condição de mandatária da sociedade, de sorte que seus representantes (da líder) teriam a faculdade de atuar criando obrigações que vinculam as demais consorciadas. Na verdade, a representação pela consorciada líder – que é menos frequente do que se supõe – depende de disposição expressa do contrato constitutivo, em que as demais sócias lhe conferem poderes suficientes para agir em nome da sociedade.

A própria figura da liderança sequer pode ser considerada da essência dos consórcios, não figurando como requisito em nenhum dispositivo da Lei das Sociedades Anônimas sua indicação. A prática dos negócios talhou este conceito, que se identificou como aquela empresa a quem cabe coordenar os esforços das demais, prestar a maior parte do apoio ao negócio comum por meio de sua estrutura administrativa central, proceder à escrituração contábil, guarda dos livros e documentos comprobatórios das operações do consórcio

após o encerramento de suas atividades. Na esteira do que a prática tratou de cunhar, certas leis específicas de contratações públicas passaram a fazer referência ao líder, como ocorre no plano federal com a Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei n. 8.987/95), que torna obrigatória sua indicação por mandamento do § 2º do art. 19, da mesma forma que o faz a Lei n. 8.666/93 em seu art. 33, II e § 1º.

A liderança é referida, ainda, em normas administrativas de natureza tributária, como o § 2º do art. 3º da Instrução Normativa n. 834/2008 da Receita Federal, que obriga essa empresa a manter registro contábil das operações do consórcio em escrituração segregada na sua contabilidade, e o art. 28, *d*, da Instrução Normativa n. 971/2009, que lhe atribui a obrigação de matricular a obra de construção no CEI (Cadastro Específico do INSS).

Se a representação do consórcio é tema relativamente pacífico em relação aos consórcios, contando com prescrição textual de lei, o mesmo não se pode dizer com respeito aos desdobramentos da falta de personalidade jurídica, mais precisamente do reconhecimento ou não da condição de sujeito de direito. Referida questão, não obstante possa aparentar debate teórico de importância eminentemente acadêmica, traz repercussões de grande relevância, por dizer respeito à própria operacionalização dos consórcios, refletindo em boa parte das atividades necessárias ao cumprimento de sua finalidade.

8.5 Personalidade jurídica (ou falta dela), sujeito de direito e patrimônio

8.5.1 Teoria contratual pluralista – identificação entre pessoa jurídica e sujeito de direito – regra da pluralidade de obrigações

Segundo a lição tradicional de direito societário trazida por boa parte dos autores, a personalização de uma sociedade traz sua dissociação com respeito aos sócios que a fundaram, gerando dois efeitos distintos: a formação de um patrimônio apartado, titularizado pela própria sociedade, e a autonomia para formar vínculos obrigacionais com terceiros no exercício de suas atividades.

Por um lado, a partir desse momento, a sociedade adquire a condição de sujeito de direito, operando de forma independente dos sócios na formação de negócios jurídicos, contraindo obrigações e direitos diretamente com terceiros. Por outro, passa a ter bens próprios, sobre os quais exerce direito de propriedade, de forma que o patrimônio serve de garantia para os débitos assumidos pelo novo sujeito cuja personalização é reconhecida pela ordem jurídica.

Não existe comunhão dos sócios sobre os bens sociais; aliás, sobre estes eles não exercitam nenhuma prerrogativa. Em lugar de titularizarem uma parcela ideal do patrimônio da sociedade, passam os sócios a ter em sua esfera unicamente as quotas ou ações em que se divide o capital dessa, não alcançando diretamente os bens da nova pessoa.

A personificação, por outro lado, desvincula os sócios dos deveres e dos direitos assumidos pela sociedade junto a terceiros, salvo pelas hipóteses excepcionais de desconsideração da personalidade jurídica determinadas pelo ordenamento para os casos de uso fraudulento ou abusivo do instituto, ou para a garantia dos credores de certos direitos definidos em lei. Pelas obrigações assumidas por meio de seus representantes respondem diretamente os bens sociais, não se atingindo os sócios, que não se obrigam além do capital que formaram para a sociedade¹⁶. Se os bens do devedor representam a garantia do credor, e quem se obrigou foi a sociedade empresária, pelo princípio da autonomia patrimonial – que constitui um dos alicerces do direito societário –, o seu patrimônio é que garante as dívidas contraídas, ficando infensos os sócios em relação às mesmas, salvo pelas exceções já referidas.

A partir de tais premissas quanto aos efeitos essenciais da personificação – a aquisição da condição de sujeito de direito e a

criação de um patrimônio apartado –, a maior parte da doutrina que se dedicou ao estudo do consórcio, levando em conta sua falta de personalidade, passa a apoiar suas conclusões sobre os diversos aspectos jurídicos desta sociedade na negativa dos referidos efeitos¹⁷. Vejamos.

A ausência de personalidade jurídica, em primeiro lugar, teria por consequência a falta do reconhecimento de um patrimônio autônomo ao consórcio, que responda por suas obrigações e possa limitar a responsabilidade dos sócios pelos débitos contraídos no exercício da atividade social.

Os bens adquiridos pelo consórcio são titularizados pelas consorciadas em regime de propriedade compartilhada, na proporção da participação de cada empresa ou, ainda, de acordo com as parcelas em que cada uma contribuiu para a compra, conforme determine o ato constitutivo (contrato de constituição de consórcio), os acordos sucessivos existentes entre as empresas e a forma como foram efetivamente feitas as aquisições de bens¹⁸.

De outra parte, não contando o consórcio com o reconhecimento do direito para figurar como centro de imputação de direitos, os vínculos obrigacionais formados pelo representante da sociedade atingiriam diretamente as sócias, gerando-se tantas obrigações quantas forem as consorciadas. Origina-se a regra da pluralidade de credores ou de devedores, segundo a posição em que o consórcio haja se colocado perante os terceiros, sem presunção de solidariedade. Esta (a solidariedade) haverá de decorrer da convenção estipulada entre o consórcio e sua contraparte contratual ou de disposição expressa de lei, como ocorre, por exemplo, nas contratações públicas de obras, serviços ou compras, e das concessões de serviços públicos cujas disciplinas legais (Lei n. 8.666/93, art. 33, V, e Lei n. 8.987/95, art. 19, § 2º) trazem dispositivos expressos seguindo a mesma linha.

Nesse sentido, as obrigações divisíveis contraídas pelo consórcio ficariam decompostas em tantas quantos sejam os credores ou devedores, seguindo a determinação do art. 257 do Código Civil: “Havendo mais de um devedor ou mais de um credor em obrigação

divisível, esta presume-se dividida em tantas obrigações, iguais e distintas, quantos os credores ou devedores”.

Nas obrigações indivisíveis, haverá efeitos similares aos da solidariedade, a teor do art. 259 do Código Civil¹⁹ ficando o credor legitimado a exigir de qualquer dos devedores o cumprimento integral, não por dever cada qual a prestação integral, mas pela natureza da prestação, que não admite cumprimento fragmentado. O devedor que cumpre obrigação indivisível sub-roga-se no direito do credor em relação aos coobrigados, para demandar a parcela que lhes corresponde no débito. Entretanto, distintamente do que ocorre com as obrigações solidárias, em que a possibilidade de exigir o cumprimento de qualquer devedor decorre do vínculo em si, e não da natureza da prestação, uma vez convertida em perdas e danos a obrigação indivisível pelo seu descumprimento, deixa de haver a indivisibilidade, cabendo a cada devedor a sua parcela no dever de indenizar, nos termos do art. 263 do Código Civil²⁰. Neste caso, se a culpa pelo descumprimento couber a todos os devedores, a obrigação de perdas e danos se decompõe em partes iguais; caso a culpa seja de um só dos coobrigados pela obrigação original, somente este deve responder por perdas e danos, ficando liberados os demais²¹.

Da mesma forma que ocorre com as obrigações, os créditos poderão ser demandados diretamente pelas componentes do consórcio, dependendo da natureza da obrigação (se indivisível) a possibilidade de ser demandada por inteiro por uma só das consorciadas.

De forma resumida, esta é a doutrina de Barros Leães (1973, p. 146-147):

(...) quando concorrem na obrigação um só credor e um só devedor, ela é única, ainda que se convencie seu cumprimento parcelado. Contudo, uma dessas partes, ativa ou passiva, (...) pode desdobrar-se em várias pessoas. Diz-se, nesse caso, que a obrigação é múltipla, constituindo-se de tantas

obrigações distintas quantas forem as pessoas dos devedores ou dos credores. Trata-se do princípio da divisibilidade das obrigações.

(...)

O princípio (...) sofre (...) duas exceções: a da indivisibilidade de certas obrigações e da solidariedade. (...) Numa e noutra, embora concorram várias pessoas, cada credor tem direito de reclamar a prestação por inteiro e cada devedor de responder pelo todo.

Nessa ordem de ideias, a celebração de um contrato por um consórcio, do ponto de vista das consequências jurídicas últimas, traduziria nada mais do que o conjunto de todas as consorciadas praticando o referido ato por meio de um mandatário comum. O consórcio, nesse sentido, seria nada mais que a figura que atua em nome da coletividade das consorciadas na prática dos negócios, por meio da estrutura comum criada para essa finalidade, contraindo obrigações, exercendo direitos e cumprindo os compromissos com os quais se vinculou. Daí a denominação da chamada teoria contratual pluralista.

Tendo em vista que o consórcio, sob a ótica jurídica, faz as vezes da coletividade das empresas, ele funcionaria como uma espécie de representante, no seu significado jurídico autêntico: falecendo ao consórcio condições jurídicas para assumir deveres e direitos, os efeitos obrigacionais de seus atos recaem diretamente na esfera obrigacional das consorciadas. Por sua vez, a representação do consórcio, referida no item anterior deste capítulo, seria, na verdade, uma espécie de representação imprópria – o representante, em lugar de atuar fazendo as vezes do representado (o consórcio), gerando direitos e obrigações que recaem sobre este, seguiria praticando atos que formalmente estariam em nome do consórcio, mas cujos efeitos jurídicos, na verdade, incidem de forma imediata na esfera própria das empresas componentes.

Em trabalho notável a respeito dos consórcios de empresas, em que sustenta a teoria contratual pluralista, Alberto Xavier (2001, p. 18-19), explicando a “aparência de personalidade jurídica”, observa

que o fundamento de tal estrutura de atuação estaria na distinção entre a titularidade e o exercício de direitos. Como ente despersonalizado que é, estaria o consórcio inabilitado a vincular--se diretamente pelas obrigações formadas – que alcançariam diretamente as empresas componentes –, mas não a cumprir os deveres e exigir prestações de terceiros:

No consórcio, a titularidade de direitos (e das obrigações) é individual, pois na inexistência da personalidade jurídica do consórcio, os efeitos dos atos jurídicos imputam-se diretamente na esfera jurídica de cada consorciado, *uti singuli*.

A verdade, porém, é que a lei pode autorizar ou impor que os direitos individuais sejam exercidos coletivamente, em conjunto, pelos consorciados e que as obrigações individuais sejam cumpridas coletivamente, em conjunto, pelas consorciadas.

Este exercício coletivo dos direitos e este cumprimento coletivo das obrigações é corolário, por um lado, do dever de coordenação, que é a essência mesma do consórcio e, por outro lado, da oponibilidade deste dever para com terceiros, resultante do obrigatório arquivamento do contrato de consórcio no registro do comércio. (...)

Neste sentido, a expressão “consórcio” não significa um ente distinto dos consorciados, titular de direitos e obrigações próprias, antes é mera expressão abreviada ou simplificada que designa o exercício coletivo de direitos individuais e o cumprimento coletivo das obrigações individuais pela totalidade dos consorciados.

8.5.2 Crítica – a condição de sujeito do consórcio – falta de patrimônio próprio

Como se viu, a maior parte da doutrina que se dedicou aos consórcios, adotando a premissa de que a condição de sujeito de direito e a autonomia patrimonial são elementos essenciais do conceito de “pessoa”, passa a descrever seus traços característicos a

partir da recusa dos referidos atributos, concluindo que o consórcio – como de resto os entes despersonalizados em geral – não pode ser sujeito e não tem patrimônio próprio.

Antes de adentrarmos na análise dos dois fatores, é essencial não perder de vista que, uma vez que nosso ordenamento não traz o conceito de pessoa, e tampouco enuncia de forma categórica os desdobramentos da personificação, permitindo sacar conclusões automáticas quanto a sua falta, as formulações a esse respeito são construções teóricas a partir da observação e da interpretação do ordenamento jurídico, nos seus diversos aspectos e em seus distintos ramos, estando nosso estudo no âmbito de uma ciência dogmática. Aliás, não é por outra razão que encontramos posicionamentos diferentes e bem fundamentados entre doutrinadores autorizados que se dedicaram a estudar o mesmo tema.

Nestas condições, a formulação das ideias deve obediência ao preceito de uma interpretação sistemática, que leve em conta as diversas disciplinas, mirando o ordenamento jurídico como um todo estrutural, sob pena de se chegar a conclusões que não se sustentam, ou que, muito embora tenham a pretensão de servir como conceitos universais, terminam sendo fruto da análise de situações particulares, para as quais as afirmações são válidas.

A discussão de tais questões nos obriga a abrir parênteses para fazer certas considerações de ordem epistemológica, tendo em conta que é nesse plano que se encontram as raízes dessa problemática. O método lógico que orienta as conclusões acima descritas, a respeito dos caracteres dos entes despersonalizados, está calcado no paradigma da ciência jurídica tradicional, que procura reduzir as ideias a conceitos universais. A lição de Fábio Konder Comparato (2008; p. 339-340) é esclarecedora a respeito desta afirmação:

A preocupação maior da ciência jurídica tradicional, na análise das “naturezas jurídicas”, era a de chegar a definições perfeitas de todos os conceitos. (...) Para os representantes do nominalismo jurídico, essa atitude intelectual parte

de um pressuposto filosófico totalmente desmentido na vida real, qual seja, o caráter eterno e imutável dos seres, como as ideias alcançadas pela visão noética, na filosofia de Platão. Assim, “contrato” não seria um símbolo, cujo significado deve ser perquirido no contexto da proposição jurídica normativa, mas uma entidade sempre igual a si mesma, desde a *conventio*, a *pollicitatio* e o *nudum pactum* do direito romano até os atuais contratos coletivos, impostos ou de adesão.

Ademais, para os nominalistas, a ciência jurídica tradicional, no seu afã de tudo definir – isto é, pôr fins ou limites –, acaba se confundindo em puras logomaquias, sem o menor interesse prático.

A atitude científica de reduzir a complexidade a categorias, procedendo-se à classificação dos objetos ou fenômenos – que se opõe ao pensamento sistêmico e contextual –, parte da crença da ciência clássica em um mundo estável, uniforme e acabado, como observa Maria José Esteves de Vasconcellos (2002, p. 74-75):

(...) o cientista acredita que, por trás dessas aparências complexas, está a simplicidade e que, para compreender esse universo, sua tarefa é ultrapassar essas aparências complexas. Pressupõe o objeto simples no complexo, ordem subjacente ao caos aparente. Parte, portanto, para a simplificação. (...)

Assim, a ciência procede à análise dos todos complexos, à separação em partes. (...)

A partir da separação das partes, que é chamada de operação de disjunção ou operação disjuntiva, que separa o que está ligado, estabelecem-se categorias, para em seguida proceder-se à classificação dos objetos ou fenômenos, já então concebidos como entidades delimitadas e separadas umas das outras.

(...) e um bom sistema de categorias (sistema de classificação) deve se constituir de categorias excludentes entre si. Isso desenvolve no cientista o que se tem chamado de atitude “ou-ou”, “ou isto ou aquilo”. (...)

É dessa atitude simplificadora, analítica, fragmentadora, disjuntiva, reducionista, que resultam a compartimentação do saber, a fragmentação do conhecimento científico do universo em áreas ou disciplinas científicas.

Voltando à nossa questão, a afirmação de que a autonomia patrimonial e a individualidade na formação de direitos e obrigações formam parte dos atributos dos entes dotados de personalidade não autoriza a conclusão de que os referidos aspectos são privativos das pessoas ou, dito de forma inversa, de que nenhum ente despersonalizado pode ser sujeito de direito e titularizar bens. Tal operação, identificada como “método de inversão”, busca extrair preceitos a partir dos conceitos (e não o contrário, que é o recomendado – sacar as ideias dos padrões), e leva a definições que não se confirmam na prática.

Se conceituamos sujeito como o centro de imputação de direitos e obrigações referidos pelas normas jurídicas, devemos admitir que distintos entes destituídos de personalidade recebem do direito positivo o reconhecimento de direitos e a atribuição de deveres. Não há maiores questionamentos, por exemplo, quanto à falta de personificação do nascituro, e tampouco em relação ao reconhecimento de direitos, visto o dispositivo do art. 2º do Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Os direitos conferidos pelo ordenamento ao nascituro podem importar, de igual forma, em obrigações: no caso do falecimento do pai do nascituro ainda em gestação, situação que garante a este o direito a herança, ele será o devedor do imposto sobre os imóveis herdados caso venha a nascer com vida (obrigação esta cujo cumprimento obviamente deverá ser executado por outrem).

Da mesma forma, a massa falida contrata serviços por meio do síndico, realiza e recebe pagamentos; o condomínio edilício é devedor de taxas – como a incidente sobre o recolhimento de resíduos ou a de consumo de água –, contrata empregados, assumindo as obrigações laborais e previdenciárias decorrentes (entre outras), e tem o direito de crédito da contribuição condominial frente aos proprietários das unidades autônomas.

No nosso entender, o ponto que leva a tamanhas dificuldades está em que sujeito e pessoa são conceitos distintos, que não podem ser tomados por equivalentes. Ao identificar as categorias de pessoa e sujeito, a doutrina chega à conclusão de que todo ente destituído de personalidade jurídica não pode ser centro de imputação de vínculos jurídicos, o que não se confirma na observação do ordenamento, como demonstram os exemplos dos parágrafos anteriores. Como bem observa Fábio Ulhoa Coelho (1999, p. 9),

sujeito de direito é conceito mais amplo que pessoa: nem todos os sujeitos são personalizados. Em outros termos, os titulares de direitos e obrigações podem ou não ser dotados de personalidade jurídica. (...) São o espólio, a massa falida, o condomínio horizontal, o nascituro e outras, consideradas juridicamente aptas ao exercício de direitos e assunção de obrigações. O espólio, enquanto não definida judicialmente a partilha dos bens deixados por morte, é o sujeito ao qual compete exercer os direitos e prestar os deveres atribuídos ao morto (...). Os tributos incidentes sobre a propriedade imobiliária do *de cuius*, por exemplo, devem ser suportados pelo espólio, assim como lhe cabe a renda proveniente de aluguel por ela proporcionada. A massa falida, comunhão dos interesses dos credores de um comerciante com falência decretada, substitui este último nas ações de que era parte, fazendo-se representar pelo síndico. Além disso, ela contrata auxiliares, movimentava contas bancárias, realiza e recebe pagamentos. O condomínio horizontal, originado dos interesses comuns dos proprietários (...) é devedor dos impostos e taxas, pode contratar e demitir empregados, responde por danos causados por culpa destes e é credor da contribuição condominial.

No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato (2008, p. 344):

Nem todo sujeito de direito é uma pessoa. Assim, a lei reconhece direitos a certos agregados patrimoniais, como o espólio ou a massa falida, sem

personalizá-los.

Tratando dos atributos da personificação, após expor a crítica que a teoria da semiótica faz ao método de extrair normas dos conceitos, o autor explica que a expressão "símbolo incompleto" foi criada para fazer referência a termos que nada significam precisamente fora do contexto normativo em que são utilizadas, e complementa (2008, p. 341):

A expressão "pessoa jurídica" (...) é um exemplo conspícuo de "símbolo incompleto". Fora do contexto normativo em que pode vir inserida, ela nada indica com precisão; portanto, o jurista jamais poderá perguntar o que é a pessoa jurídica, ou qual a sua diferença em relação à pessoa física, mas sim a que se refere a expressão "pessoa jurídica", numa norma determinada.

E mais adiante (2008, p. 343-344):

A dessemelhança de regime jurídico entre as diferentes espécies de pessoas jurídicas (...) é de tal ordem, que as disposições normativas, porventura comuns, perdem toda importância prática. Já se observou, assim que essa multiplicidade de agregados, institutos e situações diversas, que constituem o substrato das pessoas jurídicas, não apresenta nenhum denominador comum, social ou econômico, sendo que cada teoria, formulada no assunto, parece ter sido concebida a partir de um determinado tipo de pessoa jurídica, sem nenhuma previsão de suas possíveis aplicações em outros setores.

O pressuposto de que os conceitos de sujeito e de pessoa são correspondentes, com o corolário de que os entes despersonalizados

não podem participar de vínculos jurídicos, pode levar a situações de difícil explicação principalmente na seara do direito público, em que o princípio da legalidade opera de forma restritiva, requerendo uma conformidade mais rigorosa com os preceitos legais. De fato, a regra da pluralidade de obrigações traria aporias de difícil superação, como a de entes que titularizam bens – como a massa falida, que assume a condição de titular ainda que de forma transitória – mas não poderiam ostentar a condição de contribuinte de tributos por não serem pessoas. O mesmo ocorre com o ente despersonalizado que contrata empregado²² (casos do condomínio e do próprio consórcio), mas não pode se ver na condição de obrigado dos deveres correspondentes: a quem caberia cumprir a obrigação de contratar um percentual de deficientes físicos? Quem seria o devedor da contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários do consórcio, que muitas vezes contrata mão de obra aos milhares? A quem caberia declarar o imposto de renda retido do empregado – todas as consorciadas, cada qual na proporção em que participa do consórcio? Seria a contratação de empregados ato que exorbita as possibilidades do consórcio, tornando-o sociedade empresarial irregular, com todas as consequências desta caracterização?

No campo do direito privado, a prática trata de minimizar as referidas dificuldades, reduzindo a importância das repercussões. Tendo em vista a sabida responsabilidade das empresas consorciadas, os negócios jurídicos são formados normalmente pelo próprio consórcio, adicionando-se as salvaguardas à contraparte, segundo se mostre necessário e viável em cada caso: estipula-se a solidariedade das consorciadas, a apresentação de garantias de cumprimento das obrigações etc.

Feitas essas considerações, resta-nos a indagação quanto a se há traços característicos comuns às pessoas que permitam determinar as consequências trazidas pela personificação. A posição que nos afigura mais coerente com o nosso ordenamento – e que, aliás, parece ser a mais abrangente – é a de Fábio Ulhoa Coelho (1999, p. 9):

Retoma-se, aqui, o ponto central da questão: que significa, para o direito, personalizar alguém ou algo? (...)

O que caracteriza o regime das pessoas, no campo do direito privado, é a autorização genérica para a prática dos atos jurídicos. Ao personalizar algo ou alguém, a ordem jurídica dispensa-se de especificar quais atos esse algo ou alguém está apto a praticar. Em relação às pessoas, a ordem jurídica apenas delimita o proibido; a pessoa pode fazer tudo, salvo se houver proibição. Já em relação aos sujeitos despersonalizados, não existe a autorização genérica para o exercício dos atos jurídicos; eles só podem praticar os atos essenciais para o seu funcionamento e aqueles expressamente definidos. (...) Mesmo que não exista proibição específica, o sujeito despersonalizado não pode praticar ato estranho à sua essencial função.

Devemos fazer duas ressalvas. A primeira, de que a afirmação de que os entes não personificados reconhecidos pela ordem jurídica podem ser sujeitos não pode levar à conclusão de que toda entidade despersonificada conhecida pelo Direito pode ser sujeito: a sociedade em conta de participação, que consiste em simples contrato de investimento entre sócios, no qual, por disposição legal expressa, somente o sócio ostensivo atua perante terceiros, sempre em nome próprio, assumindo direitos e obrigações sob sua exclusiva responsabilidade constitui uma exceção. A segunda, de que afirmar que a personificação importa na autorização genérica²³ para a prática de atos não significa que será válido e conforme com o direito qualquer ato jurídico praticado pela pessoa. Obviamente, os atos contrários ao ordenamento estarão sujeitos à invalidade e podem importar em sanções à pessoa, como ocorre quando uma pessoa pratica ato ofensivo à ordem econômica ou violador de normas tributárias.

Em linha com o que foi exposto, parece-nos que o consórcio, assim como outros entes despersonalizados reconhecidos pelo Direito, recebe do ordenamento a condição de sujeito para a prática

dos atos inerentes ao desempenho das suas finalidades, sofrendo as repercussões jurídicas destes, sem prejuízo da responsabilidade das empresas componentes. Tal conclusão, ademais de se alinhar com a própria razão de ser do instituto, tornando-o apto ao cumprimento de seu mister, como de resto ocorre com outros entes despersonalizados, é reforçada por diversos dispositivos do direito positivo, como o que obriga o consórcio a se inscrever no CNPJ, os dispositivos que o colocam como contribuinte de certos tributos, o que define a obrigação de declarar a RAIS²⁴ e o que lhe garante a capacidade processual. Como sociedade sem personalidade jurídica que é, o consórcio tem capacidade judicial determinada pelo art. 12, VII, do Código de Processo Civil, podendo estar em juízo para demandar contra terceiros na preservação de seus direitos e ser demandado para o cumprimento dos deveres com que se comprometeu. A chamada personalidade judiciária do consórcio não se confunde com a de direito material, mas é um indicativo adicional²⁵ da sua condição de sujeito, sendo certo que, ao propor uma demanda, obviamente haverá de estar o consórcio requerendo a tutela jurisdicional sobre direitos próprios, ainda que os efeitos possam aproveitar ou ser opostos às consorciadas pela regra da responsabilidade direta pelos débitos do consórcio.

Estabelecido o empreendimento que constitui o objeto do consórcio, requisito da sua constituição (art. 279, I, da Lei das S/A), estará ele habilitado a celebrar os atos inerentes ao seu cumprimento, vinculando-se juridicamente perante terceiros e sujeitando-se às obrigações decorrentes. O § 1º do art. 278 da Lei das S/A determina a responsabilidade das consorciadas pelas obrigações contraídas pelo consórcio, sem presunção de solidariedade. Os limites e a extensão dessa responsabilidade serão abordados especificamente no próximo tópico.

No que toca à questão do patrimônio, sem embargo de haver entes carentes de personalidade jurídica a quem o ordenamento reconhece a titularidade de bens – é o caso da massa falida, que, por definição, constitui um agregado de bens destinados a saldar os débitos da pessoa que teve a quebra decretada, cabendo-lhe a

preservação desse direito –, no nosso entender, este não é o caso do consórcio. Parece patente que o Direito não reconhece ao consórcio a autonomia patrimonial conferida a outros entes. Não há no direito positivo preceito que leve a esta conclusão, como observa a maior parte dos autores que se dedicaram aos consórcios. Diferentemente do que ocorre com as sociedades personificadas de uma forma geral, não há em nenhum dos requisitos dos atos constitutivos do consórcio qualquer menção ao seu capital social, e muito menos na sua divisão em quotas ou ações a serem detidas pelas suas componentes. No sentido inverso, o dispositivo que determina ser item obrigatório do contrato de constituição a previsão das normas de contribuição de cada consorciado para as despesas em comum (art. 279, VIII, da Lei das S/A) é revelador a respeito da falta de patrimônio próprio do consórcio.

A falta de reconhecimento de um patrimônio ao consórcio o coloca, neste particular, em situação similar à da sociedade em comum (ou sociedade de fato), na qual, por definição do art. 988 do Código Civil, os bens sociais são titularizados pelos sócios em comunhão. Neste aspecto, da mesma forma que ocorre com a sociedade em comum, o consórcio tem situação peculiar, uma vez que atua em nome próprio, cumprindo obrigações manejando haveres alheios (das consorciadas), e recebendo por suas atividades pagamentos que passam diretamente à esfera patrimonial de outrem – as consorciadas. Por outro lado, diferentemente do que ocorre com os sócios das sociedades personificadas, as empresas consorciadas sofrem o impacto direto pelas atividades do consórcio, seja quando os credores buscam a satisfação de seus créditos junto aos bens administrados pelo consórcio (conta bancária, estoques de materiais, equipamentos), que, a rigor, são de propriedade das sócias, seja quando demandam diretamente contra as consorciadas.

Em que pese a posição majoritária, que nos parece concorde com nosso Direito, devemos registrar a chamada teoria unitária patrimonial, formulada por Pontes de Miranda (1966, p. 253) antes mesmo da edição da Lei das S/A, sustentando que, justamente por estarem afetados à realização dos fins consorciais, os bens havidos

pelo consórcio formam um fundo patrimonial separado, inacessível aos credores das consorciadas por dívidas não relacionadas, e tampouco aos próprios sócios, de forma similar com o que ocorre com as sociedades personificadas:

O fundo do consórcio compõe-se com as contribuições dos consorciados, e do que, com isso, se adquiriu, e escapa a qualquer exigência de divisão, por parte dos consorciados, e a direito, pretensões e ações dos credores particulares desses. O patrimônio é autônomo, porque se destina a determinado fim, que estabelece a mesmidade de sorte dos consorciados. (...) Uma vez que há patrimônio próprio, não importa quantos são os consorciados, se o contrato com os terceiros foi por órgão ou representante com plena legitimação. O que o consorciado deve ao patrimônio consórcil tem de ser pago e os terceiros podem, em caso de concurso de credores, falencial, de liquidação coativa, ou civil, exercer os seus direitos, segundo os princípios. (...)

Os elementos do fundo consórcil podem consistir em bens com que contribuíram os consorciados e em créditos contra eles. O consórcio pode dever a terceiros ou aos próprios consorciados. Não se incluem no fundo consórcil os direitos do consórcio a que os consorciados façam ou não façam, porque se trata da atividade do consórcio, do seu objeto específico.

No fundo consórcil entram os créditos contra terceiros e outros direitos, inclusive os direitos formativos geradores, modificativos e extensivos.

Enquanto dura o consórcio, os consorciados não podem exercer direitos que entraram para o fundo consórcil: não são deles.

Os terceiros podem ter e exercer direitos, pretensões e ações sobre o fundo consórcil.

Esta teoria tem como principal defensor, nos dias de hoje, Modesto Carvalhosa (1998, p. 340), que sustenta:

Tem (...) o consórcio autonomia patrimonial, visto que os recursos atribuídos pelas consorciadas à administração do consórcio constituem patrimônio que,

funcionalmente, destaca-se do das consorciadas durante todo o período de duração do consórcio (art. 279). Assim, as consorciadas não têm ingerência sobre esse patrimônio afetado pelo consórcio durante sua existência. Ademais, os credores de cada sociedade consorciada não têm direito sobre esse patrimônio, afetado por outros negócios que tenham celebrado fora do âmbito do consórcio (...).

Conforme já mencionamos anteriormente, não há no nosso Direito dispositivo legal que autorize a conclusão da existência de autonomia patrimonial do consórcio. Como bem observa Alberto Xavier (2001, p. 15), as formulações da teoria unitária patrimonial são claramente inspiradas no direito italiano, no qual, por disposição legal expressa (art. 2.602 do Código Civil), os consórcios com atividade externa são dotados de um “fundo consórtil”, que tem o caráter de patrimônio autônomo com a destinação de custear a organização comum. O referido fundo fica resguardado da divisão eventualmente pretendida pelos sócios, e não se sujeita, da mesma forma, aos credores dos consorciados em função de dívidas contraídas em outras atividades alheias ao consórcio. Aliás, como noticia o autor, a limitação de responsabilidade trazida pela autonomia patrimonial, isolando as sociedades que a integram e reduzindo a garantia dada aos que contratam com ele, certamente é o fator que levou à parca utilização do consórcio nos negócios daquele país. E complementa o autor (2001, p. 15):

O direito brasileiro coloca-se numa posição neutra, não impondo, nem proibindo a constituição de um patrimônio comum dos consorciados afeto ao empreendimento. A lei simplesmente não prevê sequer a existência de tal fundo, pelo que ele jamais pode ter o significado de uma limitação de responsabilidade perante terceiros.

(...)

A tese da autonomia jurídica do consórcio – porventura sustentável face a outros direitos, como o italiano – não tem qualquer fundamento no direito

brasileiro, que é expresso em formular duas regras, constantes do § 1º do art. 278, que com aquela autonomia são redondamente antagônicas: a inexistência de personalidade jurídica e a responsabilidade de cada um dos consorciados por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

8.5.3 Responsabilidade das consorciadas

Já se disse que, por determinação expressa da Lei das S/A, respondem as consorciadas pelas obrigações de acordo com o definido no ato constitutivo do consórcio e na avenças com terceiros. Cabe indagar de que natureza seria tal responsabilidade: se direta ou subsidiária; neste último caso, se limitada ou ilimitada. A responsabilidade subsidiária, que caracteriza o regime das sociedades personificadas em geral (exceção feita à conta de participação), sujeita o credor a buscar primeiramente no patrimônio social os recursos para a liquidação do débito para, em não sendo suficiente, exigir a satisfação do restante junto aos sócios. Em outras palavras, enquanto não estiver exaurido o patrimônio social, não se admite o comprometimento dos bens do sócio para saldar a dívida. Já a responsabilidade direta, que marca as sociedades irregulares, abre ao credor a possibilidade de exigir o cumprimento da dívida diretamente ao sócio, ainda que os bens sociais sejam bastantes.

No caso do consórcio, a falta de personalidade jurídica importa em responsabilidade direta dos consorciados, descabendo supor qualquer limitação a uma parcela destacada de seus bens, até porque não há um patrimônio próprio do consórcio que represente o investimento dos sócios que limite sua responsabilidade. Em outras palavras, o credor pode demandar diretamente das empresas consorciadas a satisfação dos créditos, independentemente de haverem ou não buscado os bens havidos em poder do consórcio, como sua conta bancária ou os equipamentos adquiridos pelo mesmo junto a terceiros. A responsabilidade das sócias não tem qualquer limitação relacionada com um valor de investimento que se

propuseram a realizar, ficando todo o seu patrimônio sujeito ao débito que lhe tocar.

Conforme já aceita pacificamente a jurisprudência, a decisão proferida em juízo contra o consórcio é oponível às consorciadas, não obstante estas não tenham sido parte no feito. Os efeitos da decisão judicial que tem o consórcio como parte alcançam a esfera individual das consorciadas, vinculando-as no campo obrigacional e comprometendo seus patrimônios. Em nosso entendimento, ficam da mesma forma as consorciadas habilitadas a exigir diretamente de terceiros em juízo os créditos titularizados pelo consórcio, especialmente no caso do encerramento deste, que é da sua própria natureza temporária.

Estabelecida a responsabilidade direta e o comprometimento integral dos bens das consorciadas pelas obrigações contraídas na atividade do consórcio, cabe indagar se estarão legitimados os credores a demandar a totalidade dos créditos junto a qualquer das consorciadas, em qualquer situação.

A teor do § 1º do art. 278 da Lei das S/A, a solidariedade entre as consorciadas não se presume, devendo decorrer de convenção contratual específica ou de disposição expressa de lei, "respondendo cada uma por suas obrigações".

Nestas condições, salvo disposição de solidariedade, a regra da responsabilização das consorciadas deve seguir a divisão de obrigações estipulada na convenção com o terceiro. Responde cada empresa na proporção avençada com o credor ou, na falta de definição, na proporção em que participa do consórcio, estabelecida no ato constitutivo arquivado no registro de comércio²⁶.

As obrigações indivisíveis descumpridas pelo consórcio seguirão a mesma regra na responsabilização das consorciadas, exceto, obviamente, no caso de estipulação de solidariedade. Violado o dever contratual, estará o credor autorizado a exigir o cumprimento específico do próprio consórcio ou da totalidade das consorciadas; de outra forma, converte-se a obrigação em perdas e danos, pelas quais responderão as consorciadas nas proporções estabelecidas com a contraparte ou, no silêncio do contrato, nas proporções em

que cada qual participa do consórcio. Caso haja a estipulação de solidariedade, ficará o credor autorizado a exigir de qualquer das consorciadas o cumprimento da obrigação ou as perdas e danos no valor total correspondente ao descumprimento.

É de se observar que os efeitos do descumprimento da obrigação indivisível seriam absolutamente distintos se admitíssemos a teoria da contratual pluralista. Assumida a pluralidade de obrigados, fica o credor legitimado a exigir de qualquer dos devedores o cumprimento integral, não por dever cada qual a prestação inteira, mas pela sua natureza, que não admite cumprimento fragmentado²⁷. Assim como no caso da solidariedade (que decorre do vínculo jurídico em si e não da natureza da prestação), o devedor que cumpre obrigação indivisível sub-roga-se no direito do credor em relação aos coobrigados.

No caso das contratações públicas de obras, serviços ou compras, e das concessões de serviços públicos (Lei n. 8.666/93, art. 33, V, e Lei n. 8.987/95, art. 19, § 2º), na esfera trabalhista (art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho) e no direito do consumidor (art. 28, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor), a própria lei encarregou-se de determinar a solidariedade das consorciadas pelas obrigações assumidas.

Da mesma forma, o § 1º do art. 1º da Medida Provisória n. 510/2010 enuncia a solidariedade das consorciadas pelos tributos devidos pelo consórcio nos negócios jurídicos realizados em nome próprio (do consórcio), afastando, nesse particular, a aplicação do § 1º do art. 278 da Lei das Sociedades Anônimas. Quanto a esse ponto, caso se converta em lei a referida Medida Provisória, é de observar que o dispositivo estará passível de declaração de inconstitucionalidade, por estabelecer norma geral a respeito de obrigação tributária, reservada a lei complementar, nos termos do art. 146, II, *b*, da Constituição Federal.

8.6 Tributos

Em que pese a sujeição passiva de entes despersonalizados não ser discussão nova no meio jurídico, já havendo distintos autores se debruçado sobre o tema, o entendimento que vem se consolidando no âmbito da Receita Federal²⁸, no sentido de que a falta de personalidade retira do consórcio tal condição, vem resgatando e devolvendo relevância a esse debate.

Inicialmente, é de se admitir que o enfoque da possibilidade dos entes sem personalidade jurídica serem sujeitos passivos da obrigação tributária a partir do direito positivo traz uma dificuldade adicional, pelo fato de o direito positivo não se servir de conceitos unívocos nos seus diferentes preceitos. O próprio Código Tributário Nacional, em dois dispositivos distintos inseridos no mesmo capítulo intitulado "Sujeito passivo" (Capítulo IV), serve-se de termos diversos que terminam por deixar mais turva a questão. O *caput* do art. 121 define "sujeito passivo da obrigação principal" como a "pessoa" obrigada ao pagamento, o que poderia levar à conclusão de que a condição de contribuinte é reservada às pessoas. Já o art. 126 determina que a "capacidade tributária" independe de achar-se a pessoa jurídica regularmente constituída, "bastando que configure uma unidade econômica ou profissional"²⁹, o que poderia conduzir ao entendimento contrário, de que entes despersonalizados podem ser sujeitos passivos de obrigações tributárias. A mesma lei, em diferentes artigos referidos a tributos específicos (22, 27, 31, 34, 42, 45, 51, 66 e 70), define os contribuintes fazendo referência unicamente ao evento cuja ocorrência, ou ao bem cuja titularidade, desencadeia o nascimento da obrigação tributária, sem qualquer referência ao requisito da condição de pessoa.

Apesar do aparente conflito, entendemos que uma análise mais acurada não deixa dúvida de que entes despersonalizados podem integrar a relação jurídica tributária, sempre que a normas específicas que traçam o perfil e os contornos do tributo o admita.

Retrocedendo ao conceito de contribuinte (art. 121, I, do Código Tributário Nacional), observamos como primeiro aspecto a ser considerado o fato gerador. A simples leitura do dispositivo legal indica ser determinante na identificação do sujeito passivo a

participação no fato definido pela norma, que faz nascer a obrigação tributária, o que é destacado pela doutrina de uma forma geral como o critério fundamental³⁰. Com efeito, parece óbvio que só poderá ser considerado devedor da obrigação tributária do IPTU quem seja proprietário de imóvel urbano.

Aliás, acima da definição legal do Código Tributário Nacional, os limites impostos ao legislador pela própria Constituição determinam que a obrigação tributária surja vinculando sujeito passivo que participa do fato típico definido como hipótese de incidência³¹, o que é acentuado pela doutrina de uma forma geral. Com efeito, quando a Constituição Federal autoriza a União a instituir contribuições para o financiamento da seguridade social incidente sobre a folha de salários (art. 195, I³²), o legislador ordinário vê seu campo de atuação limitado para a criação do referido tributo, havendo de definir como contribuinte quem esteja relacionado com a contratação de serviços de pessoas físicas.

Levando em conta que a participação na materialidade descrita na regra-matriz de incidência tributária é decisiva para a identificação do contribuinte, e que, para os tributos descritos pela Constituição, o aspecto material vem definido em seu texto, Renato Lopes Becho traz para tais tributos o conceito de "sujeito passivo constitucional", que seria aquele identificado diretamente no texto constitucional. Nas palavras do autor (2000, p. 85-86),

os sujeitos passivos constitucionais são aqueles identificados diretamente no Texto Constitucional. São todas aquelas pessoas que nossa percepção identifica como realizadoras do critério material dos impostos arrolados na Constituição.

O que estamos procurando demonstrar é que nossa Carta Constitucional já aponta para o contribuinte a título próprio, que preferimos denominar de sujeito passivo constitucional. Esse sujeito participou diretamente da ação que deu causa jurídica ao tributo.

(...)

Sendo mais diretos, temos que pela Constituição Federal ter distribuído a competência tributária, conferindo a materialidade das hipóteses tributárias aos diversos entes políticos, seus órgãos legislativos foram vinculados a essa materialidade, possuindo uma área de certeza indiscutível. Por exemplo, aos Estados-Membros foi conferida a competência para instituir um imposto sobre a “propriedade de veículos automotores” (artigo 155, V). Indubitavelmente, os proprietários desse tipo de veículo serão sujeitos passivos constitucionais do IPVA.

Neste ponto, devemos assinalar que não há dúvidas de que o consórcio, como de resto outros entes destituídos de personalidade, pratica legitimamente atos configuradores da hipótese de incidência³³ de distintos tributos, como a contratação de empregados, a prestação de serviços, a fruição de serviços públicos ou o desempenho de atividades sujeitas ao poder de polícia que dê origem a taxas.

E na formação da obrigação tributária “não participa o ato, mas simplesmente o fato em sentido estrito, acontecimento considerado apenas em seu aspecto objetivo”. Daí, entes sem personalidade jurídica, como “uma sociedade comercial irregular, ou mesmo de fato, desde que configure uma unidade econômica ou profissional, pode ser sujeito passivo” (MACHADO, 2010, p. 156-157).

De qualquer forma, para além da descrição do aspecto material do fato gerador, o aspecto pessoal, tanto da hipótese de incidência quanto do mandamento da norma – seguimos o esquema da norma tributária proposto por Sacha Calmon Navarro Coelho (1999, p. 385) representado pelo quadro abaixo –, certamente é a fonte mais segura para a determinação do sujeito passivo da obrigação tributária.

NORMA TRIBUTÁRIA	
Hipótese de incidência Aspectos	Mandamento Aspectos
Material – descrição do fato Temporal – quando o fato se considera perfeito e acabado Espacial Pessoal – pessoas capazes para a realização da h.i.	Pessoal – sujeitos ativo e passivo Quantitativo – base de cálculo, alíquota ou valor fixo Operacional – como, quando e onde pagar

No que diz respeito ao aspecto mandamental da norma tributária, não cabem maiores questionamentos quanto ao enquadramento do consórcio como contribuinte pela Lei n. 8.212/91 em relação à contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários, compreendendo-se esse na ampla definição de empresa trazida pelo art. 15 e parágrafo único dessa lei.

Neste ponto, cabe afastar desde logo qualquer suposição de que a falta de personalidade do consórcio importaria na invalidade da norma que lhe atribui a condição de contribuinte, não havendo norma jurídica que suporte tal ideia. Neste particular, fazemos referência às considerações do tópico anterior sobre a distinção entre sujeito e pessoa.

A possibilidade abstrata de sujeição passiva do consórcio a certos tributos, que vimos defendendo neste capítulo, traz como consequência direta a responsabilização das empresas consorciadas pelos débitos do consórcio, em razão da sua própria natureza e da determinação expressa do § 1º do art. 278 da Lei das S/A. Neste ponto, obviamente referimo-nos à responsabilidade em sentido estrito – exposição das consorciadas à sanção pelo descumprimento

da obrigação tributária do consórcio – e não ao fenômeno da responsabilidade tributária, pelo qual alguém que não tem relação direta com o fato gerador pode ser obrigado pela norma tributária a proceder ao recolhimento do tributo³⁴.

Devemos registrar a posição autorizada do professor Paulo de Barros Carvalho (2009, p. 340), que observa que a sujeição passiva tributária de entes sem personalidade jurídica é tema já tratado diversas vezes pela doutrina jurídica, que, de uma forma geral, reconhece a possível legitimação passiva de certos entes não dotados de subjetividade jurídica:

Campo batido de discussões é o de saber se tão somente as pessoas dotadas de personalidade jurídica (...) reuniriam condições para figurar na posição de sujeito passivo, no contexto de relações jurídico-tributárias ou (...) entidades outras, não referidas expressa ou implicitamente como centros de imputação de direitos e deveres, em consonância com as diretrizes definidoras da capacidade jurídica, também estariam legitimadas para compor o nexo abstrato que se instala pelo acontecer do fato tributário.

Debruçados sobre o tema, autores da melhor nota já escreveram linhas que revelam a extrema importância dessa noção introdutória. Quase que unanimemente, sufragam hoje a possibilidade de atribuir-se legitimação passiva a entes não previstos entre os portadores de personalidade jurídica, pelas regras genéricas e amplas do direito privado.

Mais adiante, entretanto, sustenta o autor que é necessário traçar a distinção entre a aptidão para realizar o fato gerador hipoteticamente descrito na norma tributária, dando origem à relação jurídico-tributária, e a capacidade para ser sujeito passivo de obrigações tributárias. Na descrição dos fatos que dão origem à obrigação tributária, haveria certa margem de liberdade para o legislador, que pode erigir atos praticados por pessoas incapazes, fatos lícitos que não caracterizem acordos de vontade, cogitando-os perfeitos e acabados, entre outros, na correspondência da pretensão

impositiva do Estado. Diferentemente, na prescrição de direitos e deveres, mais precisamente na identificação do ente que integrará a relação jurídico-tributária, não haveria tamanha liberdade, não podendo o legislador desconhecer conceitos da lei civil para indicar como sujeito passivo quem não tenha personalidade jurídica. Isto porque a obrigação tributária é espécie de relação jurídica, conceito que tem raízes na teoria geral do direito e que pressupõe um sujeito ativo, titular do direito subjetivo, um sujeito passivo, que se submete à exigência da prestação, e um objeto para o qual convergem o direito e o dever. Nas palavras do autor (2009, p. 345),

minguando o requisito da personalidade jurídica (...), a pretensão tributária estará inibida, em função da inaplicabilidade de cadeias de dispositivos de direito processual, que dão significado e conteúdo de coatividade às aspirações fazendárias. Falando pela via direta, só alguém que tenha personalidade jurídica pode ser sujeito passivo de obrigações tributárias, advertência que se estende para toda e qualquer relação jurídica.

Sem embargo dos argumentos serem robustos e fundamentados, devemos fazer duas observações. A primeira delas, sobre a qual já expusemos nossa posição, é que pessoa e sujeito não são termos equivalentes, reconhecendo a ordem jurídica ao consórcio a condição de sujeito, ficando o mesmo habilitado a tomar parte de relações jurídicas, entre elas as de natureza tributária. A segunda razão é que, do ponto de vista do direito processual, o art. 12, VII, do Código de Processo Civil confere ao consórcio, como de resto a diversos outros entes sem personalidade jurídica de direito material, a capacidade de ser parte no processo, podendo demandar e ser demandado, o que é admitido pacificamente pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Ademais, a responsabilização das empresas formadoras do consórcio pelas dívidas deste último é isenta de questionamentos, a teor do § 1º do art. 278 da Lei das S/A, estando reconhecido pelo Judiciário que mesmo a decisão

judicial imposta em desfavor de um consórcio é passível de execução contra as consorciadas, não havendo que se falar em falta de medidas processuais que garantam a coatividade das obrigações tributárias.

Alberto Xavier (2001, p. 20), apesar de considerar a personificação requisito para o ingresso em relações jurídicas de forma geral, justifica a sujeição passiva tributária que de fato é reconhecida pela ordem jurídica aos consórcios, sustentando que o Direito Tributário pode dar aos entes sem personalidade tratamento distinto do direito comum:

A noção de pessoa jurídica é (...) uma noção funcional e relativa: funcional, porque a referida disciplina normativa de relações entre homens é ditada para que estes prossigam determinados fins de um modo mais conveniente e racional; relativa, porque, sendo funcional, ela pode valer para determinados fins ou efeitos, mas não valer quanto a outros.

Assim, é perfeitamente concebível que o Direito Fiscal adote quanto ao círculo dos detentores de personalidade jurídica uma atitude diversa da do Direito Comum (...).

(...) é inegável o tratamento autônomo pelo Direito Fiscal da noção de personalidade jurídica, técnica instrumental, funcional e relativa que utiliza à luz das valorações que lhe são próprias: daí aceitarmos plenamente o conceito de personalidade tributária, como a suscetibilidade de ser sujeito da relação jurídica tributária.

Um caso que bem revela a atribuição de personalidade jurídica tributária a entidades destituídas de personalidade jurídica face ao Direito Privado é constituído pelas filiais de sociedades estrangeiras às quais a lei atribui a qualidade de sujeito passivo do imposto de renda.

A edição da Medida Provisória n. 510/2010 parece ter o propósito de conferir certa segurança jurídica às operações praticadas em consórcio, ao prever o cumprimento por estes das obrigações tributárias federais decorrentes das operações praticadas em nome

próprio. Apesar das dúvidas suscitadas, a única interpretação válida da referida norma é a de que ela diz respeito àqueles tributos dos quais os consórcios sejam contribuintes, condição essa que, como já se viu, eles já ostentavam anteriormente à sua edição.

Feitas estas considerações, que fundamentam a possibilidade de o consórcio figurar como sujeito passivo na relação jurídico-tributária, faremos primeiramente uma breve referência a certos tributos nos quais, por determinação legal, o consórcio não é definido como contribuinte, para, a seguir, mencionar outros nos quais pode assumir essa condição.

O primeiro deles é o imposto de renda das pessoas jurídicas, que, por definição expressa do art. 146 do Regulamento do Imposto de Renda, tem como contribuintes as pessoas jurídicas e as empresas individuais. Não se enquadra o consórcio nas exceções exaustivas definidas nos artigos sucessivos.

Antes mesmo da edição da Lei das S/A, já era consolidado o entendimento do Fisco federal de que o consórcio, por não possuir personalidade jurídica, não se enquadra na definição de contribuinte do IR; ademais, ele não apura resultado, o que reforça a conclusão. Neste sentido o Parecer Normativo CST³⁵ n. 5, de 28-1-1976, que é citado por distintos autores³⁶ e foi emitido antes mesmo da edição da Lei das S/A, elucidou o tema com elogiável técnica:

Não se caracterizam como pessoas jurídicas nem a elas se equiparam, para efeitos fiscais, os consórcios constituídos a fim de concorrer a licitações para contratação ou execução de obras e serviços de engenharia (...).

A despeito de utilizarem a denominação de "consórcio" perante o órgão público promotor da licitação, as entidades que o compõem não perdem sua personalidade jurídica, como ocorreria em caso de fusão. O simples registro de instrumento de constituição no Cartório de Registro de Títulos e Documentos só pode ter o efeito que lhe é próprio, isto é, conservação e validade do ato constitutivo contra terceiro, mas não o de conferir personalidade jurídica comercial por forma *sui generis*, eis que tal personalidade só pode ser adquirida mediante o arquivamento de documentos que não obedecerem às prescrições legais e regulamentares (art. 38, II, lei citada). Deste modo, considerada a

forma compreensiva de apuração do lucro tributável, deve cada uma das pessoas jurídicas, apropriando individualmente suas receitas e despesas, apresentar sua declaração de rendimentos como contribuinte do imposto de renda.

Da mesma forma que ocorre com o imposto de renda, define expressamente a Lei n. 10.833/2003³⁷ que o contribuinte do PIS há de ser a pessoa jurídica, o mesmo ocorrendo com a COFINS, a teor do art. 4º da Lei n. 10.637/2002³⁸. A literalidade dos artigos de lei é complementada pela regulamentação (Decreto n. 4.524/2002), que circunscreve a categoria dos sujeitos passivos às pessoas jurídicas de direito privado, e pela já citada Instrução Normativa n. 834/2008, que traz disciplina expressa sobre a tributação dos rendimentos advindos de operações de consórcios, determinando que cada empresa participante aproprie suas receitas e custos proporcionalmente à sua participação no empreendimento, para o fim de apuração e pagamento de tais tributos.

Entre os tributos em que os consórcios são admitidos como sujeito passivo, devemos mencionar inicialmente o ISSQN, para o qual a Lei Complementar n. 116/2003 indica como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa à lei, e dá definição ampla de contribuinte, considerando como tal “o prestador do serviço”. Diante de tal definição legal, estará o consórcio na situação de sujeito passivo sempre que prestar os serviços listados na Lei Complementar. Devemos mencionar que as legislações municipais relativas a este imposto, em geral, não trazem dispositivo expresso prevendo a tributação das atividades operadas em consórcio, o que não impede, na prática, a concessão de inscrições municipais a estes entes, que recolhem ISSQN pelos serviços prestados a terceiros, sem maiores questionamentos.

Passando ao ICMS, a Lei Complementar n. 87/96, em seu art. 4º, dá definição de contribuinte utilizando-se da expressão “qualquer pessoa, física ou jurídica”, o que poderia levar à suposição de que os entes despersonalizados, entre eles o consórcio, estariam afastados

de tal condição³⁹. Sem embargo de o texto legal fazer o emprego de tal locução, uma interpretação sistemática, que atente primeiramente para a definição constitucional, e num segundo momento para as definições legais, indica que tal conclusão não seria a mais acertada.

A Constituição Federal, em seu art. 155, delimita as materialidades que condicionam a definição do sujeito passivo pelo legislador: circulação de mercadorias, prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações. Nesse mesmo sentido, o preceito do art. 4º da Lei Complementar n. 87/96 identificou como contribuinte aquele que pratique tais materialidades com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial. Em que pese o emprego da expressão "qualquer pessoa, física ou jurídica", nenhum outro dispositivo da mesma lei complementar indica alguma forma de apuração específica para entes desprovidos de personalidade como o consórcio, ao contrário do que ocorre com o PIS e a COFINS. No plano estadual, sem embargo de as legislações estaduais, de uma forma geral, terem cada qual um artigo definindo o contribuinte com expressão igual à da Lei Complementar n. 87/96, elas tampouco trazem dispositivos prevendo uma forma específica de apuração e recolhimento do imposto para as operações praticadas por consórcios, reforçando a conclusão de que estes entes, quando pratiquem a materialidade descrita constitucional e legalmente, adquirem a condição de sujeito passivo do imposto. Obviamente, não seria de se supor que o emprego da expressão "pessoa física ou jurídica" pelos artigos de lei equivaleria a uma isenção dos referidos entes pelas operações praticadas pelos consórcios, e muito menos a uma proibição oblíqua ao exercício de tais atividades por esses entes.

Na prática, da mesma forma que ocorre com o ISSQN perante as autoridades municipais, são concedidas inscrições estaduais a estes entes, que recolhem normalmente o ICMS pelas operações praticadas. Cabe lembrar que, ademais das operações de compra e venda, a atividade de transporte de passageiros (inclusive interestadual e intermunicipal) é habitualmente praticada por

consórcios, que vencem licitações de concessão e são criados para essa finalidade, tendo o ICMS como o tributo incidente sobre sua principal atividade.

Por fim, com respeito à contribuição previdenciária, a Lei n. 8.212/91, no Capítulo I, destinado à definição dos contribuintes, traz no art. 15 definição bastante abrangente de empresa, que é ampliada pelo seu parágrafo único⁴⁰, justamente no sentido de abarcar todo ente que contrate e remunere pessoas físicas, com ou sem vínculo empregatício. Aliás, como observamos anteriormente, a própria disposição constitucional determina que o legislador defina como contribuinte quem esteja relacionado com a contratação de serviços de pessoas físicas. Diante de tal marco constitucional e legal, os consórcios, como de resto outros entes despersonalizados, como o condomínio, enquadram-se na definição legal de sujeito passivo, pelo que tais entes sempre contrataram mão de obra, fazendo o recolhimento das contribuições previdenciárias em nome próprio, sem maiores objeções ou questionamentos. Na falta de alteração do quadro legal, somos do entendimento de que a inovação trazida pela Instrução Normativa n. 1.071/2010 da Receita Federal do Brasil, que altera o § 5º do art. 322 da Instrução Normativa n. 971, definindo não ser o consórcio sujeito passivo da referida contribuição previdenciária, não está amparada pela legislação, o que determina sua invalidade. Cabe comentar que a referida Instrução Normativa, ademais pretender alterar a ordem jurídica, sequer traz dispositivos que permitam aos consórcios identificar o procedimento a ser seguido para o recolhimento das contribuições decorrentes de suas contratações de mão de obra, originando insegurança jurídica contraproducente e desarrazoada.

8.7 Considerações finais

Este texto, em suas reflexões sobre as dificuldades jurídicas encontradas na operacionalização de um instituto de tamanha relevância econômica, absolutamente não tem a intenção de esgotar

as questões relacionadas ao instituto. A criação e a operacionalização dos consórcios envolvem grande variedade de aspectos, sujeitos, cada qual, a normas esparsas que variam constantemente, fator que, aliado à diversidade de arranjos e formas de funcionamento que podem assumir, conforme a finalidade a que se propõem em cada caso, certamente torna o tema vivo, demandando o constante estudo.

REFERÊNCIAS

- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. Consórcio. *In: Comentários à Lei das Sociedades por Ações*. Coords. Geraldo de Camargo Vidigal e Ives Gandra da Silva Martins. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- BARROS LEÃES, Luiz Gastão Paes de. Sociedades coligadas e consórcios. *Revista de Direito Mercantil*, ano IX, n. 9, 1973.
- BECHO, Renato Lopes. *Sujeição passiva e responsabilidade tributária*. São Paulo: Dialética, 2000.
- BRASIL. Superintendência Regional da Receita Federal. Processo de Consulta n. 102/2009, SRRF/6ª RF, publicado em 3-9-2009.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. Consórcios de empresas. *Revista Forense*, v. 256, out.-dez. 1976.

_____. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. São Paulo: Forense, 1978.

COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CRISTÓFARO, Pedro Paulo. Consórcios de sociedades. Validade e eficácia dos atos jurídicos praticados por seus administradores, nessa qualidade. Titularidade dos direitos e das obrigações deles decorrentes. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 41, jan.-mar. 1981.

ESTEVES, Daniel Santa Bárbara. Os riscos nas concessões de uso de potenciais hidráulicos para produção independente de energia elétrica. *RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25. jan.-mar. 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MACHADO, Rubens Approbato. Imposto sobre a renda – pessoa jurídica – consórcios de empresas. *Suplemento Tributário LTr*, n. 37, mar. 1976, ano 12.

MORAES, Renato José de. *Cláusula rebus sic stantibus*. São Paulo: Saraiva, 2001.

NOBRE, Augusto. Consórcio de empresas. Falta de personalidade jurídica. Impossibilidade de ser proprietário de bens. *Revista Forense*, v. 300, out.-dez. 1987.

NUSDEO, Fabio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Consórcios de empresas*. São Paulo: Livr. Pioneira, 1979.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. t. 51.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.

VASCONCELOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico: o novo Paradigma da ciência**. Campinas: Papyrus, 2002.

WALD, Arnoldo. **Consórcios de empresas**. RT-Infoma, n. 119, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

XAVIER, Alberto. **Consórcio: Natureza jurídica regime tributário**. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 64, jan. 2001.

1 A respeito do histórico de utilização dos consórcios no Brasil, ver PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Consórcios de empresas**. São Paulo: Livr. Pioneira, 1979, p. 24-28; CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 338. CRISTÓFARO, Pedro Paulo. **Consórcios de sociedades. Validade e eficácia dos atos jurídicos praticados por seus administradores, nessa qualidade. Titularidade dos direitos e das obrigações deles decorrentes**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 41, jan.-mar. 1981, p. 15-21.

2 Disciplinando o que já se praticava neste setor, foi editado em 1969 o Decreto n. 64.345, que determinava que fossem executadas as obras contratadas pela Administração Pública Federal por consórcio entre empresas estrangeiras e brasileiras, quando não houvesse no mercado nacional empresa apta ao seu desempenho integral.

3 Regulado pela Lei n. 6.385/76.

4 A partir da Lei n. 6.385/76.

5 Conforme arts. 23 e 38 da Lei n. 9.478/97.

6 Conforme Lei n. 9.074/95.

7 Referimo-nos à implantação de empreendimentos de grande porte, especialmente (mas não exclusivamente) nos modelos que englobam mais de uma atividade. As contratações de empreendimentos com maior amplitude de escopo são os chamados EPC (*Engineering, Procurement and Construction*), que são aqueles

em que o contratado se encarrega da elaboração dos projetos de engenharia, do fornecimento de materiais e equipamentos e da construção da planta. São denominadas *turn key* aquelas contratações em que o contratado se obriga a entregar a planta em funcionamento, muitas vezes chegando a dar assistência à operação inicial após os testes de *performance*.

[8](#) Conforme art. 215, II, do RIR – Regulamento do Imposto de Renda (Decreto n. 3.000/99).

[9](#) Art. 213 do Código Civil.

[10](#) Este texto foi concluído em novembro de 2010, não levando em conta unicamente normas editadas posteriormente.

[11](#) As inovações trazidas pela Instrução Normativa são de tal ordem que chegam a levar alguns a lhe atribuir o alcance – obviamente excessivo, até por se tratar de norma administrativa – de vedação indireta à contratação de mão de obra pelos consórcios.

[12](#) Caso se interprete que cada empresa deveria declarar em GFIPs a parcela do salário de contribuição de cada empregado proporcional a sua participação no consórcio, diversos problemas poderiam se originar. Podem ser citados, entre outros: declarações (pelas empresas) divergentes da anotação feita em carteira de trabalho em nome do consórcio, a emissão de declarações de parcelas do salário de contribuição sujeitas a alíquotas inferiores àquela que seria devida pelo empregado pelo seu vencimento total, abertura de diferentes contas de FGTS para um mesmo segurado.

[13](#) Utilizamos a expressão “implantação” adrede, uma vez que referidas atividades, em geral, são executadas de diferentes formas; algumas vezes com uma contratação global (na modalidade denominada EPC *turn key*), outras, com contratações segregadas das atividades de elaboração de projeto, construção e montagem das estruturas, fornecimento dos grandes equipamentos, entre outras.

[14](#) Ao cabo de ampla pesquisa jurisprudencial que serviu de ponto de partida para seu estudo, Renato José de Moraes conclui que “os contratos em que mais se discute a teoria da imprevisão são o compromisso de compra e venda e a empreitada” (**Cláusula Rebus Sic Stantibus**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 172).

[15](#) Na implantação de uma usina hidrelétrica, por exemplo, uma empresa subcontratada para a construção da barragem terá as multas contratuais e a

responsabilidade fixadas proporcionalmente à atividade que lhe foi confiada. Sem embargo, o atraso ou o defeito em sua execução prejudicam todo o empreendimento, impactando em prazos e/ou custos em patamares muito superiores aos que envolvem sua atuação.

[16](#) Exceção feita, obviamente, às espécies sociais de responsabilidade ilimitada.

[17](#) Devemos dizer que as mesmas conclusões, baseadas nas mesmas premissas, são apontadas para outros entes despersonalizados, como o condomínio edilício, sobre o qual se encontram muitos trabalhos doutrinários.

[18](#) Como será tratado no tópico referente à administração dos consórcios, por distintas razões, pode ocorrer de certo equipamento (ou outro tipo de bem) ser adquirido com contribuições em proporções distintas daquelas em que as empresas participam do consórcio, na qual se dividem as receitas e despesas.

[19](#) "Art. 259. Se, havendo dois ou mais devedores, a prestação não for divisível, cada um será obrigado pela dívida toda.

Parágrafo único. O devedor, que paga a dívida, sub-roga-se no direito do credor em relação aos outros coobrigados."

[20](#) "Art. 263. Perde a qualidade de indivisível a obrigação que se resolver em perdas e danos."

[21](#) Esta a regra dos dois parágrafos do art. 263: "§ 1º Se, para efeito do disposto neste artigo, houver culpa de todos os devedores, responderão todos por partes iguais. § 2º Se for de um só a culpa, ficarão exonerados os outros, respondendo só esse pelas perdas e danos".

[22](#) Obviamente, não seria de se presumir que, mesmo que o consórcio ou o condomínio edilício não pudessem ser contribuintes, tal inaptidão tivesse o condão de constituir proibição para que contratem empregados ou se utilizem de serviços públicos sujeitos a taxa, atos essenciais ao cumprimento de suas finalidades.

[23](#) A referida autorização genérica diz respeito, como observa Fábio Ulhoa Coelho (1999, p. 10), às pessoas jurídicas de direito privado. O princípio da legalidade opera de modo distinto para as de direito público, que dependem de previsão legal para a prática de seus atos.

[24](#) Art. 2º, VII, da Portaria MTE n. 2.590/2009, fundamentado no art. 24 da Lei n. 7.998/90.

[25](#) Muito embora reconheçamos tratar-se de duas disciplinas jurídicas distintas, não nos parece válido admitir uma cisão entre Direito Material e Direito Processual, seguindo a norma hermenêutica que determina ao intérprete supor uma coerência entre os diversos ramos do Direito. Como já tivemos a oportunidade de observar, a teoria da interpretação é integrada, e não setorial, e demanda do operador do Direito uma atenção ao ordenamento, que deve ser visto como único.

[26](#) Nada impede que, em contratos específicos, se estipule uma divisão de responsabilidade em proporções distintas daquelas em que as empresas participam do consórcio.

[27](#) Código Civil, art. 259, se, havendo dois ou mais devedores, a prestação não for divisível, cada um será obrigado pela dívida toda.

Parágrafo único. O devedor, que paga a dívida, sub-roga-se no direito do credor em relação aos outros coobrigados.

[28](#) Ao menos vinha, até a edição da Medida Provisória n. 510/2010.

[29](#) “Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a *pessoa* obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo único: O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.”

“Art. 126. A capacidade tributária passiva independe:

(...)

III – de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional.”

[30](#) Segundo Geraldo Ataliba: “será sujeito passivo, no sistema tributário brasileiro, a pessoa que provoca, desencadeia ou produz a materialidade da hipótese de incidência de um tributo (como inferida na Constituição) ou ‘quem tenha relação pessoal e direta’ (...) com essa materialidade” (**Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005).

[31](#) Fazemos referência, obviamente, aos tributos discriminados pela Constituição.

[32](#) "(...) e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício."

[33](#) Geraldo Ataliba (*op. cit.*, p. 87) utiliza a expressão "hipótese de incidência" para significar a descrição abstrata do fato pela norma tributária, distinguindo-a do "fato gerador", que seria o acontecimento concretamente ocorrido. Por entendermos não ser de relevo para os fins deste trabalho a diferenciação terminológica proposta pelo autor, vamos nos referir indistintamente às expressões "hipótese de incidência" e "fato gerador".

[34](#) Em contraposição à definição de responsabilidade tributária em sentido amplo que, no magistério de Hugo de Brito Machado (2010, p. 158), é "a submissão de determinada pessoa, contribuinte ou não, ao direito do fisco de exigir a prestação da obrigação tributária".

[35](#) Coordenação do Sistema de Tributação – órgão da Secretaria da Receita Federal, cuja função é exercida atualmente pela COSIT (Coordenação Geral de Tributação)

[36](#) PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Op. cit.*, p. 91. BAPTISTA, Luiz Olavo. Consórcio. *In: Comentários à Lei das Sociedades por Ações*. Geraldo de Camargo Vidigal e Ives Gandra da Silva Martins (coords.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 868; e MACHADO, Rubens Approbato. Imposto sobre a renda – pessoa jurídica – consórcios de empresas, *cit.*, p. 179.

[37](#) "Art. 5º O contribuinte da COFINS é a pessoa jurídica que auferir as receitas a que se refere o art. 1º."

[38](#) "Art. 4º O contribuinte da contribuição para o PIS/Pasep é a pessoa jurídica que auferir as receitas a que se refere o art. 1º."

[39](#) "Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior."

[40](#) "Art. 15. Considera-se:

I – empresa – a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional;

(...)

Parágrafo único. Equipara-se a empresa, para os efeitos desta Lei, o contribuinte individual em relação a segurado que lhe presta serviço, bem como a cooperativa, a associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, a missão diplomática e a repartição consular de carreira estrangeiras.”