

ADONILSON FRANCO

ASMAHAN ALESSANDRA JAROUCHE

JOICE PELLIZZON DA FONSECA

JANAINA CRISTINA MAXIMO

AL. SANTOS Nº 1470, 4º ANDAR - CJS. 407/408/409

JARDINS – SÃO PAULO (SP)

CEP 01418-100

PABX: (11) 3266-8592

Fax: (11) 3266-8592

e-mail: franco@francoadvogados.com.br

www.francoadvogados.com.br

CONTRATO – CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS

Submete-nos a exame a empresa Contratada, Contrato de Fornecimento de leitoras para a Contratante, o qual, pendente de assinatura, contém algumas cláusulas sobre as quais há conflitos.

Convém mencionar, nos termos do Código Civil, alguns dos princípios de direito aplicáveis aos Contratos:

- a) Entre as regras escritas no contrato e a intenção das partes manifestada na elaboração contratual, prevalece a intenção (art. 112);
- b) Se a verdadeira intenção é ocultada por uma das partes, isto é irrelevante para a formação do negócio jurídico o qual prevalece tal qual manifestada, salvo se a outra parte a conhecia, caso em que considere-se inexistente o negócio jurídico (art. 110);
- c) O silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte tenha ignorado é considerado omissão dolosa se a parte a quem o silêncio prejudicou provar que, tivesse conhecimento do omitido, não teria celebrado o negócio (art. 147);
- d) O silêncio pode ser interpretado como manifestação tácita da vontade quando a lei der a ele tal efeito, como corre com o mandato (art. 659) ou quando tal efeito constar de um pré-contrato ou resultar dos usos e costumes (art. 432) (art. 111);
- e) Na interpretação contratual devem ser considerados a boa-fé e os usos do lugar em que foi contratado (art. 113);
- f) Na contratação e na execução contratual as partes são obrigadas a observar o respeito mútuo e a boa-fé, o que exige honradez não apenas durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato (art. 422);
- g) A liberdade de contratar não pode exceder aos limites da função social do contrato (art. 421);
- h) As condições contratadas não prevalecem sobre a ordem pública e a função social do contrato (art. 2035, par. único);
- i) Comete ato ilícito o titular de um direito que o exerce com abuso econômico ou de modo antissocial, ou excede os limites da boa-fé ou dos bons costumes (art. 187);
- j) Se as obrigações assumidas por uma das partes se revelarem excessivamente onerosas, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários ou imprevisíveis, poderá esta

pedir a resolução do contrato garantido porém à outra parte o direito de reduzir suas vantagens até o restabelecimento originário do equilíbrio contratual (arts. 317 c/c 478);

- k) O direito de extinção unilateral do contrato, ainda que expresso no instrumento contratual, não prevalece no caso de uma das partes ter feito investimentos consideráveis para a sua execução (art. 473);
- l) Os prejuízos decorrentes de caso fortuito ou de força maior só desobrigam o devedor se por eles não tiver expressamente se responsabilizado (art. 393).

Como visto, embora não exauridas todas, muitas são as regras aplicáveis aos contratos, dentre elas a constante da alínea “j”, supra, relativa às obrigações excessivamente onerosas assumidas por uma das partes, com extrema vantagem para a outra, sempre prevalecendo, a final, o equilíbrio contratual.

Assim como o direito de extinção unilateral do contrato, ainda que expresso no instrumento, não prevalece no caso de investimentos consideráveis feitos para a sua execução (alínea “k”).

Ademais, prejuízos decorrentes de casos fortuitos ou de força maior sempre traduziram perfeita síntese do espírito da boa-fé perseguido pelas partes celebrantes, como regra, do equilíbrio contratual. A assunção, por uma das partes, de responsabilização perante situação em que presentes quaisquer desses eventos sobre os quais não há qualquer controle, constitui exceção.

O Contrato sob análise chama a atenção por alguns dispositivos nele inseridos os quais, sem embargos de opinião contrária, perfeitamente admissíveis dependendo do ponto de vista de quem as defende, revela presente o desequilíbrio contratual já que as obrigações impostas ao fornecedor são demasiadamente desproporcionais às assumidas pelo adquirente dos bens objeto do pacto.

Tome-se por exemplo, os seguintes dispositivos do Contrato sob análise:

I) CLÁUSULA II.4 –

“A CONTRATADA compromete-se a preservar os interesses da CONTRATANTE, de seus clientes e/ou dos consumidores envolvidos, direta ou indiretamente, no fornecimento dos bens contratados, contra todas e quaisquer reclamações ou reivindicações, bem como eventuais perdas e danos, inclusive lucros cessantes”.

Ora, a Contratada já se obriga, nos termos do item IV.8, “a”, a dar garantia à Contratante dos bens a ela fornecidos, relativamente a vícios e/ou defeitos de qualquer natureza que impossibilitem ou inviabilizem a sua plena fruição, sanando-os nos prazos ajustados entre as partes, seja corrigindo ou substituindo-os, conforme opção da Contratante.

É sabido que o Código Civil dispõe, sob o Título “Dos Atos Ilícitos”, que todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a terceiros, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (art. 186), assim como comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187).

Já sob o Título “Da Responsabilidade Civil”, Capítulo “Da Obrigação de Indenizar”, dispõe que aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar danos a terceiros, fica obrigado a repará-los, havendo obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de terceiros (art. 927, *caput* e par. único). E o art. 931, sob o mesmo Título e Capítulo prevê que, ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem, independentemente de culpa, pelos danos causados pelos produtos postos em circulação (art. 931).

O que significa dizer que se em sua relação com a Contratante a Contratada, por sua ação ou omissão (em ambos os casos, fruto de vontade dos dirigentes da empresa), ou mesmo negligência ou imprudência, violar o direito e causar dano à Contratante, ou a terceiros, comete ato ilícito.

Comete também ato ilícito, ambas as partes, Contratante e Contratada, se no exercício de um direito, no caso, contratual, excederem os limites da boa-fé.

Até aqui, vimos a questão sob a perspectiva das ações ou omissões cuja verificação no mundo concreto evidenciam a ocorrência de ato ilícito. Vejamos, agora, as consequências disto: aquele que, por ato ilícito causar dano a terceiro (à Contratante e aos seus clientes, no caso), fica obrigado a repará-lo.

Nas hipóteses dos arts. 186 e 187 a obrigação de reparar o dano causado depende de prova da culpa.

Já nas hipóteses dos arts. 927 e 931, haverá obrigação de reparar, mesmo sem a prova de culpa, nos casos especificados em lei ou quando a atividade desenvolvida pela Contratada, no caso, por sua própria natureza implicar risco para os direitos de terceiros.

Conclusão: a determinação da culpa da Contratada, para efeito de autorizar a Contratante a exigir-lhe reparação, conforme a concepção doutrinária do magistrado que julgaria uma questão dessa natureza numa eventual disputa judicial dependeria da prova a ser feita pela Contratante quanto à culpa da Contratada (Teoria da Culpa Subjetiva) e encontra fundamento nos arts. 186 e 187 do Código Civil.

É bem verdade que existe também, em construção na doutrina e na jurisprudência brasileira, porém ainda não suficientemente sedimentada, a Teoria da Culpa Objetiva, entretanto, sua aplicação tem lugar nos casos em que há previsão legal (nos casos especificados em lei) ou em que a atividade desenvolvida pela Contratada, no caso, por sua própria natureza, implica riscos para o direito de terceiros (arts. 927 e 931).

Portanto, no Contrato sob exame, para firmar um ponto de equilíbrio entre as partes contratantes, no mínimo deveria haver cláusula prevendo que *qualquer penalidade nele prevista somente seria exigível quando tivesse por fundamento ações ou omissões voluntárias, acusação de negligência, imprudência, dano a terceiros ou violação de direito a que a Contratada tivesse comprovadamente dado causa*”.

Não é admissível que a invocação da Teoria da responsabilização por Culpa Objetiva, que sequer encontra-se plena e incontestavelmente consolidado no nosso Direito, ampare a pretensão da Contratante exteriorizada na cláusula em comento. Ainda mais porque sua aplicação somente teria lugar, como dito, nos casos especificados em lei ou em que a atividade desenvolvida pela Contratada, por sua própria natureza, implicasse risco para os direitos de terceiros.

É preciso cautela na invocação e na aplicação da Teoria da Culpa Objetiva já por não ser panaceia, isto é, solução para todos os males. Há sempre que se analisar cada caso — com perdão do trocadilho, objetivamente — para verificar se aplicável, ou não, a cláusula de responsabilização que vai muito além do prejuízo causado pelo fornecimento do bem. No caso concreto, é de se indagar o que pode uma leitora de cartão de assinatura digital, por sua própria função e utilidade, justificar a obrigação do fornecedor comprometer-se a preservar a Contratante, seus clientes, consumidores, direta ou indiretamente, contra quaisquer reclamações ou reivindicações que já não possa estar contemplada nas garantias contratuais a que se obriga a Contratada (Cláusula IV.8.”a”)?

Leitoras desse jaez têm por função ler dados contidos em cartões pré-gravados pela autoridade certificadora, sob cuja certificação o fabricante e fornecedor da leitora não têm qualquer ingerência ou poder! No máximo, em decorrência de um erro no software ou mesmo no hardware, a leitora ou o cartão com *chip* contendo as informações nele gravadas pela autoridade certificadora deixará de ler e autenticar uma operação cuja concretização dependa do reconhecimento da certificação.

E, quanto à utilidade, é esta manifestada pela funcionalidade e com esta se confunde na medida em que é útil desde que funcione a contento.

Posto que sua funcionalidade e utilidade não abrigam natureza essencial e primariamente comercial, não se pode falar em prejuízo pela adquirente ou por terceiros no seu uso regular a justificar, por exemplo,

perdas e danos ou lucros cessantes — interpretação possível à cláusula II.4 — de vez que seu funcionamento eventualmente inadequado, dentro da garantia, resulta em seu conserto ou substituição (Cláusula IV.8).

Considerando que esse equipamento vem sendo fornecido pela Contratada para a Contratante já há alguns anos, provavelmente precedido de testes de funcionalidade e *compliance*, em que sentido um dispositivo desse pode — na redação da cláusula II.4 —, em seu uso, causar prejuízo capazes de comprometer os interesses da Contratante, de seus clientes e/ou dos consumidores envolvidos, direta ou indiretamente, no fornecimento dos bens contratados?

Pior ainda, é admitir a responsabilização por eventuais perdas e danos, inclusive lucros cessantes!!! De que modo, repita-se, a Contratada poderia vir a ser responsabilizada e compelida a assumir perdas e danos se a natureza do produto determina sua função e utilidade e esta, nem de longe, permite que seu uso imponha à Contratante prejuízos que poderiam ou deveriam ser repassados à Contratada?

É imperativo ter em mente que o produto se destina à certificação digital de assinatura por parte do usuário. Se não funcionar adequadamente, que é o máximo admissível, a Contratada já está obrigada contratualmente a prestar garantias relativamente aos vícios e/ou defeitos que impossibilitem ou inviabilizem sua plena utilização, devendo saná-los no prazo ajustado, corrigindo-o ou substituindo-o, conforme opção da Contratante (IV.8."a").

Já se o usuário fizer mal uso do equipamento, nem a Contratante, tampouco a Contratada terão responsabilidade alguma a reparar, à toda evidência!

II) CLÁUSULA IV.8."N" –

"n) "assumir integral responsabilidade pelo ressarcimento de eventuais danos e prejuízos causados à CONTRATANTE, aos seus dirigentes, empregados, prepostos, clientes ou terceiros, durante todo o período abrangido pela prestação de serviços ora avençada."

Pelas mesmas razões acima expostas e com a devida vênia, a previsão contida na presente cláusula contratual igualmente não se sustenta. Adicionalmente, há outra razão clara e objetiva a justificar a inviabilidade da manutenção dessa cláusula: a natureza das responsabilidades inerentes ao Contrato em análise não torna, nos termos da lei, extensíveis, transferíveis ou sucessíveis, nem mesmo subsidiária ou solidariamente, as obrigações da Contratada, ainda mais porque a solidariedade não se presume, resultando da lei ou da vontade das partes (art. 264).

Pode-se alegar que a legislação trabalhista e a previdenciária contemplam a hipótese de solidariedade. É bem verdade, mas isso em condições especialíssimas em que há prestação de serviços no local do estabelecimento da Contratante. Alerta-se que essa solidariedade se justifica unicamente nos casos em que presente obrigação de fazer (prestar serviços), jamais nos casos de obrigação de dar (fornecimento de bens). De modo que não se justifica, assim, a disposição exteriorizada na Cláusula IV.8,"n".

III) CLÁUSULA IV.8."s.1" –

"s.1) qualquer dano ocorrido durante o respectivo transporte, por qualquer causa, será de responsabilidade da CONTRATADA, inclusive aqueles ocasionados por caso fortuito ou força maior, nos termos do artigo 393 do Código Civil."

Como visto atrás, as obrigações assumidas por uma das partes, de natureza excessivamente onerosas, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários ou imprevisíveis, poderão autorizar a Contratada a pedir resolução do contrato, assegurado à Contratante o direito de reduzir suas vantagens até o restabelecimento originário do equilíbrio contratual (CC, arts. 317 c/c 478).

Também, os prejuízos decorrentes de caso fortuito ou força maior desobrigam o devedor se por eles não tiver expressamente se responsabilizado (art. 393).

A cláusula em comento é daquelas desproporcionalmente robustecendo a tese de desequilíbrio contratual na medida em que se a cláusula de contratação é firmada sob a modalidade *incoterms* CIF, portanto o prêmio de seguro deve ser assumido pela Contratada, salvo se ele já contemplar todos os casos de caso fortuito ou força maior, responsabilizar a Contratada por tais riscos, imprevisíveis, não é praxe nas relações comerciais por se assumir que fatos naturais, alheios à vontade, diligência, cuidados do fornecedor, não lhes devem ser imputados.

Esse dispositivo comprova o desequilíbrio contratual em favor da Contratante e detrimento da Contratada já que, ressalvado quanto à multa pelo atraso no pagamento, comum em qualquer contrato de fornecimento, todas as obrigações e multas nele estabelecidas favorecem concretamente apenas a Contratante. Aliás, a multa diária de 2% sobre o preço do fornecimento, salvo se outra não estiver prevista na OS, no caso de descumprimento dos prazos de entrega se revela, no mínimo, excessivamente onerosa (veja-se mais, a seguir).

IV) CLÁUSULA XV.42 E 43–

“42. Se a rescisão ocorrer por culpa da CONTRATADA, esta arcará com uma multa no importe de 20% (...) do valor da soma das faturas dos últimos 12 (...) meses, sem prejuízo de sua responsabilidade pelo ressarcimento de perdas e danos porventura experimentados pela CONTRATANTE e das demais penalidades estabelecidas neste instrumento”.

“43. Para efeito da aplicação das penalidades que correspondam à fração do preço do fornecimento, ocorrendo infração contratual antes de 12 (...) meses de vigência deste contrato, será considerada a soma de todas as faturas dos meses que a antecederam.”

Os dispositivos citados reiteram o desequilíbrio contratual e a excessiva onerosidade, com extrema vantagem para a Contratante na medida em que não contempla reciprocidade. É óbvio que a Contratante pode dar causa à rescisão nas mesmas condições elencadas no antecedente art. 41 do Contrato. Mas nessa hipótese a Contratada deverá assumir integralmente os ônus, sem qualquer reparação patrimonial, nem mesmo perdas e danos porventura experimentados e demais penalidades contratuais.

Considerando que o Contrato tem vigência inicial de 12 meses (Cláusula XII.38), a pena prevista na Cláusula XV.42 equivale, a rigor, a 20% de todo o fornecimento, mais perdas e danos impostos à Contratada. A Contratante, em idêntica situação causadora da rescisão, absolutamente por nada responderá! Posto que o Contrato tem por natureza o fornecimento sob demanda, é dizer, conforme as respectivas Ordens de Compra forem sendo expedidas pela Contratante (Cláusula I.1), obviamente se conclui, de modo simples, claro, direto, facilmente perceptível, que multa de 20% sobre todo o contrato também não se justifica porque no máximo o prejuízo com a rescisão se justificaria em razão dos lotes de fornecimentos (Ordens de Compra) não entregues, jamais todos os lotes mesmo porque apenas um, exteriorizado na Ordem de Compra, estaria submetido à cláusula de fornecimento firme e compromissado. Os demais fariam parte do universo da mera estimativa, podendo ou não se confirmar.

Em razão do que, multa de 20% sobre todo o contrato se revela absolutamente excessiva, onerosa e confirmadora do desequilíbrio contratual, endossado pela ausência de penalidade equivalente para a Contratante. Ou se manteria multa de 20% exclusivamente sobre a parcela com pedido de entrega confirmado ou, se sobre todo o contrato, em percentual razoável e aceitável. Em qualquer caso, sempre preservada a reciprocidade e equilíbrio.

A bem da observância e submissão às regras e princípios de Direito Contratual, quem teria o direito de pedir a resolução do contrato para o fim de restabelecimento do seu equilíbrio originário mediante redução das vantagens (arts. 317 c/c 478), seria rigorosamente a Contratada.

Conclusão: os dispositivos analisados, ante o confronto dos princípios e regras de Direito Contratual, revelam a intensidade do desequilíbrio e onerosidade contratual, somente reparável mediante ajustes nas cláusulas minutas — inclusive com inclusão de penalidades equivalentes em todas as demais disposições que, por sua natureza, admitam a penalização também da Contratante —, o que se sugere como medida necessária para restabelecer coerência lógica em benefício do primado da boa-fé contratual, ainda porque numa remota hipótese de um litígio conduzir a solução do conflito à apreciação judicial, a ausência desses pressupostos aqui mencionados seria suprida por decisão inexoravelmente favorável à parte prejudicada pelo evidente desequilíbrio.

Essas são nossas considerações jurídicas, as quais submetemos às partes interessadas.

Atenciosamente,

Franco Advogados Associados.

São Paulo, 15 de setembro de 2010.

· Adonilson Franco, Advogado de Empresas; Pós-graduado em Direito Tributário; Professor no curso de Especialização em Direito Tributário do Centro de Extensão Universitária (CEU); autor de temas tributários publicados na Revista Dialética, na Revista Tributária, Revista de Estudos Tributários e em diversos sites especializados; Titular do Escritório *Franco Advogados Associados e Consultores*, em São Paulo.