



CONTRATO DE COMISSÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Soluções Práticas - Tepedino | vol. 2 | p. 275 - 296 | Nov / 2011
DTR\2012\434

Gustavo Tepedino

Doutor em Direito Civil pela Universidade de Camerino (Itália) e Livre-Docente pela Faculdade de Direito da UERJ. Professor Titular de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Área do Direito: Civil

Resumo: O comissário age em nome próprio, figurando como parte nos contratos celebrados com terceiros, embora atue no interesse do comitente. Dessa forma, perante os terceiros, o comissário é quem responde por todas as obrigações assumidas e goza de todos os direitos resultantes do contrato que celebrar. No caso concreto, o comissário e as vendedoras assumem as prestações recíprocas e principais, figurando o comitente tão somente como parte interveniente.

Palavras-chave: Comissão - Responsabilidade - Direito societário.

Abstract: The commissioner acts in his own name, acts as a party in contracts formed with third parties, although in the interest of the committee. So, against third parties, the commissioner is responsible for the assumed obligations and is entitled to all the rights resulting from the contracts he formed. In a given case, the commissioner and the sales persons assume mutual and principal installments, rendering the committee only an intervening party.

Keywords: Commission - Responsibility - Corporate law.

Sumário:

1.Introdução - 2.Características e elementos do contrato de comissão. Adequação do contrato celebrado com o tipo negocial da comissão constante do Código Civil - 3.Relação entre comissário comprador e o terceiro vendedor. Interpretação do art. 694 do CC/2002. Responsabilidade do comitente e do comissário - 4.A legalidade da contratação da compra e venda das ações da controladora da companhia Z pelo comissário, em vista de a comitente, X, não poder fazê-lo, a não ser por um período de dezoito meses, por impedimento regulatório - 5.Conclusão

1. Introdução

Honra-nos a companhia X, solicitando opinião doutrinária sobre a validade, no ordenamento jurídico brasileiro, do contrato de comissão com vistas à celebração, pelo comissário, na qualidade de comprador, de contrato de compra e venda de ações.

Para responder à consulta, dividiu-se a presente opinião doutrinária em três eixos temáticos, a seguir desenvolvidos.

2. Características e elementos do contrato de comissão. Adequação do contrato celebrado com o tipo negocial da comissão constante do Código Civil

Considera-se contrato de comissão o negócio jurídico pelo qual uma parte, denominada comissário, adquire ou vende bens em nome próprio, mas por conta de outrem, chamado comitente. Cuida-se de contrato sinalagmático, oneroso, comutativo e intuitu personae, como amplamente tratado em doutrina.¹

Afigura-se bilateral² na medida em que há sinalagma – dependência recíproca³ – entre as obrigações do comitente e do comissário. O comissário tem direito a receber uma remuneração, também denominada comissão, a denotar a onerosidade do contrato. Além disso, a reciprocidade de obrigações certas e conhecidas traduz a comutatividade



do negócio. Considera-se, ainda, o contrato *intuitu personae*⁴ por se fundar na confiança recíproca das partes.⁵

Há que se distinguir dois negócios resultantes da comissão: o contrato de comissão em si – primeiro negócio –, celebrado entre o comitente e o comissário, no qual se ajustam as instruções a serem seguidas pelo comissário; e o ajuste celebrado entre o comissário e o terceiro, comprador ou vendedor dos bens negociados – segundo negócio –, no qual o comitente não figura como parte, razão pela qual não lhe pode ser atribuída qualquer responsabilidade nessa contratação.

Mostra-se imprescindível, para a caracterização da comissão, que o comissário contrate (ou seja, celebre o segundo negócio acima mencionado) na qualidade de parte, vale dizer, em nome próprio e no interesse do comitente. Nesta hipótese, por não assumir as obrigações decorrentes do contrato, o comitente não pode ser responsabilizado pelos ajustes efetuados entre comissário e terceiro, justamente porque o comissário contrata em seu próprio nome, assumindo para si, perante terceiros, as responsabilidades oriundas do cumprimento das suas prestações.

No que tange especificamente à atuação do comissário, este não tem plena liberdade de ação – e não há qualquer dificuldade nisso –, pois atua no interesse do comitente, devendo seguir as instruções recebidas.⁶ Esse agir de acordo com desígnio alheio revela-se peculiar ao contrato de comissão: o art. 704 do CC/2002⁷ atribui ao comitente o direito de alterar as instruções passadas ao comissário, mesmo no que se refere aos negócios pendentes. Entretanto, se, para atender à mudança, o comissário sofrer prejuízos, o comitente deve ressarcir-lo.⁸

Assim sendo, embora o comissário seja parte (legítima e genuína) nos negócios celebrados com terceiros, o faz (inteiramente) à conta do comitente, devendo, por isso mesmo, sujeitar-se à programação deste. Tal circunstância aproxima a atuação do comissário à do mandatário, com esta, todavia, não se confundindo, já que a conduta deste vincula diretamente o mandante enquanto na comissão é o próprio comissário o responsável pelo negócio que celebra. Estabelecida a independência funcional dos dois negócios vindos a lume – a comissão e o contrato celebrado pelo comissário –, pode mesmo o comitente figurar como parte interveniente ou anuente do ajuste celebrado entre o terceiro e o comissário sem que a comissão se desnaturalize. Neste caso, também não se revela possível imputar ao comitente responsabilidade pelo negócio celebrado entre o comissário e o terceiro, vez que não assume os direitos e obrigações qualificadores do ajuste, isto é, definidores da causa do negócio, limitando-se sua intervenção a aspectos secundários.

Por outras palavras, não há se cogitar em esgarçadura do contrato de comissão por força da eventual participação do comitente, como interveniente ou anuente, no negócio avençado entre o comissário e o terceiro, desde que se mantenha íntegra a essência do contrato de comissão (sua causa), traduzida na celebração de negócio por uma pessoa em nome próprio, mas a conta de outrem.

Por outro lado, como o comissário age por conta do comitente, todos os riscos comerciais do negócio cabem, salvo estipulação em contrário, ao comitente. Verificada a inadimplência do terceiro, as consequências econômicas daí decorrentes serão suportadas pelo comitente, a menos que se caracterize a culpa do comissário ou que a comissão contenha a cláusula *del credere*.⁹ Ou seja, embora contrate em nome próprio, o comissário, em regra, não responde pela insolvência das pessoas com quem contrata, na medida em que age por conta e no interesse do comitente, cabendo a este a assunção dos riscos decorrentes tanto do inadimplemento quanto da insuficiência patrimonial do terceiro contratado.

Na espécie, não foi ajustada a cláusula *del credere*,¹⁰ de tal sorte que o comissário não assume os riscos comerciais do negócio, os quais cabem integralmente ao comitente. Vale dizer, se as vendedoras inadimplirem suas obrigações constantes no contrato de

compra e venda de ações, o comitente não poderá agir em face do comissário para se ressarcir dos prejuízos daí decorrentes, já que, tendo sido o ajuste celebrado a sua conta, arca com os riscos dele advindos, salvo a convenção del credere, inexistente na hipótese em análise, ou em caso de culpa do comissário.

Note-se, ainda, que, de ordinário, não há transferência de propriedade do comitente ao comissário, nas hipóteses de comissão para venda de bem, ou do comissário para o comitente, tratando-se de comissão de compra. Com efeito, o contrato de comissão para venda de bens autoriza que o comissário disponha das mercadorias, a despeito de a propriedade ser do comitente. Da mesma forma, na comissão de compra, o comissário não adquire, em regra, o domínio, que passa diretamente do terceiro ao comitente. Isto é, a entrega dos bens adquiridos pelo comissário ao comitente, ou do montante por ele recebido pela alienação do bem, não tem como base o contrato de compra e venda, mas o próprio contrato de comissão.¹¹ Não há, assim, prévia aquisição ou posterior venda de bens entre comissário e comitente para a execução do contrato de comissão.

Tal, contudo, não se afigura imprescindível para a caracterização do contrato como comissão, já que a inexistência de dupla transferência de propriedade não tipifica a causa da comissão. O que qualifica o contrato de comissão é a celebração de negócio de compra e venda por uma pessoa, em nome próprio, mas a conta de outrem. Por isso mesmo, caso atenda aos interesses das partes, a dupla transmissão do domínio pode se verificar sem melindrar o contrato de comissão.

No caso concreto, nada obsta que o comissário, para a realização do negócio que lhe foi cometido, venha a tornar-se proprietário resolúvel¹² das ações adquiridas do terceiro, a conta do comitente. Nesta direção, o contrato de compra e venda de ações prevê que, na hipótese de não alteração da legislação, em prazo determinado a contar da assinatura do referido instrumento, que permitisse a compra, pela companhia X, das ações de Y, o comissário poderá se tornar proprietário resolúvel dessas ações.¹³ Assim, a propriedade das ações de Y pelo comissário sujeitar-se-á à condição resolutiva consistente na edição, a qualquer tempo, da norma que, desfazendo o risco de futuro impedimento regulatório, deflagre a compra por X de tais ações, a qual, uma vez implementada, extingue o direito de propriedade do comissário, consoante o disposto no contrato de comissão.¹⁴ Dito diversamente, sobrevindo modificação da legislação de sorte a autorizar a compra pelo comitente das ações de Y, extinguir-se-á o direito de propriedade do comissário, o qual cederá sua posição no contrato de compra e venda de ações à companhia comitente.

Como se viu, a titularidade do domínio pelo comissário não é essencial ao contrato de comissão, embora seja com este perfeitamente compatível, desde que funcionalmente justificada pelo escopo econômico pretendido. Na espécie, a eventual transferência da propriedade das ações para o comissário, sob condição resolutiva, afigura-se compatível com a manutenção da autonomia patrimonial e de gestão perseguida pelas partes, de modo a preservar a causa do contrato de comissão e o respeito às disposições legais. Enquanto não sobrevier a condição resolutiva, portanto, atua o comissário como proprietário pleno, cabendo ao comitente apenas a expectativa de direito em relação à aquisição do domínio.

De fato, somente na hipótese de não se verificar a extinção da vedação legal que impede – por mais de 18 meses, conforme se verá – a titularidade das ações pela comitente dentro do termo contratualmente estabelecido no contrato de compra e venda de ações,¹⁵ e se as partes quiserem dar prosseguimento ao negócio¹⁶ prevê-se a aquisição do domínio pelo comissário,¹⁷ sob condição resolutiva, com vistas a se permitir o aproveitamento da oportunidade negocial sem violação da ordem jurídica.

No caso em análise, o ajuste celebrado entre X e o comissário qualifica-se como contrato de comissão. A unidade de efeitos essenciais – que serve a qualificar o negócio – estabelecida por suas cláusulas consiste na compra de ações, pelo comissário, em nome próprio, a conta de X,¹⁸ mediante remuneração.¹⁹ Qualifica-se juridicamente o negócio assim delineado como contrato de comissão.



A convenção celebrada prevê, ainda, e em consonância com o tipo da comissão, que o comitente deverá adiantar ou reembolsar, a critério do comissário, todos os custos que venham a ser incorridos por este no desempenho do encargo,²⁰ nos termos igualmente previstos no contrato.²¹ Constitui dever do comitente, mediante adiantamento ou reembolso, suportar as despesas do negócio, salvo disposição expressa em contrário, inexistente no caso concreto. Segundo o art. 708 do CC/2002,²² e de acordo com a previsão contratual, tem o comissário direito de retenção sobre os bens e valores em seu poder em virtude da comissão, até que se efetue o reembolso.²³

Observe-se, por derradeiro, que a estrutura adotada pelas partes para a execução do contrato leva em conta as especificidades do caso concreto, a justificar a possível transferência de propriedade das ações ao comissário, bem como a participação do comitente no contrato de compra e venda de ações, celebrado entre o comissário e o terceiro, na qualidade de parte interveniente. Consoante amplamente demonstrado, tanto a transmissão do domínio, quanto a participação do comitente como parte interveniente não caracterizam a causa do contrato de comissão, mas podem se verificar sem que se altere a qualificação contratual.

Em definitivo: o modelo proposto se mostra perfeitamente compatível com a função prático-jurídica, isto é, a causa da comissão, harmonizando dois efeitos essenciais ao referido tipo contratual: (a) a vinculação da atividade do comissário às instruções do comitente; e (b) a compra das ações pelo comissário em nome próprio, no interesse do comitente, mediante remuneração.

3. Relação entre comissário comprador e o terceiro vendedor. Interpretação do art. 694 do CC/2002. Responsabilidade do comitente e do comissário

O comissário age em nome próprio, figurando como parte nos contratos celebrados com terceiros, embora atue no interesse do comitente.²⁴ Não se estabelecem, assim, relações diretas entre o terceiro e o comitente, mas somente entre o terceiro e o comissário. Dessa forma, perante os terceiros, o comissário, em regra, como único interessado no negócio, é quem responde por todas as obrigações assumidas e goza de todos os direitos resultantes do contrato que celebrar. Já o comitente, de ordinário, não tem ação direta contra os terceiros, e tampouco estes têm ação direta em face daquele. Todavia, nos termos do art. 694 do CC/2002,²⁵ o comitente poderá ter ação contra os terceiros com quem o comissário tratar mediante cessão contratual de direitos. Da mesma forma, as pessoas com quem o comissário contratar poderão ter ação direta contra o comitente por força de cessão de direitos atribuídos ao comissário em razão da compra e venda. Vale dizer: os direitos decorrentes da compra e venda, ostentados pelo comissário em face do comitente, podem ser cedidos ao terceiro que, por força de tal cessão, habilita-se a exercitá-los diretamente contra o comitente. A relação direta entre terceiro e comitente, portanto, em relação às obrigações derivadas do negócio efetuado pelo comissário, estabelece-se unicamente mediante a cessão de direitos de que é titular o comissário.

Para este propósito, o Código Civil não contém disciplina genérica de cessão de posição contratual, incidindo, na espécie, as normas relativas à cessão de direitos (arts. 286 a 298 do CC/2002) e também, quanto aos deveres assumidos, as regras atinentes à assunção de dívida (arts. 299 a 303 do CC/2002), sendo certo que, do ponto de vista técnico, tal transferência de responsabilidade é perfeitamente legítima, desde que estabelecida convencionalmente. No caso concreto, o comissário e o terceiro assumem as prestações recíprocas e principais, figurando o comitente tão somente como parte interveniente. Para que o terceiro e o comitente tenham ações diretas entre si no que concerne às prestações principais, afigura-se imprescindível que o comissário ceda seus direitos a um deles.

Nesta direção, se as vendedoras inadimplirem o contrato de compra e venda de ações, recusando-se, por exemplo, a entregar as ações ao comprador, o comitente nada pode fazer diretamente, cabendo ao comissário tomar as medidas legais cabíveis. O comitente



somente terá ação em face das vendedoras para a entrega das ações na hipótese de o comissário ceder seu direito ao comitente.

De outra parte, caso o comissário não pagasse o preço das ações em razão de o comitente não repassar o montante, as vendedoras não teriam qualquer medida legal em face do comitente, mas exclusivamente contra o comissário. Todavia, se o comissário ceder às vendedoras seu direito contra o comitente nascido em razão do contrato de compra e venda de ações, estas poderão cobrar o preço diretamente do comitente.

A possibilidade de cessão de direitos constante no art. 694 do CC/2002 abrange também a cessão da inteira posição contratual, o que implica a transferência de situações ativas e passivas decorrentes da posição que o contratante ocupa no negócio celebrado. Por outras palavras, na cessão de posição contratual, ao cessionário não se atribui apenas o crédito, mas todo um feixe de direitos e obrigações.²⁶ Na lição de doutrina especializada:

“Logo, a cessão contratual é a alteração do elemento subjetivo do contrato, permitindo, assim, a sua circulação. Opera-se através da substituição de um dos contratantes por outra pessoa que passa a figurar na relação jurídica como se fora a parte de quem tomou o lugar. Em uma palavra, a cessão contratual é a transferência negocial a um terceiro do conjunto de posições contratuais.”²⁷ Nos casos de cessão de posição contratual, por acarretar transmissão de deveres, a outra parte deve concordar, sob pena de haver assunção de dívida sem o consentimento do credor, em violação ao disposto no art. 299²⁸ do CC/2002.²⁹

In casu, mostra-se perfeitamente válida, diante do exposto, a previsão de cessão contratual constante tanto do contrato de comissão³⁰ como do contrato de compra e venda de ações,³¹ haja vista contar com o consentimento das vendedoras, de tal sorte que se preservam as normas da cessão de crédito e da assunção de dívida.

Portanto, pelo contrato de comissão os negócios de compra e venda são estipulados pelo comissário em nome próprio, de tal sorte que este constitui o único responsável, vez que figura como parte contratante nos ajustes entabulados com terceiros. Qualquer inadimplemento do terceiro no âmbito do contrato de compra e venda, dessa forma, deve ser resolvido pelo comissário, o qual possui a legitimidade para adotar as medidas pertinentes em face do terceiro. Do mesmo modo, se o comissário inadimplir as obrigações assumidas no contrato de compra e venda, o terceiro deverá adotar as medidas cabíveis contra o comissário. Relações diretas entre o comitente e o terceiro, a teor do disposto no art. 694 do CC/2002, só poderão ocorrer se houver cessão de direitos ou cessão de posição contratual do comissário a uma das partes, isto é, ao terceiro ou ao comitente.

Ressalte-se, por derradeiro, que o comissário tem sempre ação em face do comitente para se ressarcir dos prejuízos de eventual medida adotada pelo terceiro, contra si, em razão de inadimplemento decorrente do prévio descumprimento contratual do comitente, tal como não fornecer ao comissário a quantia necessária ao pagamento do preço, nas comissões de compra, ou não entregar a este a mercadoria, tratando-se de comissão de venda.

4. A legalidade da contratação da compra e venda das ações da controladora da companhia Z pelo comissário, em vista de a comitente, X, não poder fazê-lo, a não ser por um período de dezoito meses, por impedimento regulatório

Explica-se historicamente a origem do contrato de comissão a partir da dificuldade de os comerciantes praticarem pessoalmente suas operações em mais de uma praça. Além disso, quando de seu surgimento, a comissão apresentava inúmeras vantagens em relação ao contrato de mandato. Dispensava-se o comissário de apresentar documento formal de procuração, precisamente por inexistir representação, não lhe sendo exigido, ainda, revelar que atuava por conta do comitente, evitando-se, assim, que os



concorrentes conhecessem a marcha de seus negócios. Daí não figurar o comitente como parte dos negócios, mas o comissário, que, embora agisse à conta de outrem, o fazia em nome próprio.

Hodiernamente, o contrato de comissão pouco atende à função econômica para a qual foi originalmente concebido. Atribui-se tal circunstância às características da vida contemporânea, marcada pela facilidade dos meios de comunicação e de transporte, e do crescente interesse das sociedades em abrir filiais e agências.³² Todavia, mostra-se a comissão, no atual contexto, apta à promoção de outras funções econômicas merecedoras de tutela. E é justamente este o caso que se está a tratar.

Com efeito, na espécie, o contrato de comissão tem como escopo assegurar que a consulente possa aproveitar oportunidade comercial que se lhe descortina, sem violação do ordenamento jurídico.

Para compreender tal cenário, vale examinar, a propósito, a dicção do art. 14 do Plano Geral de Outorgas:

“A obtenção de concessão em determinada Região por empresa já concessionária do serviço a que se refere o art. 1.º, sua coligada, controlada ou controladora implicará a obrigatória transferência a outrem, de contrato de concessão detido em outra Região, no prazo máximo de 18 (dezoito) meses, contado da data de obtenção da concessão”.

Com base em tal preceito, extrai-se que X não poderá contemporaneamente manter-se na titularidade do controle de empresa concessionária de serviço do ramo em que atua sendo também concessionária do mesmo serviço na mesma Região. Assim, caso ocorra a aquisição em tela, relativa ao controle de empresa que preste mesmo serviço que ela, a companhia X terá o prazo de 18 meses para ceder a outrem o contrato de concessão detido em outra região com vistas a evitar a sobreposição de licenças. A consulente, em legítimo juízo de conveniência, não almeja celebrar negócio que, após 18 meses, poderá suscitar impedimento regulatório, caso não haja alteração no Plano Geral de Outorgas. Por esta razão, entre outras atinentes a seu juízo de conveniência empresarial, optou por se valer do contrato de comissão, que permite, a um só tempo, a concretização das estratégias econômicas da consulente e o respeito à lei e aos regulamentos aplicáveis.³³ O contrato de comissão atende, ainda, ao anseio dos vendedores de efetuar alienação imediata, não subordinada ao implemento da condição suspensiva de fim da vedação legal.³⁴

Daí decorre a circunstância de o comitente figurar como parte interveniente do ajuste. De fato, a comissão não ocorre, no presente caso, em virtude de dificuldades físicas que impossibilitem a celebração do negócio diretamente pelo comitente, mas de decisão empresarial que leva em conta, de maneira transparente e declarada, o impeditivo legal, que veda a produção de efeitos jurídicos na esfera do comitente por mais de 18 meses, oriundos da celebração do negócio pelo comissário.

Entende-se também o motivo pelo qual X efetuará o pagamento do preço diretamente às vendedoras, sem o intermédio do comissário.³⁵ A comissão, repita-se ainda uma vez, tem por escopo assegurar a celebração imediata do negócio, atendendo à vontade das partes, em respeito às disposições legais, tendo em vista que os efeitos do negócio recairão, verdadeiramente, no patrimônio do comissário e só passarão ao comitente na verificação da condição suspensiva, qual seja, fim da proibição legal.

Atualmente, a aquisição do controle de empresa concessionária de serviço da área de atuação de X por ele próprio, por ser este também concessionário deste serviço na mesma Região, se efetivada, acarretará sobreposição de licenças que deverá ser, necessariamente, desfeita no prazo de 18 meses. Por isso mesmo, a aquisição imediata das ações de Y por X, embora tecnicamente lícita, pode suscitar impedimento regulatório.

Tal cenário, provavelmente, será alterado em futuro próximo, o que permitirá, então, a X, transferir para si as ações hoje oferecidas à aquisição do Comissário. E o contrato de comissão constitui-se em instrumento pelo qual o sistema jurídico autoriza o comitente – que não pode ou a quem não convém adquirir em nome próprio certos bens jurídicos – atribuir ao comissário a incumbência da aquisição irrevogável, sem que tal negócio configure fraude ou simulação.

In casu, pelo contrato de comissão, ao mesmo tempo em que se garante o aproveitamento da oportunidade negocial, impede-se que quaisquer efeitos daí decorrentes recaiam na esfera jurídica do comitente até a entrada em vigor do permissivo legal.

O modelo de comissão pretendido pela consulente se afigura, portanto, irrepreensível. Não há se cogitar em fraude ou simulação na medida em que, por expressa previsão contratual, nenhum efeito decorrente da compra e venda efetuada pelo comissário a conta do comitente recairá no patrimônio deste na pendência de vedação legal. O fim que legitimamente se persegue com a celebração da comissão constitui precisamente garantir a transferência das ações ao comitente na hipótese de extinção da proibição então existente. Até o implemento da condição, a companhia X, por força da comissão, não terá qualquer benefício ou acesso à informação da companhia adquirida pelo comissário, respeitando em absoluto os imperativos legais de não ingerência na titularidade dominical alheia. Tudo a denotar a inequívoca ausência de efeitos, na esfera jurídica de X, derivados da aquisição das ações de Y, de modo a manter íntegro o ordenamento jurídico.

Destaque-se, a propósito, que na linguagem comum, simular é fingir. Do ponto de vista jurídico, entende-se por simulação o acordo fictício, delineado para criar uma situação aparente em face de terceiros e, por isso mesmo, inidôneo a produzir os efeitos que aparentemente produziria.³⁶ Na simulação, as partes utilizam-se da aparência do negócio jurídico que praticam, para obter, em verdade, efeitos que dele não decorrem. Em outras palavras, “o acordo simulatório (pactum simulationis) designa o conluio entre declarante e declaratório acerca da divergência entre o que se estipula e a efetiva relação jurídica que nasce”.³⁷

O art. 167 do CC/2002 dispõe que:

“(…)

§ 1.º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I – aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

(…)”

O inc. I do dispositivo se refere a negócios simulados por aparentarem conferir direitos a pessoas diversas daquelas às quais efetivamente os conferem. A hipótese é a da chamada simulação de personam ad personam. Como esclarece Pontes de Miranda:

“(…) em toda simulação há a divergência entre a exteriorização e a volição, quer seja quanto ao objeto, ou, melhor, quanto à matéria, de re ad rem (B vende manuscritos, dizendo vender pastas), ou quanto à pessoa, de personam ad personam (A doa a C, dizendo doar a B), ou quanto à categoria jurídica, de contractu ad contractum (A doa dizendo vender)”.³⁸

Na simulação de personam ad personam, o sujeito que parece adquirir os direitos conferidos pelo negócio simulado não os adquire de fato. Encontra-se em mera situação de interposição entre o alienante e o efetivo adquirente, dirigindo-se todo o negócio ao interesse deste último.³⁹ Há, em outras palavras, uma pessoa que figura no negócio jurídico celebrado e aparenta receber seus benefícios, e outra que efetivamente os

recebe, independentemente de participar ou não do ato negocial.

No que tange à fraude à lei, por outro lado, afirma a doutrina especializada que:

“Age em fraude à lei a pessoa que, para burlar princípio cogente, usa de procedimento aparentemente lícito. Ela altera deliberadamente a situação de fato em que se encontra, para fugir à incidência da norma. O sujeito coloca-se simuladamente em uma situação em que a lei não o atinge, procurando livrar-se de seus efeitos”.⁴⁰

Definitivamente, não se verifica na hipótese em análise nem simulação nem fraude à lei. Os efeitos perseguidos com o contrato de comissão constituem verdadeiramente os efeitos que decorrem deste contrato. Não há aparência de negócio. A comissão é efetivamente desejada pelas partes em todos os seus efeitos e consequências, precisamente por constituir o único mecanismo legal que autoriza a garantia de não se perder a oportunidade negocial sem afronta à ordem jurídica, pela cisão temporal que promove, por meio da condição suspensiva, entre a produção de efeitos na esfera do comissário e na esfera do comitente.

Qualquer efeito decorrente do negócio de aquisição de ações, repita-se à exaustão, só advirá ao comitente após o implemento da condição, isto é, após o fim da vedação hoje existente, sem que as partes se utilizem do prazo de 18 meses estabelecido pelo art. 14 do Plano Geral de Outorgas. Em última análise, diante do impedimento regulatório que se deflagraria 18 meses após a aquisição das ações, vedando a titularidade de licenças relativas ao mesmo serviço na mesma Região por uma mesma concessionária de serviço do ramo de X ou por sua coligada, controlada ou controladora, ele se vale do comissário, condicionando-se a posterior alienação do domínio ao comitente à ausência dos óbices legais hoje existentes. Note-se, portanto, que não há qualquer discrepância entre o tipo contratual escolhido – comissão – e a finalidade econômica e jurídica pretendida pelas partes, no sentido de atribuir o domínio a quem legalmente pode e pretende efetivamente exercê-lo, ainda que a conta de outrem, o comitente, que pode e pretende efetivamente exercer o domínio na hipótese do implemento da condição alvitada.

Por outro lado, não há qualquer ilegalidade na utilização da comissão para os fins pretendidos, na medida em que não se pretende atribuir de forma indireta a titularidade de direitos vedada pelo ordenamento. Ao reverso, pelo modelo proposto, atribui-se ao comissário a propriedade plena das ações, submetida à secular disciplina, hoje codificada, do contrato de comissão. E não há qualquer ingerência do comitente sobre a senhoria dos bens adquiridos, afora o conjunto minucioso de instruções necessário ao alcance da comissão, de modo a preservar a expectativa de direito do comitente (proprietário sob condição suspensiva).

A propósito, convém extrair de algumas cláusulas contratuais, ainda que brevemente, preceitos que corroboram a legitimidade da função contratual escolhida.

A cláusula que versa sobre os direitos do comissário estabelece que o comissário pode “desconsiderar qualquer instrução ou comunicação da comitente que, de acordo com a sua avaliação ou de seus assessores legais, estiver em desacordo com qualquer disposição deste contrato, de qualquer lei ou regulamento aplicável, aos bons costumes ou às boas práticas comerciais, políticas internas, ou, ainda, que possa trazer ou expor a prejuízos o comissário, ainda que contingente ou eventual e, nos termos da cláusula abaixo, optar por renunciar à função de comissário, sem que a comitente tenha direito a qualquer multa ou indenização”.

Por outro lado, prevê o contrato:

“Até a transferência das ações, o comissário (a) não atuará no sentido de exercer qualquer espécie de ingerência ou influência na administração das atividades sociais da Companhia, de W, de Z, ou de quaisquer outras subsidiárias diretas ou indiretas de tais sociedades, bem como no funcionamento daquelas sociedades, que definirão os seus respectivos planejamentos empresariais, suas políticas econômicas financeiras,

tecnológicas, de engenharia, de mercado e de preços ou de descontos e reduções tarifárias, de conformidade com a orientação de suas respectivas administrações e dos atuais acionistas controladores da companhia; e (b) não terá qualquer obrigação ou dever de verificar a veracidade, a correção ou o cumprimento de qualquer obrigação, declaração, garantia ou compromisso assumido por qualquer das partes ou intervenientes, incluindo as vendedoras e a comitente, no contrato de compra e venda".⁴¹

Confira-se, ainda, o seguinte preceito inserido no contrato:

"Caso o comissário cientifique a comitente sobre sua disposição de continuar com este contrato e o comissário torne-se titular das ações, após a aprovação prévia da agência reguladora, a comitente desde já reconhece que o comissário atuará com total independência no que diz respeito às atividades sociais da companhia e de suas controladas e ao funcionamento de seus respectivos órgãos de administração, renunciando, neste caso, a comitente ao direito de instruir o comissário no que se refere à administração e à condução dos negócios sociais da companhia e de suas controladas, devendo o comissário observar os usos e a legislação aplicável, em especial a legislação do setor, sem prejuízo do direito de indenização do comissário nos termos da cláusula (...) e sem prejuízo do disposto na cláusula (...)".

Depreende-se de tais dispositivos a preocupação no sentido de que o comissário não tenha acesso a qualquer informação privilegiada que possa repassar ao comitente, bem como, no caso de aquisição das ações pelo comissário, o cuidado em assegurar sua total independência na gestão dos negócios sociais.

Finalmente, prevê o contrato que "poderá ser resilido por qualquer das partes a qualquer tempo, mediante comunicação por escrito", na hipótese em que "existam restrições legais ou regulamentares vedando, dificultando ou condicionando a celebração pelo comissário deste contrato ou do contrato de compra e venda e/ou o cumprimento pelo comissário das obrigações contidas em tais contratos, e/ou vedando, dificultando ou condicionando a cessão do contrato de compra e venda pelo comissário para a comitente".

Tais cláusulas, entre outras, demonstram bem o escopo da comissão em análise, e a preocupação das partes em preservar a autonomia contratual do comissário no desempenho de sua função, o que confirma a licitude do modelo eleito para os fins colimados pelas partes. De todo o exposto, verifica-se que: (a) inexistente óbice legal para a celebração do contrato de comissão em apreço; (b) tal contrato prestigia os legítimos interesses empresariais do comitente, no âmbito dos quais a superação do impedimento regulatório de que trata o art. 14 do Plano Geral de Outorgas; (c) tal dispositivo, ao fixar prazo para a superação de eventual superposição de licenças, demonstra que a titularidade de licenças sobrepostas, por si só, não constitui ilegalidade, sendo a aquisição de ações de companhias titulares de licenças sobrepostas lícita, a menos que no prazo de 18 meses não se superasse tal circunstância fática, caracterizando impedimento regulatório; (d) por maioria de razão, não é ilegal o objeto da aquisição por parte do comissário, e, se não o seria sequer a transferência das ações ao comitente durante o mencionado prazo de 18 meses, não é ilegal ou irregular a expectativa, pelo mesmo comitente, de vir a adquirir do comissário as ações quando, mercê da alteração legislativa, for afastado o perigo de impedimento regulatório.

5. Conclusão

1. A minuta proposta encontra-se de acordo com os requisitos legais do contrato de comissão. O modelo proposto de contrato de comissão, para fins de aquisição de ações por parte do comitente, mostra-se apto aos fins almejados e perfeitamente consentâneo com a ordem jurídica brasileira. A estrutura adotada pelas partes para a execução do contrato leva em conta as especificidades do caso concreto. Assim sendo, tanto a eventual transmissão da propriedade resolúvel ao comissário quanto à participação do



comitente como parte interveniente podem se verificar sem que se altere a qualificação contratual. O modelo proposto se mostra, pois, inteiramente compatível com a função prático-jurídica ou causa da comissão, harmonizando dois efeitos essenciais da caracterização do contrato de comissão, a saber: (a) a vinculação da atividade do comissário às instruções do comitente; e (b) a compra das ações pelo comissário em nome próprio, no interesse do comitente, mediante remuneração.

2. O comissário age em nome próprio, figurando como parte nos contratos celebrados com terceiros, embora atue no interesse do comitente. Dessa forma, perante os terceiros, o comissário é quem responde por todas as obrigações assumidas e goza de todos os direitos resultantes do contrato que celebrar. No caso concreto, o comissário e as vendedoras assumem as prestações recíprocas e principais, figurando o comitente tão somente como parte interveniente. Para que as vendedoras e o comitente tenham ações diretas entre si no que concerne às prestações principais, afigura-se imprescindível que o comissário ceda seus direitos a um deles.

In casu, mostra-se perfeitamente válida a previsão de cessão contratual constante tanto do contrato de comissão como do contrato de compra e venda de ações, haja vista contar com o consentimento das vendedoras, de tal sorte que se preservam as normas da cessão de crédito e da assunção de dívida.

3. Na espécie, o contrato de comissão tem como escopo assegurar que a consulente possa aproveitar a oportunidade negocial que se lhe descortina, sem violação do ordenamento jurídico. Dessa forma, pelo contrato de comissão, ao mesmo tempo em que se garante o aproveitamento da oportunidade negocial, impede-se que quaisquer efeitos daí decorrentes recaiam na esfera jurídica do comitente até a entrada em vigor do permissivo legal. A utilização do contrato de comissão com os fins pretendidos é, portanto, lícita, já que evita o possível impedimento regulatório que adviria 18 meses após a aquisição pela comitente das ações em análise. A consulente não almeja celebrar negócio que, após 18 meses, poderá suscitar impedimento regulatório, caso não haja alteração no Plano Geral de Outorgas. Por esta razão, entre outras atinentes a seu juízo de conveniência empresarial, decidiu legitimamente valer-se do contrato de comissão. Dessa forma, tem-se que (a) inexistente óbice legal para a celebração do contrato de comissão em apreço; (b) tal contrato prestigia os legítimos interesses empresariais do comitente, no âmbito dos quais a superação do impedimento regulatório de que trata o art. 14 do Plano Geral de Outorgas; (c) tal dispositivo, ao fixar prazo para a superação de eventual superposição de licenças, demonstra que a titularidade de licenças sobrepostas, por si só, não constitui ilegalidade, sendo a aquisição de ações de companhias titulares de licenças sobrepostas lícita e regular, a menos que no prazo de 18 meses não se superasse tal circunstância fática e regular, que caracterizaria impedimento regulatório; (d) por maioria de razão, não é ilegal o objeto da aquisição por parte do comissário, e, se não o seria sequer a transferência das ações ao comitente durante o mencionado prazo de 18 meses, não é antijurídico ou irregular a expectativa, pelo mesmo comitente, de vir a adquirir do comissário as ações quando, mercê da alteração legislativa, for afastado o perigo de impedimento regulatório.

1 Sobre o tema, seja consentido remeter a: Tepedino, Gustavo et al. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. vol. 2, p. 472 e ss.; e Das várias espécies de contrato. Do mandato. Da comissão. Da agência e distribuição. Da corretagem. Do transporte. In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (coord.). Comentários ao Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. 10, Na doutrina estrangeira, v.: Formiggini, Aldo. Commissione (contratto di). In: Calasso, Francesco (coord.). Enciclopedia del Diritto. Milão: Giuffrè, 1960. vol. 7, p. 862 e ss.

2 Por todos: Carvalho de Mendonça, J. X. Tratado de direito comercial brasileiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. vol. 6, p. 290.



3 Na lição de Pietro Perlingieri, "sono corrispettivi (o sinallagmatici) i contratti nei quali ciascuna delle due (o più) parti effettua una prestazione che è la ragione dell'altra: tra le due (o più) prestazioni vi è un nesso di dipendenza reciproca che configura il contratto corrispettivo quale composizione di un conflitto tra interessi necessariamente connessi" (Perlingieri, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997. p. 87). Na doutrina nacional, cf.: Moraes, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 21. p. 112-113. jan.-mar. 2005; e Gomes, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 91.

4 Orlando Gomes destaca que o caráter pessoal do contrato de comissão "não impede, porém, que a função seja exercida por uma sociedade mercantil, em vez de pessoa física" (Gomes, Orlando. *Contratos cit.*, p. 358).

5 Bittar, Carlos Alberto. *Contratos comerciais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 78.

6 Confirmam-se, nesta direção, as seguintes decisões: "O comissário é obrigado a cumprir pontualmente as instruções do comitente. Inteligência [dos arts.] 168 e 169 do CCo. Recurso provido". (STF, RE 28.695, 2.^a T., j. 06.10.1959, rel. Min. Henrique D'Ávila) "Segundo se depreende da regra situada no art. 695 do CC, 'o comissário é obrigado a agir em conformidade com as ordens e instruções do comitente', dicção essa que fortalece conceito desta mesma natureza hospedado no art. 168 do CCo, segundo o qual o comissário que aceitar o mandato, expressa ou tacitamente, é obrigado a cumpri-lo na forma das ordens e instruções do comitente." (TJDF, ApCiv 284.218, j. 22.08.2007, rel. Des. J. J. Costa Carvalho)

7 "Art. 704. Salvo disposição em contrário, pode o comitente, a qualquer tempo, alterar as instruções dadas ao comissário, entendendo-se por elas regidos também os negócios pendentes."

8 Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 1984. t. XLIII, p. 308.

9 "Art. 697. O comissário não responde pela insolvência das pessoas com quem tratar, exceto em caso de culpa e no artigo seguinte. Art. 698. Se do contrato de comissão constar a cláusula del credere, responderá o comissário solidariamente com as pessoas com que houver tratado em nome do comitente, caso em que, salvo estipulação em contrário, o comissário tem direito a remuneração mais elevada, para compensar o ônus assumido". Fábio Ulhoa Coelho destaca: "Acentue-se que as negociações levadas a efeito pelo comissário atendem, na verdade, aos interesses do comitente, sendo, por esta razão, empreendidas por conta e risco deste último. Assim, todos os riscos comerciais do negócio cabem, em princípio, ao comitente. Verificada, por exemplo, a inadimplência do terceiro, as consequências decorrentes serão suportadas pelo comitente. Contudo, pela cláusula del credere, pode o comissário responder, perante o comitente, pelo cumprimento das obrigações assumidas pelo terceiro com quem contratou, solidariamente com este" (Coelho, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 441).

10 Cláusula constante no contrato de comissão: "Fica expressamente convencionado que não se aplica a este contrato o disposto no art. 698 do CC, em razão do que o comissário não é solidariamente responsável pela solvência daqueles com quem vier a contratar por conta da comitente, não se tratando de comissão del credere".

11 Carvalho de Mendonça, J. X., op. cit., p. 287.

12 "Propriedade resolúvel, ou revogável, é a que, no próprio título da sua constituição, encerra o princípio, que a tem de extinguir, realizada a condição resolutória, ou advindo



o termo extintivo, seja por força da declaração de vontade, seja por determinação da lei” (Bevilaqua, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. 11. ed. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1958. vol. 3, p. 150).

13 Cláusula constante no contrato de compra e venda de ações: “Na hipótese em que não ocorra a alteração da legislação no prazo indicado na cláusula (...), a compradora deverá, no prazo de até 5 (cinco) dias após o término do prazo (...), notificar as vendedoras no sentido de indicar: a. se pretende efetivar a compra e venda objeto deste contrato, submetendo à agência reguladora, na forma da legislação então vigente, o pedido de transferência para o nome da compradora do controle societário de Z e de W através da aquisição das ações de Y e outras; (...)”.

14 “Fica desde já certo e ajustado, em caráter irrevogável e irretratável, que, ocorrendo mudança da legislação permitindo a aquisição das ações diretamente pela comitente, a comitente deverá comunicar tal fato ao comissário, o que implicará, conforme o disposto na cláusula (...) do contrato de compra e venda, na cessão à comitente (ou a quem a comitente indicar na comunicação) pelo ora comissário, e aquisição, pela comitente (ou por quem a comitente indicar na comunicação), de todos os direitos, obrigações e responsabilidades do comissário previstos no contrato de compra e venda, bem como na extinção deste contrato”.

15 Cláusula do contrato de compra e venda de ações: “Na hipótese em que não ocorra a alteração da legislação no prazo indicado na cláusula (...), a compradora deverá, no prazo de até 5 (cinco) dias após o término do prazo (...), notificar as vendedoras no sentido de indicar: (a) se pretende efetivar a compra e venda objeto deste contrato, submetendo à agência reguladora, na forma da legislação então vigente, o pedido de transferência para o nome da compradora do controle societário de Z e de W através da aquisição das ações de Y e outras; ou (b) se tem a intenção de rescindir o presente contrato, mediante o pagamento dos valores previstos na cláusula (...)”.

16 Cláusula do contrato de comissão: “Decurso do prazo previsto no contrato de compra e venda sem modificação da legislação. (...). A comitente deverá, em até (...) dias antes do término do prazo (...) previsto na cláusula (...) do contrato de compra e venda, notificar o comissário sobre o seu interesse em dar prosseguimento ou não à aquisição das ações, na hipótese em que, até o momento da notificação, não tenha ocorrido a modificação da legislação que permita ao comissário ceder à comitente todos os direitos e obrigações do comissário decorrentes do contrato de compra e venda”.

17 Prevê o contrato de comissão: “Caso o comissário cientifique a comitente sobre sua disposição de continuar com este contrato e o comissário torne-se titular das ações, após a aprovação prévia da agência reguladora, a comitente desde já reconhece que o comissário atuará com total independência no que diz respeito às atividades sociais da companhia e de suas controladas e ao funcionamento de seus respectivos órgãos de administração, renunciando, neste caso, a comitente ao direito de instruir o comissário no que se refere à administração e à condução dos negócios sociais da companhia e de suas controladas, devendo o comissário observar os usos e a legislação aplicável, em especial a legislação do setor, sem prejuízo do direito de indenização do comissário (...)”.

18 Dispõe o contrato de comissão: “O comissário contratará a aquisição das ações em seu próprio nome, e à conta da comitente, através da assinatura de contrato de compra e venda, no qual figurará como comissário comprador, por conta e ordem da comitente, e a comitente figurará como comitente”.

19 Nos termos do contrato de comissão: “O comissário fará jus a uma comissão a ser paga pelo comitente, observado o disposto a seguir: (...)”.

20 Dispõe o contrato de comissão: “Sem prejuízo das demais obrigações assumidas neste contrato, a comitente obriga-se a: (...) Adiantar ou reembolsar, a critério do



comissário, todos os custos e despesas que venham a ser incorridos pelo comissário, nos termos das cláusulas (...).”

21 Prevê o contrato de comissão: “As obrigações de pagamento de quaisquer valores a terceiros, incluindo dentre outros, sinal, prêmio, depósito de garantias, pagamento do preço da compra das ações, nos termos do contrato de compra e venda, e qualquer indenização, custo ou despesa que venha a ser devida ou incorrida pelo comissário comprador, ora comissário, em decorrência do contrato de compra e venda são obrigações exclusivas da comitente (ressalvada a obrigação de indenizar do comissário nos termos da cláusula (...) do contrato de compra e venda) e deverão ser pagos direta e exclusivamente pela comitente. A compensação pecuniária pelo exercício do direito de resilição previsto no contrato de compra e venda deverá ser igualmente paga, em qualquer hipótese, diretamente pela comitente”.

Cláusula constante no contrato de comissão: “(...) A remuneração e todos os honorários, despesas e demais pagamentos nos termos do presente instrumento, inclusive os previstos na cláusula (...), deverão ser pagos em moeda corrente nacional, sem considerar qualquer retenção ou dedução de qualquer tributo ou incidência governamental similar. Se for exigida por lei a dedução ou a retenção, pelo comitente, de quaisquer valores relacionados a tributos, impostos, taxas ou contribuições de qualquer natureza (‘impostos’), ou se for exigido que qualquer imposto seja pago pelo comissário ou quaisquer de suas afiliadas (conforme definido abaixo) em decorrência ou em virtude da presente contratação, a comitente deverá pagar ao comissário um valor adicional, de forma que o valor líquido a ser recebido pelo comissário da comitente, após tal dedução ou retenção ou pagamento, seja equivalente aos valores a serem pagos de outra forma ao comissário de acordo com este contrato, incluindo (a) ao Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza Retido na Fonte – IR Fonte; (b) ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS; (c) à Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS; (d) à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins; (e) à Contribuição sobre o Lucro Líquido – CSLL; e (f) aos demais tributos incidentes sobre a remuneração. (...) Os recursos necessários para o pagamento de quaisquer emolumentos, taxas, impostos, custos ou despesas decorrentes da prestação dos serviços pelo comissário deverão ser integralmente adiantados ou reembolsados pela comitente ao comissário e no prazo de até 10 (dez) dias úteis antes do referido pagamento”.

22 “Art. 708. Para reembolso das despesas feitas, bem como para recebimento das comissões devidas, tem o comissário direito de retenção sobre os bens e valores em seu poder em virtude da comissão.”

23 Cláusula prevista no contrato de comissão: “Nos termos do art. 708 do CC, para o reembolso das despesas decorrentes do desempenho da função de comissário, bem como para o recebimento da remuneração, tem o comissário direito de retenção de bens e valores da comitente em seu poder em virtude da comissão”.

24 Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti, op. cit., p. 284.

25 “Art. 694. O comissário fica diretamente obrigado para com as pessoas com quem contratar, sem que estas tenham ação contra o comitente, nem este contra elas, salvo se o comissário ceder seus direitos a qualquer das partes.”

26 Sobre a cessão de posição contratual, seja consentido remeter a: Tepedino, Gustavo; Schreiber, Anderson. Direito das obrigações. São Paulo: Atlas, no prelo.

27 Direito, Carlos Gustavo Vianna. Do contrato: teoria geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 171-172.

28 “Art. 299. É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o



consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava.” (grifos acrescentados)

29 “É imprescindível para a atuação desse negócio o consentimento do outro contratante, ou seja, do cedido. Isso porque quem contrata tem em mira não apenas a pessoa do contrato, mas também outros fatores, sendo o principal deles a situação patrimonial da parte. Assim, a exemplo do que ocorre na assunção de dívida, o consentimento do cedido é inafastável.” (Venosa, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2006. p. 163.)

30 Considerando o disposto no contrato de comissão: “O comissário concorda em celebrar o contrato de compra e venda, em seu próprio nome, à conta da comitente, atuando como comissário da comitente, para posteriormente ceder à comitente a posição contratual de comprador das ações de emissão da companhia. (...) Após enviada a notificação a que se refere a cláusula (...) exonerar automaticamente o comissário de todas as obrigações previstas neste contrato e no contrato de compra e venda, nos termos da cláusula (...). Abaixo, assumindo todas as obrigações do comprador das ações previstas no contrato de compra e venda. (...) Fica desde já certo e ajustado, em caráter irrevogável e irreatável, que, ocorrendo mudança da legislação permitindo a aquisição das ações diretamente pela comitente, a comitente deverá comunicar tal fato ao comissário, o que implicará, conforme o disposto na cláusula (...) do contrato de compra e venda, na cessão à comitente (ou a quem a comitente indicar na comunicação) pelo ora comissário, e aquisição, pela comitente (ou por quem a comitente indicar na comunicação), de todos os direitos, obrigações e responsabilidades do comissário previstos no contrato de compra e venda, bem como na extinção deste contrato”.

31 “Considerando que as vendedoras e a compradora estimaram um prazo que consideraram razoável para que a agência reguladora, atendendo o pleito que lhe será submetido, modifique os atuais limites do PGO, permitindo dessa forma que a ora compradora, nos termos do contrato de comissão, ceda todos os seus direitos e obrigações previstos neste contrato à X, de modo que a aquisição das ações de Y seja submetida à agência reguladora pela própria companhia, nos termos das normas modificadas. (...) Em ocorrendo a alteração da legislação, a compradora deverá enviar notificação (a ‘notificação de cessão do contrato’) às vendedoras, dentro do mesmo prazo previsto na cláusula (...) da cessão de todos os seus direitos, obrigações e responsabilidades decorrentes deste contrato para X, e a consequente rescisão do contrato de comissão, observando a forma nele prevista, passando X, a partir do envio da notificação, a suceder a compradora em todos os direitos, obrigações e responsabilidades como se signatária original do contrato fosse, na condição de compradora, independentemente de qualquer manifestação por parte das vendedoras que, desde já, em caráter irrevogável e irreatável, anuem com esta cessão. (...) A partir da notificação de cessão do contrato ficará a compradora, independentemente de qualquer formalidade adicional, integral e incondicionalmente liberada e desonerada do cumprimento de toda e qualquer obrigação ou responsabilidade assumida ou decorrente deste contrato, ainda que em data anterior à da notificação de cessão de contrato, passando X a ser a única responsável pelo seu cumprimento e pelas consequências do seu descumprimento. (...) Efeito vinculativo; inexistência de cessão. Este contrato obrigará e beneficiará suas partes e seus respectivos sucessores e cessionários autorizados. Ressalvado o disposto nas cláusulas (...), este contrato (e os direitos e obrigações aqui previstos) não poderá ser cedido por qualquer parte sem o consentimento prévio, por escrito, das outras partes deste contrato”.

32 Carvalho de Mendonça, J. X., op. cit., p. 283. Após apresentar as razões do declínio, Carlos Alberto Bittar ressalta que “mesmo assim, a comissão mercantil encontra ainda aplicação prática, dadas as possibilidades de segredo e a ausência de risco para o comitente, em atividades de distribuição de produtos, nas quais o porte do comissário lhe permita assumir os ônus e a remuneração ajustada lhe compense o sacrifício



realizado, particularmente na hipótese em que se solidariza com os terceiros, garantindo-lhes a solvabilidade diante do comitente (comissão denominada *star del credere*)” (Bittar, Carlos Alberto, op. cit., p. 76). V. também, sobre o tema: Tepedino, Gustavo, *Das várias espécies do contrato... cit.*, com ampla referência bibliográfica.

33 Extraí-se do contrato de compra e venda de ações: “Considerando que X julga, dentro de sua estratégia de expansão, ser de fundamental importância a aquisição do controle societário de Z, aquisição esta que não pode, nesse momento, ser submetida e aprovada pela agência reguladora do setor no âmbito do vigente Plano Geral de Outorgas (PGO), que limita a aquisição do controle de empresa concessionária de prestação de certo serviço, atuante em determinada área delimitada pelo PGO, por outra empresa (ou por seus controladores) concessionária do mesmo serviço; Considerando que X entende que os extraordinários avanços tecnológicos experimentados pelo seu setor alteraram significativamente os fundamentos que nortearam a edição do PGO, sendo agora necessário proceder a uma revisão desses fundamentos, de forma que seja possível adotar um novo Plano Geral de Outorgas que reconheça as mudanças ocorridas na estrutura de prestação destes serviços, estabelecendo padrões concorrenciais atualizados, em benefício do público consumidor; Considerando que o mesmo X irá propor à agência reguladora as alterações no PGO e nas normas correlatas o que permitirá, se implementadas, afastar as restrições existentes para que a agência possa deferir a pretensão de aquisição do controle societário de empresa concessionária de prestação deste serviço, atuante em determinada área, por outra, já concessionária do mesmo serviço, ou ainda por seus acionistas controladores; (...) Considerando que de forma a permitir a imediata contratação da aquisição das ações de Y que garante – ainda que sujeita à aprovação prévia da agência reguladora – a exclusividade do direito de adquirir o controle de Y e, por consequência, da companhia Z e de W, evitando que as vendedoras alienem as ações de Y a terceiros, a ora compradora (na qualidade de comissária) ajustou com X (na qualidade de comitente) [contrato de comissão] através do qual a comissária, observados os termos e condições ali previstos, obrigou-se a contratar com as vendedoras, no âmbito do contrato de comissão, a aquisição, em seu próprio nome, mas por conta e ordem de X, da totalidade das ações de Y, esta na qualidade de sociedade controladora direta de W e indireta de Z”.

34 É o que se depreende do considerando constante do contrato de compra e venda de ações, in verbis: “Considerando que o interesse das vendedoras em alienar o controle societário W e, por consequência o de Z, não pode estar vinculado ao prazo, necessariamente indeterminado, da adoção das medidas administrativas antes referidas, tendo as vendedoras a intenção de realizar uma venda definitiva”.

35 Cláusula constante no contrato de comissão: “As obrigações de pagamento de quaisquer valores a terceiros, incluindo dentre outros, sinal, prêmio, depósito de garantias, pagamento do preço da compra das ações, nos termos do contrato de compra e venda, e qualquer indenização, custo ou despesa que venha a ser devida ou incorrida pelo comissário comprador, ora comissário, em decorrência do contrato de compra e venda são obrigações exclusivas da comitente (ressalvada a obrigação de indenizar do comissário nos termos da cláusula (...) do contrato de compra e venda) e deverão ser pagos direta e exclusivamente pela comitente. A compensação pecuniária pelo exercício do direito de resilição previsto no contrato de compra e venda deverá ser igualmente paga, em qualquer hipótese, diretamente pela comitente”. Prevê, ainda, o contrato de comissão: “Ocorrendo a resilição deste contrato o comissário poderá, a seu critério, exercer o direito de resilição previsto na cláusula (...) do contrato de compra e venda, independentemente de anuência ou consulta prévia à comitente. Uma vez exercido tal direito de resilição, a comitente deverá efetuar o pagamento de compensação pecuniária devida nos termos do contrato de compra e venda diretamente às vendedoras, aplicando-se em favor do comissário a quitação e a transação previstas na cláusula (...)”.

36 Torrente, Andrea; Schlesinger, Piero. *Manuale di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1985. p. 184 e ss.; Gomes, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 184 e ss.



2001. p. 427.

37 Amaral, Francisco. Direito civil: introdução cit., p. 533.

38 Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti, op. cit., p. 376.

39 No exemplo de Arnoldo Wald: "Pode ocorrer que certo grupo econômico não queira comprar diretamente certas ações, que lhe dariam o controle de determinada sociedade. Faz então a compra por intermédio de uma pessoa de confiança, que compra em nome próprio, aparentemente, mas, na realidade, adquire para terceiros" (Wald, Arnoldo. Direito civil: introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 206-207).

40 Rodrigues, Silvio. Fraude à Lei. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 38, p. 307.

41 V., ainda, cláusula constante no contrato de comissão: "O comissário declara que não realizou (e tampouco assumiu a obrigação de realizar) qualquer tipo de auditoria nas ações, nas vendedoras, nos números, registros, documentos e operações da companhia e suas subsidiárias (incluindo W e Z) para a assinatura do contrato de compra e venda, cabendo tal investigação única e exclusivamente à comitente (quando permitido, observada a legislação que regulamenta o setor), assumindo a comitente os riscos e ônus daí decorrentes". Cf. tb. a seguinte cláusula do contrato de comissão: "Sem prejuízo das demais obrigações assumidas neste contrato, a comitente declara que: (...) VII – realizará auditoria nas ações, nas vendedoras, nos números, registros, contratos, documentos e operações da companhia e de suas subsidiárias (quando permitido pela legislação que regulamenta o setor) para a assinatura do contrato de compra e venda, cabendo tal investigação única e exclusivamente a si, assumindo os riscos e ônus daí decorrentes, isentando o comissário de qualquer responsabilidade com relação a tal investigação".