



Seminário de Direito Civil: Contratos

PRINCÍPIOS CONTRATUAIS



SUBSTRATO FÁTICO DO CASO:

Em síntese, trata-se de ação revisional de contrato, onde a empresa CALÇADOS X, ao entabular um contrato de Swap com a instituição financeira BANKBRASIL, **com o escopo a proteção frente à variação cambial da moeda**, experimentou um enorme prejuízo com a oscilação da moeda, **(falência e demissão em massa de centenas de funcionários)** prejuízo este derivado de uma cláusula leonina abusiva imposta pela instituição financeira. Esta cláusula violou os princípios da **boa-fé objetiva e função social dos contratos**.



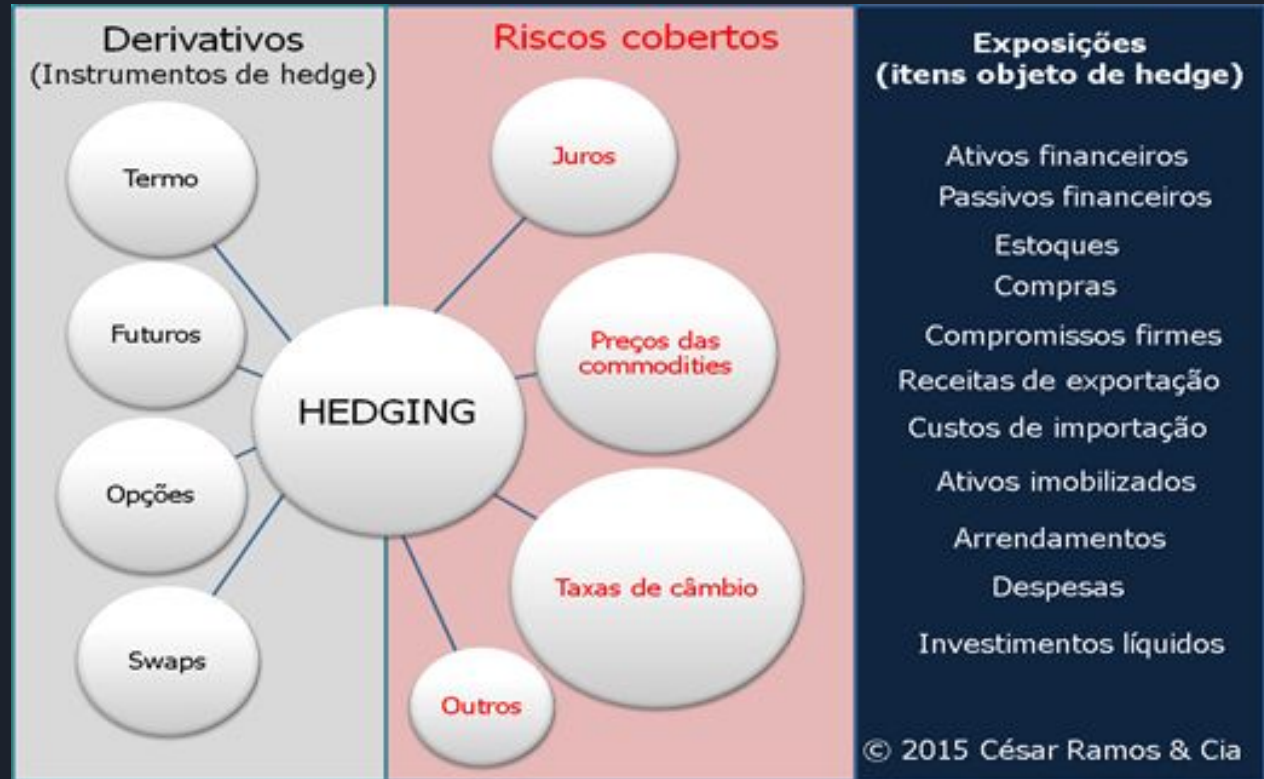
SOBRE O CONTRATO DE SWAP:

Primeiramente, o Swap é uma das modalidades do contrato de Hedge. Portanto, o Swap é uma das formas que pode assumir o contrato de Hedge, sendo também denominado de Hedge Cambial ou Swap Cambial. **Assim, o Hedge e Swap não são a mesma coisa.** Swap é apenas uma das maneiras de utilizar hedge para proteção. Em suma o Hedge está dentro de um guarda-chuva maior, onde vai se inserir a modalidade de Hedge por Swap.

OBS: DISTINÇÃO. SWAP É UMA MODALIDADE DE HEDGE

A palavra Hedge (inglês) pode ser traduzida para o português como: cobertura, limite ou barreira. Mas, no mercado financeiro o termo é sinônimo de **proteção** contra os riscos inerentes a volatilidade dos riscos existentes no mercado.

Variações dos tipos de contratos de Hedge






O SWAP:

- ➔ Modalidade de Hedge por Swap Cambial: Consiste em fixar o preço do câmbio futuro, diminuindo riscos. Fixação a taxa de câmbio em determinado período.
- ➔ O Swap cambial é uma estratégia de proteção para os riscos do mercado (volatilidade da moeda) que neutraliza a posição comprada ou vendida para que seu preço não varie.
- ➔ Objetivo: eliminar a possibilidade de perdas futuras, blindando o preço esperado do produto em relação ao dólar.



STJ Sobre os contratos de Swap

“São extremamente previsíveis, por outro lado, as variações da moeda nacional frente à norte americana, daí é que deve surgir a prudência do importador, que tem em suas mãos a possibilidade de amenizar os riscos inerentes ao negócio assumido em moeda estrangeira, mediante a contratação de seguros (operações de cobertura de hedge realizadas por meio de operações de swap) contra os efeitos das variações de câmbio” (REsp 639.170/PR, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 16.04.2007)”



Exemplo Empresa de Calçados X : compra a matéria prima com o dólar cotado a R\$ 2,50 para a entrega da produção sob um contrato a termo futuro (90 dias). Na data de venda do produto a cotação do dólar está em 2,00 reais. Portanto, a oscilação cambial acarreta prejuízo a empresa. Com o Swap, a empresa firma um contrato com uma instituição bancária travando o preço de entrega futura em 2,50, transferindo os riscos e eventuais lucros para a instituição financeira.

Cláusula Abusiva, Lesiva a Boa-Fé e Função Social do Contrato

(i) *Um limite de lucro por parte da sociedade empresária na importância de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Ou seja, uma espécie de trava de eventual prejuízo por parte da instituição financeira.*

(ii) *Para o investidor "Calçados X" não existia a mesma estipulação contratual consistente na denominada "trava" para o risco de depreciação cambial.*



VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Bancos podem Lucrar????? **Logicamente.**

O lucro é a essência de toda instituição financeira dentro de um capitalismo. Bancos podem e devem lucrar, mas não podem se valer de cláusulas abusivas (leoninas) para atingir seus propósitos. Bancos não podem se valer de ganância exacerbada e desmedida, pactuando contratos travestidos de ilegalidade. **(Capitalismo selvagem)**

Lucro é uma característica ínsita da atividade financeira, mas o desrespeito ao ordenamento jurídico não,

Banco é agente gerador de capital, não de ilegalidades



Cláusula Leonina/ abusiva

1. Imposta unilateralmente
2. Não respeito uma posição paritária.
3. Benefícios somente a uma das partes(Sinalagma)
4. Totalmente desvirtuada com a finalidade do contrato (proteção)

Estas cláusulas abusivas lesam a boa-fé, causando um grave **desequilíbrio** nos direitos e obrigações das partes em prejuízo do elo mais fraco. Numa relação de direitos e obrigações das partes contratantes, a cláusula abusiva é aquela que prejudica de forma exorbitante uma delas, ferindo o princípio da boa-fé. O abuso está no **desequilíbrio** da relação .



BOA -FÉ OBJETIVA (DEVERES ANEXOS)

Boa-fé objetiva, conceituada como exigência de conduta leal dos contratantes, está relacionada com os deveres anexos ou laterais de conduta, que são ínsitos a qualquer negócio jurídico, não havendo sequer a necessidade de previsão no instrumento negocial. São considerados deveres anexos, entre outros :

1. **Dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio**
2. Dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio
3. **Dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão**



Superior Tribunal de Justiça:

*A relação obrigacional não se exaure na vontade expressamente manifestada pelas partes, porque, **implicitamente, estão elas sujeitas ao cumprimento de outros deveres de conduta, que independem de suas vontades e que decorrem da função integrativa da boa-fé objetiva.** Se à liberdade contratual, integrada pela boa-fé objetiva, acrescentam-se ao contrato deveres anexos, que condicionam a atuação dos contratantes, **a inobservância desses deveres pode implicar o inadimplemento contratual**” (STJ, REsp 1.655.139/DF, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05.12.2017, DJe 07.12.2017)*



DISPOSITIVOS:

C.C. Art. 422. *Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e **boa-fé**.*

Art. 113. *Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a **boa-fé** e os usos do lugar de sua celebração.*



“ Toda interpretação e aplicação jurídica deve guardar um fundo de razoabilidade”.

Definitivamente, as cláusulas contratuais examinadas retiram o equilíbrio, minam a isonomia, com enorme repercussão de lesividade, afetando a própria boa-fé objetiva. Além disso, se mostram nefastas para toda coletividade, visto que tal prática cria um efeito cascata decorrente do abalo econômico que pode gerar nas empresas, impactando toda a cadeia produtiva.



VIOLAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Função social dos contratos: a palavra função social deve ser visualizada com o sentido de finalidade coletiva, sendo efeito do princípio em questão a mitigação ou relativização da força obrigatória das convenções (pacta sunt servanda), na linha de se considerar possível a intervenção do Estado nos contratos, especialmente nos casos de abuso ou de excessos de uma parte perante outra.

Aspecto da eficácia interna da função social dos contratos: considerar o contexto interno do contrato, ou seja, a existência ou não de cláusulas iníquas ou abusivas - nulas. Vedação da onerosidade excessiva ou desequilíbrio contratual (efeito gangorra) – o que pode motivar a anulação (arts. 156 e 157 do CC), a revisão (art. 317 do CC), ou mesmo a resolução do contrato (art. 478 do CC).



ENTENDIMENTO DO STJ: MITIGAÇÃO PERANTE O PACTO SUNT SERVANDA:

*E essa mitigação terá lugar quando a obrigação assumida, diante das circunstâncias postas, **mostrar-se inaceitável do ponto de vista da razoabilidade e da equidade**, comprometendo a função social do contrato e a boa-fé objetiva, valores expressamente tutelados pela lei civil e pela própria CF” (STJ, REsp 1.286.209/SP, Rel*



DISPOSITIVOS

C.C. Art. 421. *A liberdade contratual será exercida nos limites da **função social do contrato**.*

Enunciado n. 431 da 5ª Jornada de Direito Civil : *a violação do art. 421 conduz à invalidade ou à ineficácia do contrato ou de cláusulas contratuais”*

C.C. Art 2035, Parágrafo único. *Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a **função social da propriedade e dos contratos**.*



DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO CONTRATUAL:

O princípio do equilíbrio econômico e contratual é previsto no nosso Código Civil como **fundamento da lesão e a revisão ou resolução do contrato por excessiva onerosidade superveniente**, limitando também o princípio da força obrigatória dos **contratos**. Esse princípio aborda algo que foi completamente **frustrado** no caso concreto, que é a **equivalência entre prestação e contraprestação** das partes, neste caso, de forma objetiva, por não haver o **equilíbrio entre direitos e obrigações**.




DISPOSITIVO:

CC. Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.




A não Aplicação da Teoria da Obrigatoriedade dos Contratos e do Risco no Caso Concreto:

Este princípio consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes, obrigando os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Porém, **esse princípio somente pode ser aplicado aos contratos realizados em consonância com a lei.** Assim, os contratos, bem como as suas cláusulas que forem contrárias ao direito, reputam-se ilegítimos, saindo da esfera do princípio da obrigatoriedade contratual.



No contrato de swap realizado entre as partes tem-se a cláusula de trava bancária aplicada pela instituição financeira ilegítima, pois ela vai contra o objetivo principal do contrato, esperado pelo cliente, que são utilizados para dar mais previsibilidade e garantir estabilidade com relação à variação de preços, oferecendo segurança do acordado e excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes como consta no art. 187 do Código Civil.

CC. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.



Ainda quanto ao fator econômico, tem-se a ideia do risco inerente da atividade, porém, neste caso, o cliente tem por objetivo do contrato a transferência desse risco ao banco e assim, a instituição financeira comprometida com isso deve zelar pelo acordado e fazer proteção do que foi estabelecido pelas partes. Não obstante, o cliente não deve assumir nenhum risco da atividade econômica a partir do momento em que ele através do contrato, transferiu esse risco a instituição financeira, sendo ela obrigada a proteção do mesmo.



Da Revisão Contratual

Mediante o exposto, pede-se revisão contratual com anulação da cláusula de trava bancária, de modo que a instituição financeira arque com o objetivo estabelecido do contrato de swap, garantindo a segurança jurídica e contratual da Calçados X, restabelecendo a equidade e justiça contratual.

FIM!!!!!!

