

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.



REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FABIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDÍRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Serviços gráficos: Editora Parma Ltda., Av. Antonio Bardella, 280
— CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

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

SUMÁRIO

DOCTRINA

- Dos princípios constitucionais e da limitação do Poder regulamentar na área bancária — Arnaldo Wald 5
- A validade da cláusula de correção cambial nas obrigações pecuniárias internas — Luiz Gastão Paes de Barros Leães 10
- Administração de cartão de crédito constitui atividade privativa de instituição financeira ? — Nelson Eizirik 25
- O contrato de venda internacional de mercadorias — Eduardo Grebler 34
- A “res speratae” e o “Shopping Center” — Antonio Cezar Lima da Fonseca 61
- Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor — Luciano Amaro 70

ATUALIDADES

- O “Forfaiting” (Aspectos Técnico-Jurídicos de uma operação complexa de financiamento ao Comércio Internacional — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 81
- O anteprojeto legislativo da Lei de Concordatas e Falências — Dora Martins de Carvalho 88

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

- Rescisão contratual — Contrato de Adesão e o Código de Defesa do Consumidor — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 95

- ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO 104

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ANTONIO CEZAR LIMA DA FONSECA

Advogado.

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo; Professor Catedrático de Direito Civil.

DORA MARTINS CARVALHO

Advogada, Professora Titular de Direito Comercial.

EDUARDO GREBLER

Professor Assistente da Faculdade Mineira de Direito da PUC-MG.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Doutor em Direito Comercial da USP.

LUCIANO AMARO

Professor de Direito Tributário da Faculdade de Direito Mackenzie.

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

NELSON EIZIRIK

Advogado no Rio de Janeiro — Membro da Comissão Diretora do Programa Nacional de Desestatização — Ex-Diretor da Comissão de Valores Mobiliários.

DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DA LIMITAÇÃO DO PODER REGULAMENTAR NA ÁREA BANCÁRIA

ARNOLDO WALD

"Quando a política do Estado se revela incapaz de garantir a estabilidade do padrão monetário, o que deveria constituir a sua principal preocupação, é preciso dar aos particulares a possibilidade de se protegerem, pela indexação, contra a degradação do poder aquisitivo da moeda". (Maurice Allais, *Pour l'Indexation*, Paris, Clément Juglar Editor, 1990, p. 28).

1. No sistema constitucional brasileiro, a intervenção do Estado no campo econômico está balizada por normas específicas e sempre depende de leis em sentido formal que, direta ou indiretamente, a autorizem. As disposições contidas nos arts. 5.º, II, 170 e 174 da Constituição de 1988 não têm simples sentido programático, mas constituem os princípios básicos que delimitam as áreas e formas do dirigismo econômico no País. Como, por outro lado, a legislação sobre Direito Privado, abrangendo o Direito Comercial, é matéria reservada à lei em sentido formal (art. 22, I), conclui-se que, somente em virtude de diplomas devidamente aprovados pelo Congresso Nacional e sancionados pelo Presidente da República, pode haver modificação dos direitos subjetivos privados das partes.

2. Imperando na nossa legislação privada os princípios da liberdade de contratar (firmar, ou não, os contratos) e da liberdade contratual (fixar o conteúdo do instrumento contratual), qualquer limitação a essas duas liberdades só pode ter a sua origem ou no texto constitucional, ou em texto legal formal devidamente amparado na Constituição Federal¹ e deve ser expressa e inequívoca.

3. Reconhece-se, assim, que a missão de elaborar normas de caráter geral e abstrato é da competência exclusiva do Poder Legislativo, exercendo o Executivo o Poder Regulamentar, seja em virtude de delegação, seja com a finalidade de complementar as normas legais ou organizar os serviços públicos. Não é possível esquecer que o Presidente da República tem, nos termos do art. 84, IV da Constituição vigente, a atribuição de baixar regulamentos "*para fiel execução das leis*". Há assim, sempre, um condicionamento do regulamento pelo texto legal, não podendo a regulamentação invadir área que constitucionalmente é considerada como da competência exclusiva da lei formal, por afetar direitos individuais ou obrigar as partes a fazer ou deixar de fazer alguma coisa (art. 5.º, II).

4. Salientou-se que "os vazios da lei e a imprevisibilidade de certos fatos e circunstâncias, que surgem a reclamar providências imediatas da Administração, impõem se reconheça ao Chefe do Executivo o poder de regulamentar as normas legislativas incompletas ou de prover situações não previstas pelo legislador, mas ocorrentes na prática administrativa".²

5. Embora admitida a existência de uma zona cinzenta de competência entre o Executivo e o Legislativo, a melhor doutrina só admite os regulamentos executivos de acordo com as determinações da lei (*secundum legem*) e os regulamentos autorizados ou delegados, quando circunscritos aos termos da delegação ou autorização (*intra legem*). A norma regulamentar que não encontra apoio na lei formal, nem dela decorre, não se limitando a tratar da organização e funcionamento dos serviços públicos é, pois, nula por ser inconstitucional.

6. Mesmo os defensores da ampla liberdade de regulamentação pelo Poder Executivo reconhecem que a sua competência desaparece quando a finalidade do diploma regulamentar consiste em obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa (art. 5.º, II da CF), ou quando estabelece discriminações, violando o princípio da isonomia (art. 5.º, I), que, de acordo com a melhor interpretação, se aplica tanto às pessoas físicas como às pessoas jurídicas.

7. É atualmente reconhecido que o Poder Regulamentar pode ser exercido não somente pelo Presidente da República, mas também pelos Ministros de Estado (art. 87) e até por outros órgãos e entidades, como as autarquias. A delegação do poder regulamentar é atualmente prevista constitucionalmente (art. 81, V e § único) e, conseqüentemente, não é mais discutida, nem pela doutrina nem pela Jurisprudência.³

8. Uma das áreas mais importantes de funcionamento do Poder Regulamentar é a que se refere ao setor que abrange as instituições financeiras, em relação ao qual, seguindo o exemplo norte-americano, foram aprovadas, no Brasil, leis que constituem um verdadeiro quadro geral ou uma moldura que define o sistema — as chamadas *lois-cadres* do Direito Francês — e que se completam por normas regulamenta-

res de nível inferior, abrangendo as Resoluções, que, todavia, só são válidas dentro dos limites fixados pela Constituição.

9. Cabe lembrar que já antes da promulgação dessas leis, em 1959, o Prof. Waldemar Ferreira⁴ suscitou, oportuna e adequadamente, a inconstitucionalidade da Portaria Ministerial 309, que constituiu a primeira regulamentação das sociedades de crédito.

10. Com a aprovação das leis básicas do mercado financeiro (Lei 4.595, de 31.12.64) e do mercado de capitais (Lei 4.728, de 14.7.65), foi reservada a competência legislativa ao Congresso Nacional, mas delegado poder normativo ao Conselho Monetário Nacional e incumbido o Banco Central do Brasil de exercer o poder de polícia nessas áreas. Na realidade, ficou o Legislativo com a competência para formular “normas estruturais”, enquanto o Conselho Monetário Nacional (CMN) passou a expedir “normas conjunturais” sobre a política da moeda e do crédito, sob a forma de resoluções, conforme bem salientou o Prof. Oscar Barreto Filho,⁵ limitando-se o Banco Central a regulamentar as disposições do Conselho.

11. Ficou claro, na ocasião, que a delegação legislativa ao Conselho Monetário Nacional não podia abranger as normas de Direito Privado, por constituírem domínio reservado à lei (art. 22, I da CF). Efetivamente, não há dúvida que nem o Poder Executivo, nem qualquer um dos seus órgãos (Conselho Monetário Nacional), ou de suas autarquias (Banco Central do Brasil), pode interferir no conteúdo das relações entre particulares, *na liberdade de contratar e na liberdade contratual*, a não ser em matéria nas quais exista lei prévia neste sentido.

12. Alguns autores admitiram que os dispositivos da Lei 4.595 tivessem as características de verdadeiras *normas*

em branco, cabendo ao Conselho Monetário Nacional preencher o seu conteúdo. A norma em branco caracteriza-se, como é sabido, pelo fato de ser integrada ou completada por outra. Assim, os poderes concedidos pela Lei 4.595 ao Conselho Monetário Nacional permitiriam que este regulamentasse, com ampla liberdade, toda a sistemática do crédito e o funcionamento das instituições financeiras no País, desde que respeitados os princípios constitucionais e as normas legais que definiram a própria competência do Conselho.

13. O poder regulamentar do Conselho Monetário Nacional se exerce, pois, numa área determinada e em virtude de uma competência específica. A área de atuação é a da política referente às instituições monetárias, bancárias e creditícias. A competência do Conselho Monetário Nacional é definida de modo exaustivo — e não simplesmente exemplificativo — no art. 4.º da Lei, devendo *sempre* as decisões por ele tomadas objetivar a política prevista no art. 3.º do mesmo diploma. A *contrario sensu*, toda regulamentação que não encontra amparo no art. 4.º é inconstitucional e, conseqüentemente, nula de pleno direito.

14. É, pois, legítima a regulamentação que se refere ao funcionamento das instituições bancárias sobre as quais as autoridades exercem poder de polícia, não somente para proteger os depositantes e investidores, mas ainda para garantir o bom desempenho do sistema financeiro nacional como um todo e atender aos interesses da política econômica do País. Assim, o poder regulamentar exercido pelo Conselho Monetário Nacional se explica e se justifica pelo fato de desempenharem, atualmente, as instituições financeiras um verdadeiro serviço público, razão pela qual só podem funcionar depois de autorizadas por *carta patente* do Banco Central

do Brasil, importando a concessão de crédito em emissão da quase moeda que é matéria de interesse público.⁶

15. Ao contrário, no que tange às instituições que não são financeiras, nem lhe são equiparadas, a regulamentação do Conselho Monetário Nacional e as determinações do Banco Central do Brasil não encontram o mínimo amparo legal para regulamentar as operações de Direito Mercantil, que a lei expressamente não reserva aos estabelecimentos bancários.

16. Tanto assim é que foi necessário um texto legislativo (a Lei 6.099 de 12.9.74) — e não uma simples Resolução — para reservar às empresas especializadas a realização de operações de arrendamento mercantil (*leasing*) e, na mencionada lei, é que se estabeleceu o apanágio de instituições financeiras em sentido estrito para contratar o *lease back*.

17. Conseqüentemente, não pode o Conselho Monetário Nacional, com base no seu poder regulamentar, considerar como operações financeiras e reservar às instituições financeiras determinados tipos de negócios não definidos, nem conceituados como tais pela legislação vigente. Somente a lei em sentido formal — aprovada pelo Congresso Nacional — é que pode obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa (art. 5.º, II da Constituição), permitindo ou vedando que compre, venda ou assuma compromisso de comprar ou vender determinados títulos em certas condições, conforme cláusulas por elas convencionadas.

18. Ocorre que não existe proibição legal, nem texto de lei de caráter formal, que impeça a realização das operações atípicas ou mista que se enquadram na atividade econômica das partes, estando baseadas no princípio da autonomia da vontade, que continua prevalecendo no Direito Brasileiro.

19. Efetivamente, a conjugação de operações bancárias legalmente previstas com outras contratações que assegurem ao cliente, em operação autônoma, um seguro de rentabilidade ou da ausência de prejuízo, sob a forma de contrato atípico, destinado a este fim, não encontra restrições na legislação vigente, desde que não haja fraude, nem violação de normas de ordem pública.

20. O que o Conselho Monetário Nacional não pode regulamentar nem impedir, também não pode ser objeto de regulamentação por Circular.

A) A CIRCULAR NÃO É FONTE DE DIREITO

21. Como bem salienta Hely Lopes Meirelles, as Circulares e Cartas-Circulares são atos administrativos ordinários, que visam disciplinar o funcionamento da Administração e a conduta funcional de seus agentes, não podendo criar deveres, nem direitos, para os administrados.⁷ Acrescenta o saudoso administrativo que esses atos ordinatórios, abrangendo as Circulares, “só atuam no âmbito interno das repartições”, “não obrigam os particulares”, sendo atos inferiores à lei, ao decreto, ao regulamento e ao próprio regimento. Conclui, ainda, que: “Não criam, normalmente, direitos ou obrigações para os administrados.”⁸

22. Aliás, a doutrina brasileira sempre entendeu que a Circular era a fórmula usada para dar conhecimento aos funcionários de uma ordem superior,⁹ que interessa tão-somente aos mesmos,^{10 e 11} não sendo norma jurídica, mas regra interna da Administração, não podendo criar novos direitos para os administrados, nem deveres para os administrados.¹²

23. A Jurisprudência tem, reiteradamente, afirmado que a Circular não substitui a Lei, não podendo criar encargos, ônus ou discriminação.¹³

24. Há, pois, um consenso entre a doutrina e a jurisprudência, tanto nacionais quanto estrangeiras, no sentido de não se admitir a Circular como fonte de Direito Administrativo, bancário ou monetário.

B) A CIRCULAR NÃO PODE SER DISCRIMINATÓRIA

25. De acordo com o princípio geral da igualdade de todos, garantido pela Constituição Federal, não se admite qualquer discriminação que não decorra da Lei e mesmo as discriminações por ela estabelecidas podem ser consideradas, conforme o caso, como sendo inconstitucionais.

26. Assim sendo, não pode a Circular do Banco Central do Brasil impedir que o particular (não instituição financeira) obtenha a cobertura dos seus riscos, mediante a compra e venda de contratos futuros.

27. Trata-se de limitação ao direito que só em virtude de lei poderia ser imposta, razão pela qual a Circular é, no particular, inconstitucional e nula de pleno direito, tanto pela incompetência específica da autoridade, como, ainda, pelo seu conteúdo discriminatório.

28. É preciso lembrar que só em virtude de lei é que foi possível afastar a aplicação da Lei de Usura às instituições financeiras, e, do mesmo modo, somente *ex vi legis* é que se poderia proibir a negociação de contratos futuros de CDI por particulares.

29. Conseqüentemente, podemos concluir que:

a) a Circular não pode estabelecer limitações à livre pactuação de contratos pelas partes:

a. 1) por falta de competência da autoridade;

a. 2) por violação do princípio da reserva legal que só permite discriminações *ex vi legis* e quando devidamente fundamentadas em motivos racionais amplamente justificados.

NOTAS

1. Arnoldo Wald, *Contratos e Obrigações*, 10.^a ed., S. Paulo, Ed. RT, 1992, n. 63, p. 153.
2. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, S. Paulo, Ed. RT, 3.^a ed., p. 87.
3. San Tiago Dantas, "Poder Regulamentar das Autarquias", in *Problemas de Direito Positivo*, Rio, Forense, 1953, p. 199; Geraldo Ataliba, "Poder Regulamentar", in *RDP* 12/82; Clenício da Silva Duarte, "Os Regulamentos Independentes", in *RDP* 16/89; Victor Nunes Lcal, "Delegações Legislativas", in *RDA* V/378 e Acórdãos do Supremo Tribunal Federal no RE 12.424 e no HC 30.355.
4. Artigo publicado in *O Estado de S. Paulo*, 6.12.59.
5. Artigo intitulado "Sociedades de Crédito Financeiro e Investimento", in *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídicos, Econômicos e Sociais*, 2/173 e ss., 1966.
6. Arnoldo Wald, "O Regime Jurídico dos atos Bifacets", in *RDM* 48/5.
7. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 16.^a ed., 1991, p. 160.
8. Idem, *ibidem*, pp. 159 e 160.
9. Alcides Cruz, *Direito Administrativo Brasileiro*, 2.^a ed., 1914, p. 65.
10. Viveiros de Castro, *Tratado...*, 3.^a ed., 1914, p. 547.
11. Themístocles Brandão Cavalcanti, *Curso...*, 6.^a ed., 1961, p. 63.
12. J. Cretella Júnior, *Tratado de Direito Administrativo*, Forense, 1966, v. 11, pp. 132 a 135.
13. Vide, Cretella Jr., *Tratado cit.*, p. 134.

DOCTRINA

A VALIDADE DA CLÁUSULA DE CORREÇÃO CAMBIAL NAS OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS INTERNAS

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

Quero dizer, desde já, que sou do parecer de que é perfeitamente válida a cláusula, a ser estipulada em contratos celebrados no Brasil, entre pessoas físicas ou jurídicas de Direito Privado, domiciliadas no País, prevendo a correção monetária de prestações pecuniárias, aqui exequíveis, adotando-se como índice a variação da taxa de conversão em cruzeiros de uma determinada moeda estrangeira.

Entendo que o Dec.-lei 857/69, bannindo o princípio nominalista do Direito Brasileiro, tornou definitivamente inquestionável a pactuação da correção monetária das obrigações pecuniárias internas, inclusive a correção monetária baseada na variação cambial, já que não se assegura mais a aceitação de um "valor legal" da moeda nacional, para fins de pagamento, estabelecendo tão-somente o poder liberatório forçado da moeda nacional.

Entendo, por outro lado, que a sistemática legal, introduzida através das Medidas Provisórias 294 e 295, de 31.1.91, convertidas nas Leis 8.177 e 8.178, de 1.º.3.91, revogando as normas genéricas e acessórias até então vigentes, deu novo e amplo tratamento à correção monetária, restaurando o princípio da liberdade de indexar, e legitimando o recurso à correção cambial, observadas as "restrições" tópicas indicadas no seu corpo, ou em legislação posterior.

Ora, as restrições ao uso da correção cambial, ora em vigor, se limitam a casos especialíssimos, introduzidos via de regra nas hipóteses em que a própria correção monetária é regida por normas específicas. É o que acontece, por exemplo, com os contratos de venda de bens para entrega futura, prestação de serviços contínuos ou futuros, realização de obras, venda a prazo com cláusula de correção monetária pós-fixada, operações realizadas por empresas construtoras ou incorporadoras com adquirentes de imóveis, e locação urbana, que dispõem de regras próprias de correção monetária (Lei 8.178/91), quando, em princípio, a correção cambial é vedada. Fora desses casos, porém, vigora a regra geral da liberdade de indexação, sendo a cláusula de correção cambial sempre válida e lícita.

As razões, que me levaram a adotar esse entendimento, são fruto do exame conjunto das leis ora em vigor sobre a matéria, no contexto de uma interpretação sistemática do nosso Direito positivo, como, a seguir, se verá.

1. Colocação do problema

1.1 Como se sabe, a moeda exerce duas funções básicas: a de *medida de valor econômico* e a de *instrumento de pagamento*. Como a moeda é o bem fungível por excelência, aquele que substitui economicamente qualquer ou-

tro, serve como medida de valor de todo e qualquer bem ou serviço. Por outro lado, como todo e qualquer bem ou serviço pode ser medido em termos monetários, a moeda serve também como instrumento universal de pagamento.¹

1.2 Essa dupla função da moeda funda-se, pois, na sua fungibilidade, ou seja, na sua aptidão para substituir outros bens. Instaurada definitivamente a economia de troca indireta, natural que o Estado intervenha, monopolizando a emissão da moeda — ou seja, criando uma moeda “legal” — e procurando garantir-lhe a capacidade de circulação. Daí que em todos os Estados modernos exista uma moeda de circulação ou de “curso” legal (*legal tender*, *Annahmewang*, *cours légal*), isto é, emitida pelo poder estatal, e que oficialmente circula no território do País. É a moeda “corrente”, mencionada pelo art. 195 do Código Comercial e pelo art. 947 do Código Civil brasileiros. A ela o Estado confere *força liberatória*, assim entendido o poder, atribuído ao devedor, de liberar-se de suas obrigações pecuniárias, mediante o pagamento em moeda oficial, sem que o credor possa recusar-se a recebê-la.²

1.3 A moeda revestida da qualidade de curso legal é, portanto, aquela que, reconhecida pela lei como tal, se impõe no território do País como meio de pagamento, que não pode ser recusado na liberação das obrigações pecuniárias. Por razões de política econômica, pode ainda afigurar-se insuficiente essa aceitação obrigatória da moeda oficial como instrumento de pagamento, fazendo-se mister torná-la, também, o único instrumento de pagamento válido nas obrigações internas. Daí a imposição da regra legal do “curso forçado” (*compulsory legal tender*, *Zwangskurs*, *cours forcé*).

1.4 Confunde-se, com frequência, a noção do *curso legal* com a de *curso forçado*, mas são conceitos distintos.

O curso legal faz com que determinada moeda passe a revestir efeito liberatório compulsório, de sorte que ninguém pode recusar-se a receber a moeda do País quando oferecida pelo devedor em pagamento de sua dívida em dinheiro. Já o curso forçado tem significação diferente: torna a moeda de curso legal o *único* instrumento idôneo de pagamento dessas obrigações.³

1.5 Cumpre, assim, não confundir os dois conceitos, visto que geram efeitos jurídicos distintos. O curso legal impõe a *aceitação obrigatória* da moeda oficial, como meio de pagamento das obrigações pecuniárias; o curso forçado determina a *exclusividade* da moeda corrente do País como meio de pagamento dessas obrigações.

1.6 Ora, desempenhando a função de um padrão de medida, essa moeda oficial — de curso legal ou forçado — tem sempre um *valor nominal*, relativo e convencional, que traduz um determinado *poder aquisitivo*, ou seja, uma determinada força de compra de bens e serviços, que lhe permite desempenhar a sua função de troca. Sendo uma unidade de medida relativa e convencional, nada mais natural que passe por oscilações, e eventual diminuição do seu poder de compra acarretará perda do seu *valor real*. Surge então a pergunta: dado que, num País de moeda de curso legal e forçado, todos têm o dever de estipular, nas relações jurídicas obrigacionais, o pagamento sempre em moeda corrente nacional, seria lícito às partes promover livremente a compatibilização entre o valor real e o valor nominal da moeda, mediante a pactuação de cláusulas de indexação? Ou formulando a pergunta de uma outra maneira: a indexação das obrigações pecuniárias interfere nas regras de curso legal ou forçado da moeda corrente nacional?⁴

1.7 Como se sabe, no Direito pátrio, a correção monetária, de um remédio excepcional, passou a ser gradualmente

uma verdadeira regra geral. Por outro lado, desde 1933, há no Brasil uma legislação sobre o curso forçado e o poder liberatório da moeda nacional. A coexistência do sistema de correção do valor monetário, do mais amplo espectro, com as regras de direito positivo brasileiro sobre o curso legal e forçado, mostra, desde logo, que se trata de regimes perfeitamente compatíveis, não provocando a atualização do poder de compra da moeda nacional nenhuma turbacão no seu curso legal ou forçado.⁵

1.8 Com efeito, a questão do valor da moeda, como meio de pagamento, nada tem a ver com a questão do curso legal ou forçado, na medida em que o curso legal ou forçado diz respeito à *circulacão* da moeda nacional, e a sua atualizacão, à mera recomposicão do seu *valor*. Eventual diminuicão do poder de compra da moeda interfere, por certo, em sua funçãõ valorativa, mas não importa em restricão à sua fungibilidade, como instrumento de pagamento. Daí a plena validade das cláusulas indexadoras, ainda que a moeda indexada tenha, por lei, curso legal forçado.

1.9 Admitida a plena validade das cláusulas indexadoras (por se limitarem a recompor o valor real da moeda, sem comprometer as regras legais de circulacão), surge uma nova pergunta: essa possibilidade de cláusulas indexadoras ainda se sustenta quando cogitamos de cláusula de *indexacão cambial*? Ou seja, teria a indexacão, baseada na variaçãõ da taxa de conversãõ em moeda corrente de uma determinada moeda estrangeira, uma natureza peculiar tal, que interferiria no curso da moeda nacional, restringindo-o, ou o recusando, nos seus efeitos? Em suma: o ordenamento legal vigente em nosso País contém algum preceito vedando a estipulacão de cláusula de correçãõ cambial para as obrigações pecuniárias internas?

2. As cláusulas de indexacão e o curso legal forçado da moeda

2.1 A resposta a essas perguntas exige uma incursãõ prévia por uma das mais conturbadas legislações de nosso Direito. Nesse empreendimento, cumpre partir inicialmente das disposições constantes do art. 195 do CCom. e do art. 947 do CCivil brasileiros, que versam sobre a moeda de pagamento nas obrigações *pecuniárias*.

2.2 Diz-se *pecuniária* (de *pecunia*, dinheiro) a obrigaçãõ que tem por objeto uma prestaçãõ em dinheiro, assim entendendo a moeda que, sendo utilizada como meio geral de pagamento das dívidas, goza do poder liberatório genérico. Sob certos aspectos, toda obrigaçãõ, qualquer que seja a sua natureza ou a sua origem, pode, num dado momento, ter por objeto prestaçãõ pecuniária. Às vezes, ela era originariamente uma *obligatio faciendi*, ou mesmo *dandi*, que se impossibilita por culpa, convertendo-se em valor monetário; outras vezes, é o dever de reparaçãõ do ilícito que se liquida em prestaçãõ pecuniária. Deixando registrada essa ressalva, cumpre advertir que falamos em obrigações pecuniárias em relaçãõ àquelas em que o objeto preciso é a prestaçãõ do devedor de dar ou restituir moeda.

2.3 Essas obrigações revestem três espécies. A espécie mais comum é aquela em que o dever jurídico tem por objetivo a prestaçãõ de certa quantia em dinheiro, liberando-se o devedor da obrigaçãõ com a entrega de moeda de curso legal que represente a quantidade de unidades monetárias objeto da obrigaçãõ. É a chamada *obrigaçãõ de quantidade*. Numa outra modalidade de obrigaçãõ pecuniária, o objeto da prestaçãõ é uma dada espécie monetária, e não uma certa quantidade de unidades de moeda corrente. É ela denominada, por uns, como *obrigaçãõ monetária*, e

por outros, como *obrigação de moeda específica*. Enfim, há uma terceira modalidade de obrigação pecuniária, em que a prestação consiste em dar ou restituir um valor, e não uma determinada quantidade de dinheiro. Nela não se deve um *quantum*, mas um *quid*. A prestação é feita mediante o pagamento em moeda, mas este não é o fim do débito, constituindo apenas o meio de solvê-lo, variando assim a quantidade de moeda, que exprimirá, no pagamento, o valor objeto da prestação. São as chamadas *obrigações de valor*.

2.4 Pois bem, no Direito comparado, encontramos dois sistemas monetários contrastantes, denominados de *nominalistas* e *valoristas*, conforme imponham, ou não, a imposterabilidade de do respeito ao valor nominal da soma devida nas obrigações pecuniárias acima alinhadas. Segundo o critério nominalista (*Nennwert, principe du nominalisme, Nominalistic doctrine of debt*), o devedor se libera da obrigação pelo pagamento da quantia devida, constante do título, em moeda corrente, pelo seu valor nominal.⁶

2.5 Assim, nominalista é tradicionalmente a legislação francesa. O art. 1.895 do Código de Napoleão estabelece que o devedor se libera da dívida quando paga "la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du payment". O CComercial italiano de 1865, tributário da legislação francesa, repetia esse preceito, ao dizer que "l'obbligazione risultante da un prestito in danari è sempre della medesima somma numerica espressa nel contratto".

2.6 O sistema do direito privado brasileiro, pelo que se depreende dos artigos acima citados da lei civil e mercantil (que firmaram entre nós a base do conceito de moeda de curso legal, falando em moeda corrente e nacional), não adotou o sistema nominalista. De

fato, embora digam que o devedor se libera, em regra, pelo pagamento da quantia devida expressa no título em moeda corrente nacional, esses comandos admitem expressamente ajuste em contrário, através do qual as partes podem determinar outra espécie de moeda para pagamento — o que rompe com a regra do nominalismo rígido. Admite assim o valorismo.

2.7 O nominalismo seria introduzido no Brasil, porém, com a expedição do Dec. 23.501, de 27.11.33, que decretou o *curso forçado* da moeda nacional, poucos dias depois que a *Joint Resolution* do Congresso dos Estados Unidos (de 6.6.33) estabeleceu a nulidade das cláusulas contratuais que outorgassem ao credor "o direito de exigir o pagamento em ouro ou determinada espécie de moeda ou em soma equivalente de dinheiro norte-americano calculada sobre tal base". Encorajado pela providência do Congresso norte-americano — que aliás cita numa das suas considerações justificativas — o Decreto cria um sistema de solução para as obrigações pecuniárias, que determina a nulidade das estipulações de pagamento por qualquer meio que implique na recusa ou na restrição do curso forçado da moeda nacional, vedando todo pagamento em moeda que não a corrente (então o mil réis, hoje o cruzeiro) pelo seu valor legal.⁷

2.8 Esse diploma se apresentou declaradamente como direito excepcional, a vigorar apenas enquanto perdurasse a crise mundial apontada nos seus *consideranda*. Num deles, aliás, diz aquele Decreto que "o § 1.º do art. 947 do CCivil, como disposição geral destinada à perpetuidade, não colide com a existência, por sua natureza transitória, do curso forçado, mas enquanto este perdura, não pode aquele ser aplicado". Ou seja, embora em vigor, o artigo mencionado teria suspensa a sua aplicação. O reconhecimento do *caráter definitivo*

do curso forçado em nosso Direito se daria, contudo, mais de trinta anos depois, com o advento, em 11.9.69, do Dec.-lei 857, que viria a consolidar e alterar “a legislação sobre a moeda de pagamento de obrigações exequíveis no Brasil”.

2.9 Nessa sua longa vigência, o diploma de 1933, nascido para ter existência efêmera, suscitou uma série de dúvidas. Para muitos, esse Decreto não teria se limitado a criar o curso forçado da moeda nacional, mas também teria proibido a estipulação de cláusulas valorativas ou de indexação. Não fosse assim, os seus dois primeiros artigos seriam redundantes, pois, no art. 1.º, determinava a nulidade de “qualquer estipulação de pagamento em ouro, ou em determinada espécie de moeda, ou por qualquer meio tendente a recusar ou restringir, nos seus efeitos, o curso forçado do mil-réis papel”, e, no art. 2.º, subsequente, vedava, “sob pena de nulidade, em contratos exequíveis no Brasil, a estipulação de pagamento em moeda que não seja a corrente, pelo seu valor legal”.

2.10 Se a matéria de ambos os artigos se limitasse apenas a criar o curso forçado da moeda nacional, a nulidade, imposta pelo art. 1.º a toda estipulação de pagamento em moeda que não fosse a nacional, se estenderia naturalmente à estipulação em “contratos”, determinada pelo art. 2.º. E, se assim fosse, este último artigo seria supérfluo, na medida em que a sua matéria já estaria incluída na nulidade do artigo anterior. Na realidade, se o legislador entendeu necessário esse segundo artigo, por certo é porque lhe imprimiu outro alcance. Essa distinção estaria na locução final do art. 2.º — “pelo seu valor legal” — que teria instaurado, ali, o princípio do nominalismo, que desautorizaria toda espécie de cláusula valorativa ou indexadora.⁸

2.11 Nesse longo período de vigência do Dec. 23.501, a doutrina e a jurisprudência pátrias mostraram-se extremamente vacilantes no que concerne às cláusulas valorativas, mas hoje dúvida não ensombra de que elas são absolutamente lícitas.⁹ As tentativas preliminares de neutralizar a inflação se manifestaram através do *valorismo judicial*, representado pela revisão dos contratos baseada na teoria da imprevisão (*rebus sic stantibus*), ou na teoria das dívidas de valor (*Wertschuld, dettes de valeur, adaptable debt*). Por longo tempo, o Supremo Tribunal Federal resistiu à tendência de admitir o *valorismo contractual*, que se faria mediante cláusulas valorativas, instituídas por convenção das partes, no uso da autonomia de suas vontades para contratar.

2.12 A resistência começou a cair, com a admissibilidade, nas convenções, de cláusula de escala móvel, cláusula-índice ou cláusula-escalar (*scalator clause, index clause, clause d'échelle mobile*), que estabelecia uma “revisão”, ajustada pelas partes, dos pagamentos, que deveria ser feita de acordo com as variações de índices adrede ajustados (variação de preços de determinadas mercadorias ou serviço, ou de índice geral do custo de vida ou dos salários). A partir de 1978, em virtude de sucessivas decisões, firmou-se, de modo manso e pacífico, a Jurisprudência da Alta Corte de que, desde que não exista vedação expressa por ordem pública, podem as partes livremente convencionar a correção monetária, que não consubstanciaria propriamente uma alteração ou revisão, no sentido acima, mas uma “atualização” do valor da dívida.

2.13 A estratificação da Jurisprudência pátria, no sentido de admitir como lícita a convenção da correção monetária, mesmo em contratos a propósito dos quais não existisse lei que expressamente a facultasse, teria a sua orientação roborada pelo próprio legislador.

Com efeito, a Lei 6.423, de 17.6.77, admitiria expressamente a correção “em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico” (art. 1.º, *caput*).

2.14 Aliás, outra fonte da adoção da indexação, na vigência do Dec. 23.501/33, a par desse valorismo contratual, foi decerto a edição de leis, impondo-a em dívidas ou obrigações (*valorismo legal*). Ainda no império desse Decreto, e antes do Dec.-lei 857/69, foram expedidos vários diplomas legais, que instituíram ou regulamentaram a correção monetária em diversos setores, como, por exemplo, a Lei 4.357, de 16.7.64, o primeiro texto nesse sentido, que estabeleceu a correção monetária no campo do ativo imobilizado, a Lei 4.595, de 31.12.64, sobre o sistema financeiro nacional, a Lei 4.380, de 21.8.64, sobre o sistema financeiro habitacional, etc. Nesses casos, porém, não se fez necessário apurar se a correção monetária *ope legis* se compatibilizava, ou não, com o Dec. 23.501/33, visto que, expedidas depois deste, teriam essas leis mais recentes revogado a mais antiga, caso fossem conflitantes e não pudessem coexistir. A questão da compatibilidade se punha, em realidade, em relação à correção resultante de contrato.

2.15 Com efeito, vedava o art. 2.º, *in fine*, do Dec. 23.501/33, sob pena de nulidade, em contratos exequíveis no Brasil, “a *estipulação* de pagamento em moeda que não seja a corrente, *pelo seu valor legal*”. Cumpria verificar o alcance dessa expressão final (que inegavelmente consagrava aí o critério nominalista), à luz da afirmação, contida num dos *consideranda* do Decreto, de que esse diploma objetivava “decretar o curso forçado do papel-moeda, como providência de ordem pública”. A adoção ampla da correção monetária, por certo, não autoriza outra conclusão de que, ao menos em nosso Direito, a indexação das obrigações pecuniárias não

interfere com a regra de ordem pública que decretou o curso forçado da moeda corrente, podendo perfeitamente coexistir com ele.

2.16 Vale registrar aqui que o Código Civil italiano vigente contém no art. 1.277 uma expressão semelhante, ao estabelecer que “*i debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale*”. Há aqui também uma referência específica ao princípio nominalístico, que não impede, porém, que as cláusulas corretivas possam existir, convivendo com o curso forçado da moeda. É que o curso forçado relaciona-se com a *função solutória* da moeda nas relações de obrigação, enquanto as cláusulas indexadoras ligam-se à sua *função valorativa*. Como disse Tullio Ascarelli,¹⁰ não se cogita aqui da possibilidade da “derrogação”, ou não, por convenção das partes, de um princípio de ordem pública, posto que a correção monetária apenas “atualiza” o valor nominal da moeda, sem alterá-lo, atuando destarte em campo absolutamente distinto da medida de ordem pública.

2.17 Eis que, em 11.9.69, com o objetivo declarado de “consolidar e alterar” a legislação sobre a moeda de pagamento das obrigações exequíveis no Brasil, foi baixado o Dec.-lei 857, que reedita a norma proibitiva do art. 1.º do Dec. 23.501, mas não reproduz a disposição do art. 2.º desse Decreto, o qual aliás declara expressamente “revogar” (art. 4.º).

2.18 Essa diferença entre os diplomas de 1933 e 1969 tem sido enfatizado por vários exegetas,¹¹ pois da leitura desse Dec. 857 podemos extrair os seguintes elementos informadores:

a) o diploma proíbe o *pagamento* em ouro ou em moeda estrangeira, ou seja, consagra definitivamente a regra do *curso forçado* da moeda corrente;

b) o diploma proíbe também as obrigações que, exequíveis no Brasil, “por alguma forma, restringem ou recusem, nos seus efeitos, o *curso legal* da moeda nacional”;

c) o diploma revoga o dispositivo do art. 2.º do Dec. 23.501, deixando assim de determinar que, nos contratos exequíveis no Brasil, haja a “estipulação de pagamento em moeda que não seja a corrente, pelo seu *valor nominal*”;

d) nos arts. 2.º e 3.º, estabelece o diploma exceções a essas regras, que não se aplicariam aos contratos internacionais, por natureza ou conexão.

2.19 Tendo em vista esses pontos informadores, podemos dizer, à guisa de conclusão, que o Dec. 857/69, banuiu de nosso Direito positivo o princípio do nominalismo monetário, eliminando, outrossim, qualquer barreira que porventura ainda se cogitasse a respeito da licitude da pactuação de cláusulas de indexação, em nosso País. Nesse sentido é Jurisprudência assentada do Supremo Tribunal Federal. Na vigência do Dec.-lei 857, a nossa mais alta Corte reiteradas vezes se pronunciou no sentido que *a correção monetária pode ser pactuada, por força do princípio da autonomia de vontade, e desde que não haja lei que a proíba.*

2.20 De 1969 em diante, foram vários os Acórdãos que legitimaram a prática, já então disseminada, da estipulação da correção monetária nas prestações contratuais, por convenção das partes, independentemente de lei que a permitisse. Leis então advieram, que não tinham por escopo propriamente permitir a adoção da correção monetária por cláusula contratual (pois tal prática já vigorava de maneira pacífica, com o respaldo da Jurisprudência citada, com base no princípio da autonomia de vontade), mas que vieram estabelecer *restrições* à adoção de certos índices valorativos.

3. A evolução da legislação relativa à correção monetária nas obrigações contratuais

3.1 De maneira bastante sumária, cumpre aqui rastrear essa *legislação restritiva*.¹² Em 29.4.75, foi sancionada a Lei 6.205, estabelecendo “a descaracterização do salário mínimo com fator de correção monetária”, atribuindo ao Poder Executivo competência para estabelecer um “sistema especial de atualização monetária”. Em 1977, a Lei 6.423, reconhecendo a legitimidade da correção monetária estatuida por convenção, restringiu-a, só a permitindo com a adoção de um único índice: a variação nominal das ORTN. De maneira indireta, era a prova cabal de que a indexação negocial, em nosso meio, era legítima e não representava uma forma de restrição ou recusa, em seus efeitos, do curso legal da moeda.

3.2 Em 1986, foi implantada uma reforma do sistema monetário nacional, com a substituição do cruzeiro pelo cruzado. Como o objetivo dessa reforma era lograr uma estabilização da moeda do País, os Decs.-leis 2.283 e 2.284, respectivamente de 25 de fevereiro e 10 de março, que a instauraram, proibiram a estipulação do reajuste monetário nos contratos de prazos inferiores a 12 meses, continuando, porém, a admiti-lo nos contratos a prazos superiores, agora vinculado ao valor nominal das OTN. Essa regra seria alterada pelo Dec.-lei 2.290, de 21.11.86, que admitiria, para as “obrigações contratuais” por prazo igual ou superior a 12 meses, “cláusula de revisão livremente pactuada pelas partes, vinculada a índices setoriais de preços ou custos”. Esse Dec.-lei 2.290 seria alterado pelo Dec.-lei 2.322, de 27.2.87, que restabeleceria a OTN como o único índice de reajuste, ressaltando, porém, as vendas de bens para entrega futura, as prestações de serviços contínuos e a rea-

lização de obras, as quais poderiam ter cláusula de reajuste baseada em índices que refletissem a variação de custos, assim como as operações do mercado financeiro e de capitais, que teriam índices determinados pelo Conselho Monetário Nacional.

3.3 Nova reforma monetária (o Plano Verão) se instauraria em princípios de 1989 (através da Medida Provisória 32, convertida na Lei 7.730, de 15 de janeiro), instituindo o cruzado novo e um plano de desindexação da economia, cujo ponto nuclear consistia no congelamento geral de preços, salários e rendimentos, extinguindo-se as OTN. Com essa extinção, considerou-se implicitamente revogada a legislação anterior, ficando desde então as partes livres para pactuarem a indexação de obrigações com base nos índices que quisessem.

3.4 Essa liberdade completa, porém, seria passageira; menos de três meses depois, a Lei 7.738, de 9.3.89, reintroduziria restrições às cláusulas de reajuste monetário, estabelecendo, dentre outras várias regras a respeito, que somente os contratos com prazo superior a 90 dias poderiam conter cláusula de reajuste, de acordo com os parâmetros ali fixados (ou seja, reajuste com base em índices de custos, não vinculados a rendimentos de títulos de dívida pública), só tendo eficácia após o período de congelamento.

3.5 Em 19.4.89 sobreveio a Medida Provisória 48 (reeditada pela Medida Provisória 54, de 22.5.89), que criou o BTN e o instituiu, não como único critério de indexação monetária dos contratos, mas como mais uma alternativa para as partes contratantes. Em 11.5.89, a Medida Provisória 54 expediria normas de ajustamento relativas aos contratos "em execução", cujo objeto fosse o fornecimento de bens para entrega futura, prestação de serviços continuados e a realização de obras, determinando que prevalecessem os índi-

ces que refletissem os custos. Todas essas medidas provisórias foram convertidas na Lei 7.777, de 1.º.6.89.

3.6 Eis que, em 11.7.89, a Lei 7.801 reformularia toda essa sistemática, prescrevendo que os contratos, a partir da publicação do diploma, "poderiam" conter cláusula de reajuste de preços referenciada em BTN, devendo "preferencialmente" tomar por base índices nacionais, setoriais ou regionais, de custos e preços. Ficava, porém, vedada terminantemente a vinculação da cláusula a determinados índices, como os rendimentos produzidos por outros títulos de dívida pública, ou ao salário mínimo. Como se observa, o prisma por que passa a ser vista a questão da correção monetária das obrigações internas volta novamente a ser a da liberdade de contratar, respeitadas apenas as expressas restrições estabelecidas na lei.

3.7 Empossado o novo Governo Federal, em 15.3.90, é dada nova guinada à sistemática para reajuste de preços, pela Medida Provisória 154, transformada na Lei 8.030, de 12.4.90. A partir de então, ficariam "vedados, por tempo indeterminado, quaisquer reajustes de preços, sem a prévia autorização em portaria do Ministro da Fazenda". Repetindo o movimento pendular já apontado no plano de desindexação anterior, menos de um ano depois, haveria nova reviravolta. Em 31.1.91, foram baixadas as Medidas Provisórias 294 e 295, transformadas respectivamente nas Leis 8.177 e 8.178, ambas de 1.º.3.91, que instauraram o chamado Plano Collor II, que, mais uma vez, deu novo e exaustivo tratamento à correção monetária das obrigações internas.

3.8 Com efeito, essa nova legislação restaurou o princípio da liberdade de indexar as obrigações, observadas as restrições especificamente indicadas na lei, quais sejam:

a) Com relação às obrigações em geral, tornou ilícita a cláusula com correção monetária com base em índice de preços, quando se tratasse de contrato com prazo inferior a um ano, autorizando a indexação pela Taxa Referencial-TR ou TRD, no que tangê aos contratos celebrados por prazo superior a noventa dias;

b) No que concerne às obrigações relativas a venda de bens para entrega futura, prestação de serviços continuados e realização de obras, tornou ilícita a correção monetária nos contratos por prazo inferior a um ano baseada em índices que não refletissem variação de custos e preços;

c) No que tange aos contratos de locação residencial, estabeleceu a livre pactuação da indexação, desde que a respectiva cláusula não tivesse determinadas vinculações, regra que seria confirmada pela Lei 8.245, de 18.10.91, que regula as locações urbanas.

3.9 Com esses dispositivos, encerra-se a atribulada evolução legislativa, aqui resenhada, referente às cláusulas contratuais de indexação de obrigações pecuniárias. Como se observa, *a lei brasileira, a não ser em períodos episódicos, nunca deixou de admitir a plena validade das cláusulas valorativas, que não comprometeriam, jamais, o curso legal e forçado da moeda nacional. Estabeleceu apenas, num movimento pendular, ora a liberdade plena, ora a liberdade com restrições tópicas.*

3.10 A legislação — hoje — em vigor continua a admitir a cláusula valorativa, adotando a livre eleição dos índices corretivos, exceção feita a restrições específicas, que expressamente declina. À vista do exposto, põe-se, agora, a indagação a respeito da validade da indexação cambial. Seria legítima (pergunta-se) a cláusula de reajuste monetário, em montante determinável segundo a variação da taxa de conversão de moeda estrangeira? Pondo a questão em

outros termos: a correção cambial reveste-se de uma natureza peculiar que, ao contrário das demais cláusulas de reajuste, comprometeria o curso legal e forçado da moeda nacional?¹³

4. A validade das cláusulas de correção cambial em nosso Direito

4.1 Como dissemos anteriormente, o Dec.-Lei 857/69, ao revés do que sucedia com o Dec. 23.501/33, que consagrava o nominalismo, limitou-se a instaurar no País o curso legal e forçado da moeda nacional, que diz respeito apenas à sua circulação, não contendo nenhum dispositivo assegurando a aceitação do “valor legal” da moeda nacional, de face, constante do título de débito, para fins de pagamento. Em vista disso, as partes, em nosso País, têm o dever de estipular, nos negócios jurídicos, o pagamento em moeda corrente, mas, a não ser que haja expressa proibição da lei, podem livremente atribuir à moeda de curso forçado o valor liberatório que julgarem necessário, por meio de cláusulas de indexação.

4.2 Em suma, a eficácia das cláusulas de indexação nada têm a ver com a questão do curso legal e forçado da moeda nacional. Daí a larga difusão das técnicas de correção monetária, consagradas na legislação, doutrina e jurisprudência brasileiras.

4.3 Se assim é, nenhum motivo existe que impeça se adote a variação da taxa de conversão de moeda estrangeira como índice de correção da prestação pecuniária, desde que o pagamento seja efetuado em moeda corrente do País. Pelas regras do curso legal ou forçado, as cláusulas de indexação pressupõem, sempre, que o pagamento se faça em moeda corrente do País, mas não inibe que a moeda estrangeira funcione como um índice referenciador.¹⁴

4.4 Com efeito, fosse correto o argumento dos que se opõem à legalida-

de da cláusula de correção cambial, por contrária as regras do curso legal e forçado, lícito seria também concluir que toda e qualquer espécie de correção monetária estaria vedada pelas regras do curso legal e forçado da moeda nacional. Pois se essas regras importam em garantir a utilização do valor nominal da moeda nacional como único padrão geral dos valores econômicos, toda forma de correção monetária, e não apenas a cambial, estaria a subtrair da moeda nacional a sua qualidade de padrão valorativo, já que todo sistema corretivo sempre se refere a um índice *diferente*, que não ao seu valor nominal. Consagrada a correção monetária, com os mais diversos índices, em nosso Direito, não há como recusar validade, sob pena de incoerência, à correção monetária com base na variação da taxa de câmbio de uma moeda estrangeira.

4.5 Ademais, a cláusula de indexação cambial se legitima, não porque, como sugere Mann, fazendo uma distinção entre *money of contract* e *money of payment*, a moeda estrangeira estaria *inobligatione*, enquanto a moeda nacional estaria *in solutione*. Como adverte Ascarelli, cabe distinguir as obrigações pecuniárias indexadas em moeda estrangeira, das obrigações de pagamento em moeda estrangeira. Na indexação cambial, a obrigação sequer é ajustada em moeda estrangeira, sendo esta indicada como mero índice para a *solutio*. Na espécie, a moeda corrente está *in obligatione* e *in facultate solutionis*, não interferindo a moeda estrangeira no curso legal forçado da moeda nacional. Daí a sua legitimidade.¹⁵

4.6 Há ainda quem sustente que cabe distinguir as cláusulas indexadoras ditas econômicas (*clauses économiques, Gleitklauseln*), das cláusulas monetárias (*clauses monétaires, Wahrungsklauseln*); aquelas seriam baseadas em índices que refletem a reali-

dade efetiva do contexto econômico do País; estas se limitam a uma referência abstrata a índices monetários, divorciada das circunstâncias concretas que envolvem o negócio. Inscrever-se-iam entre as cláusulas econômicas todas as cláusulas de correção monetária atreladas a índices nacionais; consubstanciaram as cláusulas monetárias a chamada cláusula-ouro e a cláusula de moeda estrangeira. Estas últimas seriam vedadas porque, estranhas às circunstâncias que envolvem a realidade do País, interfeririam no curso legal e forçado da moeda corrente, comprometendo-lhe a função de padrão comum de valores nacionais.¹⁶

4.7 Como se vê, retorna-se aqui à discussão a respeito do conceito de curso legal e forçado da moeda. Ora, o curso legal ou forçado diz respeito apenas à função solutória da moeda nas relações obrigacionais, limitando-se a lhe conferir força liberatória de obrigações pecuniárias, não interferindo na sua função valorativa, como denominador comum de valores econômicos. Por outro lado, na indexação cambial, a moeda estrangeira não se posiciona divorciada das circunstâncias econômicas nacionais, como se alega, mas, pelo contrário, está também profundamente vinculada a estas, na exata medida em que o índice que funciona como indexador é justamente a taxa de conversão vigente no País. Trata-se, enfim, de um valor relativo da moeda nacional, refletindo a sua economia interna.

4.8 Convocado a se pronunciar a respeito, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária realizada em 12.4.73, quando já estava vigente o Dec. 857, mas decidindo à luz do Dec. 23.501/33, vigente ao tempo de emissão da nota promissória (que era a obrigação que consignava o pagamento em cruzeiros, com pacto adjecto determinando a correção de seu valor segundo a variação do dólar norte-americano), se manifes-

tou no sentido de que a noção de curso forçado ou legal da moeda restringia-se à proteção de seu poder liberatório. Vale dizer, não abrangeria a tutela de sua função econômica de reserva de valor. Daí que o acórdão se pronuncia no sentido de que a correção cambial seria válida, na espécie, pois ela não recusa nem restringe o curso legal da moeda corrente.

4.9 Comentando esse Acórdão, enfatiza Luiz Mélega que, proferido por expressiva maioria do Pretório Excelso, “é legítima a presunção de que a matéria está solucionada, no sentido do acolhimento das cláusulas que, sem recusar o poder liberatório da moeda, procurem resguardar o credor contra os efeitos da queda do seu poder aquisitivo”.¹⁷ É verdade, que o STF entendeu que, no caso, se tratava de uma obrigação de natureza cambial, e não uma obrigação derivada de contrato, razão pela qual não se lhe aplicava o art. 2.º do referido Decreto, que estabelecia o princípio nominalista. Mas, paralelamente, examinava também a questão sob o prisma do art. 1.º do Dec. 23.501 — o único que seria reproduzido no Dec.-lei 857 e que está hoje em vigor — que implantava o curso legal e forçado da moeda nacional.

4.10 Encarada, assim, a correção cambial como uma espécie do *genus* correção monetária, cumpre verificar se o ordenamento vigente, relativo a essa matéria, contém algum preceito vedando a estipulação de cláusula de correção cambial nas obrigações pecuniárias internas. Ora, no tocante à correção monetária, o quadro legal é no sentido de que prevalece a plena admissibilidade das cláusulas valorativas, exceção feita a determinados índices, expressamente vedados por lei.

No que tange à correção cambial, podemos dizer também a mesma coisa: não há na legislação vigente nenhum *dispositivo genérico*, proibindo a esti-

pulação de cláusula de reajuste monetário vinculado à variação cambial, mas apenas *impedimentos tópicos e específicos*. Ora, nessas condições, podemos dizer que as exceções, quando as há, confirmam a regra geral. Se a lei estabelece proibições específicas, é porque a regra geral é a da liberdade de indexar com as taxas de variação cambial. Senão, vejamos.

4.11 Em 1969, o Dec.-lei 857 imprimiu caráter definitivo ao curso forçado da moeda nacional, que, por três décadas, desde o Decreto de 1933, era reputado “transitório”. De 1969 até a entrada em vigor da Lei 6.423, de 17.6.77, o ordenamento legal não continha qualquer preceito expresso vedando — nem autorizando — a estipulação de cláusula de indexação cambial, eis que a mesma seria tacitamente vedada, na medida em que esse diploma estabeleceu que somente a variação do valor nominal das ORTN poderia servir de fator de indexação. A primeira referência expressa à “variação cambial” apareceria em dispositivo relacionado com a indexação de obrigações pecuniárias, constante do art. 2.º do Dec.-lei 2.290, de 21.11.86, relativo ao período de congelamento imposto pelo Plano Cruzado. Admitia-se cláusula de revisão de obrigações contratuais por prazo superior a 12 meses com base em preços e custos “que não incluam variação cambial”.

4.12 Ainda em pleno período de congelamento, o art. 1.º, § 2.º do Dec.-lei 2.322, de 26.2.87, veda, sob pena de nulidade, “cláusula de reajuste vinculada a variações cambiais ou do salário mínimo”. Com a entrada em vigor da legislação relativa ao Plano Verão, a disciplina jurídica da correção monetária sofre nova mudança, estabelecendo o art. 3.º da Lei 7.738, de 9.3.89, que a cláusula de correção monetária “não poderá ser vinculada, direta ou indiretamente, a rendimentos da dívida pú-

blica de qualquer natureza, ou a variação cambial, exceto, neste caso, quando se tratar de insumos importados". Esse artigo seria alterado pelo art. 9.º da Lei 7.801, de 11.7.89, que volta a repisar que as cláusulas de reajuste não poderão ser vinculadas "a rendimentos produzidos por outros títulos de dívida pública (que não o BTN), ao salário mínimo ou a variação cambial".

4.13 Ainda dentro desse mesmo tratamento excepcional e restritivo, tivemos a seguir a Lei 8.157, de 3.1.91, que ao tratar dos critérios de indexação das obrigações decorrentes de locações comerciais e não residenciais, veda o reajuste pelos valores "da variação cambial e do salário mínimo". Essa restrição seria mantida na Lei 8.245, de 18.10.91, que, hoje, rege as locações urbanas, e que literalmente veda a vinculação do aluguel "à variação cambial ou ao salário mínimo" (art. 17).

4.14 Era esse o quadro legal sobre assunto, eis que foi editado o Plano Collor II, através das Medidas Provisórias 294 e 295, de 31.1.91, convertidas nas Leis 8.177 e 8.178, de 1.º.3.91, dando novo e amplo tratamento à correção monetária — que é como, presentemente, se encontra disciplinada a matéria, visto que não houve, até o momento, nova legislação sobre a matéria.

4.15 Voltados para uma política de "desindexação da economia", esses diplomas determinaram (i) o congelamento geral para os preços "fixados para pagamento à vista", (ii) criaram novo índice de reajustamento monetário — a Taxa Referencial (TR) — extinguindo "as demais unidades de conta assemelhadas que são atualizadas, direta ou indiretamente, por índices de preços", (iii) fixaram "regras de substituição" para os contratos com cláusulas de reajuste com base nos índices extintos, e, (iv) voltaram a regular, de maneira exhaustiva, para os contratos a prazo,

concluídos posteriormente a essas medidas, a estipulação da correção monetária.

4.16 Como essa legislação instituiu uma sistemática absolutamente nova no tocante ao tema da correção monetária, inclusive extinguindo todas as demais "unidades de conta" existentes (exceção feita à TR, então criada), *ficaram obviamente revogadas, tanto as normas de natureza genérica, quanto exceptivas (tal qual as relativas à correção cambial, de cunho acessório)*, que, até então, formulavam os critérios de validade de correção monetária das obrigações. *Montém-se, aqui, a orientação, que prevaleceu nas leis anteriores, no sentido de que permanece imperativo o princípio da liberdade de indexar, inclusive com o recurso à correção cambial, observadas as restrições indicadas na lei.*

4.17 Inicialmente, cumpre esclarecer que a legislação em tela, na sistemática introduzida relativamente à correção, fez uma distinção preliminar entre os contratos, segundo dois critérios: (i) quanto ao *objeto* da obrigação contratada e (ii) quanto ao *prazo* do contrato. Quanto ao objeto, distingue a lei a generalidade dos contratos daqueles cujo objeto é a venda de bens para entrega futura, a prestação de serviços contínuos, a realização de obras, a venda a prazo com cláusula de correção monetária pós-fixada, e a operação realizada por empresas construtoras ou incorporadoras com adquirentes de imóveis. Quanto ao prazo, a lei distingue os contratos com prazos inferior a um ano, daqueles que ultrapassam esse prazo.

4.18 Lembradas essas premissas, podemos dizer que o quadro normativo da legislação em tela — e ainda vigente — pode ser assim esquematizado:

a) nos contratos em geral com prazo inferior a um ano, a cláusula de correção monetária poderá adotar qualquer

índice de referência, inclusive a taxa referencial (TR e TRD), salvo aquelas vinculadas a índices de preço. Dada essa ampla liberdade, lícito é inferir que, em tais contratos, é válida a adoção da variação cambial como índice;

b) nos contratos em geral com prazo igual ou superior a um ano, é total a liberdade de escolha do índice de reajustamento monetário, sem qualquer exceção, inclusive podendo eleger as cláusulas ancoradas em variações de preços, e, por suposto, na variação do câmbio;

c) dessas regras gerais, excluem-se os *casos especiais* dos contratos de venda de bens para entrega futura, prestação de serviços contínuos ou futuros, para a realização de obrigações, venda a prazo com cláusula de correção monetária pós-fixada e os relativos a operações realizadas por empresas construtoras ou incorporadoras com adquirentes de imóveis (contratos postos em destaque pelo art. 2.º da Lei 8.178/91), cuja correção monetária é regida por normas próprias;

d) nesses casos específicos, prevalece duplo regime: (i) quando celebrados por prazo ou período de repactuação inferior a um ano, a indexação só poderá ser feita com base em índices que reflitam a variação do custo de produção, ou do preço dos insumos utilizados, até a efetiva entrega do bem ou prestação do serviço, hipótese em que a variação cambial somente poderá ser admitida quando refletida na média em que o custo de produção ou dos insumos for incorrido em moeda estrangeira; (ii) quando pactuado por prazo igual ou superior a um ano, não há nenhuma restrição da lei, pelo que é lícita a estipulação da cláusula com qualquer índice de reajuste, inclusive adotando como índice a variação da taxa de câmbio.

4.19 Dessas regras, excluem-se, ainda, os casos especiais dos contratos re-

gidos por normas próprias de correção monetária, baixadas após essa legislação, como a já citada Lei 8.245, de 18.10.91, disciplinadora das locações urbanas, a qual, consagrando a liberdade na convenção do aluguel, veda a sua vinculação “à variação cambial ou ao salário mínimo”.

4.20 É óbvio, outrossim, que, na hipótese de os contratos serem a prazo indeterminado, à míngua de qualquer disposição legal restritiva, prevalece o princípio da total liberdade de indexar, podendo ser pactuada a valorização da obrigação com base na variação cambial.

NOTAS

1. A doutrina econômica identifica três funções da moeda na economia contemporânea: é instrumento geral de troca, instrumento de conservação ou reserva de valor e unidade de conta (cf., José Lins Bulhões Pedreira, *Finanças e Demonstrações Financeiras da Companhia*, Rio, 1969, pp. 35-37). Sob o ponto de vista jurídico, essas funções são identificadas pelas expressões meio de pagamento, instrumento de capitalização de valores patrimoniais e medida de valor (cf., Bruno Inzitari, v. VI, “La Moneta” in *Trattato di Diritto Commerciale*, Pádua, 1983, pp. 4-5).

2. Ao Estado cabe declarar o que é e o que não é moeda, determinando aquilo a que ela dá direito em virtude da lei. Inscreve-se assim na chamada “soberania monetária” a atribuição à moeda da *Geltung*, isto é, da eficácia liberatória, que é o reconhecimento pelo Estado da capacidade da moeda eleita como moeda legal de extinguir obrigações. É essa atribuição que significa dar à moeda curso legal (cf., Eugénio Guðin, *Princípios de Economia Monetária*, 3.ª ed., Rio, 1954, v. I, p. 25). O Código Civil italiano acolhe esse princípio, ao dizer em seu art. 1.277 que “i debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento”. A mesma vinculação do conceito de curso legal com o efeito liberatório aparece no § 244 do BGB alemão e no art. 84 da OR suíço.

3. Na vigência dos sistemas de padrão metálico, a instituição do curso forçado significava, antes de mais nada, a inconvertibilidade da moeda nacional. (Cf., Arthur Nussbaum, *Derecho Monetario Nacional e Internacional*, trad. esp., B. Aires, 1954, p. 78.

Hoje, ele expressa a exclusividade da moeda corrente do País, como meio de pagamento de obrigações de qualquer espécie). (Cf., Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v. II, Rio, 1962, p. 42. F. A. Mann, no seu *The Legal Aspect of Money*, Oxford, 4.ª ed., 1986, pp. 41-42, assinala a propósito do assunto que "since in modern times legal tender is everywhere inconvertible (or irredeemable) in the sense discussed above, it constitutes what has been called forced issue or compulsory tender or fiat money".

4. Cf., Jean-Paul Doucet, *L'Indexation*, Paris, 1965; Arthur Nussbaum, ob. cit., a partir da seção 14, sobre os processos de "valoração" dos créditos, p. 293 e ss.; F. A. Mann, ob. cit., Cap. VI, sobre os "methods of excluding the effects of nominalism", p. 136 e ss.

5. Cf., Gilberto de Ulhôa Canto, "A Correção Monetária e o Poder Liberatório do Cruzeiro", in *A Correção Monetária no Direito Brasileiro*, S. Paulo, 1983, p. 1 e ss.

6. Cf., Adolfo di Majo, verbete "Obbligazioni pecuniarie", seção III, "Nominalismo e valorismo", in *Enciclopedia del Diritto*, v. XXIX, 1979, p. 246 e ss.

7. Cf., Julian Chacel, Mário Henrique Simonsen e Arnoldo Wald, *A Correção Monetária*, Rio, 1970, p. 22 e ss.

8. Essa distinção entre os dois artigos do Dec.-lei 23.501 foi argumentamente detectada por Mauro Brandão Lopes in *Cambial em Moeda Estrangeira*, S. Paulo, 1978, p. 33 e ss.

9. Vide, Arnoldo Wald, "A Correção Monetária na Jurisprudência do STF", in *RT* 524/33. Depois de referir que durante anos predominou no Supremo Tribunal Federal o princípio da reserva legal, segundo o qual a correção monetária só seria admissível quando legalmente prevista, assim se pronunciava o festejado Autor: "Na realidade, a regra foi aos poucos sendo complementada. Reconheceram os Acórdãos a validade da correção monetária convencional sempre que não fosse expressamente vedada por lei de ordem pública, e, conseqüentemente, diversas decisões consagraram a validade da correção nas vendas e promessas de venda de imóveis, mesmo quando não enquadradas no sistema do BNH. Por outro lado, o STF foi, aos poucos, admitindo a teoria das dívidas de valor, considerando que elas estariam sujeitas ao reajustamento de acordo com as variações do poder aquisitivo da moeda, pois nelas se devia não um "quantum" determinado mas, sim, um "quid". Podemos afirmar que, em 1974, o

Supremo tinha firmado a sua posição no tocante à correção monetária, considerando-a válida: a) quando legalmente prevista; b) quando decorrente de acordo das partes, não havendo lei impeditiva; e c) quando aplicada nas dívidas de valor, só incidindo na indenização de danos pessoais".

10. Cf., *Obbligazioni Pecuniarie*, Bolonha-Roma, 1962, p. 248.

11. Mauro Brandão Lopes, ob. e loc. cit.; Gilberto de Ulhôa Canto, ob. cit., p. 7.

12. Cf., Arnoldo Wald, "A Evolução da Correção Monetária na "Era da Incerteza", in *A Correção Monetária no Direito Brasileiro*, ob. cit., p. 9 e ss. Na vigência da Lei 6.423/77, sustentei que a expressão "correção monetária" compreendia qualquer modalidade de atualização monetária, inclusive a indexação cambial, e, posto que o "único" referencial admitido por aquela lei era o valor nominal da ORTN, me parecia que a indexação cambial também estava vedada (cf., Parecer de 9.1.83, citado na Ap. Cível 89.919-1-SP, in *RT* 529/27).

13. Escrevendo ainda sob o império do Decreto de 1933, Paulo Barbosa de Campos Filho, num dos três estudos que compõem o seu magnífico *Obrigações de Pagamento em Dinheiro*, S. Paulo, 1971, colocava a pergunta em seus termos: "Seria de se indagar, enfim, se as revalorizações de prestações pecuniárias, autorizadas ou decretadas pelos poderes públicos com o objetivo de atenuar as injustiças e desequilíbrios resultantes da estrita aplicação do princípio nominalístico, não seriam, elas próprias, contrárias àqueloutro princípio, não menos respeitável e imperativo, do curso forçado da moeda fiduciária".

14. Cf., F. A. Mann, ob. cit., Seção II, Cap. VI, "The gold clause", p. 140 e ss.

15. F. A. Mann, ob. cit., pp. 200-201; Tullio Ascarelli, ob. cit., p. 223 e ss.

16. Cf., J. P. Doucet, ob. cit., p. 80. Na França, vigora essa distinção entre *indexation interne* e *indexation externe*, "sans rapport économique avec la cause du contrat". B. Inzitari, na ob. cit. (p. 147), aborda a questão: "Si parlò, a questo proposito, di ammissibilità della *indexation interne*, cioè di indicizzazione strettamente collegata e giustificata in relazione all'attività economica dalle parti (legame tra causa del contratto, scelta del prezzo di riferimento ecc.), contrapponendola a quei casi di indicizzazione più oggettiva". É mais ou menos nessa linha, a crítica de Alberto Xavier à interpretação

dada pelo Prof. Mauro Brandão Lopes ao Dec-lei 857/69, que teria repudiado o nominalismo no Direito brasileiro. A seu ver, o Prof. Brandão Lopes teria adotado um conceito indevidamente restritivo de "curso legal" da moeda, identificando-o com o poder liberatório, esquecendo que ele também abrange a outra função da moeda, que seria a de medida geral de valores. que a

lei objetiva também proteger (cf., *Direito Tributário e Empresarial*, Rio, Forense, 1982, p. 429 e ss.). Na realidade, segundo opinião universalmente aceita, curso legal diz respeito única e exclusivamente ao poder liberatório da moeda. A função da moeda como unidade de medida de valor não resulta do curso legal.

17. Cf., *RDM* 11/80, nova série, 1973.

DOCTRINA

ADMINISTRAÇÃO DE CARTÃO DE CRÉDITO CONSTITUI ATIVIDADE PRIVATIVA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA?

NELSON EIZIRIK

Examinaremos, no presente estudo, questão que vem sendo objeto de intensas discussões, inclusive na esfera judicial, referente à eventual caracterização da atividade de administração de cartão de crédito como sendo privativa de instituições financeiras.

Tendo em vista uma análise sistemática da matéria, procederemos à sua exposição na seguinte ordem: 1. conceito de intermediação financeira; 2. caracterização legal da instituição financeira; 3. delineamento jurídico do cartão de crédito; 4. aplicação dos princípios que regem a intermediação financeira à administração de cartões de crédito; 5. autorização do Banco Central para o exercício da administração de cartões de crédito; 6. conclusões.

I — A Intermediação Financeira

O significado da intermediação financeira pode ser analisado com base em dois conceitos essenciais da teoria econômica: poupança e investimento. A partir de sua adequada compreensão é que poderemos visualizar a função dos intermediários financeiros na economia, assim como os objetivos jurídicos da sua disciplina.

O exemplo clássico que permite o imediato entendimento dos conceitos de poupança e investimento é o da chamada *economia de Robison Crusóé*.¹ Imaginemos que Crusóé, sobrevivente de um naufrágio e habitante de uma

ilha deserta, alimentava-se do produto de sua pescaria diária. Após algum tempo, decide que poderia fabricar uma rede de pescar, com o que aumentaria a sua produção e trabalharia menos. Porém, para ter um dia inteiro dedicado à fabricação da rede, deveria, num dia qualquer, diminuir o seu consumo diário de peixe, de tal sorte que lhe servisse, a quantidade pescada, para o alimento por dois dias. O primeiro ato, de abstenção de consumo, constitui um ato de *poupança*. Assim, a poupança é definida como a parte da produção não consumida. Já o segundo ato, de utilização dos recursos poupados para a produção de um bem de capital (a rede de pescar) constitui tipicamente um ato de *investimento*.

Na economia primitiva de Crusóé, as figuras de poupador e investidor concentram-se na mesma pessoa, a qual tem, ademais, perfeitamente ajustados os volumes desejados de poupança e investimento.

Já na moderna economia de mercado, ao contrário, há uma multiplicidade de poupadores e investidores (governo, empresas, famílias, etc.), com intenções diferenciadas de investimento e poupança. Tais agentes econômicos podem ser classificados, no que se refere ao processo de poupança-investimento, em duas categorias: os agentes econômicos *deficitários*, que são aqueles cujas pretensões de investimento superam a capacidade de geração de poupança; e

os *superavitários*, cuja poupança é superior à necessidade de investimento.

O sistema financeiro tem como função básica prover os canais adequados mediante os quais os agentes econômicos deficitários obtêm os recursos necessários aos seus projetos de investimento e os agentes econômicos superavitários aplicam as suas poupanças. Assim, a intermediação financeira tem como objeto, basicamente, *interligar os agentes econômicos*, de tal sorte que aqueles que têm fundos disponíveis, ou seja, os superavitários, possam aplicar suas poupanças em ativos financeiros emitidos pelos agentes econômicos que necessitem de tais fundos. As instituições financeiras, portanto, servem como intermediárias entre as unidades econômicas superavitárias, captando sua poupança, e as unidades deficitárias, emprestando-lhes os recursos captados.²

A intermediação financeira desenvolve-se por meio da captação *habitual* de recursos do público, para seu posterior empréstimo aos agentes econômicos que deles necessitem para o financiamento de seus projetos de investimento. Assim, as instituições financeiras atuam como verdadeiros *intermediários do crédito*, captando e colocando recursos financeiros junto ao público.

Do ponto de vista estritamente formal, as instituições financeiras atuam como se os recursos emprestados ao público fossem recursos próprios; tal se dá porque elas agem, em cada operação de captação ou aplicação de recursos financeiros, *em nome próprio*. Na realidade, verifica-se que os recursos emprestados pela instituição financeira foram previamente captados, para a finalidade de repassá-los ao público. Assim, o intermediário financeiro constitui um tipo especial de empresário, que capta recursos do público, deles se apropria como se fossem próprios, para o fim de transferi-los aos agentes eco-

nômicos que deles necessitam, mediante operações de empréstimo.

Quando alguém financia outrem com recursos próprios, ou com passivos bancários, não está praticando ato de intermediação financeira, mas simples aplicação. Se a fonte de recursos é o público, indiscriminadamente, aí sim podemos cogitar de *intermediação financeira*, ou seja, de atividade de intermediação entre a oferta e a demanda de recursos financeiros. Assim, conforme refere a doutrina, o intermediário financeiro é um tipo de empresário que demanda recursos do público, para depois emprestá-los ao público.³

II — O conceito de Instituição Financeira

O conceito legal de instituição financeira foi sendo elaborado, na generalidade dos países, tendo em vista a sua função econômica de intermediação financeira, conforme acima analisado.

Pode-se considerar que a caracterização jurídica da intermediação financeira verifica-se em função de três elementos básicos:

a) A ocorrência de *intermediação*, que supõe o dar e receber recursos financeiros, porém atuando, o intermediário, como credor e devedor, ou seja, o intermediário capta o dinheiro alheio e o *vende*, com juros, assumindo diretamente o risco do negócio;

b) A participação na *cadeia obrigacional*, de tal sorte que não haverá intermediação financeira se o intermediário não é devedor de quem lhe entregou o dinheiro e credor daquele para quem emprestou;

c) A *interposição no crédito*, de tal sorte que o objeto da instituição financeira é constituído precisamente pela *negociação do crédito*, meramente o tomar o dinheiro ou emprestá-lo não é atividade típica e privativa de institui-

ção financeira; pode-se dizer, então, que o intermediário financeiro é aquele que recebe o dinheiro para o fim de emprestá-lo com juros.

Além dos elementos acima, a caracterização legal da instituição financeira não pode prescindir dos elementos de *habitualidade e profissionalidade*. A *habitualidade* significa a repetição de atos da mesma espécie, de forma constante e permanente. A *profissionalidade* implica na atividade especializada e dirigida a uma finalidade determinada, necessariamente lucrativa, desempenhada de forma pública e notória.

A instituição financeira, assim, pratica habitualmente os atos de intermediação financeira, de maneira profissional, sendo notórios e exteriorizados tais atos de intermediação financeira.

Conforme refere a doutrina, a realização de operações de intermediação financeira *sem* as características de habitualidade e profissionalidade *não* transforma o agente em instituição financeira, para os efeitos da lei, sendo portanto desnecessária a prévia autorização do Poder Executivo para o seu funcionamento.⁴

Em nosso sistema legal, a Lei 4.595/64, em seu art. 17, considerou como instituições financeiras “as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.” O parágrafo único do art. 17 equipara às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas no *caput* do artigo, de forma permanente ou eventual.

Nos termos do art. 1.º da Lei 7.492/86, que trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional, é considerada instituição financeira “a pessoa

jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários”.

O parágrafo único do art. 1.º da Lei 7.492/86 equipara à instituição financeira: “I — a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança ou recursos de terceiros; II — a pessoa natural que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual”.

A doutrina sempre criticou o caráter excessivamente amplo dos conceitos de instituição financeira estabelecidos nas disposições legais acima transcritas. Com efeito, se interpretado literalmente o art. 17 da Lei 4.595/64, poderia ser considerada instituição financeira qualquer pessoa que aplicasse até mesmo *recursos próprios*, o que seria um evidente absurdo jurídico. Da mesma forma, interpretação literal do art. 1.º, parágrafo único, II, da Lei 7.492/86, levaria à conclusão de que constitui instituição financeira a pessoa que, de forma eventual, aplica recursos de terceiros (como pode ocorrer com o mandatário com poderes para realizar um investimento em nome do mandante).

O entendimento consensual, na matéria, é o seguinte: o que caracteriza a instituição financeira é o desenvolvimento *cumulativo* das atividades de *coleta, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros*. Ou seja, o mero empréstimo *sem* a prévia coleta ou intermediação não configura intermediação financeira, não caracterizando, assim, atividade que seja privativa de instituição financeira.⁵

A propósito, já tivemos o ensejo de sugerir corrigenda doutrinária ao art. 17 da Lei 4.595/64, substituindo-se a conjunção alternativa *ou* constante da frase *coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros* pela conjunção aditiva *e*, de sorte a assegurar a única interpretação juridicamente razoável do referido dispositivo. Assim, devem ser consideradas instituições financeiras aquelas pessoas que se dedicam *cumulativamente* às atividades de coleta, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros.⁶

A interpretação do Banco Central sempre foi no mesmo sentido, entendendo o seu Departamento Jurídico que “o empréstimo de dinheiro entre particulares utilizando-se o empregador de recursos próprios *não* constitui atividade privativa dos Bancos e instituições similares”.⁷

Ademais, requer-se que as atividades de captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros sejam exercidas *com habitualidade e profissionalmente* para que se caracterize a atuação privativa da instituição financeira. Nesse sentido, vale notar que o art. 119 do CCom. estabelece que “são considerados banqueiros os comerciantes que têm por profissão habitual do seu comércio as operações chamadas de Bancos”. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que “o comércio bancário não se estabelece pelo só fato de alguém efetuar alguns negócios de Banco, com o desconto de títulos”.⁸

Assim, a despeito das imprecisões terminológicas das Leis 4.595/64 e 7.492/86, devem ser consideradas instituições financeiras, em nosso sistema jurídico, as pessoas que se dedicam profissionalmente e com habitualidade às atividades de captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros.

O que caracteriza a instituição financeira é que sua atividade está voltada, direta ou indiretamente, para a negociação do crédito, ou seja, para o desenvolvimento de negócios típicos de intermediação financeira. Equiparam-se à instituição financeira, para os efeitos da Lei, as pessoas que desenvolvem atividades acessórias à intermediação financeira ou que importem em captação da poupança popular (distribuição, intermediação, negociação e custódia de títulos e valores mobiliários).⁹

III — O Cartão de Crédito

Os cartões de crédito surgiram, em suas diversas modalidades, como uma notável evolução na prática das relações de troca e de consumo.

Com efeito, se a passagem da economia de escambo para a economia monetária constituiu uma verdadeira revolução nas relações comerciais, não menos revolucionária é a tendência, hoje verificada, da substituição gradativa da moeda, e mesmo do cheque, pelo cartão de crédito, como autêntico *meio de pagamento*. Se com a introdução do cheque passamos à economia da sociedade sem papel-moeda (*cashless society*), com os cartões de crédito ingressamos na chamada era da *chekless society*.

Os cartões de crédito conferem maior segurança às relações de consumo, tanto para o seu titular como para os comerciantes, minimizando os riscos decorrentes da utilização do papel-moeda e de falsificações de cheques.

Ademais, na economia contemporânea, marcada pela crescente globalização, com a gradual eliminação de fronteiras nas relações de comércio, servem os cartões de crédito como meio de pagamento em âmbito internacional, substituindo, gradativamente, as moedas nacionais nas relações de consumo.

Assim, o cartão de crédito é tido, internacionalmente, como um autêntico *passaport de solvabilité*, assegurando ao seu titular o acesso imediato aos bens e serviços desejados.

Juridicamente, o cartão de crédito constitui um *documento de legitimação*,¹⁰ assegurando ao seu titular a possibilidade de utilizá-lo como *meio de pagamento* de bens e serviços. Os direitos exercidos por intermédio do cartão encontram-se disciplinados em instrumento contratual dele apartado, firmado entre a emissora e o titular do cartão.

Na prática internacional, os cartões de crédito podem ser emitidos:

a) por instituições financeiras bancárias;

b) por empresas industriais e comerciais; e

c) por emissoras *especializadas*, que prestam os serviços de administração do cartão.

Existem usualmente no mercado duas modalidades de cartões de crédito:

a) o cartão de crédito, propriamente dito, que concede ao seu titular a opção de financiar os seus gastos mediante a utilização do chamado *crédito rotativo*, e no qual a escolha pelo financiamento é exercida pelo titular no momento em que deve pagar a fatura do cartão; e

b) o *cartão de compra*, que não concede ao seu titular a opção de financiar seus gastos, de tal sorte que a fatura deve ser integralmente quitada no vencimento.

No caso do cartão de crédito emitido por empresa especializada na administração do cartão (e que não é instituição financeira), a praxe do mercado levou à existência de três modalidades de contratos distintos, que operam em simetria:

a) o primeiro, firmado entre a emissora do cartão e cada estabelecimento industrial e comercial componente de

rede afiliada, pelo qual o estabelecimento aceita o cartão como meio de pagamento e a emissora assume a obrigação de pagar os débitos do titular do cartão contraídos com a aquisição de bens ou serviços;

b) o segundo, que tem a natureza de contrato inominado, *misto de prestação de serviços e de garantia de pagamento*, pactuado entre a emissora e o titular do cartão;¹¹ e

c) o terceiro, convenção entre o titular e a instituição bancária responsável pela abertura de crédito, na hipótese de o titular optar pelo financiamento de suas compras, no qual a emissora figura usualmente como interveniente avalista do titular.

Os cartões emitidos por empresas especializadas normalmente não constituem cartões de crédito, propriamente ditos, mas sim *cartões de compra*. Em geral, tais contratos estabelecem que o pagamento das despesas realizadas pelo titular deve ser realizado, *em sua totalidade*, na data do vencimento, indicada no extrato de despesas.

No caso, a emissora, na realidade, *não financia as compras efetuadas pelo titular do cartão*. Com efeito, o titular, a seu critério, pode optar pelo pagamento das despesas na data do vencimento *ou* pelo seu financiamento, por uma instituição bancária, às taxas de juros vigentes no mercado financeiro. Na hipótese de financiamento, a emissora garante o pagamento, como avalista, cobrando uma remuneração pela garantia prestada.

Daí o reconhecimento, em nosso sistema jurídico, de que não há, na relação obrigacional existente entre a emissora e o titular do cartão, *contrato de financiamento*, mas contrato misto, *de prestação de serviços e de garantia* do pagamento dos bens ou serviços adquiridos por parte do titular.

IV — Intermediação financeira e administração de Cartão de Crédito

Conforme pode ser deduzido da análise até aqui desenvolvida, a atividade desempenhada pela emissora de cartão de crédito não apresenta nenhuma característica que a aproxime da intermediação financeira.

Tal como anteriormente analisado, a função econômica essencial do intermediário financeiro é a de interligar os agentes econômicos que necessitam de recursos para seus investimentos com os agentes econômicos que dispõem de tais recursos, sob a forma de poupança, ou seja, fazer com que fluam para as unidades econômicas deficitárias os recursos das unidades superavitárias.

A empresa administradora do cartão de crédito presta apenas o serviço de facilitar, ao consumidor, o acesso aos bens e serviços desejados; não realiza, com efeito nenhum tipo de intermediação financeira, não praticando qualquer atividade de aproximar poupador de investidor.

Não se identifica, na atuação da empresa emissora de cartão de crédito, qualquer modalidade de captação de recursos junto ao público, muito menos de aplicação de recursos de terceiros; não realiza ela, de forma principal ou acessória, qualquer ato de *negociação de crédito*, que constitui, conforme refere a doutrina, o elemento básico na caracterização legal da instituição financeira.¹²

Na relação mantida entre a emissora e o titular do cartão inexistem quaisquer elementos caracterizadores da intermediação financeira; não é ela quem lhe dá o crédito, mas sim uma instituição bancária; e o que ela lhe cobra é a título única e exclusivamente de *garantia* por aval efetivamente prestado.

Não se pode igualmente cogitar de qualquer modalidade de intermediação financeira na relação mantida entre a emissora do cartão e os estabelecimentos conveniados. Usualmente, a emissora paga ao estabelecimento conveniado (ou *afiliado*) as importâncias indicadas nas Notas de Despesas relativas aos bens por ele vendidos aos titulares do cartão, nos prazos convencionados. O estabelecimento pode solicitar o recebimento antecipado de seu crédito, caso em que o pagamento é feito com desconto. Tal desconto constitui praxe usual no mercado, que evidentemente não se confunde com o desconto bancário de duplicatas, esta sim operação privativa de instituição financeira, mesmo porque simplesmente não há, no caso, qualquer emissão de duplicatas.

Assim, não temos dúvida em afirmar que as atividades desenvolvidas por empresa especializada, emissora e administradora de cartões de crédito, não se confundem com aquelas desenvolvidas pelas instituições financeiras.

Nesse sentido, aliás, a doutrina vem ressaltando que a atividade desenvolvida pela empresa emissora do cartão de crédito *não* pode ser confundida com a da instituição financeira; a norma do art. 1.º da Lei 7.492/86 fala em *intermediação de recursos financeiros de terceiros*, que consistiria em tomar recursos do público em seu próprio nome e repassá-los; o que faz a emissora do cartão de crédito é apenas procurar, como mandatária, financiamento junto à instituição bancária, caso o titular opte pelo financiamento de suas compras, intervindo em tal mútuo como garantidora, e cobrando pela fiança, o que não constitui atividade própria de instituição financeira. Inexiste, portanto, quer a captação, quer a intermedia-

ção de recursos de terceiros, pois a empresa emissora de cartão de crédito não recebe recursos de Bancos ou os toma para emprestá-los a seus clientes.¹³

Há igualmente decisão judicial de primeira instância consagrando o mesmo entendimento. Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo para dissolução judicial da American Express do Brasil S/A, por entender o autor que a ré atua como instituição financeira, sem estar para tal autorizada pelo Banco Central (Proc. 1.133/92, na 39.ª Vara Cível da Comarca da Capital do Estado de São Paulo). Em sua bem fundamentada sentença, entendeu o ilustre Magistrado que a empresa emissora de cartão de crédito não pratica operações de desconto bancário, nem se configura, em suas atividades, a prática de intermediação financeira, daí decorrendo que sua atuação é lícita e não depende de qualquer autorização especial do Banco Central.

V — Inexistência de autorização do Banco Central

Nos termos do art. 192, I, da CF, o sistema financeiro nacional será regulado por lei complementar, a qual deverá dispor, inclusive, sobre a *autorização para o funcionamento das instituições financeiras*, devendo caracterizar-se, tal autorização, nos termos do § 1.º do mesmo artigo, pela sua inegociabilidade e intransferibilidade.

Enquanto não promulgada a lei complementar sobre o sistema financeiro, permanece em vigor a Lei 4.595/64, cujo art. 10, IX, *a*, dispõe que compete *privativamente* ao Banco Central a competência para conceder autorização às instituições financeiras a fim de que possam funcionar no País.

A autorização para o funcionamento das instituições financeiras obedece às normas estatuidas pelo Conselho Monetário Nacional (Lei 4.595/64, art. 4.º, VIII), que pode, inclusive, determinar ao Banco Central que recuse autorização para o funcionamento de novas instituições financeiras "... em função de conveniência de ordem geral" (art. 4.º, § 1.º). Mediante regulamentação administrativa, o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central foram estabelecendo quais os requisitos que as instituições financeiras deveriam atender para obterem a indispensável autorização de funcionamento.

Na realidade, a instituição financeira nasce, como tal, a partir da autorização administrativa, para obtê-la, deve obedecer às normas do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central, relativas a capital; capacidade técnica e idoneidade de seus administradores; cláusulas que devem obrigatoriamente constar em seus estatutos, notadamente no que se refere ao objeto social. Na realidade, o objeto social das instituições financeiras é minuciosamente regulamentado, estabelecendo as normas administrativas expressamente quais são as operações ativas e passivas que elas podem praticar.

Nos termos do art. 16 da Lei 7.492/86, é tida como delituosa a conduta de quem faz operar "...sem a *devida* autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio".

Cogitou-se, entre nós, de enquadrar a atuação das emissoras especializadas de cartão de crédito no art. 16 da Lei 7.492, posto que estariam atuando como instituições financeiras, *sem* a *devida* autorização do Banco Central do Brasil.¹⁴

Trata-se, a nosso ver, de interpretação inteiramente equivocada do regime legal das instituições financeiras, além de reveladora do total desconhecimento da atuação e funcionamento das empresas administradoras de cartão de crédito.

O Banco Central classifica as instituições financeiras em três categorias:

a) instituições financeiras *strictu sensu*, que são aquelas a que se refere o art. 17 da Lei 4.595/64, nelas compreendidas: os Bancos comerciais; os Bancos de investimento; os Bancos de desenvolvimento; as caixas econômicas; as sociedades de crédito, financiamento e investimento; as cooperativas de crédito; as sociedades de crédito imobiliário; as associações de poupança e empréstimo; e as companhias de investimento;

b) instituições financeiras *por equiparação legal*, que seriam as pessoas físicas equiparadas às instituições financeiras *strictu sensu*; e

c) instituições financeiras *por extensão legal*, categoria na qual se incluiriam as sociedades corretoras e as sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários.

O Banco Central jamais cogitou de incluir as emissoras de cartão de crédito em qualquer das categorias acima. Ademais, a Circular 2.044/91, do Banco Central, é explícita ao vedar, às empresas administradoras de cartões de crédito, a concessão de financiamento direto aos titulares, por ser *atividade privativa de instituições financeiras*.

Para as autoridades reguladoras do sistema financeiro nacional, a emissora de cartão de crédito *não é instituição financeira*. Logo, não se pode cogitar da *devida autorização* de que cuida o art. 16 da Lei 7.492/86. Com efeito, se a emissora do cartão de crédito não atua como instituição financeira, não é *devida* a autorização; ainda que, academi-

micamente, como tal fosse considerada, não lograria obter a autorização do Banco Central, que não a considera incluída na categoria de instituição financeira.

O entendimento do Banco Central, a propósito, é absolutamente cristalino, entendendo a autoridade reguladora do sistema financeiro que:

“Vigora no seio deste Banco Central o entendimento de que a atividade financeira, tal como concebida nos arts. 17 e 18 da Lei 4.595/64 e art. 1.º da Lei 7.492/86, exige que a captação, intermediação ou aplicação de recursos a que aludem tais dispositivos implique intromissão especulativa nos mercados financeiros e de capitais, isto é, exploração do dinheiro como mercadoria, visando a obtenção de lucro.

Sob esses parâmetros atua a fiscalização desta Autarquia, em relação às pessoas físicas e jurídicas que, sem prévia autorização, se dedicam a essa prática, afastando-as dos mercados sob seu controle e aplicando-lhes as penalidades previstas (Lei 4.595/64, art. 44, § 7.º).

As administradoras de cartão de crédito, dada a diversidade de objetos sociais, não se amoldam à definição de instituição financeira, não dependendo, por isso, de autorização do Banco Central para funcionar, nem estão sujeitas a regular fiscalização, até por falta de previsão legal nesse sentido” (Ofício DINOR 0297/92, de 8.4.92).

Assim, somente será cabível a autorização para funcionamento como instituição financeira das emissoras de cartão de crédito caso a lei complementar sobre sistema financeiro que vier a ser promulgada considerá-las incluídas em tal categoria. Ou então caso o Conselho Monetário Nacional, mediante Resolução, enquadrar as emissoras de cartão de crédito na categoria de instituições financeiras, estabelecendo os re-

quisitos para a obtenção da autorização, referentes a capital, idoneidade e qualificação dos administradores, objeto social, e operações permitidas e vedadas.

VI — Conclusões

Face à análise até aqui desenvolvida, podemos concluir que:

1. A instituição financeira é aquela empresa que se dedica essencialmente às atividades de intermediação financeira, que se caracterizam pela interligação entre os agentes econômicos que necessitam de recursos e os agentes que deles dispõem, exercidas, tais atividades, de forma habitual e profissional;

2. As empresas emissoras de cartões de crédito não praticam atos de intermediação financeira; não se vislumbra, no exercício de suas atividades, atos que se possam qualificar como privativos de instituições financeiras.

3. Não desenvolvendo atividades de intermediação financeira e não estando enquadradas no conceito legal de instituição financeira, as emissoras de cartões de crédito não necessitam de autorização do Banco Central para funcionamento.

4. Não sendo necessária a autorização do Banco Central, o qual, aliás, não considera a emissora de cartão de crédito instituição financeira, é evidente que não se pode cogitar da aplicação, no caso, do disposto no art. 16 da Lei 7.492/86, que considera crime a conduta de quem atua como instituição financeira sem a devida autorização da autoridade administrativa.

NOTAS

1. Murray Polakoff, *Financial Institutions and Market*, Boston, 1970, pp. 3-20.

2. João Régis Ricardo dos Santos, "Poupança, Investimento e Intermediação Financeira: Conceitos Básicos", in *Introdução ao Mercado de Capitais*, coordenado por Hélio Portocarrero de Castro, Rio, IBMEC, 1980, pp. 16 e ss.

3. José N. Recio e Julio A. Viller, *El Banco Central y la Intermediación Financiera*, B. Aires, Depalma, 1980, p. 10.

4. Juan Pablo Cajarville, "Intermediação Financeira e Regime Jurídico", in *RDP* 89/229.

5. Augusto de Athayde, *Estudos de Direito Econômico e de Direito Bancário*, Rio, Ed. Liber Juris, 1983, p. 138 e ss.; Liane Maia Simoni, "O Regime Jurídico da responsabilidade dos administradores de Instituições Financeiras", *RDM* 44/31 e ss.

6. Cf. o nosso *O Papel do Estado na Regulação do Mercado de Capitais*, Rio, IBMEC, 1977, pp. 114 e 115.

7. Cf., Parecer do então Chefe do Departamento Jurídico do Banco Central, Dr. Wilson do Egito Coelho, in *Revista da OAB/RJ*, v. 2.º, n. 4, 1970.

8. *RF* XCVI/71.

9. Cf. o nosso *Aspectos Modernos do Direito Societário*, Rio, Ed. Renovar, 1992, p. 25.

10. Waldírio Bulgarelli, "A Regulamentação dos Cartões de Crédito", *RDM* 19/59.

11. J. A. Penalva Santos, "Cartão de Crédito: natureza jurídica — Contrato de sua emissão — Constituição de obrigação cambiária por meio de mandato — Abuso na emissão de título ou na constituição resultante deste contrato", in *Arquivos do TARI*, 9/27.

12. Fábio Konder Comparato, *RDM* 12/96, seção de Jurisprudência.

13. Miguel Reale Júnior, "Credicard e Instituição Financeira?" in *Direito Penal Aplicado*, v. 3.º, S. Paulo, Ed. RT, 1992, p. 9 e ss.

14. Cf., denúncias oferecidas pelo Ministério Público Federal nas 1.ª e 3.ª Varas da Justiça Federal de São Paulo contra administradores de empresas emissoras de cartões de crédito.

O CONTRATO DE VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS

EDUARDO GREBLER *

1. Introdução

O exame dos aspectos jurídicos do contrato internacional de compra e venda de mercadorias não pode, atualmente, desconsiderar a existência da Lei Uniforme sobre a Venda Internacional de Mercadorias, elaborada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (CNUDCI, ou UNCITRAL), adotada em Viena em 11.4.80 — por isto apelidada Convenção de Viena de 1980.

A Convenção de Viena de 1980 constituiu a última etapa do esforço de unificação do direito sobre a compra e venda internacional de mercadorias, iniciado em 1930 pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (Unidroit). Este esforço, prejudicado pela situação mundial durante a Segunda Guerra, foi retomado ao início dos anos 60, dele resultando duas convenções, celebradas em Haia no ano de 1964: uma sobre a formação dos contratos (LUF), e outra sobre a compra e venda internacional propriamente dita (LUVI), que ficaram conhecidas como as Convenções de Haia.

Entrando em vigor no ano de 1972, essas duas convenções não receberam grande aprovação. A crítica maior que lhes fizeram foi de serem produto de

tradição jurídica e econômica da Europa ocidental, dada a predominância de representantes dessa região nos trabalhos de sua elaboração. Verificada a falta de adesão de um número significativo de países, decidiu a UNCITRAL, criada em 1966, adotar como uma de suas primeiras missões a revisão e reconstrução dos textos das Convenções de Haia; iniciados os trabalhos em 1968, deles resultou a Convenção de Viena de 1980, unificando num só texto o objeto de ambas as anteriores Convenções.

A Convenção de Viena entrou em vigor em janeiro de 1988, após ter sido ratificada ou aprovada por onze Estados (Argentina, China, Egito, Estados Unidos, França, Hungria, Itália, Iugoslávia, Lesotho, Síria e Zâmbia). Até maio de 1992 mais vinte e dois Estados haviam aderido (Austrália, Áustria, Finlândia, México, Noruega e Suécia, em 1989; Belarus, Dinamarca e República Democrática Alemã em 1990; Bulgária, Chile, Checoslováquia, Espanha, Iraque, República Federal da Alemanha, Suíça, Ucrânia e Rússia em 1991; Canadá, Hungria, Holanda e Romênia em 1992); outros seis (Equador, Ghana, Polônia, Singapura, Venezuela e Uganda) já subscreveram mas ainda não deram vigência, totalizando assim trinta e nove o número de Estados subscritores da Convenção.

* Vide no final do artigo, texto anexo traduzido da Convenção de Viena.

A Convenção contém 101 artigos, divididos em quatro partes: a Parte I (arts. 1 a 13) trata do campo de aplicação e das disposições gerais. A Parte II (arts. 14 a 24) contém as normas sobre a formação do contrato de compra e venda internacional de mercadorias. A Parte III (arts. 25 a 88) versa sobre os direitos e obrigações do vendedor e do comprador, enquanto a Parte IV (arts. 89 a 101) trata das obrigações dos Estados contratantes.

A Convenção teve como principal inspiração responder a necessidades das práticas do comércio internacional e, no dizer de Jean-Pierre Plantard, "elle a cependant l'ambition de se constituer en système normatif indépendant, définissant lui-même son propre champ d'application et ses règles d'interprétation dans un esprit qui, idéalement, se veut unitaire, dans tous les pays".¹

Na busca de facilitar a adesão pelo maior número possível de países, a Convenção admite que seja adotada somente sua Parte II (Formação do Contrato), ou somente sua Parte III (Direitos e Obrigações das Partes). Esta solução acabou por gerar críticas, pois, como lembra Eugênia Christina de Jesus Zerbini na primeira monografia publicada no Brasil sobre a Convenção, "existem remissões importantes feitas pela Parte III à Parte II, que perdem o seu sentido a partir do instante que se permite a adoção apenas de uma ou de outra Parte."²

2. Campo de Aplicação

Os dispositivos iniciais da Convenção delimitam o seu campo de aplicação, tanto do ponto de vista espacial como material. Do ponto de vista espacial, a Convenção é aplicável quando, tendo as partes estabelecimento em Estados diferentes, forem ambos os Estados signatários da Convenção, ou, sen-

do subscritor apenas um deles, quando for sua a lei aplicável, de acordo com as normas do direito internacional privado. Observe-se a prevalência do estabelecimento sobre a nacionalidade das partes, não sendo esta considerada relevante para caracterizar a internacionalidade do contrato. Tampouco se dá consideração ao fato de o contrato ter caráter comercial ou civil (art. 1).

Do ponto de vista material, a própria Convenção exclui sua aplicação às aquisições de mercadorias por consumidores, (caracterizando-as como para uso pessoal, familiar ou doméstico), assim como as mercadorias adquiridas em hasta pública e em processos de execução (sujeitas a regimes específicos), os valores mobiliários, títulos de crédito, moeda e eletricidade (que não são uniformemente considerados como mercadorias), e navios, barcos e aeronaves (que em muitos países são assimilados a bens imóveis) (art. 2).

Contratos que envolvam a fabricação ou a produção de mercadorias ainda não existentes são, para os efeitos da Convenção, tidos como compra e venda, salvo se parte substancial dos materiais houver de ser fornecida pelo encomendante, ou, ainda, se o fornecimento de mão-de-obra ou serviços pelo fornecedor for preponderante (art. 3).

A Convenção somente se ocupa da formação do contrato de compra e venda, e dos direitos e obrigações das partes, estando expressamente excluída qualquer questão relativa à validade do contrato ou de qualquer de suas cláusulas, à validade de usos e aos efeitos do contrato sobre a propriedade das mercadorias vendidas (art. 4). Tampouco versa sobre responsabilidade do vendedor por morte ou lesões causadas pela mercadoria a qualquer pessoa (art. 5).

Consagrando a autonomia da vontade na compra e venda internacional, a

própria Convenção permite que as partes excluam de seu contrato a incidência total ou parcial de suas disposições, ou alterem os seus efeitos (art. 6).

3. Interpretação da Convenção e do Contrato

Com a finalidade de oferecer elementos de interpretação e integração de suas normas, a Convenção enuncia seu caráter internacional, e a finalidade de promover aplicação uniforme nos diferentes ordenamentos jurídicos, bem como a observância da boa fé no comércio internacional (art. 7). Vai mais além, ao conferir prevalência aos seus próprios princípios gerais, somente recorrendo às disposições da lei aplicável, segundo as regras do direito internacional privado, "a fin de decidir cuestiones insusceptibles de decisión según sus propios principios generales".³

A maneira de interpretar as declarações e a conduta das partes é a mais ampla, admitidos até mesmo elementos circunstanciais. Podem ser tidos como obrigatórios, para os fins do contrato, os usos e práticas estabelecidos entre as partes, e mesmo aqueles que estas deveriam conhecer por serem normais em contratos da mesma natureza (art. 9).

A terminologia da Convenção afasta-se bastante daquela tradicionalmente utilizada nos países filiados ao sistema do direito civil, adotando termos por vezes indefinidos, em benefício do interesse comercial. Comentando sua recente aplicação na Alemanha, Gerhard Manz e Susan Padmann-Reich mencionam que "in contrast to the sale of goods laws set out in BGB and HGB, reference is made to 'reasonableness' and 'appropriateness' of courses of action (reasonable excuse, timely manner, reasonable or appropriate waiting period)".⁴

4. Forma do Contrato

A oralidade do contrato de compra e venda é consagrada na Convenção, que não impõe qualquer requisito de forma para caracterizar o contrato, e admite seja ele provado por qualquer meio, inclusive por testemunhas (art. 11). Seis dos Estados signatários, contudo, declararam tal dispositivo inaplicável quando qualquer das partes for estabelecida em seus respectivos territórios (Argentina, Belarus, Chile, Hungria, Rússia e Ucrânia), conforme autorizado no art. 12 da própria Convenção.

5. Formação do Contrato

Na segunda parte da Convenção acham-se disciplinadas diferentes questões relacionadas com a formação do contrato, por efeito da oferta e da aceitação.

A proposta de celebração de contrato que pretenda constituir uma oferta deve dirigir-se a destinatário determinado, e ser suficientemente precisa, como tal entendendo-se a proposta que contenha a indicação da mercadoria, a respectiva quantidade e o preço, ou o modo de determiná-lo (art. 14).

Admite a Convenção a revogabilidade da oferta, porém desde que a revogação chegue ao destinatário antes que este tenha enviado sua aceitação. Todavia, a oferta realizada com cláusula de irrevogabilidade não pode ser revogada, nem aquela que contenha prazo certo para a manifestação do destinatário. Tampouco poderá ser revogada a oferta cujas características permitam ao destinatário concluir, dentro dos limites da razoabilidade, que seja ela irrevogável (art. 16).

A declaração, ou outros atos do destinatário, significativos de seu assentimento, representam a aceitação da oferta. O silêncio, todavia, não valerá con-

sentimento (art. 18, inc. 1). Contudo, a conduta do destinatário que implicar, por exemplo, em remeter a mercadoria, ou efetuar o pagamento do preço, significará aceitação da oferta (art. 18, inc. 3).

A questão da contraproposta foi também abordada na Convenção. Considera-se contraproposta a aceitação que contenha elementos adicionais ou diferentes daqueles constantes da proposta original, sempre que alterem substancialmente os elementos desta (art. 19, incs. 1 e 2). Consideram-se como alterações substanciais diferenças ou adições nas condições referentes a preço, forma de pagamento, qualidade e quantidade da mercadoria, local e momento de entrega, extensão da responsabilidade de uma das partes perante a outra, e solução de controvérsias (art. 19, inc. 3).

A contagem do prazo para aceitação da oferta é disciplinada na Convenção, tanto para a oferta epistolar — quando se conta da expedição — como para os meios de comunicação instantânea (telefone, telex e outros) — quando se conta da chegada ao destinatário (art. 20, inc. 1). Contam-se nos prazos os dias feriados e não úteis, prorrogando-se apenas no caso de cair em um desses dias o último dia do prazo para entrega da comunicação da aceitação ao ofertante (art. 20, inc. 2).

Considera-se concluído o contrato no momento em que se torne eficaz a aceitação da oferta (art. 23), o que, por sua vez, ocorre no momento em que chega ao proponente a manifestação de assentimento, desde que dentro do prazo (art. 18, incs. 2 e 3).

6. Violação essencial ao Contrato

A Convenção define aquilo que considera violação essencial ao contrato, conceito que virá fundamentar, mais adiante, a possibilidade de sua rescisão.

Assim é que, para ser essencial, a infração cometida por uma das partes deve causar ao outro contraente prejuízo que o prive substancialmente daquilo que poderia legitimamente esperar do contrato. Ressalva-se, no entanto, a hipótese de que o resultado não tenha sido previsto pela parte faltosa e não pudesse ter sido previsto por pessoa razoável de mesma condição, em situação igual (art. 25). Aqui se verifica, uma vez mais, a adoção de fórmula afeita mais ao direito consuetudinário do que ao direito codificado, eis que a grande elasticidade dos conceitos aqui utilizados (“substancialmente”, “legitimamente”, “razoável”) somente pela manifestação pretoriana podem ter seus limites definidos.

7. Notificações às Partes

É requisito para a eficácia da declaração de rescisão contratual que seja ela notificada por uma parte à outra (art. 26). De outro lado, o atraso ou erro na transmissão da notificação, desde que feita por meios adequados às circunstâncias, ou mesmo o fato de não ter chegado a seu destino, não prejudica o direito da parte de valer-se dela (art. 27).

8. Execução específica das obrigações contratuais

A solução dada pela Convenção para o problema da execução específica da compra e venda constitui um exemplo das dificuldades de harmonização de diferentes sistemas jurídicos, e o esforço de superá-las através de fórmulas de compromisso.

É sabido que nem todos os ordenamentos jurídicos acolhem a tese da execução específica dos contratos de compra e venda, sejam eles internos ou internacionais. Com efeito, países há, co-

mo o Brasil, em que a “*traditio*” constitui requisito essencial para a caracterização da compra e venda e, portanto, o contrato em si mesmo não tem eficácia real, mas meramente obrigacional. Assim, o instrumento de compra e venda desacompanhado da entrega da coisa configura-se como simples promessa. Em certos ordenamentos o descumprimento das promessas resolve-se em perdas e danos, enquanto em outros pode admitir a execução específica — isto é, o comando judicial para que a coisa seja efetivamente entregue e recebida pelas partes no contrato.

Para conciliar as posições sobre o tema, a Convenção remeteu ao direito interno de cada país a solução do dilema. Assim, estabeleceu que, se o tribunal a quem couber a decisão da controvérsia estiver autorizado, pela *lex fori*, a determinar a execução específica relativamente aos contratos não abrangidos pela Convenção — isto é, os contratos de compra e venda internos — poderá fazê-lo também nos contratos por ela abrangidos. *A contrario sensu*, portanto, não deverá ordená-la se tal instituto for desautorizado pelo direito interno (art. 28).

O tratamento dado pela Convenção a esta questão foi criticado por Maria Angela Bento Soares e Rui Manuel Moura Ramos, em seu estudo sobre a Convenção de Viena de 1980 frente ao Direito Português, para quem “a solução não será totalmente satisfatória pois que à mesma obrigação poderão assim corresponder diversos regimes de execução nos vários países vinculados à Convenção”.⁵

9. Obrigações do Vendedor

a) *Entrega das mercadorias e remessa dos documentos:*

Constituem obrigações básicas do vendedor a entrega da mercadoria, a

transmissão de sua propriedade e a entrega dos documentos respectivos, nas condições estabelecidas no contrato e na Convenção (art. 30).

A Convenção oferece normas de caráter supletivo sobre o momento, o lugar e o modo de cumprimento destas obrigações pelo vendedor, à falta do respectivo ajuste contratual. A obrigação fundamental de entrega da mercadoria deve ocorrer mediante (a) sua remessa ao primeiro transportador, quando o contrato implicar também em transporte, ou (b) mediante sua colocação à disposição do comprador no lugar onde se encontrarem, desde que sejam determinadas ou devam ser produzidas em lugar determinado, ou (c) mediante sua colocação à disposição do comprador no estabelecimento do vendedor, nos demais casos (art. 31).

Está previsto que o vendedor deva celebrar os contratos necessários para o transporte das mercadorias, por meios adequados e usuais, quando tal fizer parte de suas obrigações (art. 32, inc. 2). Cabe-lhe também fornecer ao comprador as informações necessárias para a contratação, por este, do seguro de transporte, quando isto não for parte da obrigação do vendedor (art. 32, inc. 3).

O momento da entrega da mercadoria deve ser aquele fixado no contrato, ou dentro de um prazo razoável a partir da celebração do contrato, se este nada dispuser a respeito (art. 33).

Quanto aos documentos relativos às mercadorias, devem ser entregues no momento, lugar e forma previstos no contrato; se remetidos com antecedência, pode o vendedor sanar qualquer desconformidade que neles existir, até o momento fixado para a remessa das mercadorias (art. 34).

b) Conformidade das mercadorias e direitos de terceiros:

As obrigações do vendedor quanto à qualidade da mercadoria estão também previstas na Convenção: deverá entregar mercadorias cuja quantidade, qualidade e tipo, bem como a respectiva embalagem, correspondam às condições contratualmente ajustadas pelas partes (art. 35, inc. 1). Faz parte dessas obrigações, também, a garantia de que as mercadorias estejam livres de qualquer gravame ou reivindicação de terceiros com base em direitos de propriedade industrial ou intelectual (arts. 41 e 42).

Para que sejam consideradas conformes ao contrato a Convenção exige que, salvo se houver sido acordado diferentemente pelas partes, as mercadorias sejam adequadas ao uso para o qual normalmente se destinam mercadorias do mesmo tipo, sejam adequadas para o uso especial que houver sido anunciado por ocasião da celebração do contrato, possuam as qualidades das amostras ou modelos apresentados pelo vendedor e estejam acondicionadas de maneira habitual ou apropriada (art. 35, inc. 2). Todavia, o vendedor não será responsável por eventuais desconformidades caso o comprador tenha tido conhecimento delas, ou não pudesse ignorá-las, por ocasião da realização do contrato (art. 35, inc. 3).

É responsável o vendedor por qualquer desconformidade que existir no momento da transferência do risco ao comprador, ainda que somente mais tarde se evidencie tal desconformidade. Além disto, o vendedor se responsabiliza por qualquer desconformidade que ocorrer após a transferência do risco ao comprador, quando for resultante de descumprimento das obrigações do vendedor, inclusivamente no tocante à garantia sobre as mercadorias (art. 36).

É dever do comprador examinar as mercadorias para certificar-se do cumprimento das obrigações do vendedor com relação a elas, no prazo mais curto possível, o que pode ser feito até a chegada da mercadoria a seu destino quando o contrato implicar também no seu transporte (art. 38). Perde o comprador o direito de reclamar desconformidades se não as denunciar ao vendedor em prazo razoável, em qualquer caso no prazo máximo de dois anos de sua remessa, salvo no caso de garantia por prazo superior a este (art. 39), ou de má fé do vendedor (art. 40).

Cabe ao vendedor entregar as mercadorias isentas de qualquer direito ou reivindicação de terceiros, salvo se o comprador aceitá-las nessas condições (art. 41). Igual obrigação existe no tocante a reclamações baseadas em violação a direito de propriedade industrial ou intelectual, a menos que o comprador delas soubesse quando da celebração do contrato, ou tenha fornecido desenhos, esquemas técnicos ou especificações ao vendedor (art. 42).

c) Direitos do Comprador em caso de descumprimento pelo Vendedor:

O não cumprimento das obrigações contratuais pelo vendedor faculta ao comprador exigí-las, ou pedir indenização correspondente. Mercadorias desconformes às condições do contrato devem ser substituídas, se a desconformidade for de tal monta que torne a coisa imprestável ao fim a que se destina, ou devem ser reparadas, se tal for possível (art. 46). Mas o comprador pode, ainda, declarar o contrato resolvido nos casos de violação essencial do contrato pelo vendedor, não entrega da mercadoria no prazo nem na prorrogação que for concedida pelo comprador (art. 49, inc. 1). O direito de rescisão pelo comprador deve, contudo, ser exercido em

prazo razoável, sob pena de preclusão (art. 49, inc. 2).

Outra alternativa para o caso de desconformidade das mercadorias é a redução do preço, proporcionalmente à diferença de valor entre as mercadorias efetivamente entregues e aquelas previstas no contrato, ressalvado o direito do vendedor de sanar seu eventual descumprimento (art. 50).

O recebimento das mercadorias antes do prazo estabelecido no contrato é deixado a critério do comprador. Da mesma forma, cabe ao comprador aceitar quantidade de mercadoria superior àquela especificada no contrato, mas se decidir aceitá-la, deverá pagar o respectivo preço conforme o contrato (art. 52).

10. Obrigações do Comprador

As obrigações do comprador, segundo a Convenção, são poucas e diretas: consistem em pagar o preço e receber a mercadoria nas condições estipuladas no contrato e na própria Convenção (arts. 53 e 54).

Também aqui a Convenção oferece regras supletivas para o caso de desacordo entre as partes a respeito do modo de determinar o preço, o momento e o lugar em que o comprador deve efetuar o pagamento.

a) *Pagamento do Preço:*

Na obrigação de pagamento do preço compreende-se também a obrigação de tomar as medidas para permitir que tal pagamento possa ser feito, de conformidade com os requisitos contratuais e as normas legais ou regulamentares pertinentes (art. 54). Assim, cabem ao comprador as providências administrativas necessárias, tais como autorizações governamentais e transações bancárias, sem as quais o efetivo pagamento ao vendedor não se tornaria possível.

A celebração do contrato sem menção expressa ou tácita ao preço permite entender que as partes adotaram o preço corrente das mercadorias no mercado (art. 55). E quando o preço for fixado em função de peso, entender-se-á, em caso de dúvida, tratar-se do peso líquido (art. 56).

O local de pagamento do preço, se não houver sido determinado no contrato, será no estabelecimento do vendedor, ou no local de entrega, se se tratar de pagamento contra entrega das mercadorias ou seus documentos (art. 57, inc. 1). Quanto ao momento de pagamento, se não houver sido determinado no contrato, deverá ocorrer quando o vendedor coloque à disposição do comprador as mercadorias ou os respectivos documentos (art. 58, inc. 1). Quando o contrato envolver também o transporte das mercadorias, poderá o vendedor exigir que só sejam entregues ao comprador contra o pagamento do preço (art. 58, inc. 2).

A obrigação do comprador de pagar o preço na data devida independe de solicitação ou outra formalidade de cobrança pelo vendedor (art. 59).

b) *Recebimento das Mercadorias:*

O comprador está obrigado a receber as mercadorias, devendo para tanto praticar os atos necessários para que o vendedor possa efetuar a entrega, e tomar posse das mercadorias (art. 60).

c) *Direitos do Vendedor em caso de descumprimento pelo Comprador:*

O descumprimento contratual pelo comprador dá ao vendedor, em princípio, o direito de exigir o pagamento do preço, o recebimento das mercadorias ou a execução de outras obrigações que lhe incumbirem (art. 62) e, além disto, poderá o vendedor haver perdas e da-

nos. Mas é direito do vendedor, também, declarar resolvido o contrato, nos casos em que a violação do comprador tenha sido essencial, ou se este não pagou o preço contratado, ou, ainda, não receber a mercadoria nem no prazo do contrato nem na prorrogação deste (art. 64, inc. 1).

A omissão do comprador em especificar a forma, dimensões ou outras características das mercadorias, em prazo razoável ou após solicitação do vendedor, autoriza a que sejam elas especificadas pelo vendedor (art. 65, inc. 1).

11. Transferência do risco sobre as Mercadorias

As partes têm liberdade de regular a questão relativa ao momento da transferência do risco, segundo sua mútua conveniência. Se não o fizerem, contudo, a Convenção oferece um conjunto de regras para determinar o momento exato em que o risco de perda ou deterioração das mercadorias se transfere do vendedor para o comprador.

Acha-se consagrado, como regra básica, que a perda ou deterioração das mercadorias ocorrida após a transferência do risco ao comprador não o libera da obrigação de pagar o preço, salvo se for devida a ato ou omissão por parte do vendedor (art. 66).

Aspecto da maior importância é a entrega da mercadoria ao primeiro transportador, que importa em transferência do risco ao comprador, salvo se o vendedor estiver contratualmente obrigado a entregar as mercadorias em lugar determinado (art. 67). No caso de mercadorias em trânsito, o risco se transfere a partir do momento da conclusão do contrato (art. 68).

Excetuados os casos referidos nos arts. 67 e 68, a retirada das mercadorias pelo comprador importa na trans-

ferência, para ele, do risco sobre a mesma. Todavia, se o comprador não cumprir sua obrigação de receber as mercadorias, ou se o faz fora do tempo, o risco se considera transferido a partir do momento em que, estando a mercadoria à disposição do comprador, devidamente identificada, este deixar de recebê-las (art. 69).

Observe-se, no entanto, que a transferência para o comprador do risco sobre as mercadorias, nas hipóteses contempladas nos arts. 67, 68 e 69, não retira deste os direitos e ações de que dispõe em consequência de violação contratual pelo vendedor (art. 70).

12. Suspensão do cumprimento do Contrato

É contemplada na Convenção a situação em que, antes da data prevista para o cumprimento do contrato, torne-se evidente que uma das partes não cumprirá parte substancial de suas obrigações contratuais, devido a insuficiência grave em sua capacidade de cumpri-las ou de sua solvência, ou à maneira como se prepara para cumprir ou como cumpre o contrato (art. 71, inc. 1). Nessa hipótese, pode a outra parte postergar o cumprimento de suas próprias obrigações, devendo, no entanto, advertir previamente a parte potencialmente infratora, solicitando-lhe garantias de cumprimento que, sendo prestadas, obrigam ao prosseguimento de cumprimento do contrato (art. 71, inc. 3).

Está igualmente prevista a hipótese em que, antes da data de cumprimento, torne-se evidente que uma das partes incorrerá em violação essencial ao contrato, caso em que o outro contratante poderá desde logo declarar a rescisão contratual. A parte potencialmente infratora deverá ser previamente notificada, com antecedência razoável, e pode-

rá, também neste caso, oferecer garantias suficientes de que cumprirá suas obrigações (art. 72, incs. 1 e 2).

Tratando-se de contrato que preveja entregas sucessivas de mercadorias, a violação essencial em relação a determinada entrega permite a rescisão do contrato quanto a essa mesma entrega (art. 73, inc. 1). Todavia, se o descumprimento de uma das entregas ensejar fundados motivos para concluir que haverá violação essencial também das entregas futuras, a parte inocente poderá declarar rescindido o contrato no tocante a tais entregas futuras, desde que o faça em prazo razoável (art. 73, inc. 2).

Quando a rescisão contratual for declarada pelo comprador em relação a entregas futuras, o contrato poderá ser declarado rescindido também quanto a entregas já efetuadas se, em razão de sua interdependência, as entregas não puderem destinar-se aos fins previstos no momento da celebração do contrato (art. 73, inc. 3).

13. Perdas e danos, juros

A regra da Convenção sobre perdas e danos segue o princípio geral aceito na legislação da maioria dos países, segundo o qual deve abranger tanto os prejuízos sofridos pela parte inocente, como ainda o ganho que esta deixou de auferir em virtude do descumprimento da outra parte. Todavia, a Convenção estabelece que tal indenização não pode exceder à perda previsível pela parte inadimplente no momento da celebração do contrato (art. 74).

Faculta-se às partes proceder à compra ou à venda substitutiva da mercadoria objeto do contrato rescindido, bem como obter da parte inadimplente indenização pela diferença entre o pre-

ço do contrato e aquele obtido na compra ou venda substitutiva (art. 75). Caso não proceda à compra ou venda substitutiva, a parte prejudicada pode obter da parte culpada, como indenização, a diferença entre o preço do contrato rescindido e o preço corrente da mercadoria no momento da rescisão (art. 76).

A obrigação de pagar perdas e danos não exclui o pagamento de juros, na hipótese de não pagamento do preço ou de qualquer outra importância devida (art. 77).

14. Exoneração de Responsabilidade

A Convenção contempla a exoneração de responsabilidade de qualquer das partes pelo descumprimento contratual, quando este for decorrente de impedimento fora de seu controle, que não possa ter sido razoavelmente previsto no momento da conclusão do contrato, nem ter sido evitado ou superado (art. 79, inc. 1). Contudo, a exoneração só produz efeitos enquanto durar o impedimento, o qual deve ser comunicado à outra parte dentro de prazo razoável (art. 79, incs. 3 e 4).

Trata-se do instituto da força maior, encontrado tanto na lei brasileira como na dos demais países civilizados, embora um pouco abrandado, como aponta J.-P. Plantard.⁶ Este mesmo comentarista chama a atenção para o fato de que, não obstante a menção à exoneração de responsabilidade que se encontra no inc. 1 deste dispositivo, o inc. 5 do mesmo artigo implica certa contradição, pois autoriza ao credor da obrigação o exercício de qualquer outro direito, exceto imputar perdas e danos ao devedor, dando ensejo até mesmo ao requerimento de execução específica da obrigação pela outra parte.

15. Efeitos da Rescisão Contratual

Rescindido o contrato, ficam as partes liberadas das obrigações nele previstas, ressalvada, no entanto, a de pagar as perdas e danos eventualmente devidas. A rescisão tampouco prejudica as disposições contratuais a respeito da solução de controvérsias — lei aplicável e foro competente — nem qualquer outra regra contratual que disponha sobre direitos e obrigações das partes em caso de rescisão contratual, as quais sobrevivem ao encerramento do ajuste (art. 81, inc. 1).

O cumprimento parcial do contrato rescindido não autoriza a restituição daquilo que foi parcialmente fornecido ou pago nos termos do contrato (art. 81, inc. 2).

Entretanto, o comprador perde o direito de declarar a rescisão contratual, ou mesmo de exigir a substituição das mercadorias entregues pelo vendedor, se não lhe for possível restituir a este as mercadorias recebidas, em estado substancialmente idêntico àquele em que as houver recebido (art. 82, inc. 1), salvo se tal impossibilidade não lhe for imputável (art. 82, inc. 2).

A restituição do preço pelo vendedor implica, também, no reconhecimento de juros sobre a importância a ser devolvida, a partir da data em que tenha ocorrido o pagamento do preço (art. 84, inc. 1). Inversamente, a restituição das mercadorias pelo comprador deve fazer-se juntamente com o valor de todo benefício que delas tiver obtido (art. 84, inc. 2).

16. Conservação das Mercadorias

Atrasando-se o comprador em receber as mercadorias, ou em pagar o preço quando este for devido simultaneamente

te à entrega, cabe ao vendedor adotar medidas razoáveis para a conservação das mercadorias, mas terá direito a retê-las até que seja reembolsado pelo comprador dos gastos que para tanto houver realizado (art. 85).

De igual modo, o comprador que pretender restituir as mercadorias por ele recebidas, em virtude do direito de recusa conferido pelo contrato ou pela convenção, deve também adotar as medidas que forem razoáveis para sua conservação, podendo retê-las até que seja reembolsado pelo vendedor do valor dos gastos para tanto necessários (art. 86, inc. 1).

A parte que estiver obrigada a adotar medidas para conservação das mercadorias pode depositá-las em armazém de terceiro, por conta da outra parte, desde que os gastos resultantes não sejam excessivos (art. 87).

Ainda no caso da obrigação de conservar as mercadorias, podem estas ser vendidas pela parte que estiver na sua posse, se a outra parte retardar excessivamente em aceitar a devolução ou a pagar os gastos de sua conservação, desde que a intenção de proceder à venda seja comunicada à outra parte com antecedência razoável (art. 88, inc. 1). Vendidas as mercadorias, o produto da venda pode ser retido pela parte que assim proceder, até o montante dos gastos razoáveis realizados com a conservação e venda, devendo o saldo ser entregue à outra parte (art. 88, inc. 3).

17. Conclusão

As regras da Convenção de Viena de 1980 são, em boa parte, semelhantes a muitas das normas do direito interno brasileiro sobre a formação dos contratos (art. 1.079 e ss., CC), e sobre os

contratos civis de compra e venda (art. 1.122, CC). Este fato, aliás, foi criticamente apontado por Eugenia Christina de Jesus Zerbini com relação aos dispositivos da Convenção que tratam da formação do contrato, para quem “os arts. 14 a 24 refletem a imagem civilista da formação do contrato, inaplicável às exigências e às práticas do comércio internacional moderno”.⁷

A Convenção representa, no entanto, um instrumento de especial significado na evolução do direito do comércio internacional. O fato de que tenha merecido aceitação crescente por parte da doutrina internacional, e a gradativa adesão por parte de diversos países, dão à Convenção credenciais para que se converta em “*lex internacionalis*”, contribuindo decisivamente para a uniformização das regras do direito num campo em que, face à extraordinária frequência dessa espécie contratual, a uniformização é grandemente desejável.

Esta foi, também, a percepção de Maria Angela Bento Soares e Rui Manuel Moura Ramos, apontando que “as necessidades do comércio internacional exigem, sem sombra de dúvida, para o contrato de compra e venda, a aplicação de um direito certo e adequado às especificidades que a natureza internacional desse contrato requer. Finalidade que apenas poderá ser atingida mediante o recurso a instrumentos internacionais suscetíveis de serem assumidos pelo maior número possível de Estados”. Acrescentam os mesmos autores, em relação a Portugal, que “ao nosso país põe-se, pois, o problema do posicionamento a tomar em face desta Convenção, sobretudo se, correspondendo às intenções de seus promotores e autores e à expectativa à volta dela criada, este documento lograr obter a ade-

ção de um número significativo de Estados”.⁸

No que concerne ao Brasil, assinala-se a pequena repercussão que até o momento teve a Convenção de Viena de 1980, e a escassa atenção que lhe tem sido dedicada pela doutrina, quer entre os internacionalistas, quer entre os comercialistas brasileiros. Não se pode deixar de registrar, também, a lentidão com que se tem conduzido o Brasil na adesão aos tratados e convenções relacionados com o comércio internacional.

Reconhecida a imperiosa necessidade de uma nova inserção do Brasil no contexto do comércio mundial, a adesão à Convenção de Viena, bem como a outros instrumentos de harmonização do direito do comércio internacional, significará também a adesão aos princípios da cooperação internacional.

NOTAS

1. “Un nouveau droit uniforme de la vente internationale: la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980”, in *Journal du Droit International*, avril-mai-juin/1988, n. 2, p. 316.

2. “A Convenção de Viena de 1980 sobre a Venda Internacional de Mercadorias”, in *Contratos Internacionais*, Ed. RT, S. Paulo, 1985, p. 80.

3. Antonio Boggiano, *Derecho Internacional Privado*, t. III, Depalma, B. Aires, 1988, p. 184.

4. “Introduction of the UN Convention on International Sale of Goods in Germany”, in *International Business Lawyer*, 19/303, n. 6, june/1991.

5. *Contratos Internacionais*, Almedina, Coimbra, 1986, p. 72.

6. Ob. cit., p. 360.

7. Ob. cit., p. 86.

8. Ob. cit., p. 148.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS *

OS ESTADOS PARTES NA PRESENTE CONVENÇÃO:

Tendo em conta os objetivos gerais inscritos nas resoluções relativas à instauração de uma nova ordem econômica internacional adotadas pela Assembléia Geral das Nações Unidas em sua sexta sessão extraordinária;

Considerando que o desenvolvimento do comércio internacional com base na igualdade e em vantagens mútuas constitui elemento importante na promoção de relações de amizade entre os Estados;

Estimando que a adoção de regras uniformes para reger os contratos de compra e venda internacional de mercadorias, que contemplem os diferentes sistemas sociais, econômicos e jurídicos, contribuirá para a eliminação de obstáculos jurídicos às trocas internacionais e promoverá o desenvolvimento do comércio internacional.

ACORDAM no seguinte:

PARTE I — CAMPO DE APLICAÇÃO E DISPOSIÇÕES GERAIS

CAPÍTULO I — CAMPO DE APLICAÇÃO

Artigo 1

1. Esta Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos:

a) quando tais Estados forem Estados Contratantes; ou

b) quando as regras de direito internacional levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante.

2. Não será levado em consideração o fato de os contraentes terem seus estabelecimentos em Estados distintos, quando tal circunstância não resultar do contrato, das tratativas entre os contraentes ou de informações por eles prestadas antes ou no momento de celebração do contrato.

3. Para a aplicação da presente Convenção não serão considerados a nacionalidade dos contraentes, nem o caráter civil ou comercial dos contraentes ou do contrato.

Artigo 2

Esta Convenção não se aplicará às vendas:

a) de mercadorias adquiridas para uso pessoal, familiar ou doméstico, salvo se o vendedor, antes ou no momento de celebração do contrato, não souber, nem devesse saber, que as mercadorias são adquiridas para tal uso;

b) em hasta pública;

c) em execução judicial;

d) de valores mobiliários, títulos de crédito e moeda;

e) de navios, embarcações, aerobarcos e aeronaves;

f) de eletricidade.

Artigo 3

1. Serão considerados contratos de compra e venda os contratos de fornecimento de mercadorias a serem fabricadas ou produzidas, salvo se a parte que as encomendar tiver de fornecer parcela substancial dos materiais necessários à fabricação ou à produção.

2. Não se aplica esta Convenção a contratos em que a parcela preponderante das obrigações do fornecedor das mercadorias consistir no fornecimento de mão-de-obra ou de outros serviços.

Artigo 4

Esta Convenção regula apenas a formação do contrato de compra e venda e os direitos e obrigações do vendedor e comprador dele emergentes. Salvo disposição expressa em contrário da presente Convenção, esta não diz respeito, especialmente:

a) à validade do contrato ou de qualquer das suas cláusulas, bem como à validade dos usos;

b) aos efeitos que o contrato possa ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas.

Artigo 5

A presente Convenção não se aplica à responsabilidade do vendedor por morte ou lesões corporais causadas pelas mercadorias a qualquer pessoa.

* Tradução de Eduardo Grebler, Professor assistente da Faculdade de Direito da PUC/MG.

Artigo 6

As partes podem excluir a aplicação desta Convenção, derrogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos, sem prejuízo do disposto em seu artigo 12.

CAPÍTULO II — DISPOSIÇÕES GERAIS**Artigo 7**

1. Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional.

2. As questões referentes às matérias reguladas por esta Convenção que não forem por ela expressamente resolvidas, serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, à falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado.

Artigo 8

1. Para os fins desta Convenção, as declarações e a conduta de qualquer dos contraentes devem ser interpretadas segundo a intenção deste, desde que o outro contraente tenha tomado conhecimento dessa intenção, ou não pudesse ignorá-la.

2. Não sendo caso de aplicação do parágrafo anterior, as declarações e a conduta de qualquer dos contraentes devem ser interpretadas segundo o sentido que lhes teria dado pessoa razoável, com a mesma qualificação e na mesma situação do outro contraente.

3. Para determinar a intenção de um dos contraentes, ou o sentido que teria dado pessoa razoável, devem ser consideradas todas as circunstâncias pertinentes ao caso, especialmente negociações, práticas adotadas pelos contraentes entre si, usos e sua conduta subsequente.

Artigo 9

1. Os contraentes se vincularão pelos usos em que tiverem consentido, e pelas práticas que tiverem estabelecido entre si.

2. Salvo acordo em contrário, presume-se que os contraentes consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso geralmente reconhecido e regularmente observado no comércio internacional, em contratos de mesmo tipo no mesmo ramo de comércio, de que tinham ou deveriam ter conhecimento.

Artigo 10

Para os fins da presente Convenção:

a) quando um contraente tiver mais de um estabelecimento, será considerado local do negócio aquele que tiver relação mais estreita com o contrato e com sua execução, tendo em vista as circunstâncias conhecidas pelos contraentes ou por eles consideradas antes, ou no momento, da celebração do contrato;

b) se um contraente não tiver estabelecimento, considerar-se-á sua residência habitual.

Artigo 11

O contrato de compra e venda não requer instrumento escrito, nem está sujeito a qualquer requisito de forma. O contrato poderá ser provado por qualquer meio, inclusive por testemunhas.

Artigo 12

Quando um dos contraentes tiver seu estabelecimento em Estado Contratante que tenha feito a declaração prevista no artigo 96 desta Convenção, não se aplicará qualquer das disposições dos artigos 11 e 29, ou da Parte II desta Convenção, que permita a celebração, alteração ou rescisão do contrato de compra e venda, ou a oferta, aceitação ou qualquer manifestação de intenção, por outra forma que não a escrita. O presente artigo não poderá ser derogado, nem modificados os seus efeitos pelos contraentes.

Artigo 13

Para os fins desta Convenção, o termo "escrito" abrange o telegrama e o telex.

PARTE II — FORMAÇÃO DO CONTRATO**Artigo 14**

1. Para que possa constituir oferta, a proposta de contrato feita a pessoa ou pessoas determinadas deve ser suficientemente precisa e indicar a intenção do proponente de obrigar-se, em caso de aceitação. A proposta é considerada suficientemente precisa quando designa as mercadorias e, expressa ou implicitamente, fixa a quantidade e o preço, ou prevê meio para determiná-los.

2. A proposta dirigida a pessoas indeterminadas será considerada apenas um con-

vite para apresentação de ofertas, salvo se o autor da proposta houver indicado claramente o contrário.

Artigo 15

1. A oferta se tornará eficaz quando chega ao destinatário.

2. Ainda que seja irrevogável, a oferta poderá ser retirada, desde que a retratação chegue ao destinatário antes da própria oferta, ou simultaneamente a ela.

Artigo 16

1. A oferta poderá ser revogada até o momento de conclusão do contrato, se a revogação chegar ao destinatário antes deste expedir a aceitação.

2. A oferta não poderá, porém, ser revogada.

a) se fixar prazo para aceitação, ou por outro modo indicar que seja ela irrevogável;

b) se, sendo razoável que o destinatário a considerasse irrevogável, tiver ele agido em decorrência da oferta recebida.

Artigo 17

Mesmo sendo irrevogável, a oferta de contrato extinguir-se-á no momento em que chegar ao proponente a recusa respectiva.

Artigo 18

1. Constituirá aceitação a declaração, ou outra conduta do destinatário, manifestando seu consentimento à oferta; o silêncio ou a inércia deste, por si só, não valerá aceitação.

2. Tornar-se-á eficaz a aceitação da oferta no momento em que chegar ao proponente a manifestação de consentimento do destinatário. A aceitação não produzirá efeito, entretanto, se a respectiva manifestação não chegar ao proponente dentro do prazo por ele estipulado ou, à falta de tal estipulação, dentro de um prazo razoável, tendo em vista as circunstâncias da transação, especialmente a velocidade dos meios de comunicação utilizados pelo proponente. A aceitação da oferta verbal deve ser imediata, salvo se outra coisa resultar das circunstâncias.

3. Se, todavia, em decorrência da oferta, ou de práticas estabelecidas pelos contraentes entre si, ou ainda dos usos, o destinatário da oferta puder manifestar seu

consentimento através da prática de ato relacionado, por exemplo, com a remessa das mercadorias ou com o pagamento do preço, ainda que sem comunicação ao proponente, a aceitação produzirá efeitos no momento em que seja praticado esse ato, desde que observados os prazos previstos no parágrafo anterior.

Artigo 19

1. A resposta que, embora pretendendo constituir aceitação da oferta, contiver aditamentos, limitações ou outras modificações, representará recusa da oferta, constituindo contraproposta.

2. Se, todavia, a resposta que pretender constituir aceitação contiver elementos complementares ou diferentes, mas que não alterem substancialmente as condições da oferta, tal resposta constituirá aceitação, salvo se o proponente, sem demora injustificada, objetar verbalmente às diferenças ou advertir a respeito delas. Não o fazendo, as condições do contrato serão as constantes da proposta, com as modificações contidas na aceitação.

3. Serão consideradas alterações substanciais das condições da oferta as adições ou diferenças em particular relacionadas com preço, pagamento, qualidade e quantidade das mercadorias, lugar e momento da entrega, extensão da responsabilidade de um dos contraentes perante o outro, e solução de controvérsias.

Artigo 20

1. O prazo de aceitação fixado pelo proponente em telegrama ou carta começará a fluir no momento em que o telegrama for entregue para expedição, ou na data constante da carta, ou, à falta desta, na data que constar do envelope. O prazo de aceitação que o proponente fixar por telefone, telex ou outro meio de comunicação instantâneo, começará a fluir no momento em que a proposta chegar ao destinatário.

2. Serão considerados na contagem do prazo os dias feriados oficiais ou os dias não úteis nele compreendidos. Todavia, caso a comunicação de aceitação não possa ser entregue no endereço do autor da oferta no último dia do prazo, por ser dia feriado ou dia não útil no local do estabelecimento do proponente, o prazo considerará-se prorrogado até o primeiro dia útil subsequente.

Artigo 21

1. A aceitação tardia produzirá efeito de aceitação caso o proponente, sem demora, informe verbalmente ou envie comunicação neste sentido ao destinatário.

2. Produzirá efeito de aceitação a manifestação tardia, caso a carta, ou outra comunicação escrita que a contenha, permita concluir ter sido expedida em condições de chegar a tempo ao proponente, caso tivesse sido transmissão regular, salvo se o proponente, sem demora, informar ao destinatário que considera caduca sua oferta.

Artigo 22

A aceitação poderá ser retirada, desde que a retratação chegue ao proponente antes, ou no momento em que a aceitação se tornaria eficaz.

Artigo 23

Considerar-se-á celebrado o contrato no momento em que a aceitação da oferta se tornar eficaz, de acordo com as disposições desta Convenção.

Artigo 24

Para os fins desta Parte da Convenção, se considerará que a oferta, a manifestação de aceitação ou qualquer outra manifestação de intenção "chega" ao destinatário quando for efetuada verbalmente, ou for entregue pessoalmente por qualquer outro meio, no seu estabelecimento, endereço postal, ou, à falta destes, na sua residência habitual.

PARTE III — COMPRA E VENDA DE MERCADORIAS

CAPÍTULO I — DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 25

Considera-se violação essencial contratual a infração cometida por um dos contraentes, que causar ao outro contraente prejuízo de tal monta que substancialmente privá-lo do resultado que poderia legitimamente esperar do contrato, salvo se o contraente faltoso não tiver previsto tal resultado e este não pudesse ser previsto, em igual situação, por pessoa razoável de mesma condição.

Artigo 26

A declaração de resolução do contrato tornar-se-á eficaz somente quando notificada por um contraente ao outro.

Artigo 27

Salvo disposição expressa em contrário nesta Parte da Convenção, o atraso ou erro que produzir-se na transmissão de notificação, pedido ou outra comunicação feita por um dos contraentes, segundo esta Parte da Convenção, por meios adequados às circunstâncias, ou o fato de não ter chegado a seu destino, não prejudicará o direito deste contraente de valer-se da referida comunicação.

Artigo 28

Se, de conformidade com as disposições da presente Convenção, um dos contraentes tiver o direito de exigir do outro o cumprimento de certa obrigação, o juiz não estará obrigado a ordenar sua execução específica, salvo se estiver autorizado a fazê-lo, por seu direito nacional, em relação a contratos de compra e venda semelhantes, não regidos pela presente Convenção.

Artigo 29

1. O contrato poderá ser modificado ou resiliado por simples acordo entre os contraentes.

2. O contrato escrito que contenha disposição prevendo que somente por escrito se possa fazer qualquer modificação ou resilição, não poderá por outra forma ser modificado ou resiliado. Todavia, qualquer dos contraentes ficará vinculado por sua própria conduta, não podendo invocar esta disposição se o outro contraente tiver-se baseado em tal conduta.

CAPÍTULO II — OBRIGAÇÕES DO VENDEDOR

Artigo 30

O vendedor estará obrigado, nas condições previstas no contrato e na presente Convenção, a entregar as mercadorias, a transmitir a propriedade sobre elas e, sendo o caso, a remeter os respectivos documentos.

Seção I — Entrega das mercadorias e remessa dos documentos

Artigo 31

Se o vendedor não estiver obrigado a entregar as mercadorias em determinado lugar, sua obrigação de entrega consistirá em:

a) remeter as mercadorias ao primeiro transportador para traslado ao comprador, quando o contrato de compra e venda implicar também no transporte das mercadorias;

b) colocar as mercadorias à disposição do comprador no lugar em que se encontrarem, quando, não sendo o caso previsto na alínea anterior, o contrato tiver como objeto mercadorias determinadas, ou mercadorias genéricas que devam ser retiradas de um conjunto determinado, ou que devam ser fabricadas ou produzidas, e quando, no momento da conclusão do contrato, souberem os contraentes que as mercadorias encontram-se em lugar determinado, ou devem ser ali fabricadas ou produzidas;

c) pôr as mercadorias à disposição do comprador no lugar do estabelecimento do vendedor no momento de conclusão do contrato, nos demais casos.

Artigo 32

1. Se o vendedor, de conformidade com o contrato ou com a presente Convenção, remeter as mercadorias a um transportador sem que estas estejam claramente marcadas para os efeitos do contrato, mediante sinais de identificação, por documentos de expedição ou por qualquer outro meio, o vendedor deverá dar ao comprador aviso de expedição em que sejam especificadas as mercadorias.

2. Se o vendedor estiver obrigado a providenciar o transporte das mercadorias, deverá celebrar os contratos necessários para que tal transporte seja efetuado até o lugar previsto, por meios adequados às circunstâncias e nas condições usuais para tanto.

3. Se não estiver obrigado a contratar o seguro de transporte, o vendedor deverá fornecer ao comprador, a pedido deste, toda informação disponível que for necessária para a contratação de tal seguro.

Artigo 33

O vendedor deverá entregar as mercadorias:

a) na data que, de acordo com o contrato, houver sido fixada ou possa ser determinada;

b) em qualquer momento durante o prazo que houver sido fixado ou que possa ser determinado, de acordo com o contrato, salvo se das circunstâncias resultar que caiba ao comprador a escolha da data; ou

c) em qualquer outro caso, dentro de um prazo razoável a partir da celebração do contrato.

Artigo 34

Se o vendedor estiver obrigado a remeter os documentos relativos às mercadorias, deverá entregá-los no momento, no lugar e na forma previstos no contrato. Em caso de remessa antecipada de documentos, o vendedor poderá, até o momento fixado para a remessa das mercadorias, sanar qualquer desconformidade nos documentos, desde que não ocasione ao comprador inconvenientes ou despesas excessivas, e sem prejuízo do direito do comprador de exigir indenização por perdas e danos, de acordo com a presente Convenção.

Seção II — Conformidade das mercadorias e direito ou pretensões de terceiros

Artigo 35

1. O vendedor deverá entregar mercadorias em quantidade, qualidade e tipo correspondentes aos previstos no contrato, acondicionadas ou embaladas na forma nele estabelecida.

2. Salvo se os contraentes houverem acordado de outro modo, as mercadorias somente serão consideradas conformes ao contrato se:

a) forem adequadas ao uso para o qual normalmente se destinam mercadorias do mesmo tipo;

b) forem adequadas a algum uso especial que, expressa ou tacitamente, tenha sido informado ao vendedor no momento da celebração do contrato, salvo se das circunstâncias resultar que o comprador não confiou na competência e julgamento do vendedor, ou que não era razoável fazê-lo;

c) possuírem as qualidades das amostras ou modelos de mercadorias que o vendedor tiver apresentado ao comprador;

d) estiverem embaladas ou acondicionadas na forma habitual para tais mercadorias ou, à falta deste, de modo apropriado à sua conservação e proteção.

3. O vendedor não será responsável por qualquer desconformidade das mercadorias em virtude do disposto nas alíneas "a" e

"d" do parágrafo anterior, de que soubesse o comprador, ou que não pudesse ser por ele ignorada, no momento da celebração do contrato.

Artigo 36

1. O vendedor será responsável, de acordo com o contrato e com a presente Convenção, por qualquer desconformidade que existir no momento da transferência do risco ao comprador, ainda que esta desconformidade só posteriormente venha a se evidenciar.

2. O vendedor será igualmente responsável por qualquer desconformidade que ocorrer após o momento referido no parágrafo anterior, que seja imputável ao descumprimento de qualquer de suas obrigações, inclusive quanto à garantia de que as mercadorias permanecerão adequadas a seu uso normal ou a determinado uso especial, ou que conservarão as qualidades ou características especificadas, durante certo período.

Artigo 37

Em caso de entrega antecipada o vendedor poderá, até a data prevista para a entrega das mercadorias, entregar a parte ou a quantidade faltante das mercadorias, ou entregar outras mercadorias novas em substituição àquelas desconformes ao contrato, ou ainda reparar qualquer desconformidade das mercadorias entregues, desde que não ocasione ao comprador inconvenientes nem despesas excessivas, e sem prejuízo do direito do comprador de exigir indenização por perdas e danos, de conformidade com a presente Convenção.

Artigo 38

1. O comprador deverá examinar as mercadorias ou fazê-las examinar no prazo mais breve possível, tendo em consideração as circunstâncias.

2. Se o contrato implicar no transporte das mercadorias, o exame poderá ser adiado até a chegada delas a seu destino.

3. Se o comprador alterar o destino das mercadorias em trânsito, ou as re-expedir sem ter tido oportunidade razoável de examiná-las, o exame poderá ser adiado até a chegada das mercadorias a seu novo destino, desde que, no momento da celebração do contrato, o vendedor tenha tido conhecimento, ou devesse tê-lo, da possibilidade de alteração de destino ou de re-expedição.

Artigo 39

1. O comprador perderá o direito de alegar a desconformidade se não denunciá-la ao vendedor, precisando sua natureza, em prazo razoável a partir do momento em que a constatar, ou devesse constatá-la.

2. Em qualquer caso, o comprador perderá o direito de alegar a desconformidade se não denunciá-la ao vendedor no prazo máximo de dois anos a partir da data em que as mercadorias tiverem sido efetivamente colocadas em seu poder, salvo se tal prazo for incompatível com a duração da garantia contratual.

Artigo 40

O vendedor não poderá invocar as disposições dos artigos 38 e 39 se a desconformidade referir-se a fatos de que soubesse, ou que não pudesse ignorar, e que não tiver revelado ao comprador.

Artigo 41

O vendedor deverá entregar as mercadorias livres de quaisquer direitos ou reivindicações de terceiros, salvo se o comprador concordar em aceitá-las nestas condições. Todavia, se os referidos direitos ou reivindicações se basearem em propriedade industrial, ou em outro tipo de propriedade intelectual, a obrigação do vendedor rege-se pelo disposto no artigo 42.

Artigo 42

1. O vendedor deverá entregar as mercadorias livres de quaisquer direitos ou reivindicações de terceiros com base em propriedade industrial ou outro tipo de propriedade intelectual, de que souber, ou não puder ignorar, no momento da celebração do contrato, desde que tais direitos ou reivindicações tenham por fundamento propriedade industrial ou outras formas de propriedade intelectual:

a) decorrente da lei do Estado em que as mercadorias devam ser revendidas ou utilizadas, se os contraentes, no momento da celebração do contrato, houverem previsto que as mercadorias seriam revendidas ou utilizadas nesse Estado, ou

b) em qualquer outro caso, decorrente da lei do Estado onde o comprador tiver seu estabelecimento.

2. O vendedor não estará sujeito à obrigação prevista no parágrafo anterior, se:

a) no momento da celebração do contrato o comprador souber, ou não puder ignorar, a existência do direito ou da reivindicação; ou

b) o direito ou a reivindicação for resultante de o vendedor ter-se ajustado a fórmulas, desenhos, esquemas técnicos ou outras especificações análogas fornecidas pelo comprador.

Artigo 43

1. O comprador perderá o direito de invocar as disposições dos artigos 41 e 42 se não denunciar ao vendedor o direito ou a reivindicação do terceiro, especificando sua natureza, dentro de um prazo razoável a partir do momento em que tiver, ou dever ter, conhecimento deles.

Artigo 44

Sem prejuízo do disposto no § 1 do artigo 39 e no § 1 do artigo 43, o comprador poderá reduzir o preço, conforme o artigo 50, ou exigir a indenização das perdas e danos, excluídos os lucros cessantes, se puder apresentar justificativa razoável por não ter efetuado a necessária denúncia.

Seção III — Direitos e ações do comprador em caso de violação do contrato pelo vendedor

Artigo 45

1. Se o vendedor deixar de cumprir qualquer das obrigações que lhe incumbirem nos termos do contrato ou da presente Convenção, o comprador estará autorizado a:

a) exercer os direitos previstos nos artigos 46 a 52;

b) exigir a indenização das perdas e danos prevista nos artigos 74 a 77.

2. O comprador não perde o direito à indenização das perdas e danos, ainda que exerça outra ação que corresponda a seu direito.

3. Não poderá o juiz ou árbitro conceder ao vendedor qualquer prorrogação de prazo, quando o comprador exercer sua ação de descumprimento de contrato.

Artigo 46

1. O comprador poderá exigir do vendedor o cumprimento de suas obrigações, salvo se tiver exercido qualquer direito ou ação incompatível com esta exigência.

2. Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, o comprador poderá exigir a entrega de outras mercadorias em substituição, desde que a desconformidade constitua violação essencial ao contrato, e o pedido de substituição de mercadorias seja formulado no momento da comunicação da desconformidade a que se refere o artigo 39, ou dentro de um prazo razoável a contar desse momento.

3. Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, o comprador poderá exigir do vendedor que as repare para sanar a desconformidade, salvo quando não for isto razoável, tendo em conta todas as circunstâncias. A solicitação de reparação das mercadorias deve ser feito no momento da comunicação a que se refere o artigo 39, ou em prazo razoável a contar desse momento.

Artigo 47

1. O comprador poderá conceder ao vendedor prazo suplementar razoável para o cumprimento de suas obrigações.

2. Salvo se tiver recebido a comunicação do vendedor, de que não cumprirá suas obrigações no prazo fixado conforme o parágrafo anterior, o comprador não poderá exercer qualquer ação por descumprimento de contrato, durante o prazo suplementar. Todavia, o comprador não perderá, por este fato, o direito de exigir indenização das perdas e danos decorrentes do atraso no cumprimento do contrato.

Artigo 48

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 49, o vendedor poderá, mesmo após a data da entrega, sanar por conta própria qualquer descumprimento de suas obrigações, desde que isto não implique em demora excessiva nem cause ao comprador inconvenientes excessivos, ou incertezas quanto ao reembolso pelo vendedor das despesas feitas pelo comprador, e sem prejuízo do direito do comprador de exigir indenização das perdas e danos, nos termos da presente Convenção.

2. Se o vendedor pedir ao comprador que lhe faça saber se aceita o cumprimento, e o comprador não lhe responder em prazo razoável, o vendedor pode executar suas obrigações no prazo indicado em seu pedido. O comprador não poderá, antes do vencimento desse prazo, exercer qualquer direito ou ação incompatível com o cumprimento, pelo vendedor, das obrigações que a ele incumbem.

3. Quando o vendedor comunicar ao comprador a intenção de cumprir suas obrigações em prazo determinado, presumir-se-á que pede ao comprador que lhe faça saber sua decisão, nos termos do parágrafo anterior.

4. O pedido ou a comunicação feita pelo vendedor, nos termos dos §§ 2 ou 3 do presente artigo, não terá efeito se não for recebido pelo comprador.

Artigo 49

1. O comprador poderá declarar o contrato resolvido:

a) se o descumprimento, pelo vendedor, de qualquer das obrigações que lhe atribui o contrato ou a presente Convenção, constituir violação essencial ao contrato; ou

b) no caso de falta de entrega, se o vendedor não entregar as mercadorias dentro do prazo suplementar concedido pelo comprador, conforme o § 1 do artigo 47, ou se declarar que não efetuará a entrega dentro do prazo assim concedido.

2. Todavia, se o vendedor houver entregue as mercadorias, o comprador perderá o direito de declarar o contrato resolvido, se não o fizer:

a) em caso de entrega tardia, em prazo razoável após ter tido conhecimento de que a entrega foi efetuada;

b) em caso de outro descumprimento que não a entrega tardia, dentro de prazo razoável:

i) após o momento em que tiver, ou devesse ter tido, conhecimento da violação;

ii) após o vencimento do prazo suplementar concedido pelo comprador, conforme o § 1 do artigo 47, ou após o vendedor ter declarado que não executaria suas obrigações no referido prazo suplementar; ou

iii) após o vencimento de qualquer prazo suplementar indicado pelo vendedor conforme o § 2 do artigo 48, ou após o comprador ter declarado não aceitar o cumprimento.

Artigo 50

Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, tendo ou não sido pago o preço, o comprador poderá reduzir o preço proporcionalmente à diferença existente entre o valor das mercadorias efetivamente entregues, no momento da entrega, e o valor que teriam nesse momento mercadorias conformes ao contrato. Todavia, o comprador não poderá reduzir o preço se o vendedor sanar qualquer descumprimento de suas obrigações, de acordo com

o artigo 37 ou com o artigo 48, ou se o comprador negar-se a aceitar o cumprimento pelo vendedor, de acordo com os mencionados artigos.

Artigo 51

1. Se o vendedor entregar somente parte das mercadorias, ou se somente parte das mercadorias entregues estiver de acordo com o contrato, aplicar-se-ão os artigos 46 a 50 no tocante à parte faltante ou desconforme.

2. O comprador somente poderá declarar resolvido o contrato se a entrega parcial ou a desconformidade constituir violação essencial ao contrato.

Artigo 52

1. Se o vendedor entregar as mercadorias antes da data fixada o comprador poderá, a seu critério, recebê-las ou não.

2. Se o vendedor entregar quantidade superior àquela prevista no contrato, o comprador pode aceitar ou não a entrega da quantidade excedente. Se o comprador aceitar a entrega da totalidade ou de parte da quantidade excedente, deve pagá-la de acordo com o preço do contrato.

CAPÍTULO III — OBRIGAÇÕES DO COMPRADOR

Artigo 53

O comprador deverá pagar o preço das mercadorias e recebê-las nas condições estabelecidas no contrato e na presente Convenção.

Seção I — Pagamento do preço

Artigo 54

A obrigação do comprador de pagar o preço compreenderá também a de tomar as medidas e cumprir os requisitos exigidos pelo contrato ou pelas leis ou regulamentos pertinentes, destinadas a permitir o pagamento.

Artigo 55

Se o contrato houver sido validamente celebrado sem que, expressa ou tacitamente, tenha sido nele fixado o preço, ou o modo de determiná-lo, entender-se-á, salvo disposição em contrário, que os contraentes te-

nham implicitamente referido o preço geralmente cobrado por tais mercadorias no momento da celebração do contrato, vendidas em circunstâncias semelhantes no mesmo ramo de comércio.

Artigo 56

Se o preço for fixado em função do peso das mercadorias, adotar-se-á para determinar o referido preço, em caso de dúvida, o peso líquido.

Artigo 57

1. Se o comprador não estiver obrigado a pagar o preço em lugar determinado, deverá pagá-lo:

a) no estabelecimento do vendedor, ou
b) no lugar em que se efetuar a entrega, se o pagamento houver de ser feito contra entrega das mercadorias ou de documentos.

2. O vendedor deverá arcar com qualquer aumento de despesas relativas ao pagamento que resultar da mudança de seu estabelecimento, depois da celebração do contrato.

Artigo 58

1. Se o comprador não estiver obrigado a pagar o preço em momento determinado, deve pagá-lo quando o vendedor colocar à sua disposição as mercadorias ou os documentos que as representarem, de acordo com o contrato ou com a presente Convenção. O vendedor poderá considerar o pagamento como condição para a entrega das mercadorias ou dos documentos.

2. Se o contrato implicar em transporte das mercadorias, o vendedor poderá expedilas com a condição de que as mercadorias ou os documentos que as representarem só sejam entregues ao comprador contra o pagamento do preço.

3. O comprador não estará obrigado a pagar o preço antes de ter tido a possibilidade de examinar as mercadorias, salvo se as modalidades de entrega ou de pagamento ajustadas pelos contraentes forem incompatíveis com essa possibilidade.

Artigo 59

O comprador deverá pagar o preço na data fixada ou que puder ser determinada nos termos do contrato e da presente Convenção, sem necessidade de qualquer solicitação ou outra formalidade por parte do vendedor.

Seção II — Recebimento

Artigo 60

A obrigação do comprador de proceder ao recebimento consistirá em:

a) praticar todos os atos razoavelmente esperados para que o vendedor possa efetuar a entrega; e
b) tomar posse das mercadorias.

Seção III — Direitos e ações do vendedor em caso de violação do contrato pelo comprador

Artigo 61

1. Se o comprador não cumprir qualquer das obrigações que lhe incumbirem de acordo com o contrato ou com a presente Convenção, o vendedor poderá:

a) exercer os direitos previstos nos artigos 62 a 65;

b) exigir a indenização das perdas e danos previstos nos artigos 74 a 77.

2. O vendedor não perderá o direito de exigir perdas e danos ainda que exerça qualquer outra ação correspondente a seu direito.

3. Se o vendedor exercer ação por descumprimento de contrato, nenhum prazo poderá ser concedido ao comprador pelo juiz ou árbitro.

Artigo 62

O vendedor poderá exigir do comprador o pagamento do preço, o recebimento das mercadorias ou a execução de outras obrigações que a este incumbirem, salvo se o vendedor houver exercido algum direito ou ação incompatível com tal exigência.

Artigo 63

1. O vendedor poderá conceder prazo suplementar razoável para cumprimento, pelo comprador, das obrigações que a este incumbirem.

2. O vendedor não pode, antes de vencido o prazo concedido conforme o parágrafo precedente, recorrer a qualquer ação por descumprimento do contrato, salvo se houver recebido comunicação do comprador de que não cumprirá suas obrigações neste prazo. Todavia, o vendedor não perderá, por isto, o direito de exigir perdas e danos pela mora no cumprimento pelo comprador, que possa ter.

Artigo 64

1. O vendedor poderá declarar resolvido o contrato se:

a) o descumprimento, pelo comprador, de qualquer das obrigações que lhe incumbem segundo o contrato ou a presente Convenção, constituir violação essencial ao contrato; ou

b) o comprador não cumprir a obrigação de pagar o preço, ou não receber as mercadorias no prazo suplementar concedido pelo vendedor, de acordo com o § 1 do artigo 63, ou, ainda, declarar que não o fará no prazo assim concedido.

2. Todavia, caso o comprador haja pago o preço, o vendedor perderá o direito de declarar resolvido o contrato, se não o fizer:

a) antes que o vendedor tome conhecimento do cumprimento da obrigação, caso se trate de cumprimento tardio pelo comprador;

b) caso se trate de descumprimento de outra natureza que não o cumprimento tardio pelo comprador, dentro de prazo razoável:

i) após o momento em que teve, ou deveria ter tido, conhecimento do descumprimento; ou

ii) após o vencimento do prazo suplementar concedido pelo vendedor de acordo com o § 1 do artigo 63, ou após o comprador ter declarado que não cumpriria suas obrigações dentro desse prazo.

Artigo 65

1. Quando o contrato dispuser que caberá ao comprador especificar a forma, as dimensões ou outras características das mercadorias, tal especificação não for efetuada na data ajustada, ou em prazo razoável após ter sido solicitada pelo vendedor, este poderá, sem prejuízo de quaisquer outros direitos que possa ter, efetuar ele próprio a especificação, de acordo com as necessidades do comprador das quais tiver conhecimento.

2. Se a especificação for efetuada pelo próprio vendedor, este deve dar conhecimento ao comprador dos detalhes concedendo-lhe prazo razoável para que efetue especificação diferente. Se, após receber a comunicação do vendedor, o comprador não se utilizar desta faculdade no prazo concedido, a especificação efetuada pelo vendedor tornar-se-á obrigatória.

CAPÍTULO IV — TRANSFERÊNCIA DO RISCO

Artigo 66

A perda ou a deterioração das mercadorias ocorrida após a transferência de risco ao comprador não o libera da obrigação de pagar o preço, salvo se for decorrente de ato ou omissão do vendedor.

Artigo 67

1. Se o contrato de compra e venda implicar também no transporte das mercadorias, e o vendedor não estiver obrigado a entregá-las em lugar determinado, correrão por conta do comprador os riscos a partir da entrega das mercadorias ao primeiro transportador, para serem trasladadas ao comprador nos termos do contrato. Se o vendedor estiver obrigado a entregar as mercadorias ao transportador em lugar determinado, os riscos só se transferirão ao comprador quando as mercadorias forem entregues ao transportador naquele lugar. O fato de estar o vendedor autorizado a reter os documentos representativos das mercadorias não prejudicará a transferência do risco.

2. Entretanto, o risco não se transferirá ao comprador até que as mercadorias estejam claramente identificadas para os efeitos do contrato, mediante a aposição de marca identificativa, pelos documentos de expedição, por comunicação enviada ao comprador ou por qualquer outro modo.

Artigo 68

Se as mercadorias forem vendidas em trânsito, o risco se transferirá ao comprador a partir do momento em que o contrato for celebrado. Não obstante, se assim resultar das circunstâncias, o risco será assumido pelo comprador a partir do momento em que as mercadorias tenham sido postas na posse do transportador que houver emitido os documentos referentes ao transporte. Todavia, o risco da perda ou deterioração correrá por conta do vendedor se no momento da celebração do contrato de compra e venda o vendedor tiver, ou devesse ter, tido conhecimento do fato de que as mercadorias sofreram perda ou deterioração, sem ter disto informado ao comprador.

Artigo 69

1. Nos casos não compreendidos nos artigos 67 e 68, o risco se transferirá ao comprador quando este retirar as merca-

dórias ou, se não o fizer no tempo devido, a partir do momento em que as mercadorias forem colocadas à sua disposição, estando ele em violação contratual por recusar-se a recebê-las.

2. Não obstante, se o comprador estiver obrigado a retirar as mercadorias noutro lugar que não o estabelecimento do vendedor, o risco se transferirá quando a entrega se efetuar e o comprador souber que as mercadorias estão à sua disposição nesse lugar.

3. Se o contrato se referir a mercadorias ainda não individualizadas, não se considera que tenham sido postas à disposição do comprador até que sejam elas claramente identificadas para os efeitos do contrato.

Artigo 70

Se o vendedor houver cometido violação essencial ao contrato, as disposições dos artigos 67, 68 e 69 não prejudicarão os direitos e ações de que dispõe o comprador em consequência de tal violação.

CAPÍTULO V — DISPOSIÇÕES COMUNS AS OBRIGAÇÕES DO VENDEDOR E DO COMPRADOR

Seção I — Violação antecipada e contratos com prestações sucessivas

Artigo 71

1. Qualquer dos contraentes poderá postergar o cumprimento de suas obrigações se, após a celebração do contrato, tornar-se evidente que o outro contraente não cumprirá parte substancial de suas obrigações, devido a:

- a) grave insuficiência em sua capacidade de cumpri-las, ou de sua solvência; ou
- b) a maneira como se dispõe a cumprir, ou como cumpre o contrato.

2. Se o vendedor houver expedido as mercadorias antes de se tornarem evidentes os motivos a que se refere o parágrafo anterior, poderá opôr-se a que o comprador tome posse das mercadorias, ainda que este seja portador de documento que lhe permita obtê-la. Este parágrafo refere-se somente aos direitos respectivos do comprador e do vendedor sobre as mercadorias.

3. O contraente que postergar o cumprimento de suas obrigações, antes ou depois da expedição das mercadorias, deverá comunicá-lo imediatamente ao outro contraen-

te, mas deverá prosseguir no cumprimento de sua parte se este oferecer garantias suficientes de cumprimento de suas obrigações.

Artigo 72

1. Se antes da data de cumprimento tornar-se evidente que um dos contraentes incorrerá em violação essencial ao contrato, poderá o outro contraente declarar a resolução deste.

2. Se dispuser do tempo necessário, o contraente que pretender declarar a resolução do contrato deverá comunicá-lo ao contraente com antecedência razoável, para que este possa oferecer garantias suficientes de que cumprirá suas obrigações.

3. Os requisitos do parágrafo anterior não serão aplicáveis quando o outro contraente houver declarado que não cumprirá suas obrigações.

Artigo 73

1. Nos contratos que estipulem entregas sucessivas de mercadorias, o descumprimento por um dos contraentes das obrigações relativas a qualquer das entregas, que constituir violação essencial do contrato em relação a esta entrega, dá ao contraente o direito de declarar resolvido o contrato quanto a essa mesma entrega.

2. Se o descumprimento, por um dos contraentes, de suas obrigações relativas a qualquer das entregas, der ao outro contraente fundados motivos para inferir que haverá violação essencial do contrato com relação a futuras entregas, este outro contraente poderá declarar o contrato resolvido para o futuro, desde que o faça dentro de prazo razoável.

3. O comprador que declarar resolvido o contrato com relação a qualquer entrega futura poderá simultaneamente declará-lo resolvido com respeito a entregas já efetuadas ou a futuras entregas se, em razão de sua interdependência, tais entregas não puderem destinar-se aos fins previstos pelos contraentes no momento da celebração do contrato.

Seção II — Perdas e Danos

Artigo 74

As perdas e danos decorrentes de violação contratual cometida por um dos contraentes compreenderão o valor do prejuízo

sofrido e o ganho que deixou de auferir o outro contraente, em consequência do descumprimento. Esta indenização não pode exceder à perda que o contraente inadimplente tiver, ou devesse ter, previsto no momento da celebração do contrato, levando em consideração os fatos de que tiver, ou devesse ter, tido conhecimento nesse momento, como consequência possível do descumprimento contratual.

Artigo 75

Se o contrato for resolvido e se, em modo e prazo razoáveis após a resolução, o comprador proceder a uma compra substitutiva, ou o vendedor a uma venda substitutiva, o contraente que exigir a indenização poderá obter a diferença entre o preço do contrato e o preço estipulado na operação substitutiva, assim como quaisquer outras perdas e danos exigíveis de acordo com o artigo 74.

Artigo 76

1. Se o contrato for resolvido e as mercadorias tiverem preço corrente, o contraente que exigir a indenização das perdas e danos poderá, se não houver procedido à compra substitutiva ou à venda substitutiva previstas no artigo 75, obter a diferença entre o preço fixado no contrato e o preço corrente no momento da resolução, bem como quaisquer outras perdas e danos exigíveis em razão do artigo 74. Não obstante, se o contraente que exigir a indenização houver resolvido o contrato após ter tomado posse das mercadorias, aplicar-se-á o preço corrente no momento de tomada de posse, em lugar do preço corrente no momento da resolução.

2. Para os fins do parágrafo anterior, o preço corrente será aquele do lugar onde a entrega das mercadorias deveria ter-se efetuado ou, na falta de preço corrente nesse lugar, o preço praticado em outra praça que puder razoavelmente substituí-lo, levando-se em consideração as diferenças nos custos de transporte das mercadorias.

Artigo 77

O contraente que invocar o descumprimento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, o outro contraente poderá pedir re-

dução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido evitada.

Seção III — Juros

Artigo 78

Se um dos contraentes deixar de pagar o preço ou qualquer outro valor devido, o outro contraente terá direito a receber juros correspondentes, sem prejuízo de qualquer indenização das perdas e danos exigíveis de acordo com o artigo 74.

Seção IV — Exoneração de responsabilidade

Artigo 79

1. Nenhum dos contraentes será responsável pelo descumprimento de qualquer de suas obrigações, se provar que tal descumprimento foi devido a motivo alheio à sua vontade, que não era razoável esperar fosse levado em consideração no momento da celebração do contrato, ou que fosse evitado ou superado, ou, ainda, que fossem evitadas ou superadas suas consequências.

2. Se o descumprimento de um dos contraentes for devido à falta de cumprimento de terceiro por ela incumbido da execução total ou parcial do contrato, este contraente somente ficará exonerado de sua responsabilidade se:

- a) estiver exonerado do disposto no parágrafo anterior;
- b) o terceiro incumbido da execução também estivesse exonerado, caso fossem a ele aplicadas as disposições daquele parágrafo.

3. A exoneração prevista neste artigo produzirá efeito enquanto durar o impedimento.

4. O contraente que não tiver cumprido suas obrigações deve comunicar ao outro contraente o impedimento, bem como seus efeitos sobre sua capacidade de cumpri-las. Se o outro contraente não receber a comunicação dentro de prazo razoável, após o momento em que o contraente que deixou de cumprir suas obrigações tiver, ou devesse ter, tomado conhecimento do impedimento, este último contraente será responsável pelas perdas e danos decorrentes da falta de comunicação.

5. As disposições deste artigo não impedirão aos contraentes o exercício de qualquer de seus direitos, salvo o de exigir indenização por perdas e danos, nos termos desta Convenção.

Artigo 80

Nenhum dos contraentes não poderá alegar o descumprimento do outro, na medida em que tal descumprimento tiver sido causado por ação ou omissão do primeiro.

Seção V — Efeitos da resolução

Artigo 81

1. A resolução do contrato liberará ambos os contraentes de suas obrigações, salvo a de indenizar as perdas e danos que possam ser devidas. Todavia, a resolução não prejudicará as disposições contratuais a respeito da solução de controvérsias, nem qualquer outra estipulação do contrato que regule os direitos e obrigações dos contraentes em caso de resolução.

2. O contraente que tiver cumprido total ou parcialmente o contrato poderá reclamar do outro contraente a restituição daquilo que houver fornecido ou pago nos termos do contrato. Se ambos os contraentes estiverem obrigados a restituir, deverão fazê-lo simultaneamente.

Artigo 82

1. O comprador perderá o direito de declarar resolvido o contrato, ou de exigir do vendedor a entrega de outras mercadorias em substituição àquelas recebidas, se for impossível ao comprador restituir tais mercadorias em estado substancialmente idêntico ao que se encontravam quando foram recebidos.

2. Não se aplicará o parágrafo anterior se:

a) a impossibilidade de restituir as mercadorias, ou de restituí-las em estado substancialmente idêntico àquelas em que o comprador as houver recebido, não for imputável a qualquer ato ou omissão deste;

b) as mercadorias, ou parte delas, tiverem perecido ou se deteriorado em consequência do exame prescrito no artigo 38; ou

c) o comprador, antes de descobrir a desconformidade, ou de dever tê-la descoberto, houver vendido as mercadorias, ou parte delas, no curso normal de seus negócios, ou as houver consumido ou transformado segundo o uso normal.

Artigo 83

O comprador que tiver perdido o direito de declarar resolvido o contrato, ou de exigir do vendedor a entrega de outras mer-

cadorias em substituição àquelas recebidas, de acordo com o artigo 82, manterá, não obstante, todos os demais direitos e ações que lhe corresponderem, segundo o contrato e a presente Convenção.

Artigo 84

1. Se o vendedor estiver obrigado a restituir o preço, deverá também reconhecer os juros correspondentes, a partir da data em que tiver ocorrido o pagamento do preço.

2. O comprador deverá reconhecer ao vendedor o valor de todo o proveito que tiver auferido com as mercadorias, ou com parte delas:

a) quando tiver de restituí-las, no todo ou em parte;

b) quando lhe for impossível restituir a totalidade ou parte das mercadorias, ou restituí-las, no todo ou em parte, em estado substancialmente idêntico àquelas em que as houver recebido, mas tiver, não obstante, declarado resolvido o contrato, ou exigido do vendedor a entrega de outras mercadorias em substituição àquelas recebidas.

Seção VI — Conservação das mercadorias

Artigo 85

Se o comprador retardar o recebimento das mercadorias, ou retardar o pagamento do preço quando tal pagamento for devido simultaneamente à entrega das mercadorias, o vendedor deverá adotar medidas razoáveis para a conservação destas, atendidas as circunstâncias, caso esteja na posse das mercadorias ou possa por outra forma dispor das mesmas. O vendedor terá direito a reter as mercadorias até que obtenha do comprador o reembolso dos gastos razoáveis que tiver realizado.

Artigo 86

1. Se o comprador tiver recebido as mercadorias e tiver a intenção de exercer o direito de recusa conferido pelo contrato ou pela presente Convenção, deverá adotar as medidas que forem razoáveis, atendidas as circunstâncias, para a respectiva conservação. O comprador terá direito de reter as mercadorias até que obtenha do vendedor o reembolso dos gastos razoáveis que tiver realizado.

2. Se as mercadorias remetidas ao comprador tiverem sido colocadas à disposição deste no lugar de destino e o comprador

exercer o direito de recusa, deverá tomar posse das mercadorias por conta do vendedor, quando for isso possível sem pagamento do preço, inconvenientes ou gastos excessivos. Esta disposição não se aplicará quando o vendedor, ou a pessoa autorizada a tomar posse das mercadorias por conta deste, estiver presente no local de destino. Os direitos e ações do comprador que tomar posse das mercadorias nos termos do presente parágrafo reger-se-ão pelo parágrafo precedente.

Artigo 87

O contraente que estiver obrigado a adotar medidas para a conservação das mercadorias poderá depositá-las em armazém de terceiro, por conta do outro contraente, desde que os gastos resultantes não sejam excessivos.

Artigo 88

1. O contraente que estiver obrigado a providenciar a conservação das mercadorias, conforme as disposições dos artigos 85 e 86, poderá vendê-las por qualquer meio apropriado, se o outro contraente retardar excessivamente tomar de posse delas, aceitar sua devolução ou pagar o preço dos gastos de sua conservação, desde que comunique ao outro contraente, com antecedência razoável, sua intenção de proceder à venda.

2. Se as mercadorias estiverem sujeitas a rápida deterioração, ou se sua conservação exigir gastos excessivos, o contraente que estiver obrigado a providenciar sua conservação, conforme as disposições dos artigos 85 e 86, deverá adotar medidas razoáveis para vendê-las. Na medida do possível, deverá comunicar o outro contraente sua intenção de proceder à venda.

3. O contraente que vender as mercadorias terá direito de reter, do produto da venda, importância equivalente aos gastos razoáveis que foram realizados com sua conservação e venda, devendo entregar o saldo ao outro contraente.

PARTE IV — DISPOSIÇÕES FINAIS

Artigo 89

O Secretário Geral das Nações Unidas fica designado depositário da presente Convenção.

Artigo 90

A presente Convenção não prevalece sobre qualquer acordo internacional, já celebrado ou que venha a sê-lo, que contenha disposições relativas às matérias regidas pela presente Convenção, desde que os contraentes tenham seus estabelecimentos em Estados partes nesse acordo.

Artigo 91

1. A presente Convenção estará aberta à assinatura na sessão de encerramento da Conferência das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e permanecerá aberta à assinatura de todos os Estados na Sede das Nações Unidas, em Nova York, até 30 de setembro de 1981.

2. A presente Convenção está sujeita à ratificação, aceitação ou aprovação pelos Estados signatários.

3. A presente Convenção estará aberta à adesão de todos os Estados que não sejam Estados signatários, a partir da data em que ficar aberta à assinatura.

4. Os instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação e adesão serão depositados em poder do Secretário Geral das Nações Unidas.

Artigo 92

1. Qualquer Estado Contratante pode declarar, no momento da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, que não adotará a Parte II ou a Parte III da presente Convenção.

2. Qualquer Estado Contratante que tiver feito a declaração prevista no parágrafo anterior com relação à Parte II ou à Parte III da presente Convenção, não se considerará Estado Contratante para os efeitos do § 1 do artigo 1 da presente Convenção, no que concerne às matérias que sejam regidas pela Parte a que se referir a declaração.

Artigo 93

1. Qualquer Estado Contratante integrado por duas ou mais unidades territoriais nas quais, de conformidade com sua Constituição, forem aplicáveis sistemas jurídicos diversos relativamente às matérias objeto da presente Convenção, poderá declarar, no momento da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, que a presente

Convenção se aplicará a todas suas unidades territoriais, ou somente a uma ou a algumas delas, podendo modificar a qualquer momento sua declaração, mediante outra declaração.

2. Estas declarações serão notificadas ao depositário e nelas se fará constar expressamente a quais unidades territoriais aplicar-se-á a Convenção.

3. Se, em virtude de declaração feita nos termos deste artigo, a presente Convenção aplicar-se a uma ou a algumas das unidades territoriais do Estado Contratante, mas não a todas elas, e se o estabelecimento de um dos contraentes estiver situado nesse Estado, considerar-se-á, para os efeitos da presente Convenção, que esse estabelecimento não está num Estado Contratante, salvo se se encontrar numa unidade territorial na qual se aplicar a Convenção.

4. Se o Estado Contratante não fizer qualquer declaração nos termos do § 1 deste artigo, aplicar-se-á a Convenção a todas as unidades territoriais desse Estado.

Artigo 94

1. Dois ou mais Estados Contratantes que tiverem normas jurídicas idênticas ou similares nas matérias que se regem na presente Convenção podem, a qualquer momento, declarar que a Convenção não se aplicará aos contratos de compra e venda, ou à respectiva formação, quando os contraentes tiverem seus estabelecimentos nesses Estados. Tais declarações podem ser feitas conjuntamente ou mediante declarações unilaterais recíprocas.

2. Qualquer Estado Contratante que tiver normas jurídicas idênticas ou similares às de um ou de vários Estados não contratantes, nas matérias que se regem na presente Convenção, poderá declarar, a qualquer momento, que a Convenção não se aplicará aos contratos de compra e venda, ou à respectiva formação, quando os contratantes tiverem seus estabelecimentos nesses Estados.

3. Se o Estado a respeito do qual tiver sido feita a declaração prevista no parágrafo anterior tornar-se ulteriormente Estado Contratante, a referida declaração produzirá os efeitos da declaração prevista no § 1, a partir da data em que a Convenção vigorar em relação ao novo Estado Contratante, desde que este subscreva essa declaração, ou faça uma declaração unilateral de caráter recíproco no mesmo sentido.

Artigo 95

Qualquer Estado poderá declarar, no momento do depósito de seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, que não adotará a disposição da alínea "b" do § 1 do artigo 1 da presente Convenção.

Artigo 96

O Estado Contratante cuja legislação exigir que os contratos de compra e venda sejam celebrados ou provados por escrito poderá, a qualquer momento, fazer a declaração prevista no artigo 12, no sentido de que, caso qualquer dos contraentes tenha seu estabelecimento nesse Estado, não se aplicarão as disposições dos artigos 11 e 29, ou da Parte II da presente Convenção, que permitirem a celebração, modificação ou resilição do contrato de compra e venda, ou a oferta, aceitação ou qualquer outra manifestação de intenção, por qualquer forma que não a escrita.

Artigo 97

1. As declarações feitas de conformidade com a presente Convenção, no momento da assinatura, estarão sujeitas a confirmação quando da respectiva ratificação, aceitação ou aprovação.

2. As declarações e as confirmações de declarações serão feitas por escrito, e serão formalmente notificadas ao depositário.

3. As declarações surtirão efeitos a partir da data de entrada em vigor da presente Convenção em relação ao Estado a que se referirem. Não obstante, a declaração cuja notificação formal for recebida pelo depositário após tal entrada em vigor, surtirá efeito no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de seis meses, contados da data em que o depositário houver recebido a notificação. As declarações unilaterais recíprocas feitas conforme o artigo 94 surtirão efeito no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de seis meses, contados da data em que o depositário houver recebido a última declaração.

4. Qualquer Estado que fizer declaração conforme à presente Convenção poderá retirá-la a qualquer momento, mediante notificação formal, feita por escrito ao depositário. Esta retirada surtirá efeito no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de seis meses, contados da data em que o depositário houver recebido a notificação.

5. A retirada de declaração feita nos termos do artigo 94 tornará ineficaz qualquer declaração de caráter recíproco feita por outro Estado de conformidade com tal artigo, a partir da data em que tal retirada surtir efeito.

Artigo 98

Não se admitirão quaisquer reservas além daquelas expressamente autorizadas pela presente Convenção.

Artigo 99

1. A presente Convenção entrará em vigor, sem prejuízo do disposto no § 6 deste artigo, no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de doze meses, contados da data em que houver sido depositado o décimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, incluindo qualquer instrumento que contenha declaração feita nos termos do artigo 92.

2. Quando um Estado ratificar, aceitar ou aprovar a presente Convenção, ou aderir a ela, após haver sido depositado o décimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, a Convenção, excetuada a Parte excluída, entrará em vigor com relação a esse Estado, sem prejuízo do disposto no § 6 deste artigo, no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de doze meses, contados da data em que haja depositado seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão.

3. Qualquer Estado que ratificar, aceitar ou aprovar a presente Convenção, ou adira a ela, e que seja parte na Convenção relativa à lei uniforme sobre a formação de contratos para a venda internacional de mercadorias celebrada em Haia em 1.º de junho de 1964 (Convenção de Haia de 1964 sobre a formação), ou na Convenção relativa à lei uniforme sobre a venda internacional de mercadorias celebrada em Haia em 1.º de julho de 1964 (Convenção de Haia de 1964 sobre a venda), ou em ambas as Convenções, deverá denunciar ao mesmo tempo, conforme o caso, a Convenção de Haia de 1964 sobre a venda, a Convenção de Haia de 1964 sobre a formação, ou ambas as Convenções, mediante notificação para esse efeito dirigida ao Governo dos Países Baixos.

4. Qualquer Estado parte na Convenção de Haia de 1964 sobre a formação que ratificar, aceitar ou aprovar a presente Convenção, ou a ela aderir, e que declarar ou

tiver declarado, nos termos do artigo 92, que não adotará a Parte III da presente Convenção, denunciará, no momento da ratificação, aceitação, aprovação ou adesão a Convenção de Haia de 1964 sobre a formação, mediante notificação para esse efeito dirigida ao Governo dos Países Baixos.

5. Para os efeitos deste artigo, as ratificações, aceitações, aprovações e adesões formuladas com respeito à presente Convenção por Estados partes na Convenção de Haia de 1964 sobre a formação, ou na Convenção de Haia de 1964 sobre a venda, não surtirão efeitos até que as denúncias que estes Estados devam fazer com relação a estas duas mencionadas Convenções tenham surtido seus devidos efeitos. O depositário da presente Convenção consultará o Governo dos Países Baixos, como depositário das Convenções de 1964, a fim de assegurar a necessária coordenação a este respeito.

Artigo 100

1. A presente Convenção somente se aplicará à formação do contrato quando a respectiva oferta se fizer a partir da data de entrada em vigor da Convenção, com relação aos Estados Contratantes a que se refere a alínea "a" do § 1 do artigo 1, ou com relação ao Estado Contratante a que se refere a alínea "b" do § 1 do artigo 1.

Artigo 101

1. Qualquer Estado Contratante poderá denunciar a presente Convenção, sua Parte II ou sua Parte III, mediante notificação formal, feita por escrito ao depositário.

2. A denúncia surtirá efeito no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de doze meses, contados da data em que a notificação houver sido recebida pelo depositário. Quando na notificação se estabelecer prazo mais longo para que a denúncia produza efeito, esta tornar-se-á eficaz no término desse prazo, contado da data em que a notificação houver sido recebida pelo depositário.

FEITA em Viena, no dia 11 de abril de mil novecentos e oitenta, em um só original, cujos textos em árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo são igualmente autênticos.

EM FÉ DO QUE os plenipotenciários abaixo assinados, devidamente autorizados por seus respectivos Governos, firmaram a presente Convenção.

DOCTRINA

A "RES SPERATAE" E O "SHOPPING CENTER"

ANTONIO CEZAR LIMA DA FONSECA

I — INTRODUÇÃO

No Brasil já se firmou o estrangeirismo "shopping center", aliás, já incorporado inclusive no *Novo Dicionário Aurélio*, que é peça clássica no País.

A população, em todas as camadas, já identifica na palavra "shopping" acrescido do vocábulo "center", uma forma de comerciar, às vezes englobando o próprio estabelecimento. O público já lhe apreendeu o sentido e fez a sua expressão, como diz Washington de Barros Monteiro.¹

Em sua pátria, a palavra "shopping" deriva do verbo "to shop", que é a ação de comprar,² da qual é o gerúndio, a significar "comprando". Na literal tradução não chegaríamos a um denominador comum sobre o que significa "shopping center".

Para alguns, "shopping" é variação do verbo "to buy" com a significação de "fazer compras".³

O fato é que tais palavras se incorporaram em nossa linguagem significando "centro de compras" ou "centro comercial", impondo-se sobre tais denominações, pois, como diz Requião, ela "aparenta mais *status*".⁴

Visto como "complexo mercadológico", ou "moderna criação mercadológica",⁵ ou "fenômeno indiscutível de atração turística e modernização nas relações comerciais de varejo";⁶ ou como uma das "maiores conquistas do comércio varejista moderno";⁷ ou como "moderno pólo de captação e distribui-

ção de riquezas",⁸ o "shopping center" impõe-se pela grandiosidade, pela inovação e arrojo do empreendimento. Já o disse Carlos Geraldo Langoni: "Os "shopping centers" constituem uma das mais significativas revoluções tecnológicas de caráter nitidamente organizacional".⁹

Não se pode negar um remoto parentesco entre tais modernas formas de exercer o comércio e os mercados e feiras da Idade Média.

Claro, não há e nem poderia haver qualquer comparação,¹⁰ no entanto, os "shopping centers" fazem parte da evolução da mercancia, assim como as feiras foram para o comércio individual da Antiguidade.

À evidência, porém, em que pese o parentesco referido, os "shopping centers" originam-se dos Estados Unidos, surgidos nos anos 50, como "pura criação do espírito pragmático do povo norte-americano".¹¹

No Brasil eles surgem na década de 60¹² e desde então tornaram-se parte do comércio varejista dos grandes centros urbanos.

Com seu surgimento, também dada a ausência de disciplina legislativa no Brasil, aparecem as grandes questões jurídicas, onde aflora o "acirrado antagonismo das opiniões",¹³ sendo eles que "vêm causando a dor-de-cabeça dos juristas", pela "infinidade de relações jurídicas que suscitam".¹⁴

Os empreendedores organizam-se em uma associação civil, a chamada Asso-

ciação Brasileira dos Shopping Centers — ABRASCE — entidade criada em 1976, que congrega mais de sessenta filiados, com sede no Rio de Janeiro.¹⁵

No plano jurídico, um dos problemas é o que a doutrina tem denominado “*res sperata*”, que aqui procuraremos enfocar. Mas primeiro, veremos alguma coisa desse empreendimento, como surge, como se organiza e funciona; depois, enfrentar-se-á o tema proposto.

II — ASPECTOS BÁSICOS

Os “Shopping Centers” aceleram a evolução da mercancia. É instituto que grava do Direito Civil ao Direito Comercial com facilidade.

Não se pode situá-lo unicamente como um fenômeno mercantil deste Século e nem como de Direito Civil. Ocorre que ele possui múltiplas facetas, que repercutem ora num, ora em outro plano do Direito.

O “shopping” auxilia o desenvolvimento global das comunidades, criando empregos e proporcionando uma maior arrecadação de tributos.

Segundo Alfredo Buzaid a relevância do estudo dos “shopping” demanda análise aprofundada de conceitos fundamentais, quer de Direito Civil, quer de Direito Comercial.¹⁶

À primeira vista, parece-nos que ele surge no plano econômico, aliás, sabido que o jurídico sempre está à retaguarda daquele.¹⁷ Depois, segue-se ao Direito Civil, onde as questões jurídicas avultam e onde surge o debate doutrinário.

Como diz Belmonte,¹⁸ são eles que, no moderno Direito, “vêm causando a dor-de-cabeça dos juristas”, pela “infinitude de relações jurídicas que suscitam”.

Nossa pretensão, neste modesto estudo, é circunstância, anotada por Jacques Le Goff como característica da

mercancia da Idade Média, se faz presente ainda hoje no pensamento do empreendedor. Dizia Le Goff, do comerciante: “Sua cidade: é nela que pensam freqüentemente. Ela ocupa o primeiro lugar em suas preocupações e afeições”.¹⁹

É o empresário, dono do “shopping”, quem, *ultima ratio*, capitaliza os recursos, aplicando-os, gerenciando-os de forma a proporcionar o êxito da obra. É ele quem assume o investimento e é a ele que também deve ser debitada a má escolha das lojas que se instalarão no empreendimento. Sabe esse empresário das possibilidades de sucesso do negócio, daí por que deve ser arrojado no empreendimento.

É o empresário quem encomenda os serviços de “marketing” para a instalação do “shopping”. Tais serviços compreendem o estudo do sistema viário da cidade, da localização do “shopping”, da população que se pretende atingir, enfim, compreende tudo aquilo que possa viabilizar o investimento.

Claro, um “shopping” não pode ser criado aleatoriamente, em zona inóspita, de difícil acesso ou cercado de pessoas não afetas ao consumo, seja lá pelas condições que forem. É comezinho: esse negócio se dirige a uma clientela específica, ou seja, àqueles consumidores em potencial; àqueles que se utilizam de veículo familiar e que, em face dos compromissos profissionais, precisam racionalizar o tempo na compra e na diversão. Passemos ao largo, ainda, na questão onde se discute se o empreendimento se dirige à classe média ou à alta, isso considerando que o consumidor pode estar em qualquer delas e é para este que o empreendimento se dirige.

Na instalação de um “shopping” se procede a um parque de estacionamento, via de regra, gratuito. Também essa é a preocupação do empresário.

O estacionamento para automóveis é, no dizer de Dinah Pinto, "um dos grandes benefícios proporcionados".²⁰ É que a clientela do estabelecimento deve ter tranqüilidade para se dirigir às compras sem enfrentar o crucial problema dos grandes centros, que é o estacionamento nas vias urbanas. Refere-se que "o automóvel deixou, há muito, de ser um veículo pertencente exclusivamente à elite, mas uma necessidade, hoje também alcançada pela classe média".²¹

O empresário também se preocupa com o fator segurança quando da instalação de um "shopping".

Ademais, assim como há o desenvolvimento negocial com a instalação do "shopping", beneficia-se a população da cidade, especialmente pela expansão urbana, com novas áreas construídas que passam a se desenvolver em torno deles.²²

É preciso fazer a diferença entre o "shopping center" e outras entidades, as quais às vezes se utilizam daquela denominação em sua identificação.

São três espécies de "Shopping Centers" a serem consideradas:²³

1) "Shopping" de vizinhança, ocupando-se secundariamente de vestuário e dirigido primordialmente às necessidades elementares do consumidor, tais como: gêneros alimentícios, medicamentos, cabeleireiro etc.;

2) "Shopping" de comunidade, intermediário em tamanho entre o primeiro e o "shopping" regional, com maiores opções de mercadorias, com a introdução de áreas de lazer e lancherias;

3) "Shopping" regional, que é o mais conhecido no Brasil, onde estão as grandes lojas de departamentos, com parques de estacionamento e ampla comodidade ao consumidor.

É de atentar que "Shopping Center" não é um mercado; não é uma Galeria Comercial, não é uma loja qualquer, como diz Caio Mário da Silva Pereira,²⁴

e nem uma loja de departamentos ou magazine. Ele é tudo isso e muito mais. Daí por que Alfredo Buzaid chegou a chamá-los de "cidade em miniatura"²⁵ onde o consumidor encontra, como disse Luís Antonio de Andrade, "do alfinete ao avião".²⁶

É quase comum o desvirtuamento dessa denominação, aliás, circunstância também observada por Rubens Requião.²⁷ Parece que, para alguns, qualquer reunião de lojas é um "shopping center", o que não é verdadeiro. Pior é que muitas vezes se diz "Shopping de Compras", ou "Shopping de Fábricas", a significar algo diferente do real "Shopping Center".

Antes mesmo, ou depois, de realizado o empreendimento, é comum o dono do "shopping" contratar um administrador, uma pessoa, física ou jurídica, que se encarregará da gerência operacional do "shopping". Isso não impede, obviamente, que o próprio empresário administre o empreendimento. Caso o administrador for contratado previamente, poderá ele agir com todos os amplos poderes do empreendedor, inclusive atuando na mudança do projeto estrutural da edificação,²⁸ depois gerenciará os serviços de manutenção do "shopping", desde a segurança até a limpeza, do funcionamento perfeito das áreas de lazer à contratação de pessoal, enfim, é tamanha sua responsabilidade que uma má administração pode "comprometer o próprio sucesso do empreendimento".²⁹ É ele o fiscal do "shopping".

As lojas a serem instaladas são previamente selecionadas e, *a priori*, não escolhem a posição, o "lugar", que irão ocupar no interior do "shopping". Isso é feito pelo *tenant mix**, que é uma téc-

* N.A.: "Tenant" significa inquilino, locatário; "mix" é mistura.

nica que o empreendedor utiliza para a distribuição de lojistas no “center”.

O “tenant mix”, diz Pinto Ferreira, “é uma locução de origem inglesa consistente na determinação das lojas por ramo e dos ramos de comércio dentro do “shopping center”; é assim um agrupamento variado de diversos setores e ramos mercantis para permanente atração da clientela”.³⁰

No interior do “shopping” identificamos:

1) Lojas-âncoras, que são os grandes magazines, as grandes lojas de departamentos, com nome já firmado no mercado consumidor. Tais lojas, via de regra, ocupam os espaços nobres do empreendimento, localizadas próximo às entradas, têm seus logotipos afixados em painéis exteriores ao “shopping”; servem de atração ao consumidor, ante a força no ramo comercial: são lojas também chamadas “chamariz”;³¹

2) lojas-satélites, ou lojas-magnéticas, ou mini-âncoras que são as lojas menores, mas especializadas em ramo comercial determinado e com nome ou símbolo, ou “griffe”, já conhecidos dos consumidores. Tais lojas situam-se nas proximidades das lojas-âncoras, consoante aplicação do “tenant mix” de modo a conciliar o ramo e a concorrência;

3) os estandes, ou “pontos”, não têm sido considerados pela doutrina. Mas existem nos “shoppings” aqueles pequenos comerciantes que se dedicam a ramo único, ou a serviço profissional especial. São as “bomboniéres”, os chaveiros, aqueles que vendem bijouterias, pulseiras, relógios, revistas etc.

Com a delineação do empreendimento, obviamente, há também pelo empresário a captação de recursos para a realização ou complementação do projeto. Há que se selecionar as lojas que comporão o “shopping”, isto é, que lá instalar-se-ão com o seus fundos de comércio.

É aqui que se passa a tratar da razão deste estudo, ou seja, como é feita, e por quê é feita essa seleção de lojistas. Aqui, nessa fase, é onde o empresário busca também auxílio financeiro dos lojistas. A isso é que se chamou *res sperata*, que trataremos a seguir.

B) “Res sperata”

A expressão “*res sperata*” origina-se do Direito Romano e está ligada à venda de coisa futura.

O Código Civil Brasileiro, arts. 1.118 e 1.119, prevê a viabilidade da venda de coisa futura.

“Art. 1.118 — Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas futuras, cujo risco de não virem a existir assumo o adquirente, terá direito o alienante a todo o preço, desde que de sua parte não tenha havido culpa, ainda que delas não venha a existir absolutamente nada.

“Art. 1.119 — Se for aleatório, por serem objeto dele coisas futuras, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir em qualquer quantidade, terá também direito o alienante a todo o preço, desde que de sua parte não tiver concorrido culpa, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior à esperada.

“Parágrafo único — Mas, se da coisa nada vier a existir, alienação não haverá, e o adquirente restituirá o preço recebido”.

Distinguem-se, a *venditio res speratae* e a *emptio spei*, ou *venditio spei*; a venda de coisa esperada e a venda de esperança; venda condicional e venda definitiva,³² respectivamente.

Tais expressões não podem ser confundidas.

É que na venda de esperança, a coisa pode ou não existir; as partes sujeitam-se a um risco completo, previsto no art. 1.118, “aludindo ao contrato alea-

tório de venda de coisas futuras, com risco de nada receber”, como diz Pinto Ferreira.³³ Um exemplo clássico é a venda do resultado de uma pesca, ou de uma safra qualquer.

Na *venditio spei* há venda definitiva no sentido de que o preço é devido mesmo que a coisa não venha a existir: “o comprador terá de satisfazer o preço ainda quando não venha ter existência o bem”, sendo “contrato eminentemente aleatório”.³⁴

Já na venda de coisa esperada “não há sujeição à inexistência do bem vendido, pois que o art. 1.119 do CC prevê que o adquirente assume o risco de receber a coisa futura na quantidade que existir. Ela consagra assim uma venda de coisa futura em menor ou maior quantidade”.³⁵

Na *res speratae* em a coisa não surgindo o contrato torna-se ineficaz por falta de objeto, ou mais propriamente, “por não se efetivar a condição suspensiva”.³⁶

Então, como vimos, numa primeira fase de lançamento do “shopping center”, o empreendedor busca captar recursos para sua obra. É que são raros os empreendimentos de “shopping centers” criados por incorporação, isto é, pela venda direta de unidades autônomas aos usuários, sendo mesmo “excepcionais”.³⁷

Nessa busca de capital, o dono do “shopping” oferece o plano ao mercado, composto de estudos de “marketing”, às lojas previamente escolhidas para comporem o centro comercial, passando, então, por pré-contrato, a receber certa quantia em dinheiro para a construção do empreendimento.

A essa modalidade de pagamento, a esse recebimento de quantias em dinheiro, é que se convencionou chamar *res speratae*, ou *res sperata*, denominação, aliás, que tem sofrido crítica da doutrina.³⁸

Diz-se que é uma forma de captação de recursos em que o empreendedor recebe dos futuros usuários, ou futuros lojistas, quantias com que contribuem durante a fase de construção, até o momento em que a edificação se completa e é aberta à utilização efetiva”.³⁹

No entanto, admite-se que esse pagamento persista até depois da construção do empreendimento como forma de compensação, ou seja, para compensar essa vantagem de o lojista não precisar formar, com suas próprias forças, a clientela, seu fundo de empresa.⁴⁰

E qual é a “coisa esperada”?

É o lucro, diz Alvaro Villaça,⁴¹ é a vantagem que advirá do exercício da atividade negocial na área do “shopping”. Para outros, no entanto, é o próprio espaço que virá a ser ocupado futuramente, seja por contrato de locação ou atípico.

E é nessa área onde se discute qual a natureza da *res sperata*; é onde se consegue vislumbrar algumas correntes doutrinárias, que preferimos chamar de teorias, que assim agrupamos:

1.ª) Teoria de Luvas;

2.ª) Teoria do Direito de Reserva, ou da garantia de entrega do local, ou reserva de localização, ou caução;

3.ª) Teoria do Fundo Comercial, ou de empresa;

4.ª) Teoria do Sobrefundo Comercial ou Superfundo.

Inicialmente, cumpre dizer-se, na esteira de Antonio de Pádua Ferraz Nogueira, que tal pagamento não é mútuo e nem arras confirmatórias, porque não há devolução do capital e nem serve de confirmação negocial.⁴²

Pela primeira corrente, discute-se se essa quantia são luvas ou não.

As luvas, como bem ensinou Buzaid, existem desde o Direito Romano, sendo que a palavra tem significados vários. No revogado Dec. 24.150/34, também chamado Lei de Luvas, a palavra foi

empregada “para designar a quantia que o inquilino pagava ao senhorio, independente de aluguel, a fim de conseguir um contrato de locação ou sua prorrogação”.⁴³

Para Ladislau Karpát e outros,⁴⁴ a *res sperata* são luvas, pois, via de regra, já se garante um prazo mínimo da futura locação, no mais das vezes cinco anos: “Não seria de outra forma tolerável que um determinado comerciante, ao aderir a um empreendimento, despendesse elevadas quantias, e passados apenas dois ou três anos, vencido o contrato de locação, estivesse às voltas com o locador.”⁴⁵

Contrário a essa teoria, o Des. Luís Antonio de Andrade justifica que as luvas são reservadas “só para quando se vai renovar o contrato” e como disso não se trata, “esse adiantamento pode ter qualquer outro nome, mas luvas não”.⁴⁶

O Prof. Caio Mário da Silva Pereira entende que de luvas não se trata, pois não é pagamento antecipado de aluguel, nem benefício especial ou extraordinário, “já que esta é uma etapa pré-locatória, não sujeita ao império da lei que disciplina o renovamento dos contratos de locação”, daí por que prefere chamá-la de “direito de reserva de localização ou garantia de entrega do local”.⁴⁷ Eis a segunda teoria.

Alguns autores vinculam o pagamento da *res speratae* ao que denominam “fundo de empresa, formado pelos empreendedores”, consistindo no pagamento, de soma em dinheiro, como retribuição das vantagens do “shopping”, usufruindo do fundo de comércio pertencente ao empreendedor.⁴⁸

Para outros, o pagamento da *res speratae* é uma retribuição ao empreendedor pela cessão do fundo de comércio durante a vida do contrato.⁴⁹ Estes reconhecem a existência concomitante de dois fundos de comércio, distintos e es-

tanques: um do lojista, outro do empreendedor. É a terceira teoria.

Ives Gandra Martins refere a existência de um sobrefundo comercial no empreendimento, um fundo “tutelador” dos “fundos” particulares de cada estabelecimento, mas de tal relevância que sem ele os “fundos de comércio” individualizados teriam importância menor ou mesmo não existiriam, dado que não teriam seus detentores, em instalar-se naquele local, sem que lá existisse um “shopping center”. Então, a “res sperata” seria inicialmente uma caução ou reserva de área, representando parcela do pagamento do uso futuro do imóvel.⁵⁰ É a última corrente identificada.

É de se notar, porém, que as restrições à teoria de Luvas fundam-se, basicamente, na vedação contida no art. 29, do Dec. 24.150/34, que dispunha sobre a proibição do estabelecimento de luvas.

O intuito da lei, já dizia o saudoso Min. Buzaid, “foi o de vedar as luvas por considerá-las pagamento fora do contrato”.⁵¹

A questão, no entanto, merece nova análise à luz da recente Lei do Inquilinato (Lei 8.245, de 18.10.91), que, revogando o Dec. 24.150/34 (art. 90), nada dispôs sobre o pagamento de luvas.

Agora, como doutrina João Carlos Pestana de Aguiar, “as luvas passam a ser admitidas, desde que não se revelem com o exclusivo intuito de sonegação fiscal. Assim, o quadro legal vigente se transfigura, ao não mais proibir expressamente o pagamento das luvas. E se não proíbe, em princípio obviamente permite”.⁵²

Assim, parece-nos que de luvas se trata, considerando-se que da participação monetária do lojista surgirá não apenas o empreendimento, mas também o seu direito de participar, de integrar o centro comercial, via locação, usu-

fruindo das vantagens, pela soma dos fundos de comércio lojista e empresarial, afinal, não se pode afirmar com certeza se o consumidor procura o "shopping" ou determinada loja nele instalada.

De outro lado, as luvas têm o sentido já histórico de prêmio, de recompensa.⁵³ E é um prêmio para certos lojistas ingressarem em tão importante empreendimento, considerada sua posição no comércio atual e a estrutura que oferece.

Outra questão que surge é se com a renovação da locação do espaço no "shopping" o locatário deve pagar outra quantia a título de *res sperata*.

Pinto Ferreira, Álvaro Villaça Azevedo e Modesto Carvalhosa, entendem que sim, pois esta nova contribuição corresponde "à cessão da parcela do fundo de empresa pelo incorporador pelo prazo contratualmente previsto, então renovado."⁵⁴

Parece-nos, s.m.j., que isso deve ser posto em seus devidos termos. Em se tratando de nova locação, isto é, em permitindo o empreendedor a cessão da locação, o novo lojista locatário deve pagar a *res sperata*. Já em se tratando de renovação da locação, isto é, o mesmo locatário, não se há de falar em pagamento de "nova" *res sperata* porque continuará pagando a já avençada. Em caso, porém, de o lojista não pagar a *res sperata* durante a vigência do contrato de locação, quando da renovação deverá pagá-la novamente, porque se trata de continuidade, em novo prazo, da antiga locação e com outros valores.

A doutrina é unânime pela validade da cobrança da *res sperata*, seja lá o nome que se lhe dê.

É também importante observar que a *res sperata* é fixada de acordo com o local e o porte do empreendimento,

considera-se, ainda, a metragem da loja, a duração do contrato etc.⁵⁵

As lojas-âncoras, via de regra, são dispensadas desse pagamento. À evidência que a participação de uma loja-âncora, um grande magazine, valoriza o empreendimento e o dono do "shopping" tem o maior interesse em que ela faça parte do centro comercial, em face do já existente fundo comercial. De outro lado, a loja-satélite tem interesse em resguardar-se da forte concorrência, colocando-se em lugar estratégico junto à loja-âncora.

A dispensa de pagamento da *res sperata* seria como uma contraprestação do empreendedor pelo fundo de comércio da loja-âncora.

Finalmente, duas outras questões podem surgir.

Uma, quando o lojista não renova a locação. Será que lhe é devida alguma quantia a título de indenização pelo pagamento da *res sperata*?

A segunda, é quando a loja-âncora desiste do empreendimento. Como é que ficam os lojistas menores, que pagaram pela *res sperata*, mas que contavam com uma localização privilegiada, ao lado da loja desistente?

À primeira questão diz Antonio Pádua Nogueira pela possibilidade, eis que se trata de "patrimônio assemelhado a direito real (quase direito real sobre coisa alheia), comportando, inclusive, alienação na eventual cessão de locação".⁵⁶

Já com referência à segunda questão, a doutrina ainda não a enfrentou. No entanto, s.m.j., parece-me que tem o lojista inquilino direito à indenização, pela redução do fundo de comércio, que implica, obviamente, em diminuição de seus ganhos, em diminuição dos valores que foram considerados quando da fixação da *res sperata*.

III — CONCLUSÃO

Como se viu, são os “shopping centers”, realmente, uma “revolução tecnológica”,⁵⁷ não só diferenciados no plano físico, mas principalmente porque apresentam nova forma de comércio.

Já se disse que o comércio convencional, a médio prazo, está condenado, eis que as condições oferecidas por esses centros comerciais comprometem-lhe a sobrevivência.⁵⁸

Não chegamos a concordar com tal afirmativa, mas o que se vê é que os comerciantes rapidamente aderem para o novo *modus*, nele vislumbrando possibilidade de maiores ganhos. Aliás, consoante Rui Siqueira, o “shopping” é, dentro do varejo, o último segmento a entrar e o primeiro a sair da crise.⁵⁹

No que respeita à *res speratae* nada há de ilícito em sua cobrança.

Se a considerássemos um *mal*, ela seria um mal necessário, pois graças também a ela é que se viabiliza essa moderna criação.

A *res speratae* é uma *lupa*, não só porque não proibida; não só porque não vedada pela nova lei de locações, mas porque vinculada, intrínseca e finalisticamente, à futura contratação. E a futura contratação, seja contrato atípico, seja misto, traz em si uma *locatio*.

A *res speratae* engloba a “reserva de localização”, os fundos de comércio e o “sobrefundo”.

Daí por que a denominação *lupa* cabe-lhe como uma *lupa*.

Bibliografia

Obras:

- Aguiar, João Carlos Pestana de — *Nova Lei das Locações Comentada*, Ed. Lumen Juris, Rio, 1.ª ed., 1992, 253 pp.
- Belmonte, Alexandre Agra — *Natureza Jurídica dos “Shopping Centers”*, Ed. Lumen Juris, 1.ª ed., 1989, Rio, 106 pp.

Buzaid, Alfredo — *Da Ação Renovatória*, 2 vols., Saraiva, 3.ª ed., e outros, “*Shopping Centers*” — *Questões Jurídicas*, Saraiva, S. Paulo, 1.ª ed., 1991, 440 pp.

Ferreira, Pinto — *Comentários à Lei do Inquilinato*, Saraiva, 1.ª ed., S. Paulo, 1992, 441 pp.

Gomes, Orlando — *Novíssimas Questões de Direito Civil*, Saraiva, 2.ª ed., S. Paulo, p. 355.

Karpat, Ladislau — “*Shopping Centers*” — *Aspectos Legais e Novos Rumos*, Ed. Hemus, 1.ª ed., 1990, 183 pp.

Pereira, Caio Mário da Silva e outros — “*Shopping Centers*” — *Aspectos Jurídicos*, Ed. RT, 1.ª ed., 1984, 196 pp.

Pinto, Dinah Sonia Renault — “*Shopping Center*” — *Uma Nova Era Empresarial*, Forense, 2.ª ed., Rio, 1992, 180 pp.

Rizzardo, Arnaldo — *Contratos*, 2.ª v., AIDE, Rio, 1.ª ed.

Artigos:

Andrade, Luís Antonio de — “Considerações sobre o aluguel em “*Shopping Centers*””, in *RT* 571/9.

Bessone, Darcy — “Problemas jurídicos do “*Shopping Center*””, in *RT* 660/7.

Martins, Ives Gandra da Silva — “A natureza jurídica das locações comerciais no Brasil”, in *RDC* 47/100; “O perfil jurídico dos “*Shopping Centers*””, in *RDC* 55/167.

Nogueira, Antonio de Pádua Ferraz — “*Shopping Center*” — Características do contrato de direito de reserva de localização (*res sperata*)”, *RDM* 77/82.

Pereira, Caio Mário da Silva — “*Shopping Centers*” — Organização econômica e disciplina jurídica”, in *RF* 286/1; “Lei aplicável à locação de unidades”, *ADV-COAD* fev./87, p. 15.

Requião, Rubens — “Considerações jurídicas sobre os centros comerciais no Brasil”, in *RT* 571/9.

NOTAS

1. “*Shopping Centers*” — *Aspectos Jurídicos*, Ed. RT, 1984, p. 161.

2. Rubens Requião, “Considerações jurídicas sobre os centros comerciais no Brasil”, *RT* 571/11.

3. Alexandre Agra Belmonte, *Natureza Jurídica dos “Shopping Centers”*, Lumen Juris, 1.ª ed., Rio, p. 6.

4. Ob. cit., p. 11.

5. Caio Mário da Silva Pereira, "Shopping Centers" — Organização econômica e disciplina jurídica", in *RF* 286/3.
6. Ives Gandra da Silva Martins, "O perfil jurídico dos "Shopping Centers", *RDC* 55/167.
7. Ladislau Karpát, "Shopping Centers" — *Aspectos Legais e Novos Rumos*, Hemus, Rio, 1.ª ed., p. 7.
8. Belmonte, ob. cit., p. 1.
9. "Shopping Centers" no Brasil, Ed. RT, 1984, p. 56.
10. Belmonte nega qualquer comparação entre as feiras da Idade Média e os "Shopping Centers", nelas também não vindo origem.
11. V. Washington de Barros Monteiro, ob. cit., p. 163.
12. O primeiro "Shopping" foi o *Iguatemi*, inaugurado em 1966, em São Paulo; o mais recente em Porto Alegre (Praia de Belas). É de se registrar: o primeiro "Shopping" do Rio Grande do Sul foi tb. o *Iguatemi* que fará dez anos em abril de 1993, em Porto Alegre. Na região do Vale dos Sinos dois outros existem.
13. Darcy Bessone, "Problemas jurídicos do "Shopping Center", in *RT* 660/7.
14. Belmonte, ob. cit., p. 1.
15. Vide Karpát, ob. cit., p. 7, que traz o Estatuto da ABRASCE à p. 51 e ss.
16. "Estudo sobre "Shopping Center", in "Shopping Centers" — *Questões Jurídicas*, Saraiva, 1.ª ed., 1991, p. 1.
17. V. Caio Mário da Silva Ferreira, "Shopping Centers" — Organização econômica e disciplina jurídica", *RF* 286/1.
18. Ob. cit.
19. *Mercadores e Banqueiros da Idade Média*, Ed. Martins Fontes, 1.ª ed., S. Paulo, 1991, p. 127.
20. "Shopping Center" — *Uma Nova Era Empresarial*, Forense, 2.ª ed., Rio, 1992, p. 6.
21. Dinah Pinto, ob. cit., p. 6.
22. Rubens Requião, "Considerações jurídicas sobre os centros comerciais no Brasil", *RT* 571/12.
23. Dinah Pinto, ob. cit., p. 3.
24. "Shopping Centers" — Organização econômica e disciplina jurídica", *RF* 286/2.
25. "Estudo sobre "Shopping Center", in *Questões Jurídicas*, Saraiva, 1990, p. 8.
26. "Considerações sobre o aluguel em "Shopping Centers", *RT* 572/9.
27. Ob. cit., p. 11.
28. Dinah Pinto, ob. cit., p. 49.
29. Ladislau Karpát, "Shopping Centers" — *Aspectos Legais e Novos Rumos*, Hemus, S. Paulo, p. 42.
30. *Comentários à Lei do Inquilinato*, Saraiva, 1.ª ed., 1992, S. Paulo, p. 221.
31. Alexandre Agra Belmonte, *Natureza Jurídica dos "Shopping Centers"*, Lumen Juris, 1989, 1.ª ed., p. 5.
32. Arnaldo Rizzardo, *Contratos*, 1/314, AIDE, 1.ª ed.
33. Ob. cit., p. 244.
34. Rizzardo, ob. cit., p. 315.
35. Ferreira, ob. cit., p. 244.
36. Rizzardo, ob. cit., p. 315.
37. Antonio de Pádua Ferraz Nogueira, in *RDM* 77/82.
38. Vide por todos: João Carlos Pestana de Aguiar, in "Shopping Centers", Saraiva, p. 188. José da Silva Maquiera propõe chamar-se "mix price", como denominação que traduz um preço específico, preliminar à locação, idem p. 140.
39. Caio Mário da Silva Pereira, in "Shopping Centers" — Organização econômica e disciplina jurídica", *RF* 286/4.
40. Vide por todos: Alvaro Villaça Azevedo, ob. cit., p. 30.
41. "Shopping Centers", Saraiva, p. 30.
42. Ob. cit., p. 84.
43. *Da Ação Renovatória*, Saraiva, 3.ª ed., v. 2.º, 1988, S. Paulo, p. 674.
44. Karpát, ob. cit., p. 10; Dinah Renault Pinto, ob. cit., p. 40.
45. Karpát, ob. cit., pp. 29 e 30.
46. "Shopping Centers", Ed. RT, 1984, p. 42. *No mesmo sentido*: Alvaro Villaça Azevedo, "Shopping Centers", Saraiva, p. 51; J. A. Penalva dos Santos, idem, p. 105.
47. Ob. e loc. cit., p. 4.
48. "Shopping Centers", Saraiva, p. 29.
49. Fernando A. Albino de Oliveira, "Shopping Centers" — *Questões Jurídicas*, Saraiva, p. 68; J. A. Penalva dos Santos, idem, p. 104.
50. "Shopping Centers" — *Questões Jurídicas*, Saraiva, pp. 86/7; e *RDC* 47/103.
51. *Da Ação Renovatória*, cit., p. 680.
52. *Nova Lei das Locações Comentada*, Lumen Juris, 1992, 1.ª ed., Rio, p. 171.
53. Buzaid, ob. cit., p. 671 e ss.
54. Ferreira, ob. cit., p. 244.
55. Roberto Wilson Renault Silva, "Shopping", Saraiva, p. 231.
56. Ob. cit., p. 86.
57. Carlos Langoni, "Shopping Centers" no Brasil, Ed. RT, p. 56.
58. Ladislau Karpát, ob. cit., p. 46.
59. Matéria de Viviane Beviláqua, no jornal *Correio do Povo*, 8.8.92, Porto Alegre-RS.

DOCTRINA

DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

LUCIANO AMARO

I — O desvio de função da pessoa jurídica

A pessoa jurídica representa um instrumento legítimo para a consecução de interesses. Enquanto técnica de separação patrimonial, ela presta-se ao exercício regular de direitos, não se podendo falar, *a priori*, em abusividade, com base na só circunstância de que o patrimônio da pessoa jurídica é distinto e de que, ressalvadas algumas situações, o sócio não responde, com seus bens pessoais, pelas obrigações da empresa.¹

Na feliz expressão de Ripert, a pessoa jurídica é uma “máquina jurídica”,² vale dizer, uma instrumentação jurídico-formal utilizável para a consecução de fins aceitos e valorizados pela ordem jurídica.

Em certas situações, a constituição de uma pessoa jurídica representa uma *opção do empresário*, que poderia, em princípio, explorar individualmente determinado empreendimento industrial, comercial ou de prestação de serviços, mas opta por associar-se a outras pessoas e explorar a empresa através de um ente distinto, que é a sociedade personificada.

Noutras situações, há uma *necessidade técnica* na criação da pessoa jurídica. Grandes empreendimentos, que necessitam de elevados investimentos e da conjugação de recursos de inúmeras pessoas, seriam inviáveis se não fosse utilizada a técnica da separação patri-

monial através da criação de uma pessoa jurídica.

Há, ainda, situações em que a constituição da pessoa jurídica destina-se a cumprir *requisito legal*; trata-se das hipóteses em que a *lei* só autoriza o exercício de certas atividades às pessoas jurídicas (além de, geralmente, impor a forma de companhia, exigir capital mínimo, etc.).

A par da assinalada *conveniência* ou eventual *necessidade* da criação da pessoa jurídica, a *limitação da responsabilidade dos sócios* é instrumento que permite viabilizar empreendimentos para os quais concorrem vários sócios, com diferentes quinhões de capital, seria impensável obrigar-se cada sócio de uma pessoa jurídica, mesmo que pequena fosse sua participação, a responder ilimitadamente pelas obrigações sociais; nem seria justo, por outro lado, que todo o risco fosse assumido unicamente pelo sócio que detivesse maior quinhão no capital. Ademais, quem contrata com uma sociedade anônima ou por quotas de responsabilidade limitada sabe que a responsabilidade dos sócios ou acionistas limita-se ao capital subscrito. Daí exigirem-se, em certos negócios, garantias adicionais (p. ex., aval dos sócios ou administradores).

Ficção ou realidade (não vamos entrar nessa disputa doutrinária),³ a pessoa jurídica representa instrumento legítimo de destaque patrimonial, para a exploração de certos fins econômicos,

de modo que o patrimônio titulado pela pessoa jurídica responda pelas obrigações desta, só se chamando os sócios à responsabilidade em hipóteses restritas.

Deve, porém, ter-se presente que a pessoa jurídica é *instrumental*. Sua reconhecida autonomia não a transforma num ente abstrato e totalmente alheio às pessoas dos sócios. Basta verificar que, pertencendo aos sócios tanto o capital quanto os frutos do capital, o *patrimônio da pessoa jurídica* é, através da ação ou quota de capital, *expressão também do patrimônio dos sócios*. Do mesmo modo, a *vontade* da pessoa jurídica, não obstante emanada de seus órgãos de administração, é, em grande medida, o reflexo da vontade de seus sócios. Como anota Comparato, citando Hobbes, se a pessoa jurídica é o *ator*, o sócio é o *autor*.⁴ Com efeito, se a existência e o patrimônio da pessoa jurídica são distintos, em relação à existência e ao patrimônio dos sócios, o *controle* da vida e dos bens da pessoa jurídica está com os sócios.

Obviamente, dadas essas considerações, não se pode assimilar a pessoa jurídica a uma pessoa física, reconhecendo-se-lhe *status* idêntico ao desta, nem cabe dar a ambas o mesmo regime jurídico, ignorando-se as especificidades da pessoa jurídica.

Em resumo, não se contesta que a pessoa jurídica exerce uma função legítima, e não representa, em princípio, nenhum abuso, não obstante a limitação de responsabilidade que propicia. É preciso, contudo, *atentar* para a circunstância de que sua autonomia, em relação à pessoa dos sócios, é relativa, pois, *indiretamente*, seu patrimônio a eles pertence, e sua vontade é fortemente direcionada também pela vontade deles.

Quando se fala no *desvio de função* da pessoa jurídica, tem-se em mira que, em certas situações, o reconhecimento

da autonomia da pessoa jurídica poderia levar à negação de ideais de justiça ou mesmo à frustração de valores jurídicos. Haveria, nessas hipóteses, uma incompatibilidade entre o *comportamento da pessoa jurídica* e os *valores que informam a ordem jurídica*, embora os resultados atingidos pudessem apresentar-se como *legais* do ponto de vista da *norma escrita*.

Marçal Justen Filho invoca, a propósito, a construção de Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Maria Helena Diniz acerca da *lacuna axiológica*, situação em que não há propriamente uma lacuna da lei, pois o direito dá a solução; o problema estaria em que a solução dada fere valores.⁵

A questão que se coloca é, portanto, a de buscar soluções que, sem destruir o instrumento legítimo representado pela pessoa jurídica, possam evitar que esta seja utilizada para fins abusivos.

II — Mecanismos legais de correção dos desvios de função da pessoa jurídica

Se é o direito que reconhece a *autonomia da pessoa jurídica*, em relação aos titulares do capital desta, e afirma a *limitação da responsabilidade dos sócios* ao valor do capital que subscreveram, o próprio direito pode cercear os possíveis abusos de sua criatura, restringindo aquela autonomia, ou, em especial, restringindo a referida limitação de responsabilidade. Quem dá a função, pode limitá-la, restringi-la, excepcioná-la, condicioná-la; enfim, regular o seu exercício.

O nosso direito positivo oferece inúmeros exemplos de situações em que, para prevenir certos possíveis abusos através da pessoa jurídica, a *própria norma legal impõe determinadas conseqüências que não são aquelas que normalmente decorreriam do reconhecimento da autonomia da pessoa jurídica*

e da limitação de responsabilidade dos sócios.

Em tais hipóteses, geralmente para proteger o direito de terceiros, a lei, sem deixar de reconhecer a existência e a autonomia da pessoa jurídica, deixa expressa ora a *responsabilidade solidária*, ora a *responsabilidade subsidiária*, ora a *responsabilidade pessoal de terceiros*.

A *Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)* disciplina hipótese de *responsabilidade solidária* das sociedades integrantes de um conglomerado econômico (art. 2.º, § 2.º). A CLT *excepciona a autonomia* que resulta da personificação das várias pessoas jurídicas integrantes do conglomerado e estabelece que, além da empregadora, também as demais sociedades são solidariamente responsáveis pelo débito trabalhista da empregadora. Obviamente, o objetivo da lei, no caso, é prevenir situações de possível abuso onde o trabalho pudesse ser utilizado como meio de produção das várias empresas e o ônus de pagar a remuneração respectiva fosse circunscrito a uma das empresas, exatamente aquela que, por ter patrimônio eventualmente inexpressivo, pudesse furtar-se ao efetivo cumprimento de suas obrigações. Atente-se, porém, para a circunstância de que a CLT *não exige a prova de fraude nem de abuso* para que outras empresas, que não a empregadora, respondam por débitos trabalhistas desta; basta que integrem o mesmo conglomerado para que todas sejam *solidariamente* obrigadas.

A *Lei das Sociedades Anônimas*, com o objetivo de evitar prejuízos para minoritários ou para terceiros, credores da companhia, contempla situações de *responsabilidade pessoal, subsidiária ou solidária de terceiros*, a fim de evitar abusos que pudessem ser praticados com a utilização da pessoa jurídica. Confirmam-se, por exemplo, as disposições sobre abuso do direito de voto e conflito de

interesses constantes dos arts. 115 a 117; veja-se, ainda, exemplo de responsabilidade solidária no art. 233, que protege o interesse de credores de sociedade cindida; exemplo de responsabilidade subsidiária (da controladora por obrigações da controlada) encontra-se no art. 242.

Quando a *lei do sistema financeiro* veda certas operações das instituições financeiras com seus administradores, cuida também de *estender* a vedação aos negócios com pessoas jurídicas de cujo capital aquelas pessoas participem, buscando, com isso, evitar que, através da interposição da pessoa jurídica, possa contornar-se a proibição (Lei 4.595/64, art. 34). Veja-se, também, o art. 17 da Lei 7.492/86.

No *direito tributário*, encontramos, igualmente, casos de responsabilidade de terceiros. O Código Tributário Nacional (CTN) prevê, no art. 135, situações em que, por abuso do representante legal da pessoa jurídica, ele é pessoalmente responsabilizado por obrigações tributárias que, formalmente, seriam da empresa. Exemplos de responsabilidade subsidiária são dados pelos arts. 133, II, e 134 (embora este, tratando de responsabilidade *subsidiária*, fale, equivocadamente, em responsabilidade *solidária*).

A legislação do Imposto de Renda (especialmente na redação original do art. 61 do Dec.-lei 1.598/77), ao cobrir negócios de favor da pessoa jurídica com seus sócios, cuidou de enquadrar as operações efetuadas em benefício de outra empresa, na qual o controlador da pessoa jurídica tenha interesse, imputando tais operações à pessoa do controlador.

Nas *obrigações convencionais* (principalmente obrigações de não fazer), também costumam as partes elastecer os compromissos assumidos no sentido de referi-los não apenas às pessoas contra-

tantes, mas também a pessoas jurídicas de que elas participem; p. ex., a obrigação do vendedor de um estabelecimento de não se estabelecer novamente no mesmo ramo.

Tais soluções, ditadas por lei ou estabelecidas pelas partes tendem, pois, a evitar que o uso da pessoa jurídica possa servir de instrumento para o desrespeito de interesses legítimos.

Nessas situações, não nos parece que se deva cogitar de aplicar-se a *doutrina da desconsideração da pessoa jurídica*, de que adiante falaremos, pois não há nenhuma *forma jurídica* que deva ser *desprezada* pelo Juiz. Se a solução equânime, justa, axiologicamente adequada corresponde ao ditame do preceito legal (ou à convenção das partes), não há lacuna jurídica, nem lacuna axiológica, pois o próprio direito fornece já um meio legal que previne o abuso ou a fraude.

Portanto, quando a lei cuida de responsabilidade solidária, ou subsidiária, ou pessoal dos sócios, por obrigação da pessoa jurídica, ou quando ela proíbe que certas operações, vedadas aos sócios, sejam praticadas pela pessoa jurídica, não é preciso *desconsiderar a empresa*, para imputar as obrigações aos sócios, pois, mesmo *considerada a pessoa jurídica*, a implicação ou responsabilidade do sócio já decorre do preceito legal. O mesmo se diga se a extensão de responsabilidade é contratual.

De igual modo, quando se põe a questão da responsabilidade do acionista controlador, por abuso de poder (Lei 6.404/76, art. 117), não se deve cogitar de nenhuma desconsideração da pessoa jurídica; o problema é de *responsabilidade civil* do acionista que, agindo ilicitamente responde pelos danos que causar.

Não obstante, há autores que rotulam os exemplos acima comentados como hipóteses de desconsideração da

pessoa jurídica.⁶ João Casillo, embora reconheça que, em geral, as hipóteses *legais* de responsabilidade dos sócios ou administradores não se confundem com a desconsideração da personalidade jurídica, afirma que, na situação do art. 2.º, § 2.º, da CLT, a teoria da desconsideração “encaixa-se como a mão à luva”.⁷ O próprio Código de Defesa do Consumidor, ao prever situações de responsabilidade solidária ou subsidiária, põe-nas em parágrafos do artigo destinado à disciplina da desconsideração da pessoa jurídica (art. 28, §§ 2.º e 3.º).

III — Desconsideração da pessoa jurídica

A desconsideração da pessoa jurídica é uma *técnica casuística* (e, portanto, de *construção pretoriana*) de solução de *desvios de junção da pessoa jurídica*, quando o Juiz se vê diante de situações em que prestigiar a autonomia e a limitação de responsabilidade da pessoa jurídica implicaria sacrificar um interesse que ele reputa legítimo. São, portanto, situações para as quais a lei não contemplaria uma solução justa, ou melhor, seria *injusta* a solução decorrente da aplicação do preceito legal expresso.

Sintomaticamente, essa solução jurisprudencial desenvolveu-se em países de direito não escrito (Estados Unidos e Inglaterra), em que os Juizes, não encontrando uma solução *legal* (ou por considerarem injusta a solução legal), procuraram construir uma solução *jurídica*, baseada na *equidade*, para reprimir o *abuso* e a *fraude* que pudessem ser perpetrados com a utilização artificial (embora formalmente *legal*) de uma pessoa jurídica.

Com a desconsideração da pessoa jurídica, o Juiz *ignora*, no caso concreto, a existência da pessoa jurídica, e decide

como se ela não existisse. A personificação é afastada e, com ela, a separação patrimonial, fazendo com que os atos ou os patrimônios da pessoa jurídica e do sócio se confundam. O ato da pessoa jurídica é *imputado ao sócio*, que responde, dessa forma, pela conduta da pessoa jurídica, como se esta não existisse.

A evolução da doutrina da *desconsideração*, do *levantamento do véu* ou da *penetração* da pessoa jurídica (“disregard of legal entity”, “lifting the corporate veil”, “Durchgriff”), é bastante conhecida, inclusive no Brasil, a partir da exposição pioneira de Rubens Requião,⁸ e do alentado estudo de Larmartine Correa,⁹ além de outros trabalhos mais recentes, vários deles citados neste estudo.

A grande dificuldade que os comentaristas geralmente sublinham está em construir *um modelo teórico que possa enfeixar, numa formulação abrangente, as várias situações em que esta técnica possa ou deva ser aplicada*. Essa dificuldade é particularmente séria nos países de direito escrito, e ela “deriva — segundo registra Condorcet Rezende — da falta de uma teoria que integre o conceito no sistema jurídico; nesses países os tribunais, em princípio, não podem abandonar o preceito legal para aplicar conceito ou princípio que lhes pareça melhor fazer justiça. A falta de tratamento sistemático da matéria faz com que sua aplicação cause certa perplexidade, de vez que a “desconsideração”, sendo conceito exclusivamente ligado ao funcionamento de uma pessoa jurídica (nada tendo a ver com a validade de sua constituição, sua estrutura ou a legalidade dos atos que praticou) deixa pouca margem para uma definição apriorística de casos nos quais deva ser aplicado. Esses sistemas dispõem de remédios análogos (tais como simulação, fraude, nulidade) que não levam à

“desconsideração” de personalidade societária mas que procuram produzir resultados que são semelhantes, embora não idênticos, aos obtidos através do uso da “desconsideração”.¹⁰

A *fraude* ou o *abuso* costumam ser citados para justificar a desconsideração. Mas Comparato mostra que esta pode também ser aplicada *a favor do sócio*, como, p. ex., no reconhecimento do direito de retomada de imóvel para uso “próprio” de pessoa jurídica sob controle do locador, hipótese em que descabe falar em fraude ou abuso.¹¹ João Casillo cita aresto do Tribunal Federal suíço, que considerou, para efeito da preservação do direito a certa marca, sua efetiva utilização por outra empresa, do mesmo conglomerado da sociedade titular da marca, que não a utilizara.¹²

Outra idéia mais ou menos intuitiva consiste em afirmar que o sócio não pode fazer, através da pessoa jurídica, aquilo que ele *não poderia fazer diretamente*. Mas isso nem sempre é verdade, pois há situações em que a lei só permite que pessoas *jurídicas* (côm tais ou quais características) exerçam certas atividades; obviamente, nessas hipóteses, a criação da pessoa jurídica é requisito legal para fazer justamente aquilo que o sócio diretamente não poderia fazer.

Associa-se também a desconsideração à existência de *controle societário*, na medida em que a vontade da empresa é identificável à vontade do seu controlador, que pode, dessa forma, utilizá-la abusivamente. Porém, entendemos que isso não pode levar a que a *controlada* seja responsabilizada por obrigações do *controlador*; o limite de repercussão da responsabilidade do controlador no patrimônio da controlada é a cota-parte desse patrimônio pertencente ao controlador, *representada, porém, pelos títulos ou direitos de par-*

ticipação societária (ações ou quotas) e não pelos bens que integrem o ativo da pessoa jurídica. Mas, para isso, não é necessário (*nem é possível*, a nosso ver) aplicar a doutrina da desconsideração.

Não obstante, a circunstância que chamou a atenção de Rubens Requião foi a de que a desconsideração seria o remédio para um antigo problema que sempre o preocupara, qual seja, o da impossibilidade de penhora das quotas do sócio de sociedade limitada.¹³ Parece-nos, contudo, que a solução desse problema está justamente em admitir-se a *penhora das quotas* (*providência para a qual nunca vimos impedimento legal*), conforme, aliás, a tendência da Jurisprudência mais recente, e não em ignorar a existência da pessoa jurídica para penhorar diretamente os bens do patrimônio desta. Não houvesse outras razões, militar a favor da penhora das quotas o fato de que, com essa medida, a interferência na vida da empresa é bem menos ruínosa do que a penhora direta dos seus ativos.

A questão que fica, porém, é mais larga: será possível, no nosso sistema de direito escrito, ignorar a existência e a autonomia, legalmente reconhecidas, da pessoa jurídica, sem amparo no direito posto?

Já vimos que, em inúmeras situações, o nosso Direito excepciona a autonomia existencial e patrimonial da pessoa jurídica (ou melhor, excepciona a limitação de responsabilidade), precisamente para evitar o perecimento de direitos.

Também já assinalamos que, em nossa opinião, *não há, nesses casos, desconsideração da pessoa jurídica*. É o direito quem define as hipóteses de limitação de responsabilidade; se ele próprio excepciona essa limitação, em dadas situações, não se pode afirmar que ele esteja “ignorando” ou “desconsiderando” a pessoa jurídica que ele

mesmo criou. O exemplo mais evidente está nas formas societárias (como a sociedade em nome coletivo) em que os sócios respondem ilimitadamente. Ninguém dirá que, por isso, se esteja “desconsiderando” a existência ou a autonomia da pessoa jurídica.

Noutras situações, a lei atribui responsabilidade a determinada pessoa (p. ex., o controlador, o administrador) por certos atos ilícitos por ela praticados, com abuso de sua condição ou cargo. Também não há aí caso de desconsideração.

Em suma, quando o direito já fornece o remédio legal, não é preciso “superar” ou “penetrar” nenhuma forma jurídica. *Basta aplicar a solução legal*, que já se apresenta *axiologicamente correta*.

A discussão sobre a desconsideração da pessoa jurídica fica, portanto, restrita às hipóteses em que *não haja uma solução legislada específica para os eventuais desvios de função da pessoa jurídica*.

Entendemos que, no nosso sistema jurídico, a solução para esses desvios de função da pessoa jurídica deve ser buscada, de forma expressa ou implícita, no próprio ordenamento jurídico. Nos setores onde vige a reserva absoluta da lei (como no direito tributário), não há lugar para a desconsideração,¹⁴ nesses setores, a sanção (ou a solução) para eventuais desvios de função da pessoa jurídica deve estar expressa na lei. Mesmo, porém, nas áreas não sujeitas à estrita reserva legal, a solução para esses desvios deve buscar apoio, se não na letra expressa da lei, pelo menos nos princípios que a informam, dentro de uma visão teleológica. Um exemplo: o art. 156 da Lei das S/A estabelece que a compra, por companhia aberta, do controle de outra sociedade sujeita-se às prescrições postas nesse dispositivo; suponha-se que a

companhia, para fugir a esse comando legal, crie uma sociedade subsidiária que, com os recursos aportados pela investidora, adquira o controle da outra sociedade; essa seria uma hipótese em que caberia desconsiderar a subsidiária, para o efeito de submeter a operação de compra aos preceitos do citado artigo, sob pena de serem frustrados os fins visados pela lei.

IV — Desconsideração da personalidade jurídica no CDC

As disposições do Código de Defesa do Consumidor (CDC) sobre desconsideração da personalidade jurídica constam do art. 28 e §§ 2.º a 5.º (pois o § 1.º foi vetado):

“Art. 28 — O Juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1.º — (Vetado).

§ 2.º — As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 3.º — As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 4.º — As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5.º — Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

A desconsideração da pessoa jurídica é objeto do *caput* e do § 5.º do

dispositivo transcrito. Quanto aos §§ 2.º a 4.º, a matéria é de *responsabilidade subsidiária* ou *solidária* que a própria lei já determina, não sendo necessário que o Juiz *desconsidere* a empresa para poder fazer atuar aquela responsabilidade.

Desconsideração da pessoa jurídica

O CDC, a rigor, põe três enunciados, onde admite a desconsideração da pessoa jurídica:

a) o primeiro reporta-se às hipóteses de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social (art. 28, *caput*, 1.ª parte);

b) o segundo abrange as hipóteses de falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocadas por má administração (art. 28, *caput*, 2.ª parte);

c) o terceiro reporta-se a qualquer hipótese em que a personalidade da pessoa jurídica for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores (art. 28, § 5.º).

Os enunciados contidos no *caput* são aditivamente arrolados: além das hipóteses referidas na primeira parte do dispositivo, diz a lei que *também* ensejarão que se desconsidere a pessoa jurídica as hipóteses que a segunda parte do texto enumera.

Na 1.ª parte, a *lesão dos interesses do consumidor* é elemento integrante da hipótese; requer-se que a prática abusiva ou ilícita seja “em detrimento do consumidor” para que caiba a desconsideração.

Ademais, a desconsideração há de supor a incapacidade da pessoa jurídica para reparar o dano. Se se trata de empresa com capacidade financeira para ressarcir o consumidor, não há razão para aplicar o tratamento (excep-

cional, e, portanto, de uso parcimonioso) da desconsideração da pessoa jurídica.

Já a segunda parte do *caput* coloca um elemento não especificamente ligado aos interesses do consumidor: a “má administração” da pessoa jurídica. Ora, a “má administração” não se há de confundir com as práticas abusivas citadas no período inicial do dispositivo; traduz ela atos de *gerência incompetente* que, antes de tudo, são danosos para a própria pessoa jurídica e que podem ensejar, portanto, responsabilidade do administrador perante a própria empresa. Por desfalcar patrimonialmente a sociedade, a má administração atinge, indiretamente, o consumidor. Porém, ninguém irá administrar mal uma empresa com o objetivo de fraudar direitos do consumidor.

Não se objete que a razão de desconsiderar-se a pessoa jurídica seja o só fato de sua insolvência. Pois, se assim fosse, também a insolvência (ou o encerramento de atividades, etc.) de empresa *bem administrada* teria que dar lugar à desconsideração. E o dispositivo legal, *a contrario sensu*, diz exatamente o contrário.

Realmente, não faz sentido que o encerramento de empresa próspera não enseje a desconsideração (mesmo que sua prosperidade tenha sido construída mercê de produtos viciados ou defeituosos) e o encerramento de empresa que, por má administração, não logrou sobreviver seja sancionado com a desconsideração.

Em suma, parece-nos mal posta a hipótese legal, já pela falta de nexo entre a *qualidade de sua administração* e os eventuais *prejuízos* do consumidor, já pela falta de isonomia entre o tratamento dado ao consumidor da empresa encerrada por má administração, e o conferido ao consumidor que tenha tido a infelicidade de ser cliente de

uma empresa bem administrada que encerrou suas atividades.

Não é por aí que se deve buscar a proteção do consumidor, que seria talvez melhor servido se o dispositivo não contivesse o adendo em exame.

Já o preceito do § 5.º padece de vício que o torna inconciliável com o *caput*. O parágrafo se inicia com o advérbio “*também*”, sugerindo que ele irá adicionar mais alguma hipótese ao elenco do *caput*. Contudo, no lugar do rol de “novas hipóteses” surgem as expressões genéricas “sempre que” e “de qualquer forma”.

O referido § 5.º, combinado com o *caput*, mostra um serviço legislativo viciado por insanável impropriedade. É como se se *dissesse*: “Se causares prejuízo com abuso irás preso; *também* irás preso se causares prejuízo por má administração; e *também* irás preso sempre que, de qualquer forma, causares prejuízo”.

O enunciado do parágrafo é tão genérico, abrangente, ilimitado, que, aplicado literalmente, dispensaria o *caput* do artigo, e tornaria inócua a própria construção teórica da desconsideração, implicando em derrogar (independentemente de qualquer abuso ou fraude) a limitação de responsabilidade dos sócios de toda e qualquer empresa fornecedora de bens ou serviços no mercado de consumo.

Zelmo Denari sustentou que o indigitado parágrafo teria sido *vetado*, e, por erro, o § 1.º é que apareceu com veto no *Diário Oficial*; disse, ainda, que não seria possível vetar este parágrafo (o 1.º), que é essencial para aplicação do artigo.¹⁵

Fábio Ulhoa Coelho já aplaude o veto do § 1.º, por diversas *razões*,¹⁶ mas censura o preceito contido no § 5.º, concedendo apenas que ele seja

aplicado em matéria de sanções de caráter *não pecuniário* (proibição de fabricação, suspensão temporária de atividade, etc.).¹⁷ O problema está em que a literalidade do texto diz o contrário: se se cuida de *obstáculo ao ressarcimento de prejuízo do consumidor*, a desconsideração que o parágrafo pretendeu ditar seria no sentido de *remover esse obstáculo* e, portanto, *ressarcir o prejuízo* do consumidor.

Rachel Sztajn pondera: “Se o art. 28 tivesse por *caput* o § 5.º além dos §§ 2.º e 3.º, o consumidor estaria tutelado em face da separação patrimonial *usada de forma iníqua ou inadequada*”.¹⁸ Ou seja, essa autora condiciona a aplicação do § 5.º aos pressupostos da doutrina da desconsideração, que não caberia *sempre* (como diz o texto), mas *somente quando* houvesse utilização *iníqua* ou *inadequada* da pessoa jurídica. Nessa visão, o texto do parágrafo deveria encimar o artigo.

Como se verifica, as reações que o parágrafo desperta na doutrina são extremamente variadas, indo desde o banimento (de que teria sido salvo por *aberratio ictus* da caneta presidencial) até a colocação no primeiro lugar do *podium* da desconsideração no CDC.

Parece-nos óbvio que o § 5.º não pode ser interpretado com amplitude tal que torne letra morta o *caput*, o que, aliás, feriria os pressupostos teóricos da desconsideração, como já assinalou Fábio Ulhoa Coelho.¹⁹ No embate entre o parágrafo e o *caput*, se um tiver que ceder, será o parágrafo e não o *caput*. Na tentativa de conciliarmos os preceitos, há de entender-se o § 5.º como uma abertura do rol de hipóteses do *caput*, sem prejuízo, porém, dos pressupostos teóricos da doutrina que o dispositivo visou a consagrar.

Grupos societários

O § 2.º do art. 28 estatui a responsabilidade *subsidiária das sociedades integrantes de grupos societários*.

Esse dispositivo merece diversos reparos. O primeiro — já assinalado — consiste em que, a nosso ver, não se cuida aí de desconsideração da pessoa jurídica, mas da *responsabilização legal* de terceiro, em caráter *subsidiário*. Não há lacuna (nem *legal* nem *axiológica*) que enseje invocar-se a doutrina da desconsideração. Em face do *preceito legal*, se a pessoa jurídica “A” não tiver condição patrimonial de responder pelas obrigações oriundas das relações de consumo em que ocupe a posição de fornecedora, outras sociedades, “B” ou “C” (integrantes do grupo de sociedades a que “A” pertence), poderão ser chamadas, *subsidiariamente*, para responder por tais obrigações.

Outro aspecto é de ordem lógica: para que alguém responda *subsidiariamente*, é preciso que outrem seja o *devedor principal*, mas o Código não diz quem seja este. Tem-se que concluir que não são *todas as sociedades* integrantes de um grupo que respondem subsidiariamente; uma delas (a que for parte na relação de consumo) há de ser a *devedora principal*; as demais é que responderão *subsidiariamente*.

A constituição de grupo de sociedades opera-se através de convenção mediante a qual diversas sociedades (uma das quais deve, necessariamente, deter o controle das outras) se obrigam a conjugar recursos e esforços para a consecução de seus fins (art. 265 da Lei das S/A), podendo a convenção subordinar o interesse de uma das sociedades ao interesse de outra ou do grupo (art. 276 da mesma Lei).

É compreensível, portanto, que o CDC estabeleça, para assegurar o cum-

primento das obrigações de uma sociedade integrante do grupo, a responsabilidade subsidiária das demais sociedades, evitando-se que tais obrigações sejam concentradas na sociedade agrupada que tenha menos respaldo patrimonial.

Sociedades controladas

O mesmo § 2.º estabelece a responsabilidade subsidiária das *controladas* (subentende-se: *por obrigações da controladora*, pois o texto não é explícito).

Também aqui, pelas razões já apontadas, a hipótese não seria de desconconsideração.

O preceito, porém, parece-nos inaceitável. Com efeito, se a sociedade "X" controla "Y", e "X" não tem com responder por suas obrigações, de duas uma: ou a hipótese se enquadra no *caput* (e caberia a desconconsideração — *propriamente dita* — de "X"), ou não. Não se enquadrando, o legislador poderia talvez ter cogitado de responsabilizar subsidiariamente o *controlador* de "X", mas não a *controlada* desta.

Realmente, se alguém tiver que responder pela conduta de "X" será o seu controlador, pois é a vontade deste que orienta o *comportamento* de "X". A controlada "Y" não possui *nenhuma* ingerência nos negócios ou nas decisões de "X".

O nexó que existe entre a controladora "X" e a controlada "Y" é o quinhão de capital de "Y" que pertence a "X". Ora, as ações ou quotas representativas desse capital compõem o patrimônio de "X" (integrando seu ativo permanente na conta de investimento) e são somente essas ações ou quotas que podem dar lastro à pretensão dos credores de "X". O restante do capital de "Y", pertencente a terceiros (que podem deter até cerca de 83% do capital da sociedade, ou seja, a totalidade

das ações preferenciais mais 49% das ordinárias, sem controlar "Y") nada tem a ver com a conduta de "X".

Sociedades consorciadas e sociedades coligadas

As sociedades *consorciadas*, em regra geral, não são solidárias (Lei das S/A, art. 278, § 1.º). O CDC excepciona essa regra e expressamente impõe, em relação às obrigações dele decorrentes, a solidariedade das consorciadas.

Por seu turno, as sociedades coligadas só respondem por culpa. Nem poderia ser de outro modo, dado que o simples fato de uma empresa participar (com 10% ou mais) do capital de outra, sem controlá-la, não implica, obviamente, que possa uma ser responsabilizada por obrigação da outra.

NOTAS

1. Estas considerações são particularmente dirigidas às pessoas jurídicas de direito privado com fins lucrativos, não obstante outras entidades (associações ou fundações) sejam também suscetíveis de abuso ou desvio de função.

2. Citado por Marçal Justen Filho, in *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*, Ed. RT, S. Paulo, 1987, p. 96.

3. Fábio Ulhoa Coelho censura a doutrina nacional, que, a seu ver, não cuida adequadamente dessa questão (*Desconsideração da Personalidade Jurídica*, Ed. RT, S. Paulo, 1989, p. 63).

4. Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Ed. RT, S. Paulo, 1977, 2.ª ed., p. 269.

5. Marçal Justen Filho, ob. cit., p. 54.

6. Marçal Justen Filho, ob. cit., p. 102 e ss.

7. "Desconsideração da Pessoa Jurídica", in RT 528/35, out./1979, Ed. RT, S. Paulo, pp. 35/6.

8. "Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica", in RT 410/12, S. Paulo, Ed. RT, 1969.

9. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, Saraiva, S. Paulo, 1979.
10. "Alguns aspectos da Desconsideração da Personalidade Societária em Matéria Fiscal", in *ABDF-Resenha* 22/7, editada pela Associação Brasileira de Direito Financeiro, Rio de Janeiro.
11. Ob. cit., pp. 273/4.
12. Ob. cit., pp. 34/5.
13. Ob. cit., p. 12.
14. Essa é também a opinião de Henry Tilbery (*Imposto de Renda — Pessoas Jurídicas — Integração entre sociedades e sócios*, Atlas, S. Paulo, 1985, pp. 97/99), de Alberto Xavier (*Direito Tributário Internacional do Brasil*, Resenha Tributária, S. Paulo, 1977, pp. 87/88) e Condorcet Rezende (ob. cit., p. 3).
15. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor — Comentários pelos Autores do Anteprojeto*, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1991, pp. 132 e 133.
16. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, Saraiva, S. Paulo, 1991, pp. 143/4.
17. Ob. cit., p. 146.
18. "Desconsideração da Personalidade Jurídica", artigo na *Revista de Direito do Consumidor*, 2/74, do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Ed. RT, S. Paulo, s/data, p. 74.
19. Ob. cit., p. 146.

ATUALIDADES

O "FORFAITING"

(Aspectos Técnico-Jurídicos de Uma Operação Complexa de Financiamento ao Comércio Internacional)

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

I — INTRODUÇÃO

A proverbial criatividade dos comerciantes — hoje chamados de empresários mercantis — revela-se mais uma vez na concepção de uma operação complexa, destinada a favorecer o financiamento do comércio internacional.

No "forfaiting" são conciliados de maneira harmônica os interesses de exportadores e importadores, por meio da garantia de um Banco de primeira linha e da utilização de um mercado de títulos comerciais de médio e longo prazos, formado há não muito tempo.

Um dos aspectos mais interessantes da operação sob exame, como será visto, está em um aparente retrocesso no esquema de garantia da circulação do crédito, pelo qual se afasta expressamente a responsabilidade dos sucessivos participantes. E este é, justamente, o grande segredo do instituto.

Ao realizar o "forfaiting", o exportador consegue superar uma série de problemas com os quais se depara na utilização dos esquemas convencionais. Assim, ele obtém as seguintes *vantagens*:

a) dispensa a constituição de uma reserva para prejuízos eventuais e futuros decorrentes do inadimplemento em vendas internacionais;

b) supera a necessidade da contratação de seguro de crédito na exportação financiada;

c) afasta o risco de elevação dos custos financeiros pelo reajuste dos juros no tempo contado entre a contratação do "forfaiting" e a efetivação da venda ao exterior;

d) elimina o risco da variação cambial no período do vencimento das parcelas de amortização da venda e a necessidade de se fechar contrato de seguro para tal finalidade; e

e) elimina despesas de cobrança no exterior do importador inadimplente.

O contrato sob exame é celebrado de forma inteiramente livre entre as partes, dentro do princípio constitucional da liberdade das convenções, bastando a obediência às regras sobre vendas internacionais do ponto de vista das eventuais licenças necessárias e do câmbio, entre outras.

Uma menção legal ao instituto é encontrada, apenas, em Portaria do Departamento de Comércio Exterior — DECEX de 6.2.92.

II — O PROBLEMA DO FINANCIAMENTO AO COMÉRCIO INTERNACIONAL

As operações de grande vulto no comércio exterior requerem mecanismos

de financiamento tanto para o exportador-fabricante, quanto para o importador.

O primeiro precisa de recursos para a elaboração de seu produto, muitas vezes tornando-se necessário, também, financiar o comprador estrangeiro, que pagará a compra em um certo número de parcelas.

Dessa maneira, de um lado, são exigidas importâncias iniciais, obtidas junto ao sistema de financiamento à produção e, de outra parte, para que se possa fazer a exportação, há que se recorrer a um esquema de pronta recuperação do capital de giro envolvido no negócio.

Enquanto, por exemplo, o adiantamento sobre o contrato de câmbio (ACC), no Brasil, preenche a finalidade de financiar a produção, o "forfaiting" foi criado objetivando o financiamento a médio e longo prazos das vendas efetivamente realizadas pelos exportadores, propiciando a imediata realização do montante do negócio em favor destes, ao mesmo tempo em que representa um financiamento adequado aos importadores. Para esse efeito conjugam-se a interveniência de um Banco atuante no mercado internacional — como o pivô da operação — e a existência de um mercado para os títulos comerciais vinculados às exportações efetuadas.

O seguro de crédito à exportação muitas vezes não está disponível para os interessados e isso representa, freqüentemente, um sério óbice para a colocação de produtos no exterior. O "forfaiting" resolve de forma amplamente satisfatória esse tipo de dificuldade, somando-se, para esse efeito, a técnicas mais antigas, como o "factoring", o "export credit guarantee" e o "leasing".

Em muitas oportunidades, o exportador, mesmo tendo condições próprias

de financiar o importador pelo prazo requerido por este, não é capaz de avaliar com segurança o risco representado por tal operação a qual, por esse motivo, deixa de realizar-se. Nesse caso, o "forfaiting" preenche a lacuna apontada, pois o risco em causa é analisado e se torna responsabilidade exclusiva do Banco interveniente, o "forfaior".

III — CONCEITO E MECANISMO DO "FORFAITING"

O "forfaiting" é a operação pela qual um Banco adquire títulos comerciais de exportadores, que os transferem àquela *sem garantia*, ou seja, não se responsabilizam pela inadimplência do devedor principal e de seus respectivos garantidores.

A inexistência da possibilidade de regresso contra o exportador quanto ao título de crédito por este emitido representa uma verdadeira revolução no sistema de comércio desenvolvido há séculos, que deu, como resultado, o surgimento da letra de câmbio e de outros documentos de crédito dela nascidos, onde se encontra, como obrigação típica, a responsabilidade do sacador/emittente, dos endossantes e dos respectivos avalistas.

Há fundadas razões para a inovação em tela, ficando afastada, por meio do "forfaiting", a trabalhosa e onerosa necessidade de se executar uma quantidade indeterminada de pessoas responsáveis pelo motivo de sua presença no título, com domicílio em países diversos e nem sempre capazes de pagar a dívida executada. A garantia do pagamento da venda internacional fica coberta de forma amplamente satisfatória diante do credor por um único devedor, o Banco "forfaior", no qual o exportador deposita sua plena confiança.

Mas, para que tal negócio possa realizar-se entre o Banco e o exportador,

há uma grande série de pressupostos a serem cumpridos.

Em primeiro lugar, é necessária a existência de um mercado para os títulos adquiridos pelo Banco, no qual este irá negociá-los com investidores interessados em aplicar recursos em papéis cujo prazo de vencimento deriva das condições de financiamento ao importador, ou seja, entre um a sete anos. Nesse mercado, o Banco "desova" os títulos pelos quais se responsabilizou, recuperando o capital de giro utilizado na operação.

Esse mercado existe há cerca de uma década e está baseado em estudos de risco financeiro feitos pelos banqueiros internacionais quanto aos países atuantes no comércio exterior.

Utilizando uma escala graduada de 0 a 100, os diversos países que têm operações no comércio exterior são analisados quanto aos riscos político, comercial, de transferência de recursos, cambial e de taxa de juros.

Como se percebe, as situações são bastante diversas entre os países estudados e, por tal motivo, são organizadas tabelas periódicas, onde são indicadas, de forma atualizada, a posição de cada país no "ranking" dos riscos de financiamento. Nesse sentido, desde 1985, a "Institutional Investors Magazine", de Nova York, tem publicado uma lista de classificação de todos os países do mundo que atuam no campo dos negócios internacionais, para efeito de operações de "forfaiting".

Países com avaliações inferiores a 30 pontos são absolutamente desqualificados para as operações de "forfaiting". Aqueles colocados entre 30 e 50 pontos podem ser objeto de estudos, sob certas condições, pois apresentam risco considerado elevado. Quanto aos classificados de 50 pontos para cima, obtêm qualificação amplamente favorável pa-

ra negócios da espécie, variando a possibilidade de operação entre 1 e 7 anos.

Tomando-se uma posição de outubro de 1992, verifica-se que países desenvolvidos, tais como a Inglaterra, Itália, Japão, Suécia e Estados Unidos, comportavam operações até 7 anos de prazo. No extremo oposto, classificados pela pontuação mínima, eram aptos a realizar negócios até um ano os países da Índia, Jordânia, Polônia, Botsuana, Egito, etc.

Em vista da situação político-econômica do Brasil, nosso País ficou abaixo dos limites mínimos aceitáveis para operações de "forfaiting", prejudicando os nossos importadores, mormente no que diz respeito ao interesse pela compra de bens de capital, a exigir financiamento.

Nota-se que houve deterioração da posição do Brasil nesse mercado, embora ela nunca tenha sido muito boa, pois, em 1985, segundo a "Institutional Investors Magazine", o Brasil tinha conseguido 31,7 pontos na escala acima citada.

Lembre-se que a classificação supra-mencionada tem em conta o país do importador, cujo risco pessoal, por sua vez, é analisado pelo Banco interveniente, o qual se responsabiliza pela operação na medida da análise da situação daquele. Se favorável o Parecer, dá-se seqüência ao "forfaiting", vindo o Banco a adquirir o débito originado da venda internacional, representado por um título comercial transferido sem garantia, posteriormente negociado no mercado apropriado.

Há alguns passos e exigências a serem cumpridos, objetivando a operação de "forfaiting", quais sejam:

1.º) Exportador e importador se entendem sobre o negócio a ser realizado, ainda no plano das intenções de contratar, sendo certa a necessidade de um financiamento pelo segundo;

2.º) O exportador procura um Banco internacional de primeira linha, que opera no ramo de "forfaiting" e submete a este as condições do negócio pretendido;

3.º) Enquanto isso, o importador providencia uma garantia incondicional e irrevogável, a ser dada ao Banco por uma outra instituição de âmbito internacional aceitável por aquele, na forma de aval nos títulos originados da venda, ou por uma carta de crédito;

4.º) O Banco analisa o projeto, a partir dos seguintes dados, levando em conta os ambientes macro, interno e operacional para uma operação determinada:

- país do importador (indicador do nível de risco e verificação dos procedimentos legais da importação);

- informações cadastrais sobre o importador;

- informações sobre o Banco garantidor;

- documento emitido na venda internacional (a fim de se analisar a legislação aplicável);

- forma da garantia;

- moeda, e valor e prazo da operação;

- mercadoria negociada;

- esquema de pagamento;

- pormenores da operação;

- cronograma do embarque;

- data da entrega dos documentos; e

- domicílio do pagamento dos débitos.

A luz dessas informações, sendo favoráveis, o Banco "forfaitor" concorda com a operação, estipulando o prazo de pagamento das obrigações do importador dentro do período de risco no qual seu país se classifica, a fim de poder, futuramente, colocar os seus papéis no mercado.

É costumeiro que o Banco indique ao exportador os custos aproximados da operação, com efeito meramente in-

dicativo, antes mesmo de fazer o estudo aprofundado das informações acima enumeradas, de maneira a dar ao segundo condições de verificação do interesse e oportunidade da continuidade do negócio.

A vinculação entre o "forfaitor" e o exportador dá-se, do ponto de vista jurídico, pela assinatura de um *contrato* ou *carta de intenções*, onde se reportam ambos pormenorizadamente aos termos do negócio, determinando-se um prazo máximo para a entrega dos títulos ao "forfaitor", com o cumprimento de todas obrigações pelas partes, as quais se findam pelo pagamento ao exportador do montante acordado.

Esse contrato ou carta de intenções representa uma *obrigação firme* para as partes, tanto quanto para o "forfaitor", que assume a obrigação de descontar os títulos, quanto para o exportador, obrigado a encaminhá-los ao primeiro na forma contratada.

Nessa fase o exportador compromete-se a pagar ao Banco uma taxa de compromisso ("commitment fee"), estabelecida entre 1 a 3% ao ano sobre o valor da venda, dependentemente do risco a ser assumido por aquela instituição financeira, desde a data da aceitação da proposta, até a do efetivo desconto dos títulos originados do negócio.

Na hipótese da exportação não vir a ser realizada, o compromisso entre o Banco e o exportador será cancelado, devendo este àquele a taxa de compromisso, a ser paga *pro rata*.

5.º) Concretizada a operação, o exportador encaminha ao importador (via Banco) os documentos de embarque e os saques, recebendo-os de volta aceitos, acompanhados da garantia correspondente;

6.º) De posse dos títulos aceitos e garantidos, pelo Banco deste, o exportador desconta-os *sem garantia* ao "for-

faior”, recebendo o valor de face menos os juros da operação;

7.º) Feito isso, esses papéis podem ser negociados no mercado, mediante novo desconto, responsabilizando-se o “forfaior” perante o investidor pela inadimplência do devedor principal (importador e seu garantidor);

8.º) No vencimento, se o título tiver sido negociado, o investidor recebe o valor correspondente do “forfaior”, o qual, por sua vez, apresenta-o em cobrança ao Banco garantidor, que o encaminha, por sua vez, ao importador, liquidando-se a operação pelo pagamento.

Como se vê, os riscos de inadimplemento correm por conta dos seguintes participantes:

a) para o *investidor final* dos títulos originados da exportação, que os adquire no mercado apropriado, o risco diz respeito ao inadimplemento pelo “forfaior”, ou por endossantes intermediários, não podendo cobrar seu valor do exportador, que os transferiu sem garantia;

b) para o “forfaior”, quanto ao inadimplemento do importador ou do Banco garantidor deste, sem possibilidade de regresso contra o exportador;

c) para o *Banco garantidor*, quanto ao inadimplemento do importador;

d) para o *exportador*, existe o risco da futura impossibilidade do fechamento do contrato de “forfaiting”, caso tenha efetuado a exportação com a entrega da mercadoria e o “forfaior” venha a encontrar-se, na época da assinatura daquele acordo, por exemplo, em liquidação extrajudicial. Neste caso, o vendedor terá de bancar a operação fechada com o importador, nas condições convencionadas, inclusive quanto ao prazo, contando, eventualmente, com a cobertura do Banco garantidor, caso este tenha se obrigado por meio de avais

apostos nos próprios títulos derivados da venda.

Como se verifica, os riscos em tela estão bem distribuídos ao longo da cadeia de funcionamento do “forfaiting” e são perfeitamente mensuráveis e facilmente superados pela utilização de sistemas de garantia adequados, se for o caso. Essa hipótese diz respeito especialmente ao Banco garantidor, que pode cobrir-se junto ao exportador por meio de avais pessoais dos administradores da empresa ou através de algum tipo de garantia real.

O “forfaior” está, coberto quanto ao risco que assume, pela baixa frequência da quebra de Bancos internacionais de primeira linha, garantidores dos importadores.

Os investidores, por sua vez, têm no “forfaior”, um Banco internacional forte, uma garantia mais do que suficiente para poderem arriscar seus capitais na compra de papéis originados de uma exportação feita por esse sistema.

IV — CUSTOS DO “FORFAITING”

Os custos envolvidos na presente operação correspondem às seguintes despesas:

a) *para o importador*:

— Custos referentes aos *riscos comerciais*, necessários à obtenção de uma *garantia bancária*, a ser concedida em favor exportador e do “forfaior”;

b) *para o exportador*:

— Custos dos *riscos políticos e de câmbio*, variáveis de país para país, lembrando-se que os Bancos operadores mantêm informações atualizadas sobre as mudanças verificadas nessas áreas, não sendo incomum a ocorrência de surpresas, as quais os pegam desprevenidos, como acontece com os chamados planos econômicos “heterodoxos”, ado-

tados principalmente por países do Terceiro Mundo, na busca de uma solução mágica para seus problemas;

— Custo do *risco financeiro*, referente aos juros pelo desconto dos títulos do exportador, certamente maior no tipo de operação vertente, porque não há garantia de regresso contra aquele. Esse valor depende do custo do dinheiro no mercado internacional na época do fechamento da operação de “forfaiting”, combinando-se, para sua fixação, as taxas do “libor rate”, do “eximbank rate”, do “prime rate” e dos “eurobond rates”, tendo variado entre 9 e 3/4% a./a. e 11 e 3/4% a./a. Nesse custo estão incluídos os chamados “dias de graça” (“days of grace”), pois se considera, pela prática, que o pagamento não é costumeiramente efetivado no próprio dia do vencimento da obrigação, variando esse prazo conforme o país do devedor (quanto ao Brasil, por exemplo, tem-se estipulado dez “dias de graça”).

O desconto é feito em duas modalidades, simples (“straight discount”) ou composto (“discount to yield”), dependendo do mercado e da convenção das partes;

Observa-se serem as taxas do “forfaiting” entre 1/2 e 3% mais elevadas do que os juros internacionais aferidos pela “libor”. Portanto, o custo é um pouco mais caro do que o preço do dinheiro no mercado internacional, destinando-se a diferença havida a cobrir o risco do negócio sob exame e a formar reservas para a cobertura de prejuízos originados de inadimplementos eventuais e, ainda, com vistas a dar aos investidores uma rentabilidade mais alta.

Os juros mais próximos dos 3% acima da “libor” têm, além disso, o objetivo de resguardar o risco maior do banqueiro nas operações com países cuja classificação fica entre 30 e 50

pontos na tabela do “country credit rating”.

Por oportuno, anote-se que, em termos de minimização de riscos, os Bancos costumam pulverizá-lo pela participação conjunta de mais de uma instituição, no “forfaiting”. Isso se dá em negócios superiores a Cr\$ 5.000.000,00.

— Custo da *taxa de administração*, geralmente fixada em torno de 1/2% a./a.;

— Custo da *taxa de compromisso* (“commitment fee”), que representa o preço da garantia oferecida pelo “forfaitor” ao exportador, para manter fixa a taxa de desconto desde a data da aceitação da proposta, até a efetiva entrega dos títulos originados do negócio; e

— Custo da *penalidade* aplicável ou *custo da opção* (“penalty clause”), opcional e decorrente do eventual interesse do exportador em desobrigar-se da entrega dos documentos ao Banco, caso o importador, de última hora, resolva pagar a compra à vista, tornando-se desnecessário o “forfaiting”. O valor dessa cláusula penal servirá para remunerar o Banco pelas despesas referentes à análise da operação quanto aos riscos envolvidos e à elaboração do cadastro do importador.

O critério para estabelecimento da “option fee” está baseado na fixação de um percentual sobre o valor de face da operação.

O valor do contrato de “forfaiting” corresponde, geralmente, a 80 ou 90% do montante da exportação, pois o importador faz um pagamento inicial em dinheiro (“down payment”) no fechamento do negócio.

V — ASPECTOS FORMAIS

Uma das grandes dificuldades do “forfaiting” localiza-se na verificação dos documentos e das assinaturas neles

apostas, para efeito de comprovação de sua validade formal perante o "forfai-tor", pois as exigências legais para tal efeito variam segundo cada país que opera no comércio internacional. A fim de poder estudar o risco envolvido, o "forfai-tor" depende de informações atualizadas sobre as exigências da legislação dos diversos países atuantes no comércio exterior, devendo, para tanto, manter um serviço especializado nessa área.

A verificação da autenticidade das assinaturas das partes envolvidas em uma operação de "forfaiting" * é outro ônus sensível, a cargo do Banco, quanto àquelas existentes nos títulos nascidos da venda internacional. Para esse efeito, o exportador e o importador devem providenciar a autenticação de todas as assinaturas através de seus Bancos, por meio da aposição de uma declaração apropriada prestada pelos Bancos nos documentos de crédito, cuja responsabilidade variará de acordo com o teor da declaração, a saber:

Tipo 1: "We hereby confirm the authenticity of the signature of and that the person signing are in fact authorized to commit the company (corporation)."

Nesse caso, o Banco assume total responsabilidade civil por eventual fraude nessas assinaturas ou quanto à inexistência dos poderes do signatário para o fim em vista.

Tipo 2: "The signature of compares in fact favourably with the specimen on our files and registers".

Nessa segunda modalidade, a declaração do Banco traz-lhe responsabilidade semelhante à da confrontação das assi-

naturas em cheques, ou seja, responde pelo erro grosseiro, podendo ser beneficiado pela isenção de responsabilidade caso haja falsificação que somente possa ser apurada por meio de exame pericial. Assim sendo, o "forfai-tor", a fim de ter melhor certeza de seus riscos, deve obter uma confirmação das assinaturas por sua própria conta, disso resultando não ser a melhor das fórmulas, apesar de representar a mais usual nesse tipo de operação.

VI — CONCLUSÃO

Como se vê, estamos diante de um negócio criado há muito pouco tempo pelos empresários que atuam no comércio internacional, como uma resposta importante a superação das inúmeras dificuldades na realização de negócios nessa órbita, principalmente dos pontos de vista do financiamento ao comprador e da garantia do pagamento.

Talvez se possa aqui entrever uma completa mudança do papel dos títulos de crédito, com o progressivo desaparecimento do interesse pela responsabilidade do sacador/emitente e dos demais garantes, perante o vendedor, não sendo difícil imaginar o espraiamento do "forfaiting" também para o mercado interno, a partir do momento em que os juros no Brasil deixem de se tornar proibitivos para a realização de operações de financiamento e os seus prazos possam ser maiores.

Até que a situação do Brasil melhor, o "forfaiting" está aqui disponível apenas para nossos exportadores, não sendo possível aos importadores se utilizarem de tal instituto, porque a classificação de nosso País não alcança a pontuação mínima necessária, segundo as análises do mercado internacional.

São Paulo, 14 de janeiro de 1993.

* Cf., U. W. Rasmussen, *Forfaiting e Factoring*, Ed. Aduaneiras, S. Paulo, 1986, 133 pp.

ATUALIDADES

O ANTEPROJETO LEGISLATIVO DA LEI DE CONCORDATAS E FALÊNCIAS *

DORA MARTINS DE CARVALHO

I — INTRODUÇÃO

1. O Ministério da Justiça, em Portaria de 10.5.91, constituiu Comissão de Estudos para elaborar Anteprojeto Legislativo de Lei de Concordatas e Falências. Finalizados os trabalhos, o Anteprojeto foi publicado in *DOU* de 27.3.92. E em que pese a oportuna iniciativa daquele Ministério e os esforços do Sr. Coordenador e participantes da Comissão para modernizar a atual Lei, a despeito disso e trabalho merece reparos.

2. De início, saliente-se que a lei atual, embora redigida em 1945, é excelente na sistemática, no articulado, redação e conteúdo, dependendo a sua eficácia mais da *aplicação* do que propriamente de inovações. Cumpre lembrar que seus autores, Professores Noé Azevedo, J. C. Mendes de Almeida, Filadelfo de Azevedo, Sílvio Marcondes Machado, Hahnemann Guimarães e Luís Lopes Coelho, de certa forma, anteviram as transformações econômicas, sociais e técnicas, que se seguiriam e ao mesmo tempo, a necessidade de *preservar* o interesse da coletividade em dois dispositivos da lei. De fato, aqueles aspectos são conjugados, na lei vigente, quando se faculta a *preservação da empresa pela continuação do negócio*, e a

sua *reorganização* ou cessão de ativos a terceiros (arts. 74 e 123). Assim, em princípio, a lei atual necessita mais de retoques de que propriamente de mudança de estrutura.

II — REVISÃO NA LEI VIGENTE

3. Qualquer modificação na lei vigente não pode passar ao largo da *unificação* da falência e insolvência civil. No Brasil, Teixeira de Freitas, desde 1867 sonhou com a unificação do Direito Privado, no que foi seguido por Herculano Marcos Ingles de Souza que, incumbido de redigir *novo* Código Comercial, em 1912, foi além, pois apresentou um projeto de lei para o “Código de Direito Privado”. Outros trabalhos em prol da unificação surgiram em 1941, em 1965 que, desengadadamente, não foram adiante. Mais recentemente novo trabalho de Código Civil surgiu, estando, no momento, paralisado no Senado.

4. A idéia da Unificação não tem retorno por suas visíveis vantagens. Nesse ponto, e como dissemos em trabalho anterior, o Brasil está bem atrasado, pois já poderíamos estar liderando a Unificação do Direito Privado internacional. E o Anteprojeto de qualquer nova lei de falências não pode abandonar, a unificação da falência e insolvência civil; mas, o Anteprojeto isso não faz, eis que apenas se abeira

* Conferência proferida no Clube dos Diretores Lojistas, em 4.6.92, Rio de Janeiro.

da matéria... De fato, timidamente, o anteprojeto coloca sob a incidência da lei as "empresas" mercantis e civis, mas deixa de fora os *devedores civis*, pessoas físicas. Mas, ao englobar sob a expressão "empresas", tanto as mercantis e civis, *nem nisso inova*, e ao contrário do que desavisadamente comenta um crítico do Anteprojeto, porquanto essa conceituação global é antiga, como registra Afrânio de Carvalho: "Embora a noção de empresa não se ache incorporada nem ao Código Civil, nem ao Código Comercial, foi introduzida na nossa legislação por uma lei de repressão ao abuso do poder econômico, de 1945. Antes e depois desta, outras leis a pressupõem, aludindo seguidamente a ela. Assim acontece repetidamente na Constituição Federal, notadamente no título referente à ordem econômica e social, na Consolidação das Leis do Trabalho e na Lei da Previdência Social. (...)" (*Instituições de Direito Privado*, 3.^a ed., Forense, Rio de Janeiro, 1980).

5. No tocante à omissão dos *devedores civis*, pessoas físicas, é ela injustificável, cumprindo lembrar que quando da reforma do novo Código de Processo Civil, elaborado sob a orientação do Prof. Buzaid e defensor da mesma idéia, contudo, não procedeu ele, como Ministro, a tão almejada unificação, dando lugar ao feliz comentário de Rubens Requião que "... o Ministro..., nesse particular, não honrou a lição do Mestre" (cf. *RF* 265/37 e ss.).

6. O Anteprojeto nada acresce e nem adita sobre a controvertida discussão nos tribunais relativa aos *pressupostos* da falência. E a manutenção da *impontualidade*, entre estes pressupostos, facultará a continuidade de utilização de *dois* meios de cobrança de *títulos executivos*: processo de execução e o pedido de falência (CPC, art. 566 e

ss.; Anteprojeto, art. 37; Dec.-lei 7.661/45, art. 1.^o).

7. Ora, não faz sentido que na nossa legislação coexista a dualidade de institutos para a execução singular, cumprindo distinguir esta da execução coletiva, aplicando-se a última quando, economicamente, a empresa não for recuperável.

8. Na conjuntura atual, a Lei de Falências e Concordatas vem sendo utilizada como meio coercitivo de cobrança por um *único credor*. Essa utilização do instituto falimentar, como meio de cobrança, constitui *desvio* da sua finalidade, como já assinalou o Min. Xavier de Albuquerque no STF. Discutia-se, então, a questão de uma madeireira que requereu a falência de empresa de engenharia, lastreando o pedido em duas duplicatas, mas com apenas uma delas protestada. Pedia-se o pagamento dos dois títulos em 24 horas, sob pena de ser decretada a falência. A empresa de engenharia defendeu-se ressaltando a *indefinição* do pedido: se execução fundada em título extrajudicial ou se requerimento de falência; pela indefinição, a requerida não sabia se devia oferecer bens à penhora e embargar, ou, então, depositar a importância pedida e elidir o pedido. O Dr. Juiz deu pela improcedência do pedido, por inadmitir a falência como meio de cobrança. Mas, o Tribunal reformou a decisão. No STF, o Min. Xavier de Albuquerque, durante os debates, salientou que o pedido era "forma reflexa" oblíqua, de cobrar, pela via mais expedita e drástica processual, um título para cuja execução se asseguram outros termos, prazos e possibilidade" (RE 87.405, 1.^a Turma, Relator para o Acórdão Min. Xavier de Albuquerque).

9. O relato vem a propósito para se fazer sentir a necessidade de revisão da *impontualidade* como pressuposto de falência, tema este nem sequer aflora-

do neste singular Anteprojeto de lei de falência... Incidentalmente, consignase que a lei norte-americana pune severamente os que utilizam a lei falimentar como meio de cobrança (*Bankruptcy Law*, Chapter 7).

10. Mas, além dos tópicos já expressos, da indispensável revisão na unificação de concursos, e da impontualidade, há ainda inumeros outros merecedores de estudos.

11. Os prazos, por exemplo. De um lado, os senhores Juizes reclamam, com freqüência, sobre a contagem de prazos, que *não* deve ser feita em Cartório, como consta na lei atual, e sim da sua publicação (cf., Dec.-lei 7.661/45, art. 204). Mas, de outro lado, queixam-se os credores, expressando que os prazos precisam ser menores e devem correr em Cartório.

12. O Anteprojeto, deveria oferecer soluções viáveis: ao revés, de modo desordenado, ora faz menção a prazos com *dois termos* iniciais e concomitantes, ora deixa os atos judiciais sem prazos... A título de exemplo, examine-se o art. 5.º, § 1.º, que faculta a parte interessada oferecer plano de recuperação no prazo de até 30 dias, mas, sem marco inicial... O art. 7.º, § 3.º faculta a convocação de nova reunião para o décimo quarto dia *subseqüente*, mas não se sabe subseqüente ao que: se à constituição de determinada comissão ou se após as conclusões desta. As duvidades e impropriedades redacionais crescem à medida que se lê o Anteprojeto, e também na questão de prazos, atingindo o clímax nas disposições finais (cf., arts. 24, 27, 28, 29, 33, 35, 36 etc.).

13. A desordem e pouca profundidade na matéria de prazos é tanto mais estranhável nesse término de século quando se sabe que, dentro em breve, os Cartórios estarão recebendo petições e documentos pelo *fac-simile* e qualquer

anteprojeto de lei, na atualidade, deve levantar e abranger as possibilidades do momento, devendo inserir nesse tópico também a *responsabilidade cartorial*.

14. A indicação das figuras de Síndico, de peritos e técnicos é tema de constante preocupação tanto para os tribunais, para Advogados como ainda para as partes interessadas. Mas, o Anteprojeto trata do assunto pela rama...

15. O Síndico, por exemplo, recebe no texto a nomenclatura de "administrador transitório da massa" (cf., Anteprojeto, art. 54, I). A expressão é redundante, porquanto administrador de massa falida só pode ser transitório... De mais a mais, a expressão "transitório" lembra outra, igualmente infeliz, qual seja o "transitário", do Direito Marítimo.

16. Contudo, não é a expressão que suscita cuidados, mas a *forma de indicação* de síndico, peritos e técnicos, eis que há consenso nos meios jurídicos, acerca das indicações deficientes, falhas e, no mais das vezes, *gravosas* para a massa falida, o que enseja freqüentes e usuais pedidos de destituição de síndicos e peritos, alguns deles súbita e singularmente tornados bilionários...

17. A experiência de outros países e a do Brasil permite sugerir que síndicos, peritos e técnicos em geral sejam escolhidos em listas fornecidas por entidades profissionais e/ou especializadas (FGV, Clube de Engenharia, OAB, Conselho de Medicina, Química etc.). Os Tribunais organizariam e renovariam bianualmente essas listas, evitando-se, assim, os vícios hoje ostensivos nessas indicações. Poderão ainda os tribunais empregar o bem sucedido sistema do BNDES de contratar empresas especializadas para atuação temporária. Enfim, qualquer Anteprojeto de lei de falência deverá prever hipóteses para essa relevante matéria.

18. Nessa altura, faz-se um parêntese para lembrar que a Escola de Magistratura, em boa hora criada pelo digno Des. Cláudio Vianna de Lima, do Rio de Janeiro, poderá prestar ao País serviços ainda maiores, de que já vem prestando, e com êxito, se passar a ministrar cursos de contabilidade aos candidatos a Juízes. O desconhecimento da contabilidade, por parte dos Juízes em Varas de Falências e Concordatas, onera, às mais das vezes, de modo quase irrecuperável, as empresas em falência. Aliás, e a rigor, a contabilidade deveria ser obrigatória no currículo das Faculdades de Direito, como já acontece em S. Paulo.

19. O Anteprojeto perde oportunidade de aperfeiçoar o pedido de restituição do vigente Dec.-lei 7.661/45, para *facultar* ao Juiz a *imediate* devolução de coisa, arrecadada em poder de falido e devida ao seu requerente em virtude de direito real ou contrato, e quando visível, ostensivo que a *coisa* é de *terceiro*. Nestas hipóteses, a imediata devolução prescindirá de processo incidental judicial, bastando a sua homologação pelo Magistrado. O digno Dr. Juiz Hélio Assunção, de Vara de Falências no Rio de Janeiro, tem assim procedido e com resultado feliz. São casos semelhantes, p.ex., ao de *cessionários* de veículos e *também* oficinas mecânicas, que têm sempre carros em consertos. Decretada a falência da empresa, o Síndico ali irá encontrar carros de terceiros. A comprovação, pelo Síndico, do registro de veículo para conserto, permitirá a restituição imediata. É matéria que carece reexame em nova lei de falência.

20. A leitura do Anteprojeto reforça em nosso espírito a impressão de que o Dec.-lei 7.661/45 pode ser reformulado nos pontos já acima suscitados e, eventualmente, em outros, devendo ain-

da sofrer acréscimos no tocante à *reorganização* de empresas.

21. E isso porque, no limiar do ano 2000, num mundo finito de riquezas, mas com consumo infinito, a preocupação mor em todos os países é a de *produzir bens e manter empregos*. Essa a essência, o fundamento, o objetivo que impulsiona, que sustenta a manutenção, a recuperação, a *reorganização* da empresa.

22. Para atingir essa finalidade, intervém o Poder Público no setor econômico, ora com a utilização de mecanismos de natureza administrativa, como intervenções e liquidações extrajudiciais, ora pela atuação do Poder Judiciário, nas mais variadas formas, inclusive em concurso de credores. Contudo, modernamente, o Poder Público, impossibilitado de atuar no emaranhado econômico, desempenha *função* mais *fiscalizadora*, com eventuais intervenções para evitar abusos e/ou corrigir desvios e descaminhos.

23. Nesse contexto, e em matéria de falências e concordatas, o Poder Público *deve*, por igual, *equilibrar* as relações econômicas. Assim, e ao contrário da crítica dos desavisados, uma nova lei de falências *não deve* se preocupar em aumentar poderes de Juízes e do Ministério Público na vida das empresas e nem revestir o instituto de processualismo prejudicial à atividade econômica. Mesmo porque, na sua essência, a falência e concordata redundam numa administração, embora, por vezes, a empresa venha a ser liquidada. Convém ser ressaltado que a falência *não é* mais *só processo*, pois, como anota renomado Autor: "... desse *processualismo ingênuo* e economicamente *danoso*, livrou-se em boa hora o direito norte-americano e mais recentemente o direito francês. (...)" (Fábio Konder Comparato, *Problemas Jurídicos de Ma-*

cro-Empresa, Forense, Rio de Janeiro, grifos nossos).

24. O Anteprojeto *tenta* acompanhar a linha de ação acima mencionada ao manter a concordata, a falência e ampliar a recuperação da empresa, mas não passa de tentativa por falta de embasamento. Registre-se, p. ex., que o Anteprojeto sequer diferencia ou distingue a *concordata* da “recuperação” (cf., Anteprojeto, arts. 4.º e 9.º).

25. Observa-se que o texto em exame recebeu extensiva influência do Direito inglês e norte-americano no que tange ao *poder dos credores* sobre a empresa em regime de concordata ou falência. Cumpre advertir, no entanto, que nesses países o desenvolvimento econômico e técnico é maior, avultando ali órgãos especializados na fiscalização empresarial. Esses fatores permitem a atuação dos credores sobre a massa falida, pois, todos, conjuntamente, ficam submetidos à rigorosa fiscalização das autoridades. Não é o que acontece no Brasil, com estruturas ainda muito falhas na área econômica. Parece, pois, conveniente, manter na nova lei a *concordata*, a *reorganização* (que o Anteprojeto denomina recuperação) e a *falência*. O Anteprojeto faz isso, mas não distingue, não diferencia esses institutos.

26. Contudo, cumpre delinear, seja em modificação na lei vigente, ou em futura lei, as diferenças entre:

a) *concordata* — tem por finalidade a obtenção de prazo para pagar aos credores, e/ou a redução de dívidas. A administração fica sob o encargo de seus próprios diretores ou gerentes. Para *aperfeiçoar* o instituto, os *credores*, durante o processamento da concordata, *elegeriam um diretor*, de sua indicação, para a administração (esta última, a oportuna sugestão do Advogado José Geraldo Garcia de Souza);

b) *reorganização* — objetiva recuperar a empresa mediante reformulação estrutural e administrativa. A empresa sofreria modificações na área gerencial, mediante eleição de *novos* diretores, *eleitos pela assembléia geral de credores*;

c) *falência* — processa a liquidação de empresas em situação econômica irrecuperável, até final extinção.

27. As notas acima expendidas podem perfeitamente ser adaptadas ao texto da lei vigente.

III — O ANTEPROJETO

28. A rigor, são duas as novidades oferecidas no Anteprojeto: a *recuperação* de empresas, como modalidade *intermediária* entre a concordata e a falência; e a supressão de privilégios dos créditos fiscais e parafiscais.

29. Relativamente à “recuperação”, a expressão parece ter menos força que aquela outra “reorganização”, esta mais abrangente. Na recuperação, restaura-se, recobra-se, enquanto na reorganização recupera-se e aperfeiçoa-se.

30. Dispõe-se sobre a recuperação no Título II, logo após as Disposições Gerais, estando deslocada na ordem seqüencial, pois deveria vir após a concordata. E, ao invés de se esclarecer quando ocorre, sem precisar definir, quando pode ser requerida e quem pode requerê-la, confunde e inverte o articulado e dispõe, em primeiro, acerca de fatores a serem considerados para demonstração de viabilidade econômica, para, posteriormente, dizer quem pode requerer etc. (art. 4.º). E ainda em parágrafo desse mesmo artigo dá *outra conceituação* de *micro-empresa* como “. . . aquela que tenha um mínimo de cem empregados. . .” (art. 4.º, § 5.º).

31. Entre os requerentes da recuperação estão o Poder Público, o Ministé-

rio Público e a Assembléa de Credores, ou qualquer destes individualmente, e ainda os empregados.

32. A referência ao Poder Público é vaga. Poder Público é o Estado. A que propósito facultar ao Poder Público *em geral* requerer a reorganização de empresa? Quanto ao Ministério Público, a Constituição Federal de 1988, no art. 129 não inclui entre as suas atribuições requerer falência. A principal atribuição do Ministério Público é *fiscalizar* o cumprimento da lei. A Assembléa de Credores sim, esta é que poderá examinar a possibilidade da reorganização.

33. Os requerentes são denominados "legitimados", abandonando-se a expressão *requerentes*. Ora, *legitimado* diz-se em geral do filho natural que se tornou legítimo... No entanto o Anteprojeto poderia dizer, com objetividade, que os que podem requerer a recuperação são etc. A confusão persiste no artigo logo em seguida, art. 6.º, que expressa poder o Juiz mandar processar proposta de *não legitimado*... (grifo nosso).

34. Nesse Título II — Recuperação da Empresa — não se ventila sobre o conteúdo do plano de reorganização, que deverá, obrigatoriamente, informar sobre os credores, valor dos créditos, classes, especificações, soluções oferecidas para cada classe, *meios* que serão utilizados *na execução dos planos*, e, sobretudo, garantias para a execução da reorganização. Sem esse plano não haverá seriedade na reorganização.

35. Ainda no Título II, art. 8.º depara-se com curiosidade jurídica, tanto maior por provir de Ministério da... Justiça, qual seja, o impedimento de se recorrer da decisão do Juiz que homologa a aceitação ou recusa da Assembléa Geral de Credores para a reorganização...

36. A elogiável intenção de restabelecer equilíbrio na classificação de créditos

padece de sistematização. Invertendo a ordem natural das coisas, o Anteprojeto no art. 125 dispõe sobre *pagamentos* e, no art. 126 distingue, como na lei vigente, os *encargos* das dívidas da massa; a seguir fixa normas de *extinção* do processo (arts. 138 a 142), *extinção* das obrigações (arts. 133 a 137), atos ilícitos (arts. 138 a 142), disposições gerais (arts. 143 a 168) e somente nas disposições gerais é que o Anteprojeto encontrou espaço para as *classificações de créditos*... (cf., arts. 150 e 151).

37. Nessa referência a créditos, fica-se sob a impressão de que os redatores do Anteprojeto desejavam se referir a *preferências* de créditos antes dos privilégios (CC, art. 1.561). De qualquer forma, há omissão dos créditos *personais* privilegiados.

38. A inserção de créditos trabalhistas e de acidentes de trabalho *depois* dos credores com *garantias reais* é de sacerto inaceitável, pois é inadmissível deixar trabalhadores e acidentados sem pagamento para seu sustento e sobrevivência.

39. O afastamento do crédito fiscal, da sua classificação atual, não pode ser feita com a simplicidade pretendida no Anteprojeto. Primeiro porque o crédito tributário tem regras especiais e sua modificação dependerá de lei complementar. Depois porquanto há inúmeros outros aspectos que precisam ser alterados, como, por ex., a Lei de Execução Fiscal, na qual a simples *distribuição do processo* interrompe a prescrição. Esses aspectos precisam ser examinados conjuntamente, dando-se, inclusive, às autoridades fiscais um prazo máximo para levantar débitos; ultrapassado este, o Fisco só poderia obter pagamentos mediante comprovação efetiva de sonegação etc.

40. Aproveitável e feliz é o dispositivo que faculta requerer a concordata

a qualquer tempo *desde que não declarada a falência*, seguramente inspirado no recente lei argentina (cf., Lei argentina 19.551/72, modificada pela Lei 22.217, de 27.8.1983, art. 10).

41. Reiteramos, assim, que a Lei atual é excelente, necessitando alguns

retoques e pequenas modificações. A lei impensada nada acresce e nem enriquece e redundante em falsa solução. E como expressa o nosso estimado Cardenal-Arcebispo do Rio de Janeiro, “não nos deixemos levar pelo imediatismo das falsas soluções...”.

RESCISÃO CONTRATUAL — Contrato de Adesão e o Código de Defesa do Consumidor — Aplicação imediata — Excessiva onerosidade de cláusula penal — Ofensa ao art. 53, "caput" da Lei 8.078/90.

O contrato de adesão possibilita a intervenção judicial, para a correção de cláusulas excessivamente onerosas para a parte aderente. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, cujas normas, que visam àquela proteção e defesa são de ordem pública e de interesse social (art. 1.º), considera nulas de pleno direito, cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas, no caso de resolução do contrato de compra e venda de coisa móvel ou imóvel, por inadimplemento do comprador (art. 53). Esta disposição, por ser de ordem pública, aplica-se aos contratos anteriores ao referido estatuto legal, de forma a nulificar a cláusula do contrato que estabelece aquela perda.

TJSP — Ap. Cível 197.165-2,3-SP — 11.ª Câmara Civil — Rel. Des. Pinheiro Franco — j. 22.10.92 — m.v.

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos: Acordam, em 11.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso.

Trata-se de ação ordinária de rescisão contratual julgada procedente, nos termos da r. sentença de fls. 58/59.

Irresignado, o réu manifestou recurso de apelação a esse E. Tribunal, pelas razões de fls. 66/74, aduzindo, em síntese, que não pode ser considerada válida a notificação premonitória; que o débito em atraso foi atualizado de forma equivocada; e que, em caso de rescisão do negócio jurídico, deve ser devolvida ao réu a quantia paga.

O recurso foi respondido (fls. 77/80).

Fez-se o preparo (fls. 83).

É o relatório.

Não padece de qualquer irregularidade a notificação enviada pela autora ao réu, posto que ela atendeu exatamente o que foi previsto no contrato (cláusula 12.ª), esclarecendo, ademais, que se cuidava de atraso no pagamento de prestações lá individualizadas e pertinentes ao instrumento parti-

cular de promessa de venda e compra celebrado entre as partes.

Nem se alegue, nesse passo, que pela notificação enviada não seria possível conhecer a importância devida. De fato, lá constam os valores históricos das prestações, cujos acréscimos são plenamente conhecidos, porquanto perfeitamente individualizados no contrato. A notificação endereçada ao réu pela autora não é, pois, vaga e genérica, como argumentou o réu em suas razões de apelação.

A inclusão de honorários profissionais de advogado na notificação não a torna imprestável, quer porque eles foram efetivamente contratados, quer ainda porque eles, a final, não foram cobrados.

No que concerne aos critérios de correção das parcelas da dívida, há que se observar que são os que foram fixados contratualmente (cláusula IX, às fls. 13, e cláusula 5.ª das disposições gerais, às fls. 16), conforme o bem anotado pelo nobre Magistrado singular.

Tocantemente à retenção das quantias pagas, nota-se que ela foi pedida na peça inaugural e o pedido foi contrariado na contestação, pelo simples fato de que, com o pedido de improcedência da ação, nada mais postulava o réu do que a rejeição de toda a pretensão da autora, inclusive de ver-se aquinhoadas com as parcelas pagas. A matéria é, pois, passível de apreciação neste recurso.

Cuida-se de contrato de adesão e ele deve ser interpretado a favor do réu, que não teve oportunidade de discutir os termos da avença. É evidente que uma cláusula que estabeleça que o réu perderá as importâncias pagas em caso de rescisão contratual não seria aceita se o comprador pudesse opinar sobre as suas obrigações constantes do pacto celebrado, máxime quando se sabe que em hipótese tal não há qualquer prejuízo à construtora, antes disso, até lucro, porquanto poderá vender o imóvel a outro interessado, por preço atualizado. Não há que se falar, portanto, em cláusula prefixando perdas e danos, na hipótese *sub judice*, pela simples e boa razão de que eles não existem.

Nos dias de hoje não se aceita mais o abuso da boa-fé e da premente necessidade dos adquirentes ou mutuários, particular-

mente em contratos que estipulam obrigações que não seriam acatadas dentro de um regime de normalidade, e, desta feita, há que se considerar com temperos a cláusula penal invocada pela autora, porquanto, excessivamente rigorosa, diante das circunstâncias.

Com efeito, é ler os autos e verificar de plano que o réu pagou a parcela fixa prevista no item A.1, assim como as doze primeiras prestações previstas no item B.1 e as duas parcelas iniciais mencionadas no item B.2. Isso, não pode ser entendido como parte insignificante do preço contratado, como quer a autora, e torna excessivamente onerosa para o réu a cláusula penal, de forma que a mesma deverá, sem dúvida, ser vista com reservas.

Discrepando do tipo tradicional dos contratos, cuja característica essencial era a livre discussão das condições em que se formava o negócio jurídico, o contrato de adesão distingue-se, exatamente, pela ausência total de qualquer discussão prévia sobre as cláusulas contratuais, que são, por assim dizer, impostas por um dos contratantes ao outro, que se limita a dar a sua adesão, concordando com o modelo impresso que subscreve, depois de preenchidos os espaços em branco que lhe dizem respeito. Daí porque, de um modo geral é preciso guardar, na interpretação dos contratos de adesão, um meio termo justo e razoável, que evitará os extremos condenáveis da iniquidade ou do arbitrio, isto é, um direito demasiadamente restrito ou extremamente amplo, ambos conduzindo à negação do próprio direito.

Por conseguinte, o que é preciso evitar são as deformações ou os abusos do contrato de adesão, cuja utilidade é de intuitiva evidência. E o caminho para remover aquelas ameaças constantes já foi traçado magistralmente por De Page: "Pouvoir de contrôle de la part du juge par conséquent, et rien de plus; mais pouvoir qui trouve une forme technique appropriée, à la fois suffisamment souple pour faire face à toutes les exigences et suffisamment limitée pour éviter tous les dangers, dans le principe de l'exécution de bonne foi". Em consequência e ainda na lição do mestre: "ele poderá temperar a aplicação de cláusulas excessivamente rigorosas ou excessivamente draconianas; como poderá, conforme o caso, declarar determinada cláusula não conhecida suficientemente por uma das partes, ou violada; como, ainda, poderá, mercê das regras de interpretação das convenções, interpretar o contrato contra aquele que o estipulou e em favor do aderente; ainda

que, sem o perceber, e embora guardando a maior circunspeção, ele seja arrastado a fazer, na esfera jurídica de atuação dos contratos de adesão, um pouco de política social" (*Contrato de Adesão*, Martinho Garcez Neto).

É precisamente por isso que uma cláusula objetivando a perda pelo réu das importâncias pagas em caso de rescisão contratual deve ser vista com moderação, considerando-se, ademais, que, no caso concreto, não houve e nem haverá qualquer prejuízo à construtora, mas, como se disse, até lucro, porquanto o imóvel não esteve na posse do réu em momento algum e, após terminada a sua construção, com a rescisão contratual, ficou liberado para novo negócio, com preço real de mercado.

O art. 53, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) é de ordem pública, pois o são todas as normas daquele Código, estabelecidas para a proteção e defesa do consumidor (art. 1.º), em cumprimento de dois preceitos constitucionais (art. 5.º, XXXII e art. 170, V).

E isso vem estampado já no seu primeiro artigo, que preceitua que "o presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5.º, XXXII, 170, V, da CF e art. 48 de suas Disposições Transitórias".

Muito embora controvertida a questão da retroatividade de lei que contenha comando de ordem pública e interesse social, como o Código de Defesa do Consumidor, há que se considerar aqui o entendimento isolado deste Relator no sentido de que tal lei, justamente por comportar princípios de ordem pública e de interesse social atingem os atos pretéritos que estão sendo levados por ora a julgamento.

De fato, a mesma questão foi recentemente suscitada por ocasião da aplicação da Lei 8.009/90, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. E o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, chamado a se pronunciar sobre a matéria jurídica em debate, por sua 3.ª Turma, no julgamento do REsp. 11.698, concluiu pela imediata incidência da lei nova nos processos em curso. O mesmo ocorreu no julgamento do REsp-MS 1.036-SP, relatado pelo eminente Min. Eduardo Ribeiro e decidido, por votação unânime, em 9.3.92 (*Boletim da AASP* 1.745).

Ainda sobre a Lei 8.009/90, que comporta também problemática de direito intertemporal, o ilustre Juiz Antônio de Pádua Ferraz Nogueira, do Egrégio 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, escreveu

interessante artigo sobre o tema, estampado in *RJT/ESP* 129/17, de onde extraímos os seguintes ensinamentos:

“A nossa Colenda Suprema Corte, igualmente, não obstante atual divergência jurisprudencial, de há muito assim já havia se orientado, o mais das vezes, pela supremacia da ordem pública, como colheu o douto Prof. Limongi França da resenha de João Luís Alves e Faria Pereira: “Retroagem as leis de ordem pública, como as de organização judiciária e processuais” (Corte de Apelação, 18.7.24; *Revista de Direito*, LXXVI/568; 30.1.23, LXIX/538; 15.11.26, LXXXIII/139; 16.6.28, XCI/327; 28.12.28, *Arquivo Judiciário*, IX/290)”.

E continua o nobre Magistrado:

“Destarte, não se pode olvidar a prevalência da finalidade da lei, pois esta, segundo Eduardo Espínola e Espínola Filho, “presupõe a satisfação das necessidades sociais; logo, tem de ser aplicada imediatamente ao maior número de relações jurídicas” (a. cit., *Lei de Introdução ao Código Civil Comentada*, v. 1/347). E, a Lei 8.009/1990, evidentemente, — afastadas as demais implicações que possam gerar, veio à luz em face da situação aflitiva por que passa o País no setor habitacional, mostrando-se o Estado impotente para solucionar tão grave problema, gerado este, aliás, pelo nefasto “capitalismo selvagem” imperante. Atendendo a função social preconizada pelo art. 5.º, XXIII da Carta Magna, visou assegurar à família o verdadeiro sentido do “direito de propriedade particular”, até porque, — como ressaltou João Paulo II, sobre ela pesa sempre uma “hipoteca social”, para que os bens sirvam ao destino geral que Deus lhes deu (cf., *Mensagem de João Paulo II para a América Latina*, 1979, S. Paulo, Ed. Loyola, v. 12/106). Objetivou, desse modo, preservar a propriedade destinada à residência dessa entidade, mantendo-a a salvo dos transtornos econômicos ou financeiros de seus proprietários, como exigido pelo bem comum. E, ao lado dessa garantia ofertada ao imóvel residencial, também veio a estabelecer que os bens móveis quitados que garantam a residência do locatário, resultem igualmente impenhoráveis, obstando o agravamento da miséria ou mesmo o vexame a ser imposto aos menos afortunados, caso premidos pela inadimplência de pequenas dívidas a que foram levados, no mais das vezes pelo consumismo reinante”.

Anota, ainda, o referido Juiz que é apropriada à espécie a observação de Paul Roubier, no v. I de sua obra, ao examinar questão semelhante (*Conflicts des Lois dans le Temps*, apud RE 5.928, in RT 149/349),

no sentido de que “não existe a seus olhos nenhum motivo para distinguir a intenção do legislador formalmente expressa de sua intenção não formalmente expressa”. . . “Sem dúvida, o Juiz não deve forjar esta situação de todas as partes; é preciso que ele encontre a gênese da lei desde o verbo ou *facto concludentio*, de palavras ou de fatos que não pudessem deixar dúvida sobre a vontade do legislador; se assim é, por que recusar de dar efeito a esta vontade demonstrada?”

Também Ennecerus, Demburg, Stammler e Gény, na Alemanha e na França, — lembra o saudoso hermeneuta Prof. Alípio Silveira — “sustentam, energicamente que a tarefa do intérprete é indagar não a *voluntas legis* em si, mas a *voluntas legislatoris*, desde que, naturalmente, esta tenha passado ao texto da lei, e seja, também dele extraível” (*Hermenêutica do Direito Brasileiro*, Ed. RT, v. 1/91).

Vale lembrar, aqui, também, as doudas ponderações do ilustre advogado do réu, acentuando, às fls. 72/74, que Carvalho Santos (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. I, pp. 50-51, 7.ª ed.), ao comentar sobre a imediata aplicação de norma de ordem pública, preleciona:

“Onde quer que haja necessidade, por interesse da ordem superior, de sacrificar os direitos de outrem, não se pode negar a possibilidade da lei ter efeito retroativo, ainda que vá ferir direitos adquiridos, ato jurídico perfeito ou coisa julgada”.

Em suas *Lições Preliminares do Direito* (p. 154) o festejado Prof. Miguel Reale ensina que a aplicação imediata da lei nova, “. . . implica na exigência irrevogável do seu cumprimento, quaisquer que sejam as intenções ou desejos das partes contratantes, ou dos indivíduos a que se destinam”.

Assim, normas de conteúdo de ordem pública são, não só constitucionais, como também de aplicação imediata e alcançam até mesmo os contratos em curso.

Não discrepa o entendimento de Wilson de Souza Campos Batalha. Em seus comentários à *Lei de Introdução ao Código Civil*, v. II, t. I, p. 55, Ed. Max Limonad, ao analisar o problema do conflito das leis no tempo nos dá o ponto de vista de Savigny, que é o predominante. Segundo o jurista francês o princípio da irretroatividade das leis não é absoluto e tolera exceções necessárias para evitar algumas conseqüências absolutamente inaceitáveis:

“Seu ponto de vista é que, em princípio a lei nova se aplica mesmo às situações estabelecidas ou às relações formadas desde antes de sua promulgação. Este princípio é

uma conseqüência da soberania da lei e da predominância do interesse público sobre os interesses privados" (idem, p. 64).

No mesmo sentido a lição de Aubry et Rau que confirma que os direitos individuais não são absolutos, cedendo ao interesse da sociedade.

Inclusive, essa também tem sido a atual tendência jurisprudencial em situações semelhantes à presente — normas de interesse público — que vêm entendendo serem elas de aplicação imediata, anulando "cláusulas cuja regularidade era incontestável na época em que foram aceitas pelas partes" (RT 656/202).

Em suma, o provimento parcial do recurso é medida de rigor porque: (I) está evidente nos autos que o réu não teve a oportunidade de discutir as cláusulas que foram colocadas no instrumento da avença, materializado em contrato de adesão; (II) está provado nos autos que a cláusula penal se tornou extremamente rigorosa, diante das circunstâncias, ou seja, do pagamento de parcela substancial do preço que, nos termos da decisão hostilizada deverá permanecer com a construtora, a despeito da rescisão contratual; (III) é inquestionável, no caso, que a cláusula penal, traduzindo perdas e danos, não pode ser exigida, pelo simples fato que não houve qualquer prejuízo à construtora; antes disso, até lucro, pois poderá vender o imóvel, novamente, beneficiada com a elevadíssima valorização imobiliária; e (IV) de se anotar, por fim, que a perda das prestações pagas, no entender desse relator, ofende o disposto no art. 53, *caput*, da Lei 8.078/90.

Por tais fundamentos, dá-se provimento parcial ao recurso, apenas para ordenar a devolução das quantias pagas pelo réu, corrigidas do desembolso, reduzida a honorária a 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, mantida, no mais, a r. sentença.

Presidiu o julgamento, com voto, o Des. Salles Penteado e dele participou, além do signatário, o Des. Itamar Gaino (revisor).

São Paulo, 22 de outubro de 1992 — *Pinheiro Franco*, relator — *Salles Penteado*, vencido, com declaração de voto em separado.

VOTO VENCIDO DO DES. SALLES PENTEADO — Meu voto nega provimento à apelação, confirmando integralmente a sentença.

Divirjo, portanto, *data venia*, da douta maioria, no ponto em que esta determinou a restituição das quantias pagas pelo réu, corrigidas desde o desembolso, reduzida a honorária a 10% do valor atualizado da causa.

Para assim decidir, dando provimento parcial à apelação, fundaram-se os votos vencedores em argumentos, que se resumem da seguinte maneira:

1.º) O contrato em causa é de adesão, o que possibilita a intervenção judicial, para a correção de cláusulas excessivamente onerosas para a parte aderente.

2.º) O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, cujas normas, que visam àquela proteção e defesa são de ordem pública e de interesse social (art. 1.º), considera nulas de pleno direito, cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas, no caso de resolução do contrato de compra e venda de coisa móvel ou imóvel, por inadimplemento do comprador (art. 53). Esta disposição, por ser de ordem pública, aplica-se aos contratos anteriores ao referido estatuto legal, de forma a nulificar a cláusula 12.ª do contrato objeto deste processo, que estabelece aquela perda (fls. 20).

3.º) A mencionada cláusula, que se destina a indenizar perdas e danos, não pode ter aplicação na espécie, porque nem dano nem perda sofreu a apelada, que até se beneficia com a recuperação do apartamento valorizado.

Estes argumentos, *salva reverentia*, não convencem.

Não parece, em primeiro lugar, correto classificar o contrato em causa, uma promessa de venda imobiliária, como de adesão.

Veja-se o que diz, a respeito de tais contratos, Henri De Page, autor de cujos ensinamentos se valeu o ilustre Relator deste feito.

Lê-se, no *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge* daquele eminente civilista, em seu t. 2.º, p. 472 (Bruxelas-Paris, 1933), que:

"Dans la plupart des cas, le contrat-type, dit d'adhésion, est l'oeuvre d'une partie qui jouit d'un *monopole économique*, de fait ou de droit à l'égard d'un *service de première nécessité*, et que, dans ces conditions, l'adhésion est forcée parce qu'on n'est pas libre De Ne Pas Contracter, ou tout au moins de s'adresser à un autre offrant, dans les cas où il y a suppression de concurrence *de droit ou de fait* (entente entre tous les détenteurs du monopole). La liberté juridique devient alors un leurre, et il y a, en réalité, un *état de contrainte* qui se substitue à elle, situation dont le droit ne peut pas ne pas tenir compte si elle s'avère susceptible de donner *naissance* à les abus" (os destaques, inclusive o que vem em maiúsculas são do próprio Autor).

Ora, não se vê por que motivo se haveria de entender que o apelante, no caso dos autos, não estivesse livre de não contratar.

A apelada não exerce monopólio, nem de direito, nem de fato, do mercado imobiliário.

Poderia o apelante, sem dúvida, se não lhe convinha o contrato que subscreveu, dirigir-se a outro ofertante de apartamento à venda.

Nem se cuida, aqui, de um serviço de primeira necessidade.

"Le contrat d'adhésion", ensina o mesmo Autor acima citado (ob. et cits., p. 474), "précisément parce qu'il émane d'un service public ou indispensable à la vie en société, ne peut pas être traité comme un contrat de pur intérêt privé".

Não há dúvida de que existe um grave problema social, relativo à moradia.

Mas, quem oferece imóveis à venda, não exerce um serviço público.

Nem existe monopólio algum, de fato ou de direito, no mercado imobiliário.

Nada, absolutamente nada, nos autos, demonstra que o apelante, se não adquirisse o apartamento do qual cuidam os autos, não poderia residir.

Esta necessidade de contratar e de, por isso, aderir às cláusulas previamente fixadas pela outra parte, é que caracteriza o contrato de adesão.

"O que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo não pode ser atendido. Assim, quem precisa viajar, utilizando determinado meio de transporte, há de submeter-se às condições estipuladas pela empresa transportadora, pois não lhe resta outra possibilidade de realizar o intento. A alternativa é contratar ou deixar de viajar, mas se a viagem é necessária, está constrangido, por essa necessidade, a aderir às cláusulas fixadas por aquele que pode conduzi-lo". O ensinamento é de Orlando Gomes (*Contratos*, p. 142, 6.ª ed., Forense, 1977).

Não se vê dos autos que o apelante estivesse em tal necessidade de adquirir um apartamento, sob pena de não morar.

Mas não é só isso.

Não se vê dos autos que o apelante só pudesse resolver seu problema de moradia (isto, admitindo-se que o morar fosse, efetivamente, para ele um problema que solucionar), adquirindo um apartamento no prédio de que cuidam os autos, por exercer a apelada um monopólio, de fato ou de direito, do mercado imobiliário.

Portanto, *data venia*, os argumentos tirados da doutrina relativa ao contrato de

adesão não ajudam ao que decidiu a maioria da Turma Julgadora.

Quanto à incidência ou não na espécie do art. 53 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, de forma a se considerar nula de pleno direito a cláusula contratual que prevê a perda total das prestações pagas pelo apelante, a meu ver, sem embargo do respeito devido ao entendimento vitorioso, o que decidiu a ilustrada maioria viola o inc. XXXVI do art. 5.º da Constituição da República, que assegura a intangibilidade, pela lei nova, do ato jurídico perfeito.

Note-se, em primeiro lugar, que a Constituição não faz a ressalva aceita pela douda maioria.

O ato jurídico perfeito é garantido, sem restrições, contra a incidência da lei nova, seja esta ou não de ordem pública.

Por outro lado, o Código coloca a matéria no campo da teoria das nulidades (*verbis*: "consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas...").

Ora, a nulidade ocorre por falta de um pressuposto do negócio jurídico e, portanto, se verifica, como diz Betti (*Teoria Generale del Negozio Giuridico*, p. 469, Turim, 1960), "nel momento stesso, in cui il negozio viene in essere o deve prendere vigore".

Nulidade é hipótese de invalidez do negócio e, portanto, "un vizio nella genesi del negozio", o que a distingue de casos de ineficácia, como os de revogação, de rescisão, de redução, de resolução, como observa ainda Betti (ob. cit., p. 467).

É verdade que este mesmo Autor refere-se, também, à invalidez superveniente.

Mas, neste caso o que há, propriamente, é uma invalidação: "una sorta di caducità", que afeta negócios de efeitos diferidos, explica aquele mesmo doutrinador (ob. cit., p. 488).

O negócio nulo é, no sentido próprio, inválido; inválido, porque viciado "nella genesi".

Portanto, dizendo o Código de Proteção e Defesa do Consumidor que são "nulas de pleno direito cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas", não pode estar a referir-se a contratos já celebrados, sem vício algum "nella genesi".

Além disso, como ensina Paul Roubier (*Les Conflits de Lois dans le Temps*, t. 11, pp. 123-124, ed. de 1933), se a lei é pura e simplesmente contratual, deve ser preservado, em todo seu valor "le principe d'après lequel les lois nouvelles n'ont pas d'effet sur les contrats en cours".

"Et Il n'importe en rien", continua o mencionado Autor (*ibidem*) "que des lois

nouvelles viennet modifier leur liberté, et leur assinent d'autres limites par des dispositions impératives ou d'ordre public (grifos nossos), carles particulers ont contracté en tenant compte des lois en vigueur et n'avaient pas à prendre souci des lois qui porraient postérieurement les modifier”.

Aliás, tratando da cláusula penal, instituto que agora nos interessa, escreve ainda aquele reputadíssimo doutrinador, também citado pelo eminente Relator deste feito:

“Une loi nouvelle sera-t-elle sans influence sur une clause de non-responsabilité, ou sur une clause pénale antérieurement stipulé. Ici d'ailleurs nous entrons dans un domaine propre aux obligations contractuelle, et le principe est que la loi nouvelle ne peut avoir d'effet sur les contrats en cours”.

Não há, pois, como fundar na ordem pública a aplicação do art. 55 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor à espécie dos autos.

Resta apreciar o argumento, segundo o qual a cláusula aqui debatida não tem apli-

cação na espécie, porque a apelada não sofreu prejuízo e porque importa em ônus excessivo para o apelante.

Este argumento, *data venia*, colide de frente com o art. 927 do Código Civil, que dispensa o credor, até, de alegar prejuízo, para exigir a pena convencional e que veda ao devedor eximir-se de cumpri-la, a pretexto de ser excessiva.

“A pena é estabelecida para evitar-se a discussão das perdas e danos; conseqüentemente, não há que debater a matéria. As partes, previamente, assentaram que a inexecução ou a mora seria prejudicial. É uma presunção, que favorece o credor, e que se não destrói por alegações contrárias do devedor”.

A lição é de Clóvis (*Código Civil Comentado*, v. IV, pp. 74-75, Liv. Francisco Alves, 1946).

Por estes fundamentos, meu voto, sem embargo do brilho da argumentação desenvolvida pela maioria, nega provimento à apelação, para confirmar integralmente a sentença.

COMENTARIO

Trata-se de decisão que analisa, nos pontos mais importantes, a natureza e os efeitos de cláusula de contrato de compra e venda de imóvel, onde se estabelecia a perda pelo comprador das importâncias pagas, em caso de rescisão contratual.

A maioria dos julgadores entendeu estar diante de um contrato de adesão, a ser resolvido pelo recurso ao art. 53, *caput* do Código de Defesa do Consumidor, mesmo considerando ser essa lei posterior à celebração do contrato impugnado na cláusula referida, tendo opinado no sentido de sua aplicação retroativa.

Como se sabe, o art. 53, *caput* do Código de Defesa do Consumidor inquina de nulidade *pleno jure*, nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, as cláusulas estabelecidas da perda total das prestações

pagas em benefício do credor, que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

1. Os argumentos da maioria

Vejamos, esquematicamente, quais foram os argumentos da maioria.

No tocante à qualificação do contrato, a decisão dos julgadores vitoriosos não se preocupou em analisá-la de forma mais extensa, simplesmente declarando cuidar-se “de contrato de adesão” a ser “interpretado em favor do réu, que não teve oportunidade de discutir os termos da avença”.

Colocando-se imaginariamente no lugar do comprador, os Juízes declararam que, se aquele pudesse opinar sobre as suas obrigações, constantes do pacto celebrado, não as teria aceito, dentro de um regime de normalidade.

Passando a discutir a retroatividade da lei — no caso, o Código de Defesa do Consumidor — os Juízes vencedores esposaram os seguintes argumentos:

a) As regras dos arts. 5.º, XXXII e 170 da CF são de ordem pública e, portanto, têm a mesma natureza o Código de Defesa do Consumidor baseado naqueles textos da Magna Carta, nos próprios termos de seu art. 1.º.

b) As leis de ordem pública retroagem, de acordo com entendimento jurisprudencial, inclusive da Suprema Corte, tendo apontado alguns julgados referentes à Lei 8.009/90, sobre a impenhorabilidade do bem de família. Em situações como essa, deve prevalecer a finalidade da lei, na satisfação das necessidades sociais, tendo de ser aplicada imediatamente, ao maior número de relações jurídicas.

c) Ao intérprete cabe indagar não a *voluntas legis* em si, mas a *voluntas legislatoris*, desde que, naturalmente, esta tenha passado ao texto da lei e seja também dele extraível, segundo ensinamento de Alípio da Silveira.

2. A posição do voto vencido

No voto vencido, o ilustre Des. Salles Penteadou discordou da classificação do acordo em tela como de adesão, não vendo nele as condições para tanto estabelecidas na doutrina, quais sejam, a existência de um monopólio econômico de fato ou de direito, no exercício de um serviço de primeira necessidade.

Segundo esse julgador, a construtora não exercia monopólio no mercado imobiliário, sendo facultado ao adquirente procurar outra empresa, no momento em que verificasse a onerosidade excessiva da cláusula de perda das prestações por ocasião do seu inadimplemento.

Por outro lado, embora reconhecendo a existência de um grave problema

social no Brasil, referente à dificuldade de moradia, não viu o Des. vencido o exercício de um serviço público a cargo da construtora, como ocorre, por exemplo, no caso dos transportes públicos, mesmo explorados por particulares, em caso de necessidade premente de uma viagem e da imposição de condições injustas pelo transportador.

No tocante à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o voto vencido atacou a orientação adotada pela maioria, tendo visto ali a violação do inc. XXXVI do art. 5.º da CF, ou seja, ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito.

3. Nosso comentário

Como visto acima, os pontos em discussão apresentam alta relevância e atualidade.

É necessário saber-se, diante da controvérsia suscitada entre os julgadores, se estamos diante de um caso de aplicação do chamado direito alternativo (pela maioria) ou, ao invés disso, se a referida maioria foi corretamente vitoriosa diante de uma posição retrógrada (representada por uma possível visão estreita da realidade jurídica, na forma do voto vencido).

Focalizando a atenção, inicialmente sobre o conceito de contrato de adesão, é preciso que o intérprete ponha-se com isenção diante do caso concreto, e tenha em conta a necessidade de dar-se à parte economicamente mais fraca condições de proteção diante da outra.

Pensamos que não se possa ver o contrato de adesão tão-somente como aquele em que uma das partes, necessariamente, detenha um monopólio, caso em que o interessado, diante de exigências absurdas apresentadas pelo titular do monopólio, não tenha a possibilidade de contratar com terceiro.

Da mesma forma, o conceito de serviço de primeira necessidade deve ser interpretado à luz da posição do contratante (no caso, o adquirente do imóvel), que se vê obrigado a realizar esforços sobre-humanos para conseguir moradia própria, buscando fugir de aluguéis extorsivos e da contingência extremamente incômoda de se transferir de domicílio a cada um ano ou dois, por não ter sido possível a renovação do contrato de locação de que era titular.

Buscar outra construtora seria inútil para o comprador, se seu intuito fosse o de fugir às cláusulas contratuais abusivas. A experiência mostra que as empresas do ramo operam de forma praticamente idêntica, apresentando todas elas as mesmas condições nos seus contratos-padrão.

De outra parte, a gravíssima crise de moradia que se presencia coloca o brasileiro entre uma de duas alternativas: morar como puder, ou não morar. E esse fato coloca as construtoras a cavaleiro para imporem cláusulas injustas em seus contratos de venda, as quais os adquirentes aceitam sem lhes ser possível afastá-las.

Como ensina Messineo (“Il Contratto in genere”, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Dott. A. Giuffrè Editor, Milão, 1968, p. 477), no contrato por adesão a rigidez da proposta pressupõe, como premissa, a existência de uma força contratual na pessoa de um dos contraentes que pode, por tal motivo, “ditar” a cláusula. Do outro lado, ao contraente débil só resta “pegar” ou “largar” a oportunidade que se lhe apresenta.

Em vista das considerações supra, não se pode concordar com o voto vencido, muito preso a um direito estático e individualista, inadequado à apreciação de uma realidade concreta comple-

tamente diversa daquela em que o Código Civil foi promulgado.

Mas, examinando-se a posição vencedora, não se pode aceitar, de outra parte, a retroatividade dada ao Código do Consumidor, perante o art. 5.º, XXXVI, da CF, a qual impede violação do direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. O inc. XXII do mesmo art. 5.º, citado pelos julgadores — ao lado do art. 170 da Carta Magna — como base para a imposição retroativa do Código do Consumidor, está claramente subordinado à norma de respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, sob pena de se trazer o caos para a ordem jurídica.

Além disso, verifica-se que não era necessário aos julgadores valerem-se ilegalmente do Código do Consumidor, posterior aos fatos originadores da causa, para o fim de conseguirem dar a devida proteção jurídica ao comprador do imóvel, que não pôde levar a cabo o seu contrato. Outros textos plenamente vigentes levariam ao mesmo resultado.

O art. 170 da CF, por exemplo, submete as empresas exploradoras da atividade econômica ao respeito à função social da propriedade, devendo as construtoras atentarem para essa obrigação com maior cuidado do que o necessário em outros ramos de negócio, tendo em conta a já referida crise de moradia, não se podendo locupletar às custas dos adquirentes de seus imóveis, encontrados em condições de inferioridade, fazendo uso do seu poderio econômico e de uma situação econômica casuística, adversa ao comprador. Entendemos que o preceito constitucional acima citado não foi obedecido pela construtora quando impôs à outra parte a cláusula anulada no Acórdão.

Outrossim, a pendência poderia ter sido também deslindada pelo recurso à impugnação do enriquecimento sem

causa da construtora, o que certamente aconteceria quanto à perda, para aquela, das importâncias pagas pelo comprador inadimplente, considerando-se que o bem seria outra vez vendido pelo preço de mercado.

A imposição da construtora, no sentido acima, jamais poderia ser entendida como cláusula penal, pois claramente exorbitou da finalidade jurídica e econômica deste instituto.

4. Conclusão

De todo o exposto conclui-se ter sido acertada a decisão, quanto ao seu

sentido, embora baseada em premissas falsas.

Não se pode aplaudi-la integralmente, pois os fins não justificam os meios.

O voto vencido revela que ainda remanesce entre nós um pensamento jurídico próprio do direito individualista, alheio aos fenômenos sociais em jogo na atividade econômica, os quais devem ser apreciados pelo intérprete e aplicador da lei na justa medida dos mandamentos constitucionais.

São Paulo, jan./1993

Haroldo Malheiros

Duclerc Verçosa

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO

A		H	
Anteprojeto legislativo da Lei de Concordatas e falências — Artigo de Dora Martins de Carvalho	88	Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa — Artigo sobre: O “forfaiting” (Aspectos técnico-jurídicos de uma operação complexa de financiamento ao comércio internacional)	81
Antonio Cezar Lima da Fonseca — Artigo sobre: A “res speratae” e o “shopping center”	61	— Comentários sobre: Rescisão contratual — Contrato de adesão e o Código de Defesa do Consumidor .	95
Arnoldo Wald — Artigo sobre: Dos princípios constitucionais e da limitação do poder regulamentar na área bancária	5	L	
Administração de cartão de crédito constitui atividade privativa de instituição financeira? — Artigo de Nelson Eizirik	25	Luciano Amaro — Artigo sobre: Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor .	70
C		Luiz Gastão Paes de Barros Leães — Artigo sobre: A validade da cláusula de correção cambial nas obrigações pecuniárias internas	10
Contrato de venda internacional de mercadorias (O) — Artigo de Eduardo Grebler	34	N	
D		Nelson Eizirik — Artigo sobre: Administração de cartão de crédito constitui atividade privativa de instituição financeira?	25
Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor — Artigo de Luciano Amaro .	70	P	
Dora Martins de Carvalho — Artigo sobre: O anteprojeto legislativo da Lei de Concordatas e Falências ...	88	Princípios constitucionais e da limitação do poder regulamentar na área bancária — Artigo de Arnoldo Wald	5
E		R	
Eduardo Grebler — Artigo sobre: Contrato de venda internacional de mercadorias (O)	34	“Res speratae” e o “shopping center” — Artigo de Antonio Cezar Lima da Fonseca	61
F		Rescisão contratual — Contrato de adesão e o Código de Defesa do Consumidor — Comentário de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa	95
“Forfaiting” (Aspectos técnico-jurídicos de uma operação complexa de financiamento ao comércio internacional) — Artigo de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa	81	V	
		Validade da cláusula de correção cambial nas obrigações pecuniárias internas (A) — Artigo de Luiz Gastão Paes de Barros Leães	10