

A NOVA TIPOLOGIA CONTRATUAL NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA

1. O Direito Romano criou, desenvolveu e ordenou os contratos que satisfaziam às exigências de seu tráfico jurídico. A evolução do que poderíamos denominar a tipologia contratual naquele sistema obedeceu a uma linha de conduta que não se submetia a qualquer pré-determinação teórica. Os contratos nasciam das exigências quotidianas, aperfeiçoavam-se em atenção aos reclamos pragmáticos. Mas o civilista, que se detém na observação do fenômeno, pode fixar as normas da linha evolutiva, que vai até à codificação justinianéia do século VI. Em termos genéricos, não se distancia da verdade dizendo que o romano partiu do formalismo original marchando para o consensualismo.

Todos os contratualistas, seja em obra sistemática mais ampla, seja em trabalhos de cunho monográfico, conhecem, estudam e explicam de que maneira se operavam os contratos *verbis, litteris aut re*, e como o Romano chegou ao limiar do consensualismo puro, sem contudo absorvê-lo, pelo muito amor às tradições, que não contrariava, preferindo muitas vezes circunlóquios complexos, com que lograva o resultado desejado, "transigindo sem transigir" com as fórmulas consagradas.

A evolução jurídica prossegue no período pós-justinianeu, e avançando pela Idade Média, alcança o direito moderno. Ainda não terminou. Ao revés, a ela estamos assistindo, para alegria dos que acreditam na força eterna da criatividade jurídica, para mágoa dos que de tal modo a rejeitam, que chegam a enunciar o declínio do contrato (GASTON MORIN) ou mesmo a sua publicização e desaparecimento como expressão da autonomia das vontades individuais (SAVATIER).

Em substancioso estudo, ZAKSAS pesquisa as transformações do contrato, no tempo, e delas extrai uma lei (JOSEPH ZAKSAS, *Les Transformations du Contrat et leur loi*).

2. O direito moderno cultivava a sua doutrina do contrato, consagrada nos códigos e desenvolvida pelos autores.

Em dois mil anos, porém, de civilização jurídica romano-cristã pouco se distanciou em termos de tipologia contratual.

A movimentação codificadora do século XIX conservou as linhas gerais advindas do Direito Romano. O Código Civil Francês de 1804 catalogou os contratos nos moldes romanos. Na fixação das mesmas figuras, como na estruturação interna de cada um. Não porque ele se limite a refletir a dogmática de POTHIER, já que na verdade o Código Napoleão é POTHIER redigido em termos normativos. Mas porque a filosofia contratual da época não tinha outras exigências. Contentava-se a ambiência econômica com aquelas fórmulas dogmatizadas na codificação do século VI. Até a onomástica é a mesma.

Do Código do Consulado irradiou-se a teoria contratual sem grandes mudanças, e penetrou nos demais sistemas ocidentais, sendo de se salientarem pela influência que exerceram no direito europeu e latino-americano, o Italiano de 1865, o Português de 1867, o Espanhol de 1889.

Embora sob orientação diversa, o BGB de 1896, considerado sem favor como o grande monumento da ciência pandectista tedesca, não distoa daquela traça. Mais novo quase um século do que o Código Napoleão, ainda nele está presente uma tipologia contratual que não difere fundamentalmente das fontes.

O século XX inaugura-se, portanto, conservando as mesmas figuras contratuais romanas, a que pouca coisa se aditou.

3. Quando, pois, foi elaborado o Código Civil Brasileiro, subsistiu a tipologia contratual romana, com poucas modificações. Exceção da edição, da representação dramática e do seguro, a contratualística de 1916 é a mesma da Codificação do 6.º século. Ali subsiste a mesma técnica. E, se é certo que predomina a concepção consensualista, ainda subsistem resquícios romanos, como os contratos de mútuo, comodato, depósito que teimam em permanecer reais, figurando a *traditio* da coisa como elemento de sua formação, e não como ligada à fase da respectiva execução, em contrário à doutrina moderna que os considera contratos consensuais condicionais, em que a *traditio* da coisa não é elemento constitutivo da avença, porém sua fase executiva (cf. Irmãos MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, vol. II, n.º 82; BARASSI, *Obbligazioni*, vol. II, n.º 134; OSTI, *in Nuovo Digesto Italiano*, vol. VIII, Verb. "Obbligazione", n.º 22).

Nem se diga que um Código do século XX, aprovado dentro do período da I Grande Guerra, seria retrógrado, ou ao menos descompassado dos progressos da ciência civilista, pelo fato de guardar fidelidade à tipologia romana ou à estrutura dos contratos do 6.º século.

Em testemunho de que esta predominância se revelava uma constante, FRANCESCO COSENTINI, em obra que tem o objetivo de aperfeiçoar e ampliar o Projeto Franco-Italiano de Código das Obrigações e dos Contratos, ao se dedicar ao tema, pouco inovaria no campo da tipologia contratual (FRANCESCO COSENTINI, *Code International des Obligations*, Paris, 1937).

4. Quando fui incumbido de redigir o Anteprojeto de Código de Obrigações, em 1961, procurei avançar no campo tipológico. O Projeto, de que fui relator geral, enviado ao Congresso em 1965, e em má hora retirado sob inspiração de injunções políticas, além das figuras de contratos que poderíamos denominar tradicionais, consigna e disciplina a comissão, o transporte, a incorporação imobiliária, a corretagem, a agência, a distribuição, o contrato estimatório, a fidúcia, os diversos contratos bancários, além de incluir entre as modalidades especiais da compra e venda a reserva de domínio e a venda contra documento como desenvolvimento do crédito documentário, simples ou confirmado.

Na verdade, a teoria do contrato tem sofrido neste século numerosos impactos, que os grandes mestres civilistas registram. Alguns de tão profunda percussão que se podem assinalar quatro fases distintas: a primeira, da subsistência da idéia contratualista clássica; a segunda, da decadência ou do declínio do contrato; a terceira, da retomada de prestígio; e a quarta, do surgimento de novas figuras, que se enquadrariam na epígrafe deste estudo com a fixação da “nova tipologia contratual”.

5. A idéia-força do contrato, tal como o recebemos do passado e tal como sobreviveu no Código Civil de 1916 é o individualismo liberal.

O contrato, segundo a concepção tradicional, é o resultado de um acordo de vontades. É o *bis in idem placitum consensus*. E sendo acordo de vontades, é inspirado na noção fundamental da liberdade de contratar.

Daí vem a sua força obrigatória, que o Código Napoleão enfaticamente enuncia no art. 1.134: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites”.

Daí também a convicção que a filosofia contratualista enuncia como verdade apodíctica: sendo inspirado no acordo das vontades, e sendo expressão do querer dos contratantes, não se poderia admitir que as vontades livres pudessem estipular uma avença que atentasse contra o princípio imanente de justiça. E, então, o jurista do século XIX afirmava, e o do começo do século XX repetia: “quem diz contratual diz justo”.

Essencialmente, o contrato fundava-se no princípio da liberdade. E alicerçava-se na convicção de que estabelecia o equilíbrio dos interesses econômicos.

Do jogo destes princípios, considerava o jurista que nenhuma força exógena poderia penetrar na economia do contrato. Mesmo que a sua execução fosse causa de ruína de um dos contratantes, mesmo assim teria de ser cumprido, porque a intervenção no contrato ofendia a liberdade de cada um.

Ao jurista do século XIX não acudia a resolução por onerosidade excessiva ou a rescisão do contrato celebrado em caso de perigo. Não se aceitava a viabilidade de uma intromissão inspirada no princípio da justiça comutativa. O instituto da lesão enorme, filha da *laesio ultra dimidium* do Codex Justinianus, que recebeu novo alento no instituto da lesão subjetiva do BGB mas foi expulsa do direito brasileiro, e eliminada do Código Civil de 1916 (cf. CLÓVIS BEVILÁQUA, *Teoria Geral do Direito Civil*, § 56), somente pela via travessa da repressão aos crimes contra a economia popular na figura da usura real, haveria de reingressar em nosso sistema (cf. minha *Lesão nos Contratos*). Mesmo assim, os tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, acolhem muito timidamente a rescisão lesionária.

6. Eis que novos ventos se levantam, portadores de mensagens diferentes.

Num pequeno livro escrito no final da década de 40 SAVATIER assinala que o dinamismo essencial da evolução do contrato mudou a visão do mundo, e simultaneamente cambiou a imagem do contrato. Este, dentro no Código Napoleão, era medido “na escala do homem, do indivíduo”. Em razão das transformações que se operaram especialmente a partir da debacle gerada pela I Guerra Mundial “o contrato novo coloca-se na escala da coletividade, na escala da nação, na escala da humanidade inteira” (RENÉ SAVATIER, *Les Métamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil d’Aujourd’hui*, pág. 14).

Eu não diria que foi o ponto de partida, ou que SAVATIER teve a originalidade do conceito. Afirmaria, porém, que representa uma

corrente de pensamento, cujos pontos de proeminência aparecem com toda nitidez.

O mesmo SAVATIER, noutro livro que fez carreira, já assinala uma certa mutação na filosofia do contrato que passou a ser “menos considerado como uma livre construção da vontade humana do que como uma contribuição das atividades humanas à arquitetura geral da economia de um país, arquitetura que o Estado atual entende agora dirigir diretamente” (RENÉ SAVATIER, *Du Droit Civil au Droit Public*, pág. 53).

Efetivamente, houve um deslocamento de fulcro na vida contratual. Se é certo que em todo tempo os princípios de ordem pública atuaram no paralelograma de forças de que a resultante é a manifestação da vontade individual (cf. minhas *Instituições de Direito Civil*, vol. III, n.º 186), a necessidade de restabelecer o equilíbrio econômico das partes contratantes, rompido pelo crescimento do poder empresarial, fez recrudescer a ação estatal, em detrimento da liberdade e da autonomia da vontade.

De uma certa época em diante, a economia tornou-se cada vez mais dirigida, e a intervenção do Estado recrudesceu sensivelmente. A dogmática do contrato sofre, então, mudança radical. O Estado intervém nas três fases da vida contratual: na formação do contrato, impondo às partes celebrá-lo, ainda contra sua vontade e contra seus interesses; estabelecendo cláusulas obrigatórias em muitas avenças que interessam de perto a economia popular; e supervisionando a execução ao dotar o Poder Judiciário de instrumental suficiente para intervir no sentido de restabelecer a justiça comutativa, sempre que uma das partes se avanteja à outra, procurando obter do jogo das convenções aquele lucro “maior da marca” a que o mestre OROZIMBO NONATO se referia. E deste conglomerado avulta a intervenção estatal na economia do contrato, o dirigismo contratual como princípio informativo (cf. LOUIS JOSSEAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, vol. II, pág. 223; PHILIPPE MALAURIE, *L'Ordre Public et le Contrat*; MILTON FERNANDES, *Problemas e Limites do Dirigismo Contratual*; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, n.º 186).

Os escritores do segundo quartel do século XX impressionaram-se com o “dirigismo” contratual, e ainda ligados à concepção anteriormente dominante da liberdade de contratar, ora proclamavam o “declínio” do contrato, ora enfatizavam as transformações políticas, jurídicas e econômicas, inclusive preconizando a idéia de que os Códigos de puro direito privado se transmudariam

em Códigos de direito social (COSENTINI, *La Reforme de la Législation civile*, pág. 280).

LOUIS JOSSERAND, conhecido pelas suas tendências inovadoras, dedica vários estudos sobre o contrato, os quais resume num artigo de grande repercussão, em que salienta que o conceito contractual procura compensar sua pretensa imobilidade milenar buscando novas tendências. Assinala as transformações jurídicas e econômicas que envolvem o contrato, especialmente enfatizando que a fenomenologia econômica operou verdadeira transfiguração que fatalmente repercute na estrutura dos contratos. Enunciando que “para contratantes diversos seriam necessários outros contratos”, tem uma como que visão profética do movimento renovador, antevendo a proliferação e diversificação dos contratos, e a aparição de novas categorias. Estas seriam inspiradas em princípios novos, ainda que amputando na autonomia da vontade (cf. LOUIS JOSSERAND, *Apperçu Général des Tendances Actuelles de la Théorie des Contrats*, in “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, 1937, págs. 2 e segs.).

Reportando-se aos artigos de JOSSERAND sobre a transformação do direito dos contratos, GASTON MORIN referiu-se a que JOSSERAND salientava que todos assistem ao progresso quantitativo e qualitativo do contrato: “quantitativo porque os contratos tornaram-se mais numerosos e mais diversos que no passado; qualitativo, no duplo sentido de que o conteúdo obrigatório dos contratos se enriqueceu e sua irradiação estendeu-se” (GASTON MORIN, *Les Tendances Actuelles de la Théorie des Contrats et les Relations du Réel e des Concepts*, in “Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1937, págs. 551 e segs.).

7. Não tem, portanto, um conteúdo de extrema novidade o surgimento de novas figuras contratuais. Estaremos assistindo, em nossos dias, a esse progresso quantitativo e qualitativo do contrato, na reflexão de que novos contratantes requerem novas avenças.

Antes, porém, de me deter na referência que lhes devo, cabe-me salientar dois aspectos que são fundamentais à formulação deste trabalho. A tendência global a que obedece esta nova floreação, e a necessidade de delimitar a exposição de cada uma das figuras novas.

Com efeito, embora sejam numerosos os novos contratos, uma razão de ordem inspirou o seu surgimento. Eles não apareceram ao acaso, nem são devidos à imaginação criativa de algum jurista inspirado. Foi a necessidade do tráfico jurídico a sua causa gené-

tica, da mesma forma que no passado (e refiro-me a um passado remoto) foram as exigências da vida social e econômica que geraram as modalidades contratuais em Roma, como o progresso das atividades foi que transformou pactos em contratos pela atribuição de ações e dispensou no formalismo sacramental para permitir o nascimento do consensualismo.

No direito moderno, uma visão de conjunto das atividades e da vida social permite a aproximação, na atualidade, do jurídico e do econômico. Esta visão teve-a SAVATIER, não isolado mas juntamente com outros juristas, ao assinalar que “as ciências jurídicas e as ciências econômicas mantêm estreita relação com os comportamentos humanos”. Ambas tem em vista que, se os bens existem por sua utilidade econômica, somente adquirem esta utilidade graças aos direitos que o homem exerce sobre eles. Direito e economia completam-se, posto que se valham de técnicas diferentes (RENÉ SAVATIER, *La Théorie des Obligations, vision juridique et économique*, págs. 2 e segs.).

Admitindo que o fenômeno jurídico e o fenômeno econômico, em última análise, são fatos sociais, VIRGILE L. VENIAMIN observa que entre eles há uma diferença de graus: as instituições econômicas são menos tradicionais porque mais suscetíveis de flutuações, e são menos obrigatórias do que as jurídicas, porque seu caráter coercitivo nem sempre é reforçado por uma sanção organizada (VIRGILE L. VENIAMIN, *Essais sur les Données Economiques dans l'Obligation Civile*, pág. 29).

Já TULLIO ASCARELLI, por mais de uma vez e em mais de uma obra, referindo-se ao que é precipuamente o objeto de suas cogitações, observara que é o comerciante e não o jurista quem cria o Direito Comercial.

Esta interdependência entre o fenômeno jurídico e o fenômeno econômico, aproximando-os, eu não chegaria ao ponto de considerar, como querem alguns, que “aquele direito privado que fizera do contrato o instrumento por excelência da vida econômica” teria sido tragado pelo direito econômico e “não mais existe onde já se implantou a nova economia coordenada e dirigida pelo Estado” (cf. ORLANDO GOMES e ANTUNES VARELA, *Direito Econômico*, pág. 23).

Visão perspectiva mais ampla e mais realista tem WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUSA quando nega a antítese entre Direito Civil e Direito Econômico. São dois ramos da ciência jurídica que cientificamente é una. E, em consequência, o fenômeno contratual não pode ser tomado como exclusivo de um ou de alguns ramos da árvore jurídica. Nas suas modalidades é que o contrato

é subordinado ora a normas pertinentes a um deles ora a outro, dentre os quais está o Direito Econômico, como província jurídica que vem conquistando autonomia (cf. WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUSA, *Direito Econômico e Economia Política*).

O outro aspecto a levar em consideração, no desenvolvimento do tema da “nova tipologia contratual no direito brasileiro” é que a natureza deste estudo não comporta a exposição minuciosa de cada um dos novos contratos, que a vida econômica moderna do país vem utilizando. Cada um deles tem a sua configuração própria, tem a sua dogmática peculiar e a respeito de cada um já se estabelece rica bibliografia, que abrange estudos monográficos. Deter-me sobre cada novo tipo ou figura levaria a estender este estudo além de seus limites regulares. A fim de me conter no que seria razoável, e ao mesmo tempo atender ao que a epígrafe menciona, não devo ir além de oferecer os lineamentos gerais ou o perfil identificador de cada espécie, dando em verdade simples notícia de como se apresenta, e qual o objetivo primacial de sua existência em nosso ordenamento jurídico. Se Deus me der vida e saúde, poderei mais tarde desenvolver o assunto, na medida de como ele o requer.

Nesta visão sinóptica, são de se referirem os novos tipos mais usuais, deixando de lado aqueles que se encontram na zona grísea, compreendida por avenças incipientes, ou de menos freqüente utilização na vida negocial.

8. De começo, a primeira figura é ocupada pelos *contratos bancários*. Não são uma novidade na vida mercantil. Ao contrário, são praticados diuturnamente, e há muitíssimos anos. Não obstante isto, o silêncio nos códigos é total. O Código Civil de 1916 não os menciona. No Projeto de Código de Obrigações, por mim elaborado, já incluí a sistemática dos depósitos bancários, que oferecem peculiaridades diferenciais em relação ao contrato de depósito tradicional; a conta corrente bancária que participa da natureza jurídica mas se diversifica do contrato de conta corrente; a abertura de crédito bancário como modalidade particular da abertura de crédito; o desconto bancário, que é operação ativa típica na vida das instituições financeiras; e o financiamento bancário, com ou sem caucionamento de títulos. O Projeto de Código Civil de 1975 manteve estas mesmas figuras contratuais. A elas convém, entretanto, acrescentar as modalidades de repasse interno e externo, por via das quais o estabelecimento de crédito toma um empréstimo junto a um outro banco, no país (*ex. gr.*, Banco Nacional de Habitação) ou no exterior, e repassa ao clien-

te, que assume todos os encargos do mútuo originário, tais como juros, "spread", comissões, correção monetária ou correção cambial, e ainda se sujeita à comissão de repasse ou taxa remuneratória. O repasse de recursos externos é regulado pela Resolução 63 do Banco Central e pela Lei 4.131, de 3 de setembro de 1962.

A bibliografia, nacional e estrangeira, mesmo sem referência aos títulos de crédito, direito cambiário, cheque normal e *traveller's checks*, é muito vasta, bastando recordar: LACERDA DE ALMEIDA, *Conta Corrente*; LACERDA DE ALMEIDA, *Abertura de Crédito*; EDUARDO DEMENES FILHO, *Conta Corrente Contratual*; FRAN MARTINS, *Contratos e Obrigações Comerciais*; LAURO MUNIZ BARRETO, *Questões de Direito Bancário*; SYLVIO MARCONDES, *Aceite Bancário*; RENÉ PIRET, *Le Compte Courant*; JEAN ESCARRA, *Les Contrats Commerciaux*; MICHEL VASSEUR et XAVIER MARIN, *Les Comptes de Banque*; J. G. COURCELLE SENEUIL, *Les Opérations de Banque*; FELICE SCORDINO, *I Contratti Bancari*; LOUIS FRANÇOIS, *Traité des Opérations de Change-Bourse-Banque*; ANDRÉ BERTRAND et RENÉ ROBLLOT, *Le Contrôle des Changes*; LUIS ALBERTO DELFINO CAZET, *Los Contratos Bancarios*; F. BADHUIN, *Crédit et Banque*; E. COLAGROSSO, *Diritto Bancario*; ARDANT, *Introduction à l'Etude des Banques et Opérations de Banque*; DE BASE, *Istituzioni di Diritto Bancario*; P. M. GIRALDI, *Introducción al Estudio de los Contratos Bancarios*; FRANCESCO MESSINEO, *Operazioni di Borsa e Banca*; L. MUÑOZ, *Contratos Bancarios*; GEORGES RIPERT, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*; J. FERRONIERE, *Les Opérations de Banque*; E. COTTELY, *Derecho Bancario*; HENRI CABRILLAC, *Introduction au Droit Bancaire*; TERREL et LEJEUNE, *Traité des Opérations Commerciales de Banque*.

Dentro, ainda, da categoria genérica dos contratos bancários, tem lugar o chamado crédito documentário ou documentado, simples ou confirmado, sobre que escreveram entre nós o professor HONORIO MONTEIRO e JORGE VASCONCELLOS MUNIZ, e no direito estrangeiro são clássicas as obras de GEORGES MARAIS, BRUNETTI, J. FERRO ASTRAY, G. JANSSEN, LATOUR BROTONS, PEREZ FONTANA, STOUFFLET, A. VIDAL SOLA, WALDIRIO BULGARELLI.

Dentro ainda dos contratos bancários está a locação de cofre no interior de caixa forte, que em todos os países os bancos efetuam, com características peculiares, pois que difere de todas as operações de bancos, consistindo numa prestação de serviço aos clientes, sem qualquer conhecimento e responsabilidade pelo conteúdo.

9. A sistemática brasileira enriqueceu-se sobremaneira com a tipificação do *contrato de incorporação*. O grande surto imobiliário no país havia gerado, com a realização dos edifícios coletivos (residenciais, comerciais e profissionais) uma atividade econômica não prevista na lei, e que, com o tempo, atingira proporções muito avantajadas, inclinando-se para a especulação em detrimento da economia popular. A Justiça, onde desaguavam os frequentes conflitos entre empresários e adquirentes de unidades, não dispunha de instrumental suficiente para dirimi-los.

Em 1964, fui incumbido pelo Governo de elaborar Projeto de Lei, disciplinando a matéria, de que resultou a Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Reunindo num mesmo diploma a atividade empresarial da incorporação e o regime jurídico da propriedade horizontal, essa Lei, que é identificada como do "Condomínio e Incorporações", imprimiu tipicidade a um novo contrato, estabelecendo a qualificação para ser incorporador (construtor licenciado, corretor de imóveis, proprietário do terreno ou promitente comprador com compromisso irrevogável) e as exigências para o lançamento dos edifícios coletivos. Refere-se às modalidades para a contratação em regime de empreitada (com ou sem reajustamento de preços) e de administração ou preço de custos.

Em dois pontos situa-se a essência do contrato. O primeiro está na instituição de nova modalidade de direito real, resultante da inscrição do empreendimento no Registro Imobiliário. Uma vez efetuada, e decorrido o período de carência em que é permitida ao incorporador a faculdade de desistência, fica estabelecido *ius in re*, oponível *erga omnes* como todo direito real, inclusive em relação às autoridades administrativas, que não têm mais o direito de cancelar a aprovação do projeto edilício.

O segundo, na especificação das responsabilidades do incorporador, do construtor e do próprio adquirente de unidade, agilizando a efetivação do negócio. Ao mesmo tempo que estimulou a proliferação das atividades imobiliárias, estatuiu segurança no mercado, a tal ponto que é comum dizer que as atividades imobiliárias no Brasil dividem-se em duas fases: antes e depois da Lei 4.591, de 1964.

A nova lei brasileira do Condomínio e Incorporações serviu de modelo para a legislação argentina (Lei n.º 19.724, de 1972) conhecida como lei da pré-horizontalidade.

A bibliografia, a propósito do condomínio e das construções pelo sistema de incorporação e de sociedades de construções, é muito rica. De fora parte meu livro sobre "*Condomínio e Incorporações*", que como autor do Projeto me julguei no dever de pu-

blicar e sempre atualizar, podem citar-se apenas a título de amostragem: HELY LOPES MEIRELLES, *Direito de Construir*; CAMPOS BATALHA, *Loteamentos e Condomínios*; NASCIMENTO FRANCO e NISKE GONDO, *Manual Prático das Incorporações Imobiliárias*; J. NASCIMENTO FRANCO e NISKE GONDO, *Condomínio em Edifícios*; CELSO DELMANTO, *Infrações Penais na Incorporação*; ROBERTO BARCELLOS DE MAGALHÃES, *Teoria e Prática do Condomínio*; ORLANDO SOARES, *Incorporações Imobiliárias e Condomínio de Apartamentos*; WILSON BUSSADA, *Condomínio Interpretado pelos Tribunais*; LUIZ AUTUORI, JORGE LOPES PINTO e IRACY LOPES PINTO, *Sutilezas em termos de Condomínio*; ADOLPHO SCHERMANN, *Síndico, Condômino, Condomínio, Administradores*; PAULO CARNEIRO MAIA, *Sobre a Individualização da Responsabilidade na Execução do Projeto Condominial*; ZOLA FLORENZANO, *Condomínio e Incorporações*; CARLOS MAXIMILIANO, *Condomínio*; CUNHA GONÇALVES, *Da Propriedade Horizontal ou por Andares*; ARMANDO GUERRA, *Da Propriedade Horizontal e da Propriedade Superficial*; ALONSO CALDAS BRANDÃO, *Manual do Condomínio*; RUI VIEIRA MILLER, *A Propriedade Horizontal no Código Civil*; FRANCISCO I. J. FONTBONA, *Estado Prehorizontal*; JOSE PERÊ BALUY, *La Propiedad Horizontal*; TRAVESET y GONZALEZ, *Derecho de Propiedad Horizontal*; HERNAN RACCIATTI, *Propiedad por Pisos o por Departamentos*; IVAL ROCCA y OMAR GRIFFI, *Prehorizontalidad*; PERETTI GRIVA, *Il Condominio delle Case divise in parti*; LINO SALIS, *Il Condominio negli Edifici*; MARCELLO ANDREOLI, *I Regolamenti di Condominio*; EDITH KISCHINEWSKI BROQUISSE, *Les Sociétés de Construction et la Copropriété des Immeubles*; PIERRE WALET, *Les Sociétés de Construction*; FREDERIC AEBY, *La Propriété des Appartements*; FRANÇOIS GIVORD et CLAUDE GIVERDON, *La Copropriété*; PIERRE POIRIER, *Le Propriétaire d'Appartement*; A. ZURFLUH, *Société de Construction*.

10. A alienação fiduciária em garantia é outro contrato que se inscreve em a nova tipologia brasileira. Nascido das exigências do progresso econômico, veio cobrir lacuna das garantias creditícias. As técnicas tradicionais da hipoteca, da anticrese e do penhor, este nas suas mais variadas espécies, mostrou-se insuficiente para suportar a multiplicidade de operações no campo dos bens móveis, que a “venda cum pacto reservati dominii” já não comportava.

Não nasceu, porém, a alienação fiduciária como uma criação original dos tempos modernos. O Direito Romano conheceu o contrato de fidúcia, em duas modalidades: *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore*, ambos referidos por GAIUS (*Institutiones, Com-*

mentarius Secundus, n.º 60): *Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore, pignoris iure, aut cum amico quo totius nostrae res apud eum essent.* Na *fiducia cum creditore*, o devedor transferia por venda bens seus ao credor, *cum pacto de retro-emendo*, constituindo este numa ressalva não ostensiva. Na *fiducia cum creditore* havia dois atos distintos: um de alienação (*mancipatio* ou *in iure cessio*), e outro (*pactum fiduciae*) que era a ressalva continente da faculdade de recompra.

Com sua supressão no *Corpus Iuris Civilis* do Século VI, os Códigos do século XIX não inscreveram o contrato de fidúcia, que, desta sorte, era desconhecido em nosso direito.

No Projeto de Código de Obrigações, por mim elaborado, inclui o contrato de fidúcia (art. 672) procurando introduzir em nosso direito o “trust” dos sistemas de *Common Law*.

Por outro lado, a Lei 4.728, de 14 de julho de 1965 (Lei do Mercado de Capitais), cogitou da “alienação fiduciária em garantia”, completada e desenvolvida pela Lei 911, de 1 de outubro de 1969.

Este novo contrato, criando “direito real de garantia”, implica na transferência, pelo devedor ao credor, da propriedade e posse indireta do bem, mantida a posse direta com o alienante. É, portanto, um negócio jurídico de alienação, subordinado a uma condição resolutiva. Efetuada a liquidação do débito garantido, a coisa alienada retorna automaticamente ao domínio pleno do devedor, independentemente de nova declaração de vontade. Na sua essência, a alienação fiduciária em garantia abrange dupla declaração de vontade: uma de alienação, pela qual a coisa passa ao domínio do adquirente fiduciário (correspondente à *mancipatio* ou a *in iure cessio* de sua fonte romana); outra de retorno da coisa ao domínio livre do devedor alienante (correspondente ao *pactum fiduciae*). A *conditio* está insita no próprio contrato, qualificando a lei de “resolúvel” a propriedade. A solução da *obligatio* será o implemento *pleno iure* da condição. O contrato é bilateral, oneroso e formal. Exige instrumento escrito que se completa pela inscrição no Registro de Títulos e Documentos. E somente pode ter por objeto coisa móvel.

Observando que o Legislador foi um pouco tímido, deixando-se influenciar demasiadamente pela etiologia do penhor, é de se assinalar que se pratica como instrumento largamente difundido, posto que se estabeleça uma controvérsia se somente as instituições financeiras podem receber bens em alienação fiduciária, ou se seu campo de ação pode ser dilargado para qualquer outro credor.

A bibliografia já é bem grande, não obstante o pouco tempo de sua prática em nossas atividades negociais: OTTO DE SOUSA LIMA, *Negócio Fiduciário*; JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Da Alienação Fiduciária em Garantia*; NESTOR JOSÉ FORSTER, *Alienação Fiduciária em Garantia*; ALFREDO BUZARD, *Ensaio sobre Alienação Fiduciária em Garantia*; ARNOLD WALD, *Da Alienação Fiduciária*; MILTON PAULO DE CARVALHO, *Da Proteção Processual da Alienação Fiduciária em Garantia*; ORLANDO GOMES, *Alienação Fiduciária em Garantia*; OSWALDO OPTIZ e CILIA C. B. OPTIZ, *Alienação Fiduciária em Garantia*; LUIZ ALBERTO DA SILVA, *Âmbito de Aplicação da Alienação Fiduciária em Garantia*; EGON FELIX GOTTSCHALK, *Negócio Fiduciário*; EULER DA CUNHA PEIXOTO, *Alienação Fiduciária em Garantia*; C. CAMARGO, *Da Alienação Fiduciária em Garantia e fundos contábeis de natureza financeira face à Lei de Mercado de Capitais*; A. P. FALCÃO, *Alienação Fiduciária em Garantia*; RUBENS REQUIÃO, *Navio — alienação fiduciária em garantia, penhor*; além de um capítulo sobre *Alienação Fiduciária em Garantia*, em *minhas Instituições de Direito Civil*, vol. IV, n.º 364-A e segs.; CHRISTIAN B. DE WULF, *The Trust and Corresponding Institutions in the Civil Law*; JUAN B. JORDANO BAREA, *El Negocio Fiduciario*; NICOLÒ LIPARI, *Il Negozio Fiduciario*.

11. O direito brasileiro encampou em sua sistemática a modalidade contratual conhecida como “joint venture” e aqui adotada como “contrato de risco” ou “contrato de serviços com cláusula de risco”.

Não se pode falar que é modalidade contratual generalizada em nossas usanças mercantis. Aqui não se pratica tão diuturnamente como ocorre em outros países. A França, segundo o depoimento de JOHN KOZIRIS, após a Segunda Guerra Mundial, e especialmente depois da formação da Comunidade Econômica Européia (1958), atraiu boa parcela dos investimentos americanos na Europa, sob técnicas diversificadas, variando desde o estabelecimento de subsidiárias ou de filiais, até o modelo de “joint ventures” com associados locais. Em geral ocorre a co-participação “fifty-fifty”, criando certos problemas de administração, uma vez que o regime predominante na França é o da deliberação colegiada, e a paridade numérica de acionistas e de componentes do órgão direcional embaraça as decisões quando ocorre divergência entre o grupo local e o fornecedor de tecnologia ou recursos. Segundo o mesmo autor, as soluções são procuradas em arbitramento efetuado por uma terceira parte (árbitro único ou não). E, se as divergências são insolúveis, acaba-se pela aquisição, por

um dos sócios, da parte do outro associado (cf. PH. JOHN KOZYRIS, *Equal Joint-Venture Corporations in France*, in *American Journal of Comparative Law*, 1969, págs. 503 e segs.).

No Brasil, não faltam no campo mercantil, associações de empresas brasileiras com outras estrangeiras (notadamente norte-americanas, francesas, alemãs, suíças, italianas, japonesas). Na minha atividade profissional tenho dado assistência na elaboração de contratos ou na solução de pendências na fase executória.

O grande público, e mesmo a massa global dos juristas tomou conhecimento dos contratos de risco, em razão da PETROBRÁS havê-lo admitido para a pesquisa, prospecção e exploração de jazidas petrolíferas "off-shore" e mesmo em terra firme. Segundo a publicação "Depoimentos e Informações" da PETROBRÁS a necessidade de apressar a produção de petróleo em face da modificação do panorama mundial advinda da crise de 1973, levou o Governo a autorizar a realização de "contratos de serviço com cláusula de risco".

Dentro deste esquema, a contratada realiza trabalhos de exploração em área delimitada e por período determinado, comprometendo-se a um investimento mínimo obrigatório, para pesquisa e avaliação da potencialidade, e financiamento e produção. Descoberto e desenvolvido o campo, a contratante deverá reembolsar a contratada "em prestações a prazo fixo, com recursos gerados exclusivamente pela entrada em produção do próprio campo". É facultado à "partner" adquirir certa quantidade de óleo a preço de mercado, salvo em caso de carência nacional no abastecimento interno (cf. Cadernos PETROBRÁS, n.º 1, págs. 63/64).

Embora o assunto tenha tramitado em sigilo na Empresa, é provável que este modelo de "joint venture" haja recebido inspiração no mesmo tipo de contratação realizado pela *National Iranian Oil Company* — NIOC — em seguida ao movimento nacionalista desfechado no Iran em 1951. Ali o Governo fica com 75%, mediante o seguinte critério: metade do resultado líquido é paga ao Estado em taxas e encargos fiscais, e a outra metade dividida em partes iguais entre NIOC e AGIP MINERARIA ("half shall be paid to Iranian Government as tax and government duties and the other half shall be divided equally between NIOC and AGIP MINERARIA" (cláusula 17 do contrato, *apud* LUIZ OLAVO BAPTISTA, *Contrato de Risco*, pág. 10).

Em princípio, o contrato de risco, celebrado entre Empresa brasileira e Empresa estrangeira, rege-se pelas normas de direito comum. Normalmente contém cláusula compromissória, e é frequente eleger, desde logo, entidade arbitral internacional para

dirimir quaisquer pendências. Está, contudo, subordinado à jurisdição brasileira, não sendo estranha cláusula de eleição de foro no país-sede da entidade contratada.

No particular da PETROBRÁS, o contrato de serviços com cláusula de risco oferece a peculiaridade de ser ela uma sociedade de economia mista, participante da administração indireta (Decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, alterado pelo Decreto-lei 900, de 29 de setembro de 1969) e, portanto, sujeita a regime específico. Não obstante o caráter internacionalizante do contrato (cf. Y. LOUSSOUARN, *Droit du Commerce International*, pág. 589), qualquer litígio entre a PETROBRÁS e a contratada, quando não seja possível composição amigável ou solução arbitral, estará sujeito aos tribunais brasileiros (LUIZ OLAVO BAPTISTA, *Contrato de Risco*, pág. 68). Aliás, é uma peculiaridade do contrato administrativo o controle pela pública Administração (cf. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 190; GASTON JÈZE, *Derecho Administrativo*, vol. VI, pág. 4; ANDRÉ LAUBADÈRE, *Contrats Administratifs*, vol. II, pág. 113).

12. Modalidade contratual que recebeu enorme impulso em diversos países, e penetrou extensa e fundamente no direito brasileiro foi o *leasing*.

É observação corrente que todo contrato nasce na atividade econômica, e somente depois de estar em prática ou em uso, adentra no campo jurídico. Com o *leasing* ocorreu o mesmo, com a circunstância particular de se ter iniciado um tanto por acaso. Todos os que tratam do assunto, narram que um certo Senhor BOOTHE celebrou, após o término na II Guerra Mundial, um contrato para fornecimento de gêneros alimentícios com o exército americano. Após a assinatura, verificou que o volume excedia a sua capacidade operacional. Como solução, firmou com um banco outro contrato para que este comprasse os equipamentos de que necessitava. A operação teve tanto êxito que ele desistiu de ser fornecedor de gêneros alimentícios, dedicando-se a nova atividade. Daí nasceu a idéia do *leasing* (do verbo *to lease*, alugar), e daí originou-se a primeira empresa americana no gênero: "U.S. Leasing Company". Em seguida outra com o nome do criador: "Boothe Leasing Corporation". Outras se lhe seguiram, e o empreendimento floresceu.

No Brasil praticou-se o *leasing* a partir de 1967, com a empresa Rent-a-Maq, de propriedade de Carlos Maria Monteiro e se desenvolveu a partir de 1970, mais ou menos em caráter experimental, porém crescente. Com o propósito de disciplinar extrale-

galmente a atividade foi fundada a "ABEL" (Associação Brasileira de Empresas de *Leasing*). Para se ter a idéia do desenvolvimento desta atividade, basta lembrar que em 1973 tínhamos 620 milhões em *leasing*; em 1974, passamos a casa de um bilhão; e já em 1975 marchávamos para três bilhões; em 1978 vencíamos a barreira de onze bilhões de cruzeiros. Já tendo dados à mão, posso dizer a quanto orça o movimento atual: um bilhão e quinhentos milhões de dólares.

Sem cobertura legislativa a princípio, o Legislador tomou conhecimento do negócio em 1974, e, com a finalidade de dispor sobre o "tratamento tributário", na verdade a partir de então o *leasing* passou a ser contrato típico, com a Lei 6.099, de 12 de setembro de 1974.

O Legislador de 1974 designou-o como "arrendamento mercantil", denominação que não é exata, não só pela generalização, uma vez que o diploma não se refere a "qualquer" arrendamento mercantil, porém a um determinado (que é o *leasing*), como ainda porque a designação já era consagrada em nossa terminologia para identificar o arrendamento imobiliário de finalidade comercial ou industrial, com ou sem a proteção do Decreto 24.150, de 20 de abril de 1934.

O formalismo burocrático, entretanto, foi tão acentuado que a Junta Comercial de São Paulo considerou "inconveniente" usar a denominação *leasing*, após a Lei 6.099, e pelo provimento 3/76 declarou que a expressão *leasing* não poderia ser usada nem como "denominação social" nem para "indicação do objeto social" — por se tratar de vocábulo em "idioma estrangeiro que possui expressão jurídica equivalente no idioma nacional". Não obstante isto, a palavra *leasing* continua sendo utilizada na denominação comercial de empresas que exploram este gênero negocial "como expressão de fantasia".

O Legislador de 1974 ofereceu uma definição do *leasing*, dizendo: "Considera-se arrendamento mercantil a operação realizada entre pessoas jurídicas, que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos a terceiros pela arrendadora, para fins de uso próprio da arrendatária e que atendam às especificações desta."

Eu sempre me insurgi contra as definições contidas em lei. Esta deve ser um comando. A doutrina é que cabe definir. E, como se vê, a definição da Lei 6.099/74 é imperfeita e restritivista.

Já antes desse diploma, em Simpósio realizado em 1973, foi aprovada a conceituação proposta pelo Dr. Etienne Alberto, nestes termos: uma operação de arrendamento e financiamento, com o propósito de assegurar ao usuário, sem a entrada de numerário

de sua parte, o uso imediato de equipamentos destinados à sua atividade, cuja aquisição é feita pela entidade arrendadora.

Como se vê, não é uma definição, porém uma noção genérica.

Com o tempo, e o uso, o empreendimento desenvolveu-se, ganhou corpo, e como sói acontecer, cada um que sobre ele escreve, anima-se a defini-lo.

Partindo da disciplina legal, e tendo em vista as modalidades operacionais, destacam-se quatro tipos: *leasing* operacional, *leasing* financeiro, *selling leasing-back* e *purchasing leasing-back*.

De acordo com a Lei 6.099/74, são os seguintes os requisitos do contrato de *leasing*: a) prazo; b) valor de cada contraprestação por períodos determinados, não superiores a um semestre; c) opção de compra ou faculdade de renovação reconhecida ao arrendatário; d) preço para opção de compra ou critério para sua fixação.

Tendo em vista envolver, direta ou indiretamente, uma operação de crédito, o Banco Central do Brasil exerce controle e fiscalização, segundo normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, aplicando-se, no que couber, as disposições da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e legislação posterior, relativa ao Sistema Financeiro Nacional.

Para operar, a empresa está sujeita a lhe ser concedida carta-patente pelo Banco Central, que atualmente é muito rigoroso na sua outorga. Pela Resolução n.º 351, de 17 de novembro de 1975, o Banco Central tornou público o Regulamento para a execução da Lei 6.099/74, "sobre operações de arrendamento mercantil".

A Lei 6.099/74 é bastante casuística, e a bibliografia, nacional e estrangeira muito numerosa hoje, permite uma elaboração doutrinária que deixa a zona cinzenta das suposições, e marcha para a fixação conceitual, desbravando caminhos e espantando dúvidas.

Examinarei, posto que sucintamente, as diversas modalidades do *leasing*, em o direito pátrio, sem deixar, contudo, de alguma incursão na bibliografia estrangeira.

"*Leasing*" operacional (*operating leasing*), também conhecido como *renting*, caracteriza-se como uma espécie de locação com prestação de serviços. O arrendador, especialista em determinados tipos de equipamentos ou bens duráveis, cede ao arrendatário, por tempo certo, a sua utilização, com o compromisso de se encarregar de sua manutenção e funcionamento. O termo do contrato há de ser menor que o tempo de duração da vida econômica do objeto. Em contraprestação, o arrendatário lhe paga uma prestação (men-

sal, ou bimestral ou trimestral) inferior ao valor global que o objeto terá no fim do prazo estipulado. Este, geralmente, é curto, tendo em vista que o arrendador assume os riscos da coisa, e sofre a sua obsolescência. Ao arrendatário é facultado devolver o objeto na pendência do contrato, e não é obrigado a adquiri-lo no termo. O regime do "*leasing*" operacional, entre nós, é do livre ajuste ou dos usos mercantis, uma vez que a Lei 6.099/74 o exclui de sua incidência. As características econômicas desta modalidade são as mais numerosas, abrangendo toda espécie de bens, tais como equipamentos técnicos, eletrodomésticos e eletroeletrônicos, automóveis e quantos mais.

"*Leasing*" financeiro (*financial leasing*), a que especialmente se destina a Lei 6.099/74, concede o tratamento nela previsto, em caráter privativo, às operações e empresas arrendadoras que fizerem destas operações o objeto principal de sua atividade, ou que as centralizarem em um departamento especializado com escrituração própria. Daí logo se vê que o sujeito ativo do *leasing financeiro* há de preencher este requisito. Nesta modalidade contratual, o arrendatário contrata com uma instituição financeira a compra do objeto, o qual lhe será entregue em locação, obrigando-se ao pagamento em prestações. O arrendatário não tem a faculdade de devolver o objeto antes do termo contratual. E, atingido este, fica-lhe a tríplice opção: devolver a coisa; adquiri-la pelo preço residual ou pelo preço de mercado; ou renovar o contrato, caso em que o valor será inferior ao que foi tomado como base no primeiro. As partes do *leasing financeiro* são o arrendador e o arrendatário. Mas não pode deixar de ser considerado o vendedor da mercadoria arrendada, que pode ser de livre escolha do arrendador, ou ao revés pode ser determinada no contrato a procedência, pois bem pode ocorrer que o arrendatário tenha em vista objetos de natureza, características e origem certas. Mesmo na hipótese de indicar o arrendatário a empresa vendedora, a instituição financeira não procede como mandatária, uma vez que adquire o bem para si mesma, antes de arrendá-la (cf. FABIO KONDER COMPARATO, *in* Revista Forense, vol. 250, pág. 10). Ao contrário do operacional, no *leasing financeiro* o arrendatário assume os riscos da coisa, obriga-se pela sua conservação, e sofre a sua obsolescência.

Além destas duas modalidades, ainda se verifica a do chamado *lease-back* (*sale leasing*) pelo qual o proprietário de um bem durável (máquinas, equipamentos) transfere-o (venda, dação em pagamento) a uma instituição financeira e o toma em arrendamento simultaneamente. Os dois negócios jurídicos são geminados

(J. PENALVA SANTOS, in Revista Forense, vol. 250, pág. 52). A finalidade deste *leasing* é mais precisamente obter o arrendatário capital de giro, diversamente do *financial leasing* (do qual se aproxima), que é a obtenção de equipamento sem prévio desembolso. Também aqui a obsolescência e riscos correm pelo arrendatário que é o *seller*. A mesma modalidade, considerada da parte da financeira constitui o *purchasing leasing*.

Questão que se encontra em aberto é a viabilidade do *leasing* incidir sobre bens imóveis. Pelos termos da Lei 6.099/74 não há obstáculo, porque o art. 1.º, parág. único, refere-se a bens sem qualquer restrição mobiliária. Economicamente, nada impede que, ao invés de um equipamento industrial ser dado em arrendamento mercantil, seja objeto deste todo um complexo industrial. Levando em consideração todas as circunstâncias, a doutrina não exclui o imóvel como objeto de *leasing*.

A bibliografia é hoje muito rica, nacional e estrangeira. A título apenas de amostragem, são de se citar: FABIO KONDER COMPARATO, *Contrato de "leasing"*, in Revista Forense, vol. 250, págs. 9 e segs.; ARNOLDO WALD, *Histórico e Desenvolvimento do "Leasing"*, in Revista Forense, vol. 250, pág. 13; ARNOLDO WALD, *Noções básicas de "leasing"*, in Revista Forense, vol. 250, pág. 27; JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *A locação financeira "leasing"*, in Revista Forense, vol. 250, pág. 397; JOSÉ AUGUSTO DELGADO, *A caracterização do "leasing" e seus efeitos jurídicos*, in Revista Forense, volume 269, pág. 79; ORLANDO GOMES e ANTUNES VARELA, *Direito Econômico*, pág. 269; C. J. ASSIS RIBEIRO, *"Leasing"*, *Fator de Produtividade*; HENRIQUE DE CAMPOS MEIRELLES, *As características pelas quais o "leasing" é utilizado no Brasil*, in Revista Índice do "Leasing", 1979, pág. 20; CELSO BENJÓ, *O "leasing" na sistemática jurídica nacional e internacional*; B. MERA, *"Leasing" in "Travaux de l'Association Internationale du Droit Commercial et du Droit des Affaires"*, págs. 1 a 15; J. CALAIS-AULOY, *Le Contrat de leasing*, in *"Nouvelles Techniques Contractuelles"*, págs. 137 e segs.; ROBERTO RUOSI, *Il leasing*.

13. Posto que objeto de cogitação dos mais modernos autores, e seu ingresso em nossas atividades mercantis, outras modalidades negociais há, sobre as quais passo superficialmente. Elas se usam na prática, mas não se podem considerar como contratos típicos em nosso direito, tendo em vista que, dentro de minha concepção doutrinária, somente entendo como típico o contrato que já encontra disciplina legal (cf. minhas *Instituições de Direito Civil*, vol. III, n.º 190). Demais disso, descer às minúcias de cada

um seria alongar os termos desta palestra, além dos limites do bom tom. Refiro-me ao *Franchising*, *Know-How*, *Engineering*, *Hedging* e *Factoring*.

14. A tecnologia norte-americana, trasladada para o Brasil, deu origem a contratos que ali são prática corrente e moente, e que a nossa tradição romano-cristã desconhecia. Mas, em breve lapso de tempo têm sido incorporados à nossa vida negocial. E nem se diga ser uma dependência brasileira, em relação ao direito norte-americano, pois que a Faculdade de Direito e das Ciências Econômicas de Montpellier em 1970 publicou sob o título "Nouvelles Techniques Contractuelles", um livro abrangendo, além do *leasing* que já mencionei, o "know-how", o "franchising" e o "engineering".

15. *Agência, distribuição e franchising*. No meu Projeto de Código de Obrigações, enviado ao Congresso em 1965 (e em má hora retirado), já cuidei de tipificar e disciplinar o contrato de agência e distribuição (arts. 659 a 671). Numa conceituação genérica, dir-se-ia o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a realizar, mediante retribuição, mas sem subordinação hierárquica, e com caráter de habitualidade, operações mercantis por conta de outra, em zona determinada. O agente pode proceder com exclusividade, no duplo sentido de que o concedente se obriga a não confiar a outro a comercialização do mesmo produto dentro de determinada zona, ou na acepção de que não pode ter à venda mercadoria de outra procedência. O agente pode estar sujeito a volume pré-fixado de vendas, e por sua conta correm todas as despesas, ainda as indiretas, com a comercialização.

O contrato de *franchising*, que teria surgido segundo MODESTO CARVALHOSA, da necessidade que ocorreu nos Estados Unidos, de readaptar os soldados licenciados das tropas americanas que combateram na Coréia, assemelha-se ou aproxima-se ao de agência e distribuição. Dele difere, contudo, por características próprias.

Etimologicamente, seria um contrato de "franquia", o que, pelo nome, nada esclarece. Consiste, entretanto, em uma autorização de nome e marca que uma empresa cede a outra, com prestação de serviços.

São dois, portanto, os elementos do *franchising*. O primeiro é a licença de utilização de marca, de nome, e até de insígnia do franqueador. O segundo a prestação de serviços de organização e métodos de venda, padronização de materiais, e até de uniforme de pessoal externo.

A grande distinção entre agência-distribuição e o *franchising*, é que no primeiro, o concessionário conserva a sua individuação jurídica e mercadológica. Age com sua firma ou denominação social em seu próprio nome, e é identificado por ela. No segundo, o franqueado conserva a sua individualidade jurídica, tem seus empregados, seus compromissos, suas responsabilidades. Mas não mantém individuação mercadológica, a tal ponto que o grande público ignora a sua existência, pois tudo se passa como se fosse o próprio franqueador que estivesse comerciando.

Embora o *franchising* não tenha ainda recebido disciplina legal minuciosa, não é estranho ao legislador, que no art. 90 do Novo Código de Propriedade Industrial se lhe refere: "O titular de marca, ou expressão, ou sinal de propaganda poderá autorizar o seu uso por terceiros devidamente estabelecidos, mediante contrato de exploração que conterà o número do pedido, ou registro, e as condições de remuneração, bem como obrigação do titular exercer o controle efetivo sobre as especificações, natureza e qualidade dos respectivos artigos ou serviços."

Na doutrina, como na lei, o *franchising* se desenvolve mais no campo da prestação de serviços que na colocação de produtos, como opina MODESTO CARVALHOSA.

16. Com os contratos de "know-how" e de "engineering", entra-se num campo em que o progresso científico e técnico penetram no jurídico.

A chamada "revolução industrial" do século XIX abriu novo campo à normação jurídica, posto que partindo de noções já existentes e até de regras consignadas nas legislações vigentes.

O cientista puro, através de suas pesquisas, ou o técnico de gabinete por via de seus experimentos, descobre ou inventa.

Quando, porém, o resultado é transposto para o aproveitamento econômico da descoberta ou invenção é que se cogita de como proteger contra o abuso ou contra a especulação com a atividade alheia.

O contrato de *know-how* tem por base a criação do espírito ou do engenho humano, embora sem a característica da originalidade. Esta será causa jurídica da patente, por via da qual o inventor auferir proveito de sua criatividade, mas ao mesmo tempo imprime-lhe divulgação, que o leva ao grande público.

O *know-how* representa uma criação particular, pertencente a um indivíduo ou a uma empresa, conservado porém em sigilo para exploração do seu criador, ou da empresa que o adquire, e que é protegido da utilização alheia.

O contrato de *know-how* traduz, portanto, a cessão, a outrem, daquilo que consiste no conhecimento, ou "saber como" aplicado à atividade industrial ou tecnológica.

Dada, porém, a complexidade da vida econômica, e o desenvolvimento técnico de que ela se vale, não satisfaz ao cessionário a transmissão, apenas, do *modus faciendi*. A transferência de tecnologia, por si só, não completa a utilização prática do desenvolvimento ou da atividade. Daí abranger o contrato de *know-how*, além da cessão de *como fazer*, isto é, transferência de conhecimento, também a assistência técnica necessária a que o usuário possa aproveitar o "saber como" de maneira a dele extrair todo o benefício.

Sem me aprofundar no histórico do *know-how* e da proteção da criatividade, seja no campo da legislação estrangeira, seja nos *leading cases* que desbravaram o terreno, limito-me aqui a mencionar que o direito positivo brasileiro, em mais de um diploma, tem voltado suas vistas para o assunto.

A Lei 4.131, de 3 de setembro de 1962, que disciplina o capital estrangeiro, cria órgãos de controle e técnicas de fiscalização, quanto à remessa da remuneração para o exterior, quando a tecnologia é importada, bem como estabelece o esquema tributário respectivo.

Tendo em vista que o Brasil, considerado no plano econômico mundial como país em desenvolvimento, tem necessidade de importar tecnologia que lhe permita romper a barreira da industrialização, os contratos de *know-how* não podem ficar sujeitos apenas à lei da livre concorrência ou da plena autonomia da vontade. Ao revés, a intervenção estatal é constante e é intensa, para conciliar o interesse econômico das empresas, que se utilizam da tecnologia importada, e a defesa da economia do país. Em verdade, o *know-how* estrangeiro é indispensável ao desenvolvimento econômico. Mas se a matéria for relegada ao livre-cambismo, as empresas estrangeiras e multinacionais dele farão instrumento de sucção de nossos recursos financeiros, fazendo do *know-how* a mesma técnica de vassalagem que a cobrança de *royalty* instituiu e apurou.

17. O contrato de *engineering*, embora tenha sua própria tipologia, não difere muito do de *know-how*. Tem por objeto a "assistência técnica especializada em engenharia".

Aqui o dirigismo estatal atua também, mas num outro sentido protecionista. Nós já dispomos, graças ao trabalho nas universidades, de uma engenharia das mais adiantadas do mundo. Tão

desenvolvida que empresas construtoras brasileiras se expandem internacionalmente, realizando obras no exterior, em numerosos países da América Latina, da África e do Oriente Médio, além de algumas operarem em Portugal. Trabalhos de prospecção e pesquisa petrolífera realizam-se em diferentes países pela BRASPETRO, subsidiária da PETROBRAS, com reconhecido êxito. Sistemas vários em mais de um país são realizados por empresas brasileiras. A experiência no aproveitamento de energia hidroelétrica é exportada por firmas empreiteiras do Brasil.

Quando, portanto, há necessidade da efetivação de trabalhos especializados no setor, é preciso distinguir a assistência tecnológica de que o país tem necessidade, da concorrência estrangeira. Neste sentido a legislação é cautelosa, proibindo à administração pública celebrar contratos de *engineering* com empresas estrangeiras de engenharia, salvo quando não houver similar nacional, ou se se realizar em consórcio com empresa brasileira (Decreto n.º 64.345, de 10 de abril de 1969; Decreto n.º 66.717, de 15 de julho de 1970).

Por outro lado, o Decreto-lei 1.418, de 1975, tem em vista a exportação de serviços (*engineering*) para o exterior, concedendo para isto estímulos fiscais.

18. Muito se tem falado no “contrato de *hedging*”. A denominação é imprópria. O *hedging* não é, propriamente, um contrato com caracteres típicos próprios. É mais uma modalidade de operação de bolsa, com caráter aleatório, tendo por objeto a comercialização de mercadorias a termo.

Antes de tudo, convém desde logo salientar a transformação operacional que ocorreu em nosso país, com a conseqüente mutação da conceptualística legal. Segundo o disposto no art. 1.479 do Código Civil, os contratos sobre títulos de bolsa, mercadorias ou valores, em que se estipule a liquidação exclusivamente pela diferença entre o fechamento e a data de vencimento do ajuste, equiparam-se ao jogo, e, em conseqüência, incidem na proibição em que a lei os envolve.

No entanto, as praxes bolsistas de tal modo se verificam por estes meios, que tais atos negociais passaram de ilícitos a lícitos, e acabaram por se converterem em operações correntes. A tal ponto, que o meu Projeto de Código de Obrigações de 1965, já os não condena, no que foi seguido pelo Projeto de Código Civil, de 1975.

O *hedging* é, precisamente, modalidade negocial a termo nas bolsas de mercadorias (*commodities future market*), com liquidação pela diferença.

Incide na comercialização de *commodities*, especialmente de gêneros alimentícios duráveis (por exemplo: cereais, café, ouro; sob controle do Banco Central o *hedge* pode ser estendido aos empréstimos externos, na modalidade de "*hedging de juros*" tal como ocorre em outros casos de *commodities future market*). O produtor celebra contrato de venda futura, obrigando-se pela entrega, e o comprador pelo pagamento de quantia certa. Mas, entre a data do fechamento e a liquidação, pode ocorrer, e normalmente ocorre, diferença de cotação.

A fim de se acobertar das oscilações de mercado, os interessados ajustam então operações casadas, iguais e em sentido contrário, no mercado à vista e no mercado a termo, de tal modo que se defendem contra a variação das cotações.

E as liquidações, na imensa maioria das vezes, operam-se pela diferença e não pela entrega da própria mercadoria.

A interdependência factual de contratos equivalentes tem por finalidade precípua reduzir os riscos do mercado bolsista.

No *hedging*, portanto, inexistente uma figura contratual típica. Cada operação tem a sua autonomia negocial. Mas a interdependência é que constitui o *hedging*.

19. Por último, refiro-me ao *factoring*, não por ser modalidade contratual utilizada no tráfico mercantil brasileiro. Ainda não o é, e para que venha este contrato a ser introduzido no país será mister modificação legislativa, especialmente na Lei 5.474, de 1968, que rege a disciplina das duplicatas. Dele cuida, todavia, posto que em escorço mais que apertado, pelo fato de ser tipo contratual corrente em outros países de economia semelhante à nossa (Estados Unidos, França, Inglaterra), como ainda porque a nossa doutrina tendo-o perfilhado, tudo faz crer que em breve tempo terá ingresso em a nova tipologia contratual brasileira.

O *factoring*, que FRAN MARTINS denomina em vernáculo "*faturização*" é modalidade contratual que se situa entre o desconto mercantil de título cambial, a cessão de crédito, a sub-rogação convencional de obrigação, o seguro de crédito, o mandato mercantil.

Por toda esta complexidade, os autores divergem se somente pode ser operado por instituições financeiras sob o império do art. 17 da Lei 4.595, de 1964 (FABIO KONDER COMPARATO); discutem se pode ser veículo operacional a duplicata submetida à Lei 5.474,

de 1968, com a criação "do endosso sem responsabilidade" preconizado pelo art. 15 da Lei Uniforme (FABIO KONDER COMPARATO); ou se se faz mister, a fim de que seja praticado no Brasil, a modificação da Lei 5.474, de 1968, para possibilitar a existência de "outro documento capaz de justificar o saque do vendedor pela importância faturada ao comprador, nas compras e vendas a prazo" (FRAN MARTINS). Como visto, trata-se de ato negocial ainda em fase de criatividade no nosso meio, razão por que neste estudo, e em razão de sua epígrafe, devo limitar-me a um esboço ligeiro de sua operatividade.

Pelo *factoring* ou *faturização*, uma pessoa (*factor* ou *faturizador*) recebe de outra (*faturizado*) a cessão de créditos oriundos de operações de compra e venda e outras de natureza comercial, assumindo o risco de sua liquidação. Incumbe-se de sua cobrança e recebimento, cujo líquido transfere de imediato ao cedente ou faturizado.

Pelo fato de assumir os riscos, não tem ação *de in rem verso* contra o faturizado. Por esta razão ainda, deve ter a liberdade de escolher os créditos antes de sua cessão. Pelo fato de prestar um serviço de cobrança, tem uma remuneração percentual sobre os resultados obtidos.

O faturizador não financia o faturizado, e, portanto não se obriga a adiantar-lhe o valor dos créditos cedidos, e por aí fica bem claro como o *factoring* se distingue do desconto bancário.

Sendo cessionário dos créditos, o *factor* adquire *legitimatío ad causam* para acionar os devedores *nomine suo*, e somente é obrigado para com o faturizado, a recolher o valor cobrado em face do êxito do procedimento judicial. Não se pode dizer uma "substituição processual", porque a legitimação ativa se verifica *ante litem*.

Trata-se, assim, de um contrato oneroso, consensual e bilateral.

Subjetivamente considerado, são partes nele o *factor* ou faturizador que recebe a cessão dos créditos e o faturizado que a efetua. O devedor não é parte no contrato, embora sobre ele percute a sua fase executória.

Tendo em vista a sua larga utilização nos países desenvolvidos, é de se prever sua introdução em nossas práticas mercantis.

A bibliografia já é muito rica, sendo de se citarem, por amostragem: FABIO KONDER COMPARATO, *Factoring*, in Revista Forense, vol. 249, pág. 387; FRAN MARTINS, "O contrato de "factoring" e sua introdução no Direito Brasileiro", in Revista Forense, vol. 262, pág. 9; ORLANDO GOMES, *Contratos*, n.º 394 da ed. de 1978; C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit de la Banque*, pág. 629, além de outros que não tivemos ensejo de consultar.

Instruções do Banco Central revelam a tendência à regulamentação da atividade de *factoring*.