

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

Nadja de Alencar Cesar Zubcov

DO CONTRATO DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA NO
ÂMBITO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Mestrado em Direito das Relações Sociais

SÃO PAULO

2012

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

Nadja de Alencar Cesar Zubcov

**DO CONTRATO DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA NO
ÂMBITO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL**

Mestrado em Direito das Relações Sociais

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais, área de Direito Civil, sob a orientação do **Professor Doutor Rogério Ferraz Donnini**.

SÃO PAULO

2012

Folha de Aprovação

A tese “**DO CONTRATO DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA NO ÂMBITO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL**”, elaborada por Nadja de Alencar Cesar Zubcov, foi defendida no dia _____ de _____ de 2012, tendo sido:

- Reprovada.
- Aprovada, mas deve incorporar nos exemplares definitivos modificações sugeridas pela banca examinadora, até 60 (sessenta) dias a contar da data da defesa.
- Aprovada.

Banca examinadora:

Área de concentração: Direito das Relações Sociais

Subárea: Direito Civil

E não há melhor meio-termo que este, bastante evidente: que a posse e propriedade deveria ser sempre estável, exceto quando o proprietário concorda em transferi-la a outra pessoa. Essa regra não pode ter consequências nocivas, nem ocasionar guerras e discórdias; pois o consentimento do proprietário, que é o único interessado, acompanha a alienação. Ao contrário, pode servir a muitos bons propósitos, adequando as propriedades às pessoas. Diferentes partes do mundo produzem diferentes mercadorias. E não apenas isso. Também diferentes homens são, por natureza, qualificados para diferentes ocupações, ao mesmo tempo em que se aperfeiçoam mais em uma ocupação quando se dedicam apenas a ela. Tudo isso exige uma troca e um comércio mútuos; por essa razão, a transferência de propriedade por consentimento se funda em uma lei do direito natural, como ocorria com sua estabilidade sem tal consentimento.

David Hume

(Tratado da natureza humana)

Agradecimentos

Para que fosse possível concluir a presente obra, reconheço que, sozinha, talvez não conseguisse. Portanto, deixo registrado, para que a memória não se apague e para que o passado seja um presente constante, minha gratidão a todos aqueles que me cercaram e que de algum modo contribuíram com suas virtudes em minha caminhada: aos meus pais, Maria Iolanda e Luiz Carlos, pelo amor, tolerância e pelo suporte econômico necessário para o meu desenvolvimento intelectual; aos meus irmãos, Luís Ricardo e Luís Renato, pelo carinho e atenção nos momentos difíceis; a minha avó, Maria Elisa, pelo amor incondicional; e ao meu noivo, Bruno Dantas, pelo apoio e incentivo incansável com que me acompanhou nessa jornada. Agradeço, ainda, a todos os meus professores e ao meu orientador, Rogério Donnini, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pelos conhecimentos transmitidos e pelo convívio produtivo.

RESUMO

O presente trabalho apresenta uma visão do desenvolvimento dos produtos comercializados; o modo de produção; o desenvolvimento do comércio, desde as trocas até as efetivas transações internacionais; a interferência do Estado nos negócios jurídicos que envolvem a transferência de tecnologia na era globalizada; e a importância da eliminação das fronteiras. Para que seja possível uma análise completa da transferência de tecnologia, necessariamente deve-se entender o seu instrumento viabilizador – o contrato –, sua evolução, seu conceito e seus requisitos. Adiante se discute a questão relativa à propriedade, primeiramente em sua concepção clássica, para que seja possível compará-la com a propriedade industrial, suas semelhanças e discrepâncias. Por fim, há que se compreender o objeto imaterial do contrato de transferência de tecnologia, o que é e as principais maneiras como pode ocorrer sua transferência. Não se olvidou o Instituto Nacional de Propriedade Industrial, responsável pelo registro desses contratos.

Palavras-chave: Comércio. Desenvolvimento. Internacionalização. Globalização. Contrato. Propriedade. Industrial. Transferência de tecnologia. Conhecimento.

ABSTRACT

The present paper presents a view of the development of commercialized products, the mode of production, the trade development, from the exchanges to effective international transactions; the interference of the State in legal businesses which involve the transfer of technology in the globalized era; and the importance of the removal of the borders. So as to make a complete analysis of the transfer of technology possible, we must necessarily understand the instrument which enables it – the contract -, its evolution, its concepts and its requirements. Later, the issue concerning property is discussed, firstly in its classical concept, so that it is possible to compare it to the industrial property, its similarities and discrepancies. Lastly, it is necessary to understand the immaterial object of the contract of technology transfer, what it is and the main ways in which its transfers may occur. The National Institute of Industrial Property, which is responsible for the registration of such contracts, has not been forgotten.

Keywords: Technology transfer. Knowledge. International contracts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1. METODOLOGIA.....	12
1.1.FASES DA INVESTIGAÇÃO E INTERDISCIPLINARIDADE	12
CAPÍTULO 2. O COMÉRCIO MUNDIAL	13
2.1.ANTECEDENTES HISTÓRICOS	13
2.2.COMÉRCIO INTERNACIONAL	16
2.3.A GLOBALIZAÇÃO	20
2.4. DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL E MODALIDADES DE PRODUÇÃO	23
CAPÍTULO 3BREVES ANOTAÇÕES ACERCA DOS CONTRATOS.....	31
3.1.EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTRATO.....	31
3.2.DEFINIÇÃO DE CONTRATO	36
3.3.PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL.....	40
3.4.FORMAÇÃO DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS.....	48
3.5.CLÁUSULAS TÍPICAS DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS.....	51
3.7.CONCEITUAÇÃO DE CONTRATOS INTERNACIONAIS	55
3.8. LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS.....	56
CAPÍTULO 4. BREVE RELATO ACERCA DO DIREITO DE PROPRIEDADE	61
4.1. O DIREITO DE PROPRIEDADE: TEORIAS	61
4.2. PRIMEIRA ETAPA: OS PRINCÍPIOS ROMANOS.....	64
4.3. SEGUNDA ETAPA: A REVOLUÇÃO BURGUESA.....	65
4.4. PROPRIEDADE PRIVADA: EVOLUÇÃO DO SEU CONCEITO	68
4.5. RAÍZES DA MODERNA CONCEPÇÃO DE PROPRIEDADE PRIVADA	72
CAPÍTULO 5. PROPRIEDADE INTELECTUAL E PROPRIEDADE INDUSTRIAL	75
5.1. O PROBLEMA DO OBJETO	79

CAPÍTULO 6. CONCEITO E APONTAMENTOS SOBRE TECNOLOGIA	89
6.1. FATORES DE DESENVOLVIMENTO DA TECNOLOGIA: CAPITAL E EDUCAÇÃO.....	90
CAPÍTULO 7. CONTRATOS DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA.....	93
7.1. EXPLORAÇÃO DE PATENTE (EP)	96
7.2. CONTRATOS DE <i>KNOW-HOW</i>	99
7.3. CONTRATOS DE <i>FRANCHISING</i>	101
7.4. EXPLORAÇÃO DE DESENHO INDUSTRIAL OU INDUSTRIAL <i>DESIGN</i> (DI)	113
7.5. USO DE MARCA (UM).....	116
7.6. FORNECIMENTO DE TECNOLOGIA (FT).....	121
CAPÍTULO 8. O INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI.....	123
8.1. ORGANOGRAMA	126
CONCLUSÃO.....	127
BIBLIOGRAFIA	130

INTRODUÇÃO

Primeiramente, cumpre compreender o cenário em que se desenvolveu a tecnologia, bem como as formas de se transmitir um bem, que nem sempre foram as mesmas.

De início, as trocas de mercadorias permitiram suprir as necessidades dos homens, pois nem tudo era possível de ser produzido por todos, devido a uma série de fatores, como naturais e pessoais, sendo que, nestes últimos, inclui-se a falta de conhecimento. Assim, o comércio se desenvolveu das trocas para as aquisições, de bens materiais a bens imateriais. No primeiro capítulo, trataremos do modo como esse fenômeno ocorreu até que fôssemos inseridos no contexto atual da globalização.

É insofismável a importância do desenvolvimento da ciência e da tecnologia no desenvolvimento econômico e, nesse ponto, o que se encontra valorizado no mercado atual é o conhecimento, capaz de gerar mercadoria e riqueza para uma sociedade, sendo oportuno anotar e observar, principalmente no primeiro capítulo do presente trabalho, que os produtos naturais sempre estiveram presentes na vida em sociedade.

Será mencionado o papel do Estado no contrato de transferência de tecnologia, que algumas vezes se apresenta de maneira protecionista, impondo barreiras para a livre circulação de um bem, o que pode ser entendido como entrave à liberdade de contratar, pois a parte interessada em contratar, em transferir uma tecnologia, buscará a outra parte em país em que as condições sejam mais favoráveis. Nesse sentido, o avanço do livre-comércio internacional é um marco significativo para o desenvolvimento das nações.

Constatada a dependência ou interdependência dos mercados e oportunizada uma breve observação acerca da influência da economia e do desenvolvimento industrial, passaremos à análise do mais importante instrumento que viabiliza o comércio – o contrato –, cuja evolução será apresentada e suas características esmiuçadas à luz do ordenamento jurídico. Destaque-se que todos os princípios aplicáveis aos contratos civis deverão ser utilizados nos contratos de transferência de tecnologia, aqui se incluindo a função social e a boa-fé, em que pese às normas específicas em matéria de transferência de tecnologia, como normas de propriedade industrial e normas tributárias. Assim, pode-se dizer que o contrato de transferência de tecnologia deverá se submeter à norma civil em prol da manutenção da unicidade do ordenamento jurídico.

No próximo ponto, será abordada a problemática do instituto da propriedade e seu objeto. Assim traremos o conceito clássico de propriedade e de objeto para, adiante, podermos

comparar com a propriedade industrial e o seu objeto imaterial. Perceber-se-á que, quando falamos de transmissão de bens corpóreos, facilmente visualizamos a tradição; por outro lado, a transmissão de um bem incorpóreo exige uma abstração, fator que possibilita sua exploração por diversos receptores de uma tecnologia, como no caso do *know-how* ou da franquia.

Oportuno verificar que, quanto às questões referentes à aquisição da propriedade industrial em confronto ou muitas vezes em sintonia com a propriedade clássica (que já trazia a teoria do trabalho e da ocupação para se adquirir a propriedade), no caso da propriedade industrial, é correto afirmar que a criação, proveniente do esforço humano, não deixa de ser um trabalho, visto que em ambos os casos é com o registro que alguém se torna proprietário, conforme assegurava Pontes de Miranda. Portanto, antes do registro, não há propriedade industrial; há direito formativo a adquiri-la.¹

Surgindo o proprietário de uma dada tecnologia, surge também o direito à exclusividade, ainda que temporário – aqui se distinguindo dos direitos reais de propriedade, a oponibilidade *erga omnes* e a faculdade de opor-se a qualquer intromissão de terceiros, podendo reivindicá-los a qualquer tempo, quando ocorrer o uso indevido.

Por fim, entraremos especificamente no conceito de tecnologia, sua importância e suas formas de materialização. Frise-se que a tecnologia pode ser definida como um conjunto de conhecimentos que podem ser aplicados na atividade produtiva, sendo que se pode ainda entender a tecnologia como a soma de fatores de produção: natureza, capital, trabalho e organização da atividade econômica. Pode ser patenteada ou não patenteada, referindo-se, as primeiras, às formas de conhecimento formalmente protegidas pelo Direito, e as últimas, aquelas que trazem consigo a importância da manutenção do segredo e que, portanto, não são patenteáveis.

A transferência de tecnologia, em meio a essas colocações, nada mais é do que um negócio jurídico por meio do qual uma das partes obriga-se a transmitir algum conhecimento que possa ser empregado no desenvolvimento ou no aperfeiçoamento de um produto. Note-se que nem sempre ocorre a transferência definitiva da propriedade (cessão), podendo apenas ser transferidos os direitos temporários para o uso (licença).

¹*Titularidade das marcas registradas*. Parte Especial, tomo XVII, Ed. RT, 4ª ed., 2ª tir., 1983, p. 54.

CAPÍTULO 1. METODOLOGIA

1.1. Fases da investigação e interdisciplinaridade

O presente trabalho compõe-se de duas fases de estudo: **a)** aspectos históricos e sociológicos; e **b)** aspectos jurídicos. A divisão proposta é de rigor metodológico e didático, objetivando-se, porém, a interconexão das referidas áreas no detalhamento dos resultados eventualmente alcançados.

A primeira fase (análise histórica e sociológica) disporá, basicamente, do método lógico-dedutivo, porquanto reclama uma crítica às teorias explicativas do direito de ação. O debate histórico e sociológico, assim, travar-se-á com a análise do desenvolvimento da “inteligibilidade” do fenômeno acerca da tecnologia que engloba necessariamente o comércio internacional, apresentando-se uma crítica ao seu potencial explicativo com parâmetro na realidade social brasileira.

Já a segunda fase consiste no estudo jurídico propriamente dito. O foco de reflexão primordial será a Constituição da República de 1988, o Código Civil e as leis especiais referentes à propriedade industrial, levando a cabo tanto uma investigação exegética, prestigiando uma ou outras formas de interpretação dos referidos textos legais, quanto dogmática, confrontando-os com a sistemática dos princípios e institutos do moderno direito civil para, enfim, desenvolver uma crítica mais autorizada em busca do *direito ideal*.

A suposição ontológica de que lança mão é subsumir o diálogo vivo e intenso entre os campos destacados, a despeito de sua peculiaridade científica e/ou epistemológica. Do cotejo das fases antes explicitadas, espera-se sobressair elementos para situar o campo no qual está inserido o contrato de transferência de tecnologia, evidenciar a necessidade de classificação adequada à realidade social brasileira, em direção analítica, compatível e plausível com o ordenamento brasileiro.

Portanto, coloca-se em relevo o caráter *interdisciplinar* da pesquisa, em que pese a repartição metodológica bipartite do problema, com vista a estabelecer uma comunicação confiável entre os flancos da investigação.

CAPÍTULO 2. O COMÉRCIO MUNDIAL

2.1. Antecedentes históricos

Ainda que um reino possa enriquecer por meio de presentes recebidos de outras nações, ou por meio de compras feitas a elas, há que observar que essas coisas são incertas e de pequena monta quando acontecem. Por conseguinte, o meio comum para aumentar nossa riqueza e nosso erário é o comércio exterior, com relação ao qual devemos sempre cumprir a seguinte regra: vender mais aos estrangeiros a cada ano do que consumimos de seus produtos em valor (MUN, Thomas. *England's Treasure by Forraign Trade*).

A frase destacada reflete a importância do comércio exterior. De fato, as grandes mudanças ocorridas na vida econômica – a chamada Revolução Comercial, ocorrida entre 1450 e 1800 – consideram os descobrimentos ultramarinos o fator responsável para que a economia semiestagnada, local e basicamente de subsistência da Idade Média passasse para o regime capitalista e adquirisse uma dinâmica de âmbito mundial.²

No começo da civilização, os grupos sociais procuravam suprir suas necessidades no mesmo local em que se encontravam, utilizando-se das coisas que podiam obter facilmente na natureza. Com o crescimento da população, esse sistema se tornou inviável. A troca de mercadorias apresentou-se, inicialmente, como uma solução, no entanto, a troca de bens por bens não encontrava equivalência para as partes interessadas, o que obrigou a criação de uma mercadoria que pudesse ser trocada por qualquer outra. Assim surgiu a moeda.³

O comércio cresceu aceleradamente, e o eixo da economia situado na Europa e na Ásia estendeu-se para os novos mundos da América e da África. Essa expansão deu origem a companhias de mercadores capazes de descobrir novas e lucrativas oportunidades. Para que fosse possível a realização de expedições para além-mar, quantias consideráveis eram necessárias, o que não se fazia por uma só pessoa. Daí surgiram as sociedades por ações nos séculos XVI e XVII.⁴

Quando surgiu a manufatura, abriram-se as portas da Revolução Industrial. A manufatura intensificou a divisão do trabalho, aumentou o nível técnico da produção e o

² BURNS, Edward McNall. *História da Civilização Ocidental: do homem das cavernas às naves espaciais*. 30.ed. – Rio de Janeiro: Globo, 1989.

³ MARTINS, Frans. *Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades empresárias, fundo de comércio*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 1 e 2.

⁴ HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 21. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, pp. 90 e 91.

tempo passou a ser mais específico. O trabalhador ainda não associava sua força produtiva ao capital.

Em 1640, a Inglaterra passou pela Revolução Inglesa, que mudou sensivelmente seu quadro político e econômico. O poder deixou de ser exercido pelo rei em termos pessoais e a aristocracia passou para as mãos da nobreza rural, a *gentry*, que apresentava afinidades com a burguesia mercantil. A burguesia chegou ao poder paulatinamente, até tomá-lo da nobreza aristocrática por volta de 1832. O liberalismo começou a surgir como filosofia política, e a burguesia implantava seu plano de governo de acordo com seus interesses econômicos.

O motor da Revolução Industrial, sem dúvida, foi o Ato de Navegação promulgado na Inglaterra, em 1651, no governo de Cromwell, que objetivava anular o predomínio holandês no setor de transportes, determinando que todos os produtos exportados para a metrópole fossem embarcados em navios ingleses. Depois dele, surgiram outros atos, como o segundo Ato de Navegação, de 1660, que confirmava o primeiro e almejava enriquecer a metrópole. As medidas revolucionaram o mercado mundial com atos eficientes e lucrativos.

Aos poucos, a Inglaterra se dirigiu para os mercados até então esquecidos, porém lucrativos, como África, Ásia e América, e a Europa deixou de ser o centro das negociações, de acordo com Karl Marx⁵:

A produção não cria somente um objeto para o sujeito, mas também um sujeito para o objeto. Logo, a produção gera consumo: 1º) fornecendo-lhe sua matéria; 2º) determinando o modo de consumo; criando no consumidor a necessidade de produção que começou por simples objetos. Produz o objeto de consumo, o modo e o instinto. De igual modo, o consumidor engendra a vocação do produtor, solicitando-lhe a finalidade de produção, sob a forma de uma necessidade determinada.

Em termos de consumo e produção, a Revolução Industrial dividiu-se em duas fases: na primeira, o mercado comandava a produção; na segunda, a produção comandava o mercado. A indústria de algodão foi a primeira a impulsionar a revolução, seguida por outros artigos em fases posteriores de desenvolvimento. O mercado interno se desenvolveu, relacionando, principalmente, as invenções, a divisão do trabalho, o aumento da produção e o crescimento demográfico. O mercado externo aumentou bem mais que o interno devido aos problemas de produção dos países que importavam os produtos ingleses.

Essa mudança, por sua vez, ocorreu em duas vias. A primeira refere-se ao produtor, que se tornou fabricante, conseqüentemente, comerciante e capitalista, e passou a se opor

⁵ MARX, Karl. *Contribuição à crítica da economia política*. São Paulo: Abril, 1975, p. 210.

à economia de base natural e agrícola e ao trabalho manual organizado pelas antigas corporações, ou seja, ao artesanato. Nessa primeira via, o produtor capitalista produzia para o mercado que desejava atingir, baixava os custos de produção e procurava realizar a ligação com o capital industrial. Seu lucro já era obtido sobre o trabalho excedente dos trabalhadores livres.

A segunda via caracteriza-se pelo comerciante manufatureiro que se apoderou da produção, mas preservou o antigo modo de produção artesanal que se desenvolveu em domicílio. Nesse caso, o produtor não está separado dos seus meios de produção e ainda está mais preso ao capitalismo mercantil⁶ que industrial.

O desenvolvimento das máquinas passou por três estágios distintos: o motor, a transmissão e a máquina ferramenta, sendo esta última a responsável pelas mudanças, pois substituiu a energia humana pela energia motriz. Com isso, surgiu a necessidade do aprimoramento da produção, o que resultou na máquina a vapor. Aos poucos, as máquinas substituíram o trabalhador, que manipulava apenas uma ferramenta, realizando sua tarefa com maior produtividade e agilidade. A máquina a vapor foi patenteada por James Watt em 1784 e gerava toda a energia necessária, consumindo apenas água e carvão.

A questão de investimentos na Inglaterra gera polêmicas no tocante à sua responsabilidade ou não pela industrialização, visto que a modernização da indústria têxtil ocorreu com poucos recursos. Entretanto, não há como negar que a industrialização foi responsável pela modernização do maquinário e dos transportes. O capital proveniente do contrabando marítimo e do comércio mercantil foi importante e decisivo para propiciar o investimento em infraestrutura, como estradas, portos, canais, enquanto que, na agricultura, pouco se investiu, fato que encontra explicação na elevação do preço da terra ou especificamente da propriedade.

É provável que a industrialização têxtil tenha funcionado tão bem graças a dois fatores: ser uma indústria basicamente familiar e reinvestir todo o lucro. A partir de 1780, quando a industrialização realmente deu um grande impulso, os bancos passaram a ter importância palpável, sobretudo em função de oferecer juros baixos e grande disponibilidade de capitais, além de atrair capitais holandeses.

⁶ Por mercantilismo, em seu sentido mais amplo, pode-se entender um sistema de intervenção governamental com o fim de promover a prosperidade nacional e aumentar o poder do Estado. Embora seja muitas vezes entendido como um programa de ordem unicamente econômica, seus objetivos eram em grande parte políticos, conforme explica Edward Mcnall Burns, em *História da civilização ocidental*, pp. 410 e 411.

O processo de industrialização alterou o crescimento demográfico, gerou deslocamento populacional, diminuiu a população rural e, conseqüentemente, ocasionou falta de espaço adequado para as indústrias nascentes.

Com o surgimento da máquina a vapor, as cidades começaram a crescer, pois, a partir delas, independentemente do fluxo natural das correntes de água, as máquinas poderiam concentrar-se nos centros urbanos mais populosos e, principalmente, nos pontos de circulação e de transportes.

Essa total evolução do sistema fabril mudou radicalmente toda a estrutura de produção: o artesanato transformou-se em manufatura, a manufatura produzia-se em fábrica e estas, por sua vez, geraram cidades que se transformaram em antros de miséria e exploração capitalista. Essas modificações ocorreram por volta dos anos 1820 e 1830.

Até a Revolução Industrial atingir um estágio tolerável de organização, era extremamente complicado trabalhar nas fábricas, pois não se aceitava qualquer espécie de indisciplina. O trabalhador que estava acostumado a gerenciar seu dia e sua produção agora tinha que ser submetido a um horário fixo, atendendo a um patrão extremamente rigoroso.

No tocante à tecelagem, a mão de obra poderia perfeitamente ser constituída de mulheres e crianças, que recebiam, respectivamente, 1/3 e 1/6 do salário de um homem. Os pais se recusavam a admitir que os filhos fossem submetidos a esses trabalhos, mas diante da situação financeira precária, não tinham opção e passavam, nas fábricas, 18 horas por dia.

No Brasil, houve um marco importante: em 1808, deu-se a abertura dos portos ao livre-comércio exterior, fato que prejudicou a rudimentar indústria artesanal que existia na colônia.

Entre a primitiva indústria artesanal da colônia e a moderna maquinofatura, decorreu um lapso temporal muito grande. A primeira estava quase destruída quando a segunda surgiu. A indústria brasileira teve seu primeiro surto apreciável no último decênio do Império – 1880/1889.⁷

2.2. Comércio internacional

Na agricultura, nem sempre o trabalho do país rico é muito mais produtivo do que o do país pobre; ou, pelo menos, não é tão fecundo como consegue ser nas manufaturas... (portanto), embora um país pobre possa competir com o rico, tanto no preço quanto na qualidade de seus produtos agrícolas, nunca

⁷ PRADO JR, Caio. *História econômica do Brasil*. 26. ed. Editora Brasiliense, 1981, p.95.

poderá aspirar tal possibilidade no que toca às manufaturas. (SMITH, Adam. *A riqueza das nações*).

O comércio internacional pode ser definido como o intercâmbio de bens e serviços entre países resultante das especializações na divisão internacional do trabalho e das vantagens comparativas dos países. De fato, o comércio internacional surgiu diante das necessidades dos mercados, primeiro, buscando as especiarias, em seguida, desejando roupas coloridas e madeira. Era a época das grandes navegações.⁸

As múltiplas funções do comércio internacional podem ser resumidas em: movimentar os capitais necessários à plena utilização dos recursos naturais nacionais e alienígenas; incrementar os movimentos de permuta e gerar um intercâmbio de empregos, de tecnologia, de *know-how* e de trabalho, algumas vezes por meio da migração da mão de obra especializada; e, finalmente, facilitar a movimentação internacional de fatores de produção e da divisão internacional do trabalho, possibilitando um efeito de distribuição de renda em nível internacional.

O cenário do comércio atual é marcado por uma densa rede de atividades e investimento internacional. Ao analisar essa situação, Vera Thorstensen afirma:

A mais importante consequência desse novo cenário é o fim das fronteiras entre políticas domésticas e políticas externas, principalmente a de comércio externo. Tal fato exige que o comércio de bens e serviços e o investimento passem a ser coordenados em níveis multilaterais e que as regras de conduta dos parceiros comerciais passem a ser controladas e arbitradas também em nível internacional.⁹

Destaca-se, portanto, a importância das negociações multilaterais, como a formação de blocos econômicos e dos organismos internacionais, como a Organização Mundial de Comércio (OMC), a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), o Fundo Monetário Internacional (FMI), a Organização Mundial do Comércio, dentre outros.¹⁰

⁸ Cf. ALMEIDA, Mario de. *O comércio no Brasil – Iluminando a memória*. Confederação Nacional do Comércio, Rio de Janeiro, 1995.

⁹ A OMC – Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre comércio, meio ambiente e padrões sociais. Brasília: UnB, maio 1998. Disponível em <<http://www.ftp.unb.br>> Acesso em setembro de 2011, p. 1.

¹⁰ Segundo Reinaldo Gonçalves: “O objetivo central da OMC, assim como o do GATT, não é promover o ‘livre-comércio’, segundo a percepção frequentemente difundida na imprensa e até mesmo nos meios políticos e acadêmicos. A OMC é uma instituição internacional que tem como objetivo a regulação do sistema mundial do comércio por meio de um conjunto de princípios, acordos, regras, normas, práticas e procedimentos. Conforme os próprios documentos oficiais da OMC, ‘não é uma instituição livre-cambista’, sendo mais correto afirmar que a OMC envolve um sistema de regras dedicadas à concorrência aberta, justa e não distorcida do sistema mundial

Essa intensificação do comércio internacional pode ser entendida sob diferentes óticas. Do ponto de vista de seus objetivos, podem: tornar a divisão internacional do trabalho mais lucrativa; intensificar a concorrência entre produtores de mercadorias similares às que são importadas; diminuir as oscilações da economia, já que o mercado se torna menos restrito, e melhorar a distribuição de renda.

Em síntese, o objetivo teórico do comércio internacional é o bem-estar dos povos por meio da renda, que é aumentada em função do comércio. Esse interesse de trocas leva os países a expandirem sua produção, sobretudo aquela em que apresentam vantagem competitiva, e a diminuir a produção dos bens em que apresentam desvantagem comparativa. Dessa maneira, a situação ideal para o bem-estar dos povos é aquela que supõe que o valor das exportações é igual ao valor das importações com perfeito equilíbrio no balanço de pagamentos.

O comércio internacional tornou-se necessário porque nenhum país dispõe de todos os recursos naturais, logo, a busca para suprir os mercados nacionais ultrapassou as fronteiras, o que parece ser a lógica da criação dos produtos que servem para a própria subsistência do homem ou para a troca.

Assim, no tocante às barreiras que se apresentam diante da comercialização mundial, pode-se citar o protecionismo, em que o Estado apresenta seu viés intervencionista¹¹, sendo as decisões impostas pelos burocratas estatais. O governo dita a política comercial, externa e interna, controla as importações e exportações com o propósito de proteger sua indústria da concorrência, criando barreiras alfandegárias e outras não alfandegárias.

A mais comum de todas as armas utilizadas pelas correntes protecionistas é a tarifa aduaneira (Barreira Tarifária), que se constitui de restrições alfandegárias estabelecidas por um país, principalmente por imposições tributárias.

Um dos problemas do protecionismo é que ele pode impedir o progresso tecnológico das indústrias, fator que conseqüentemente afeta a economia. Deve-se observar que a palavra é “pode” impedir, pois é de suma importância analisar o exemplo dos Estados Unidos da América que, na ânsia de alcançarem independência e libertarem-se das vicissitudes da Europa, apoiaram-se na política protecionista, tanto nos estágios iniciais de crescimento do

de comércio” (in *O Brasil e o comércio internacional: transformações e perspectivas*. 2.ed. São Paulo: Contexto, 2003, p. 15.)

¹¹ Acerca do intervencionismo, Fábio Nesdeo explica que a intervenção estatal no mercado denomina-se sistema econômico dual ou misto, manifestando-se de quatro maneiras: i – direção, ii – absorção, iii – participação e iv indução; e fazendo com que efetivamente ocorra uma integração no sistema econômico e não propriamente uma intervenção que apresenta uma ideia de transitoriedade. (*Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.)

setor industrial quanto de cada indústria individual, sendo correto afirmar que o protecionismo, neste caso, aumentou a taxa de lucro e possibilitou o acelerado desenvolvimento industrial.¹²

Gilberto Dupas afirma que a estratégia geral do capital é de pressão para o abandono de qualquer protecionismo e, por outro lado, todos os Estados resistem ao abandono do protecionismo, pois almejam defender seus mercados de concorrências externas que o prejudiquem.^{13 14}

Não obstante a proteção que os Estados, em menor ou maior escala, oferecem aos seus mercados, tornou-se imperiosa a abertura de seus mercados para que pudessem atuar de maneira competitiva e para que essa postura fosse efetivamente adotada. Foi possível perceber as transformações políticas, econômicas e sociais que ocorreram para que houvesse a criação de um mercado sem fronteiras.

Nesse processo, ocorreram privatizações de empresas públicas, desmantelamento de monopólios, constituição de zonas de livre-comércio, alargamento da ideia de economia de mercado para os países do leste europeu, harmonização do sistema financeiro internacional, eliminação de barreiras ao comércio internacional, entre outros, que fizeram com que as diferentes nações adotassem o mesmo estilo de vida, tivessem os mesmos gostos e costumes.¹⁵

Assim, as empresas passaram a ter atuação internacional e os Estados passaram a se unir em blocos econômicos, como o Mercado Comum Europeu, nas décadas de 1980 e 1990. Nos países latino-americanos, esse “choque” de concorrência provocado por processos de abertura econômica acarretou uma profunda alteração do seu ambiente empresarial, caracterizado por empresas acostumadas à baixa competição e sem preocupação com a qualidade dos serviços prestados. A concorrência interna oferecida por produtos e serviços de

¹² Cf. SCHUMPETER, Joseph A. *Ensaio*. Empresários, inovação, ciclos de negócio e evolução do capitalismo. Tradução de Maria Inês Mansinho e Ezequiel de Almeida Pinho. Oeiras: Celta Editora, 1996, pp. 152 e 153.

¹³ *Atores e poderes na nova era global: assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação*. São Paulo: Editoras Unesp, 2005, p. 113.

¹⁴ Ainda nesse sentido, oportuno registrar o exemplo apresentado pelo autor, Gilberto Dupas, que ilustra as reações de um grupo de deputados norte-americanos e de Pierre Lamy (então comissário do comércio da União Europeia), quando de visita ao Brasil: “Os congressistas tentavam justificar as taxações de mais de 70% sobre o valor do aço brasileiro exportado aos Estados Unidos. Explicavam que seu país é uma democracia muito sensível aos apelos de seus cidadãos e empresários contra a concorrência externa e que era dever do Congresso defender seus trabalhadores contra os riscos da globalização. Lamy, por nós informalmente estimulado a justificar – após conferência na USP – os enormes subsídios que a França concedia a seus produtos agrícolas, reagiu de maneira semelhante, dizendo tratar-se de obrigação de seu país de proteger seus ‘camponeses’ dos efeitos perversos da mundialização.” (*Atores e poderes na nova era global: assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação*. São Paulo: Editoras Unesp, 2005, p. 113).

¹⁵ ANTUNES, José Augusto Q. L. Engracia. *Os grupos de sociedades*. Coimbra: Almedina, Portugal, 1993, p. 10.

países estrangeiros, principalmente do Primeiro Mundo, fez reduzir o mercado potencial para os produtos e serviços nacionais, antes praticamente cativos, fator que contribuiu fortemente para a promoção de mudanças que ocorreram por meio de programas de estabilização econômica e processos audaciosos de abertura da economia, surgindo, no início da década de 1990, o Mercosul.¹⁶

A integração desempenha um papel importante na busca de ganhos de eficiência, com vistas a uma crescente competitividade da região nos mercados internacionais e na transformação de seus sistemas produtivos, revertendo o processo da perda de espaço comercial, da redução do fluxo de investimento e das dificuldades de acesso à tecnologia. Porém, a viabilização de qualquer processo de integração econômica está diretamente vinculada à iniciativa das empresas dos países envolvidos, no sentido de atuarem competitivamente num mercado regional e/ou global.

2.3. A globalização

É importante distinguir a globalização da internacionalização e da transnacionalização. A internacionalização teve início com as navegações, responsáveis pela expansão da cultura e da economia para outros mercados, enquanto a transnacionalização refere-se à criação de organismos, empresas e movimentos cuja sede não se encontra exclusivamente em uma nação. A globalização adveio da intensificação dos dois processos.¹⁷

¹⁶ Tratado de Assunción para a constituição de um mercado comum entre a República Argentina, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai. Assunción, 26 de março de 1991.

¹⁷Vale conferir: “A possibilidade de situar a origem da globalização na segunda metade do século XX advém da diferença entre esta, a internacionalização e a transnacionalização. A internacionalização da economia e da cultura tem início com as navegações transoceânicas, a abertura comercial das sociedades europeias para o Extremo Oriente e a América Latina e a conseguinte colonização. Os navios levaram aos países centrais objetos e notícias desconhecidas na Espanha, em Portugal, na Itália e na Inglaterra. Desde as narrações de Marco Polo e Alexandre Von Humboldt até os relatos dos imigrantes e comerciantes do século XIX e início do XX, tudo foi sendo incorporado ao que hoje chamamos mercado mundial. Mas a maioria das mensagens e bens consumidos em cada país era produzida em seu interior, o tumulto de informações e objetos exteriores que enriquecia a vida cotidiana devia passar por alfândegas, submeter-se a leis e controles que protegiam a produção local. [...] A transnacionalização é um processo que se forma mediante a internacionalização da economia e da cultura, mas que dá alguns passos além a partir da primeira metade do século XX, ao gerar organismos, empresas e movimentos cuja sede não se encontra exclusivamente nem predominantemente em uma nação. A Phillips, a Ford e a Peugeot abarcam vários países e se movem com bastante independência em relação aos Estados e às populações a que se vinculam. Não obstante, nesse segundo movimento, as interconexões ainda trazem a marca das nações originárias. Os filmes de Hollywood transmitiram ao mundo a visão americana das guerras e da vida cotidiana, as telenovelas mexicanas e brasileiras emocionaram italianos, chineses e muitos outros com a maneira como as nações produtoras concebiam a coesão e as rupturas familiares. A globalização foi-se preparando nesses dois processos anteriores por meio de uma intensificação das dependências recíprocas (BECK, 1998), do crescimento e da aceleração de redes econômicas e culturais que operam em escala mundial e sobre uma base

Pode-se considerar que o atual processo de globalização¹⁸ iniciou-se com a assinatura da Carta do Atlântico¹⁹ em 14 de agosto de 1941 pelos governos dos Estados Unidos e do Reino Unido, representados respectivamente por Franklin D. Roosevelt e Sir. Winston Churchill, consolidada na Conferência de Yalta, em 1945, com a nova ordem econômica traduzida na globalização e nos blocos econômicos.

A globalização, segundo apontam especialistas, determinaria as novas formas de estruturação da sociedade capitalista. Observa-se que o fenômeno da globalização resulta da conjunção de três forças poderosas: 1) a terceira revolução tecnológica; 2) a formação de áreas de livre-comércio e blocos econômicos integrados; e 3) a crescente interligação e interdependência dos mercados física e financeira em escala planetária.

Segundo Antônio Corrêa de Lacerda, globalização é um fenômeno que tem relações econômicas em todos os países, sendo impulsionado a partir da microeconomia. Proporciona avanços tecnológicos que resultam na substituição de técnicas antigas por novas que, conseqüentemente, ocasionam alterações no sistema produtivo.²⁰

A globalização integrou todos os tipos de mercados, ocasionou reestruturações nas indústrias e a maximização dos mercados de bens, de serviços e de capital, devido à microeletrônica que se inova constantemente. Esse processo proporcionou o aumento do número de empresas, que passaram a atuar tanto nacional quanto internacionalmente, aumentando a competitividade entre elas, que buscam cada vez mais melhorar o sistema produtivo com vista a alcançar mais qualidade e rapidez.

Apesar dos benefícios que essa hegemonia global proporciona, o seu viés se mostra na economia como aumento do desemprego. Com a implantação da microeletrônica, as empresas aumentaram sua produção, porém substituíram os funcionários pelas máquinas. A

mundial.”(CANCLINI, Néstor García. *A globalização imaginada*. Tradução de Sérgio Molina. Editora Iluminuras Ltda. São Paulo, 2003, pp.41 e 42).

¹⁸ Por globalização, esclarece Antonio Colomer: “Este fin de siglo tiene algunas claves decisivas, una de ellas es la ‘globalización’ que supone una profunda interdependência planetária, de la economía y la comunicación para alcanzar una sociedad mundial más homogênea.”(*La globalización y el nuevo orden jurídico. La soberanía de los Estados y las nuevas relaciones internacionales*. COLOMER VIADEL, Antonio (coord.). *El nuevo orden jurídico internacional y La solución de conflictos*. Madrid: Instituto Intercultural para La Autogestión y La Acción Comunal – INAUCCO/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 13).

¹⁹ Antonio de Jesus da Freitas Junior elucida: “En la Carta, que estableció los principios comunes de las respectivas políticas nacionales de los signatários, encontramos la raíz de la actual oleada globalizadora, pues allí verificamos la presencia de principios actualmente aplicados por los países del Norte y reivindicados por los del Sur del planeta, como por ejemplo la promoción del acceso em términos de igualdad al comercio y a las materias primas del mundo que sean necesarios para su prosperidad económica, el derecho a que todos los hombres recorran libremente los mares y Océanos sin obstáculos y el establecimiento de un sistema global y permanente de seguridad general. Una seguridad que no signifique tan solo la ausencia de guerra, sino también la seguridad económica para la prosperidad de todos los pueblos del mundo.” (in *El médio ambiente em el marco constitucional de los países del mercosur*. Valencia: Nomos, 2003, pp.776-768).

²⁰ *O impacto da globalização na economia brasileira*. 4 ed. São Paulo: Contexto, 1999, p. 18.

mão de obra perdeu sua importância, pois as atividades são realizadas com o uso constante da tecnologia – o computador passou a executar mais da metade das tarefas. Sendo assim, a necessidade de utilização de mão de obra e de recursos naturais diminuiu, visto que tanto um quanto outro somente são utilizados quando a tecnologia não pode concluir a tarefa sozinha. Vale o reforço de Antônio Corrêa de Lacerda:

Do ponto de vista comercial, a globalização refere-se à expansão dos fluxos de comércio num contexto de acirramento da concorrência em âmbito internacional. Do ponto de vista financeiro, está definida pela expansão dos fluxos financeiros internacionais e, na esfera produtiva, está ligada ao incremento dos fluxos de investimentos estrangeiros diretos.²¹

Nesse sentido, nota-se a importância dos EUA, responsáveis pela reestruturação industrial dos países da OCDE com sua política de pagamentos e com a tentativa de padronizar o dólar na economia mundial.²²

Diante da mundialização do comércio entre as empresas e da pequena participação brasileira nesse importante mercado, em que pese o Brasil já ter se tornado um *player* no cenário mundial, é correto dizer que o país ainda precisa melhorar sua participação no comércio mundial. Entretanto, não se trata, apenas, de exportar mais, mas sim de exportar melhor, com maior agregação de valor. Para tal, o aumento da competitividade significa, antes de tudo, a adoção de políticas macroeconômicas adequadas, políticas setoriais para melhorar a qualidade, a incorporação tecnológica, o *design*, o *marketing*, o ingresso nos canais de distribuição, o aumento da agregação de valor.

Segundo Nali de Jesus de Souza²³, uma política de industrialização necessita: a) de investimentos em educação e no treinamento da mão de obra; b) de investimentos em infraestrutura econômica, como comunicações e transportes; c) da disponibilidade de divisas para as importações necessárias ao desenvolvimento econômico.

O princípio da seleção das indústrias, de acordo com suas características, se refere à impossibilidade de implementar todo tipo de indústria em todos os pontos do território, levando-se em consideração limitações técnicas (mão de obra, insumos industriais, matérias-primas agrícolas) e incapacidade financeira e tecnológica.

²¹ *O impacto da globalização na economia brasileira*. 4 ed. São Paulo: Contexto, 1999, p. 27.

²² *O impacto da globalização na economia brasileira*. 4 ed. São Paulo: Contexto, 1999, pp. 39 e 40.

²³ SOUZA, Nali de Jesus de. *Desenvolvimento econômico*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 206.

Para Antônio Corrêa de Lacerda²⁴, os países em desenvolvimento tornaram-se competitivos no mercado internacional e na produção de manufaturados por utilizar mão de obra desqualificada, o que barateou os produtos e facilitou a importação por parte dos países desenvolvidos. Com isso, os países desenvolvidos tiveram sua economia prejudicada, pois essas importações causavam diminuição da produção interna, o que, conseqüentemente, gerava desemprego. Mesmo assim, a importância dos países em desenvolvimento ainda é muito pequena, a ponto de não assustar os países avançados.

Por fim, convém perceber que a característica mais acentuada da globalização é permitir que o capital financeiro se movimente com liberdade no que contrasta com o fluxo de pessoas, que ainda é rigorosamente controlado. Isso porque o capital é essencial à produção. Os diversos países estão em constante competição para atraí-lo, o que inibe os Estados de tributá-lo e regulá-lo.²⁵

2.4. Desenvolvimento industrial e modalidades de produção

No mundo moderno, dominado pela sociedade de consumo, a indústria aparece como o mais importante dos setores da economia, pois provoca o desenvolvimento de atividades que lhe são complementares, como as fornecedoras de matérias-primas e as de energia, e ainda cria oportunidade de emprego à mão de obra menos qualificada (forçando a sua qualificação), produz capitais e estimula o desenvolvimento do comércio, dos transportes e dos serviços. Assim, sua importância coloca os países e as regiões industrializadas em pleno desenvolvimento, deixando aqueles países que não fizeram sua industrialização dependente dos outros que investiram em um parque industrial avançado.

É possível perceber que os países mais desenvolvidos são os industrializados, enquanto os com menor progresso são produtores de alimentos e de matérias-primas. O domínio econômico da indústria e a dependência dos demais setores econômicos desse domínio industrial é um fato recente na vida da humanidade e vem se desenvolvendo desde a Revolução Industrial, que ocorreu na Inglaterra, na segunda metade do século XVIII, e vem crescendo cada vez mais e de forma dinâmica pelo mundo.

²⁴ *O impacto da globalização na economia brasileira*. 4. ed. São Paulo: Contexto, 1999, p. 68.

²⁵ SOROS, George. *Globalização*. George Soros; introdução especial do autor para a edição brasileira; tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2003, pp.44 e 45.

No Brasil, antes que a industrialização se desenvolvesse, o artesanato teve um papel importante, principalmente dos fabricantes de móveis, calçados, selas e arreios para animais, bem como de reparos de automóveis, etc. Essas oficinas atendiam a uma ponderável clientela, antes que as fábricas pudessem, com a sua produção em massa, satisfazer a demanda existente.

A fase industrial caracteriza-se pela fabricação de objetos em grandes quantidades, empregando máquinas em galpões, que são grandes estabelecimentos de propriedade de empresas que aplicam grandes capitais. Nesse sistema, o produto perde as características pessoais do seu fabricante – característica do artesanato – porque, feito pela máquina, é totalmente igual a uma série de outros objetos que saíram da mesma máquina ou de máquinas semelhantes. Sendo a produção feita em série e ocorrendo o grande emprego de capital, o industrial procura aumentar cada vez mais a oferta com o objetivo de tornar a sua produção menos onerosa e, vendendo bastante, ter um lucro maior.

O processo de desenvolvimento industrial começou no fim do século XVIII e início do século XIX. A partir daí, houve a necessidade de buscar maneiras de melhor controlar os gastos, a produtividade, o trabalhador e o retorno financeiro. Assim, pode-se observar que, no decorrer do tempo, surgiram diversos tipos de modelos e sistemas de produção industrial, um tipo sempre superando o outro de acordo com o momento histórico e suas respectivas necessidades.²⁶

É correto afirmar que à medida que aumenta a complexidade da sociedade e seu nível de desenvolvimento, maior é a diferenciação de tarefas. Quando a sociedade passou do artesanato à manufatura, a divisão do trabalho aumentou, pois, enquanto no artesanato cada produtor produzia o mesmo produto realizando toda a mesma série de operações, na manufatura, cada produtor realiza uma parte do trabalho, sendo uma diferente das outras, de maneira a se alcançar entre todas o produto. Na produção capitalista, a inserção da máquina torna a produção ainda mais complexa, pois já não é o homem que trabalha o objeto para obter o produto, e sim a máquina.²⁷

²⁶ Segundo Eduardo Fioravante: “Um modo de produção é uma combinação específica de diversas estruturas e práticas que, em combinação, aparecem como instâncias ou níveis, isto é, como estruturas regionais com uma autonomia e dinâmica próprias, ligadas a uma unidade dialética. Um modo de produção compreende três níveis ou instâncias: a economia ou infraestrutura, a política-jurídica e a ideológica. Estas duas últimas constituem a superestrutura. Entende-se que se trata de um esquema abstrato indicativo que é constituído para efeito de análise, e que é possível adotar outro com diferentes instâncias.”(in *Conceito de modo de produção*. Coordenação e tradução de Philomena Gebran. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978, p. 31).

²⁷ FIORAVANTE, Eduardo e outros. *Conceito de modo de produção*. Coordenação e tradução de Philomena Gebran. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978, p. 39.

Interessante observar o desenvolvimento industrial no Taylorismo, que teve início no começo do século passado e tinha como objetivo principal dinamizar o trabalho na indústria. O criador desse sistema produtivo foi Frederick Taylor, que acreditava na especialização de tarefas, ou seja, o trabalhador desenvolvia uma única atividade, como colocar os faróis nos automóveis, sem conhecer os procedimentos das outras etapas da produção, no monitoramento do tempo gasto para a realização de tarefas e na premiação daquele que tivesse grande rendimento em seu trabalho. O Taylorismo foi desenvolvido na empresa Ford, criada por Henry Ford, na década de 1920, para atender o consumo de massa. A ideia central dessa modalidade produtiva era a instalação de esteiras sem fim na linha de montagem, sendo que, à medida que o produto se deslocava na esteira, o trabalhador exercia sua função. Nota-se que essa divisão de tarefa objetivava diminuir o tempo gasto no trabalho, aumentar a produtividade e diminuir o custo de produção.

Nessa seara de análise das indústrias automobilísticas, há que constar o sistema de produção criado no Japão, na década de 1970, baseado na informática e na robótica²⁸, em que o trabalhador não ficava limitado a uma única função (diferentemente das modalidades supracitadas), mas desenvolvia diversas atividades na produção. Foi criado também o conceito de *just-in-time*, que significa produzir dentro de um tempo estipulado. Esse sistema de produção foi utilizado na fábrica da Toyota.

No fim do século passado, a novidade foi a conciliação da execução manual com a automação, que surgiu como modelo de organização e gerenciamento na produção industrial. Foi introduzido na fábrica da Volvo e apresentava um grande investimento no trabalhador, com treinamentos e cursos de aperfeiçoamento, para que fosse possível que um operário conseguisse produzir por completo um veículo em todas as etapas. Dessa maneira, incentivava e valorizava a criatividade pessoal do trabalhador e buscava preservar sua saúde física e mental. Assim, pode-se dizer que houve uma valorização do capital humano.²⁹

Vale lembrar que o aparecimento da agricultura foi a primeira etapa para o desenvolvimento social humano, sendo a Revolução Industrial a segunda, e a partir daí avalia Alvin Toffler que a história da humanidade é como uma sucessão de ondas de mudança em marcha, as quais focalizam a nossa atenção não apenas para as continuidades históricas (por

²⁸ Segundo Michael E. Porter: “O Japão era o maior produtor e exportador de robôs industriais do mundo em 1987. Cerca de 300 companhias japonesas produziam 300 bilhões de ienes (cerca de US\$ 2,3 bilhões) de robôs. As empresas japonesas produziam mais de 50% dos robôs industriais em meados da década de 1980. As exportações japonesas de robôs eram, de longe, as maiores do mundo e cresceram rapidamente. Cerca de 20% da produção (ou 60 bilhões de ienes) eram exportados.” (in *A vantagem competitiva das nações*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Campus, 1989, p. 264).

²⁹ Cf. FREITAS, Eduardo. *Modalidades de produção industrial*. Disponível em: <<http://www.brasile scola.com/geografia/modalidades-producao-industrial.htm>>. Acesso em setembro de 2011.

mais importantes que sejam), mas também as discontinuidades, ou seja, as inovações e interrupções.³⁰

Resumindo, pode-se afirmar que a Revolução Industrial trouxe consigo regras que consistem em seis princípios inter-relacionados, quais sejam: padronização; especialização; sincronização; concentração; maximização e centralização. Nascendo naturalmente da desunião da produção e do consumo, estes princípios afetavam todos os aspectos da vida.³¹

A concentração financeira pode ser feita de forma horizontal, em que um grupo aplica capitais em diversas unidades produtivas que não se complementam. Mas existe também a forma vertical, em que há integração da atividade industrial, procurando dirigir a produção desde as atividades primárias até a produção dos artigos mais sofisticados.

É conhecido que o desenvolvimento das economias industriais está relacionado com o crescimento das indústrias de bens de capital, onde se encontram a indústria pesada ou de base, que podem ser: a indústria química, de cimento, de aço, etc. Essa indústria pesada dá condições para que o setor que produz bens de consumo possa se desenvolver, fornecendo os insumos mais importantes de que as indústrias de produtos de consumo vão precisar. Qualquer país cuja economia é pouco desenvolvida no setor de bens de capital terá dificuldades para obter uma acumulação capitalista equilibrada. A fase de mudança para o modelo capitalista de produção nos países mais pobres é bastante lento e penoso, com fases de crescimento de várias formas econômicas mistas, ou seja, que misturam elementos de produção modernos e antigos.

No Brasil, a economia capitalista e as outras economias que cresciam paralelamente assimilavam apenas uma porção da mão de obra que era jogada no mercado devido à superpopulação agrícola e à decadência das formas econômicas do passado. Isso estimulou a reprodução da pior espécie dos tipos pré-capitalistas de exploração, cujas deterioração e decomposição definitiva chegaram muito tarde. Como exemplo, pode-se citar o emprego de trabalho forçado na Amazônia durante o ciclo da borracha no final do século XIX.

O modelo de industrialização por substituição de importações trouxe para a indústria brasileira um progresso bastante rápido, criando boa parte da renda interna no país. Como resultado da crise e das fortes desvalorizações do câmbio, ocorreu uma redução das importações e um crescimento da produção interna, ou seja, passou-se a produzir no país o

³⁰ Alvin Toffler assim explica: “Começando com a simplíssima ideia de que o aparecimento da agricultura foi o primeiro ponto decisivo do desenvolvimento social humano, e de que a revolução industrial foi a segunda grande ruptura, olha cada um destes acontecimentos não como um discreto evento no tempo, mas como uma onda de mudança avançando a uma certa velocidade.” (in *A terceira onda*. São Paulo: Editora Record, 2001, p. 27).

³¹ TOFFLER, Alvin. *A terceira onda*. São Paulo: Editora Record, 2001, p. 59.

que antes vinha do exterior. Enquanto aumentava a produção interna de bens de consumo, que no passado eram importados, crescia também a importação dos bens intermediários e de capital, necessários para essa produção, que de início atendia às necessidades mais imediatas dos consumidores.

A economia brasileira, mesmo com um progresso a partir dos anos 1930, devido à depressão que possibilitou o crescimento da indústria interna³², ainda tinha uma indústria pouco fortalecida, baseada nos setores de bens intermediários e de bens de capital que conseguiram alcançar um maior desenvolvimento com vistas a atender as necessidades prementes da sociedade.

O modelo de industrialização por substituição de importações também foi delineado pela Comissão Econômica para a América Latina (Cepal), organização da ONU criada em 1948. Pela análise da Cepal, as relações comerciais entre os países exportadores de matérias-primas com os países desenvolvidos eram marcadas pelas trocas precárias. Os produtos primários tinham preço sempre abaixo dos produtos industrializados, o que obrigava os países latinos a exportar maiores quantidades para compensar suas importações. Dessa forma, quando ocorriam conflitos mundiais e com a Grande Depressão, o relacionamento de trocas comerciais ficou prejudicado e, por isso, surgiu a necessidade de um desenvolvimento voltado para a industrialização interna.

Portanto, o grande motor do processo de substituição de importações é o estrangulamento externo, que poderia ser recorrente e relativo. Recorrente, quando havia a repetição do processo de substituição de importações. Relativo, porque o desequilíbrio externo não poderia impor um limite completo às importações para manter um mínimo em investimentos e a ampliação da capacidade produtiva do país. Assim, os estrangulamentos funcionavam como estimuladores e limitadores ao investimento industrial. Dessa forma, na medida em que a produção e o investimento cresciam em setores específicos, outros setores eram estrangulados, o que determinava que as importações suprissem a demanda por bens desses outros setores. Isso gerava novos investimentos no Brasil para substituir essas importações que estavam sendo feitas.

Após o fim dos anos 1980, o Brasil começou a entrar no processo de globalização internacional. Como já dito, a globalização tem relações econômicas em todos os países, é impulsionada pela microeconomia, proporciona avanços tecnológicos que resultaram na

³² Sobre o tema relativo à industrialização do Brasil na década de 1930, vale conferir: BAER, Werner. *A industrialização e o desenvolvimento econômico no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1977, pp. 16 a 21.

substituição de técnicas antigas por novas e que, conseqüentemente, ocasionaram alterações no sistema produtivo.

A indústria brasileira sofreu grandes alterações nos preços das matérias-primas, gerando desequilíbrio no comércio internacional e na produção industrial. Assim, houve uma divisão na produção em massa e deu-se a internacionalização das empresas americanas, europeias e japonesas, devido ao esgotamento do padrão produtivo e organizacional.

Em 1973, a desaceleração no crescimento industrial nos países capitalistas foi devido aos fatos citados anteriormente e somente a partir de 1983 ocorreu nova fase de crescimento na atividade industrial e no comércio internacional. Então, países em desenvolvimento aumentaram as suas exportações e reduziram suas importações devido ao desempenho das economias da América Latina. Na década de 1980, as indústrias de papel, química, máquinas e equipamentos foram as que melhor se desenvolveram, em contradição com os setores têxtil e minerais, não metálicos e metalúrgicos. Houve um avanço nas decisões de produção com gerência em tempo real dos processos e em relação aos trabalhadores, bem como alianças de empresas concorrentes em busca de inovação de tecnologia e de domínio de mercado.

Em 1980, EUA, Alemanha e Japão representavam um percentual significativo, cada um, no valor de produção da indústria de processamento. Por sua vez, as de montagem aumentaram sua participação no produto e emprego. Mas as indústrias de processamentos e manufaturas caíram, proporcionando aos países industrializados crescimento na montagem. Os EUA não foram tão afetados, ao contrário do Japão e da Alemanha, onde era intensa a indústria. Mas foi a Alemanha que teve uma maior redução. A área automobilística era a mais importante para os três, apesar de os EUA serem ainda o menor nesse setor, assim como em eletroeletrônico.³³

A divisão do trabalho ocorreu devido à Terceira Revolução Industrial. O Japão conseguiu, em todos os setores, sucesso na estratégia de divisão, por isso teve avanço em um novo sistema manufatureiro para a produção mundial e filial internacional de indústria, comércio e bancos. Com essa evolução, a economia japonesa teve uma superioridade na divisão do trabalho, o que se tornou um desafio para a economia dos EUA. A Alemanha, por sua vez, manteve a função no sistema econômico europeu.

Para melhor compreender a questão da industrialização e da economia no século XX, é necessário mencionar e analisar o ciclo de Kondratiev. Para a economia, o ciclo de Kondratiev tem um período de duração determinada (de 40 a 60 anos), correspondente ao

³³ *O impacto da globalização na economia brasileira*. 4. ed. São Paulo: Contexto, 1999, p. 49.

retorno de um mesmo fenômeno. Esse ciclo apresenta duas fases: uma fase ascendente (fase A) e uma fase descendente (fase B). Afirmam os especialistas que essas flutuações de longo prazo seriam características da economia capitalista.

Segundo Ignacio M. Rangel³⁴, a ditadura militar insere-se num período claramente definido na história do Brasil e na história do capitalismo mundial. Analisando os ciclos de Kondratiev, o autor ressalta que ela se localiza no decênio final da fase “a” (período declinante, de crise, de transição) do quarto ciclo longo e ao primeiro decênio da fase “b”. Para o autor, embora o Brasil não fizesse parte do centro dinâmico da economia mundial (área em que engendram as flutuações econômicas estudadas como ciclos longos ou ciclos de Kondratiev), já se mostrava, naquela década, muito sensível a esses movimentos. Assim, diz o autor que, quando a economia mundial entra em recessão (períodos de meio século), a economia nacional tem que se esforçar para se ajustar ao novo estado de coisas.

Observa-se que os quase dez anos de hiato/inércia do crescimento industrial brasileiro referentes aos anos de 1973 até início dos anos 1980 também são explicados, ainda segundo Rangel, pelos ciclos de Kondratiev. Observa o autor que, até o ano de 1973, o país viveu uma conjuntura extremamente favorável, resultante da coincidência da fase “a” do seu ciclo endógeno com a etapa final da mesma fase “a” do quarto ciclo longo. Explica, pois, que, a partir de 1973, o mundo capitalista entrou na fase recessiva do quarto ciclo de Kondratiev.

Com efeito, conforme o autor, de suas curvas podia-se inferir que, passados três lustros, ou pouco mais, o capitalismo superaria sua crise, voltando a prosperar.

As considerações do autor sugeriram, na época, que mudanças institucionais adequadas podiam trazer, a países como o Brasil, uma retomada enérgica do crescimento, ainda nos seis ou oito anos finais plausíveis da fase “b” do Quarto Kondratiev. Assim, o Brasil poderia arquitetar um ambicioso plano de desenvolvimento, à base de investimentos nos grandes serviços de utilidade pública e aplicação de tecnologia já provada noutros países, e ao nosso alcance, à vista dos recursos acumulados na primeira etapa de nossa industrialização, principalmente até 1980, de potencial e material claramente subaproveitado.

Existem dois lados do processo de globalização: um positivo e outro negativo. O impacto dessa globalização pode ser positivo quando considerados os valores éticos dos direitos das crianças, de direitos humanos e a campanha constante contra a violência, ou ainda quando surge uma possível discussão entre os países para estabelecer valores universais de habitabilidade nos centros urbanos. Porém, quando esse processo é manifestado na

³⁴ O Quarto Ciclo de Kondratiev. *Revista de Economia Política*, vol. 10, n.º 4 (40), outubro-dezembro/1990. Disponível em: <<http://www.rep.org.br/pdf/40-2.pdf>>. Acesso em setembro de 2011.

desregulamentação da força de trabalho, no achatamento de salários e no aumento do desemprego³⁵, este, em vez de traduzir a busca da igualdade social, resume-se na globalização de diferença. Contudo, é extremamente positiva quando desperta valores morais e éticos na humanidade, e extremamente negativa quando os riscos que antes eram pertencentes à classe social se tornaram exclusividade da classe trabalhadora que, até então, divide seu território de trabalho com máquinas. Não obstante, a globalização pode fornecer dois processos de uma única vez: o processo de diferenciação ou dualismo entre os países ricos e pobres e de igualdade com os países em desenvolvimento que fornecem mão de obra barata.

Parece que as previsões de Karl Marx acerca das armadilhas das economias pobres encontra justificativa na tradição do sistema capitalista³⁶, pois este afirmava que o sistema capitalista cria sua própria morte porque não consegue evitar que o capital se concentre nas mãos de poucos, visto que são poucos os privilegiados que conseguem concretizar o seu direito de propriedade, restando a pobreza para um amplo setor subcapitalizado incapaz de valorizar o seus próprios ativos.³⁷ Esse ainda é um dos grandes problemas da humanidade não solucionados, a discrepante divisão entre pobres e ricos.

Nessa toada, urge estudar a importância dos contratos como instrumento que viabiliza um desenvolvimento econômico e social mais equilibrado e não apenas como instrumento para manter as riquezas nos países mais desenvolvidos. Nesse ponto, tratando-se de contratos internacionais, repisa-se o papel do Estado como interventor para manter o mencionado equilíbrio.

³⁵ Acerca da mudança provocada pela inovação, pondera Michael Shanks: “Inovação acarreta mudança. E há algo na natureza humana que oferece resistência à modificação, particularmente quando esta é imposta por fatores externos. Para que tenhamos sucesso na exploração da tecnologia, temos de garantir aceitação da mudança por todos os setores da comunidade, especialmente pela população trabalhadora. Mas temos de fazer mais do que isso. Temos de promover a mobilidade da mão de obra em extensão muito maior do que no passado. E temos de suprir uma quantidade de novas perícias que irão ser solicitadas. Nada disso será fácil, mas tudo será essencial. O impacto da automação na estrutura do trabalho é extremamente radical. Não se trata apenas da questão de que um número menor de trabalhadores produzirá a mesma quantidade de bens. Há a possibilidade de que desapareçam categorias inteiras de especializações, na medida em que a tecnologia for mudando, e sejam substituídas por especializações completamente novas.” (in *A economia da tecnologia: os inovadores*. Tradução de Auripebo Berrance Simões. São Paulo, Atlas, 1973, p. 203).

³⁶ Vale anotar a ponderação de Robert Heilbroner quanto ao emprego da palavra “capitalismo” e seu conceito, que se note, também foi utilizado por nós ao longo do trabalho: “Hoje em dia, falamos de capitalismo como ‘o sistema de mercado’, especialmente quando nos dirigimos a pessoas daquelas partes do mundo onde ‘capitalismo’ ainda é um termo suspeito – mas o eufemismo é inadequado. Pois os mercados são parte do capitalismo, mas não o todo; e a discrepância entre ambos é muito grande.” (in *O capitalismo do século XXI*. Tradução de Sergio Goes de Paula. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994, p. 68).

³⁷ SOTO, Hernando de. *O mistério do capital*. Tradução de Zaida Maldonato. Rio de Janeiro: Record, 2001, pp. 246 e 247.

CAPÍTULO 3. BREVES ANOTAÇÕES ACERCA DOS CONTRATOS

3.1. Evolução histórica do contrato

O contrato advém de uma necessidade de viver em sociedade. Vale lembrar o filósofo Jean Jacques Rousseau em sua célebre obra *O contrato social*³⁸, na qual afirmava que a associação civil se deu mediante uma convenção, considerada esta a primeira pelo autor, pela qual os homens acordaram assumir certos deveres e certas garantias, atribuições e privilégios, em prol da criação do Estado, passando assim do estado natural para o estado civil.

Em que pese Thomas Hobbes, filósofo inglês da Idade Moderna, discordar de Rousseau por entender que *homo homini lupus* (o homem é o lobo do homem), ambos vislumbram a solução dos problemas de convivência entre os homens por meio do contrato, no qual os indivíduos renunciam a sua liberdade em troca de tranquilidade.

Essa teoria influiu movimentos revolucionários no século XVIII que questionavam como um contrato firmado em tempos imemoriais poderia vincular gerações *ad perpetuum*, potencializando injustiças e justificando o *status quo*.³⁹

Após a formalização desse “primeiro contrato”, somente com a formação das tribos e a iniciação das relações de troca o homem primitivo percebeu que era necessário disciplinar essa relação, pois nem sempre o contrato foi um instrumento indispensável na sociedade. Foram criadas as regras para que seus objetivos fossem alcançados da forma mais harmônica possível e assim nasceu o que se chama hoje de contrato.

O contrato constitui instrumento da vida econômica, inserido na sociedade nos primeiros tempos da humanidade e regulado nas primeiras manifestações do direito.⁴⁰

Com o desenvolvimento das civilizações e o advento do direito romano, houve a regulamentação da manifestação da vontade por meio de atos solenes indispensáveis, como a *stipulatio*, que era uma obrigação contraída por meio de palavras em público.

³⁸ Ed. Martins Fontes, 1999.

³⁹ O professor Cláudio de Cicco complementa: “J. Locke foi, com a ideia de ‘Direitos Naturais do Homem’, o fundador da Escola Liberal do Direito Público Inglês e Americano. Tem-se insistido muito na contribuição de Locke no que diz respeito à ideia de contrato social e divisão dos poderes, influenciando depois Rousseau e o anglófilo Montesquieu.” (*in História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 137).

⁴⁰ Gomes, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2001, p.

A *stipulatio* era um contrato solene, abstrato, unilateral e de direito estrito que se formava por troca de expressões solenes. De fato, existia um formalismo a ser seguido, como quando o credor perguntava: *Prometes? (spondesne)*, e o futuro devedor deveria responder: *Prometo (spondeo)*, sob pena de nulidade do contrato.⁴¹ Apresentava alguns requisitos, como: a presença das partes – não poderia realizar-se entre ausentes; unidade dos atos – pergunta seguida imediatamente das respostas; e conformidade rigorosa entre a pergunta e a resposta⁴². Observa-se que a *stipulatio* necessitava da palavra, assim não poderiam obrigar-se por meio desse instituto os mudos, que não poderiam se expressar, nem os surdos, que não compreenderiam o teor das palavras.⁴³

Existiu ainda, no direito romano, um vínculo de caráter pessoal entre devedor e credor chamado de *nexum*⁴⁴, de tal forma que essa ligação era da própria pessoa do devedor com a pessoa do credor. Instituto controverso, o *nexum* não era um contrato, mas criava um direito que foi influenciado pela criação da moeda, que passou a constituir objeto de troca: um empréstimo de dinheiro no qual as barras de metal pesadas durante o ato eram entregues ao futuro devedor mediante uma *damnatio* ou *nuncupatio* que o obrigava a restituí-las no vencimento, sob pena de sofrer uma *manus inectio* do credor.⁴⁵

O direito romano não conhecia a *obligatio* como vínculo de direito. Para seu surgimento, eram necessários certos atos solenes, como o *nexum*, a *sponsio* e a *stipulatio*. Nessa linha, Orlando Gomes ensina:

Não é no direito romano que se deve buscar a origem histórica da categoria jurídica que hoje se denomina contrato, pois, segundo Bonfonte, era um especial vínculo jurídico (*vinculum júris*) em que consistia a obrigação (*obligatio*), dependendo esta, para ser criada, de atos solenes (*nexum*, *sponsio*, *stipulatio*).⁴⁶

Percebe-se que, em um primeiro momento, no direito romano, criava-se a obrigação por um ato de vontade das partes, de forma que bastava a declaração do consentimento, não

⁴¹ OURILAC, Paul. MALAFOSSE, J. de. *Derecho Romano y Francés Histórico*. Traducción al español y anotaciones de Manuel Fairén. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1960, p. 93.

⁴² ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Vol. II. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 138-141.

⁴³ BURDESE, Alberto. *Manuale di Diritto Privato Romano*. Terza edizione. Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1975, p. 439.

⁴⁴ Os professores Paul Ourilac y J. de Malafosse explicam sobre o *nexum*: “El *nexum* ES um objeto jurídico híbrido a mitad de camino entre el contrato – fuente de obligaciones – y el derecho real – creador de poder -: así se presenta La institución que há dado lugar a lãs controversias jurídicas, si no más numerosas, sí al menos más antiguas, ya que se remontam a fines de Le república romana ”. (in *Derecho Romano y Francés Histórico*. Traducción al español y anotaciones de Manuel Fairén. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1960, p. 91).

⁴⁵ NÓBREGA, Vandick Londres. *História e sistema do direito privado romano*. Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 359.

⁴⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 6.

sendo necessárias formalidades. Vigorava, portanto, apenas o respeito pela palavra⁴⁷. Mais tarde, passou a existir a necessidade do cumprimento de formalidades para a validade do acordado.

Acerca da corrente canonista, pode-se dizer que consistiu basicamente na relevância que atribuíram, de um lado, ao consenso e, do outro, à fé jurada. Valorizou o consentimento e preconizou que a vontade é a fonte da obrigação, abrindo caminho para a formalização dos princípios da autonomia da vontade e do consensualismo.

A intimação do consenso levou à ideia de que a obrigação deve nascer fundamentalmente de um ato de vontade e que, para criá-lo, é suficiente a sua declaração. O respeito à palavra dada e o dever da veracidade justificavam, de outra parte, a necessidade de cumprir as obrigações pactuadas, fosse qual fosse a forma do pacto, tornando necessária a adoção de regras jurídicas que assegurassem a força obrigatória dos contratos, mesmo os nascidos do simples consentimento dos contraentes.⁴⁸

Portanto, o direito canônico ensina que a palavra dada deve ser respeitada, pois a vontade se manifestou, sendo assim, o que foi assumido deve ser cumprido conforme o consenso das partes.

Outra corrente de extrema importância é a do Direito Natural, que se baseia na vontade de contratar, diferentemente dos canonistas, que têm como prisma o consenso. A Escola do Direito Natural era racionalista e individualista e influenciou na formação histórica do conceito moderno de contrato no momento em que defendeu a concepção de que o fundamento racional do nascimento das obrigações se encontrava na vontade livre dos contratantes. Desse juízo, inferiram seus pregoeiros o princípio de que o consentimento bastava para obrigar (*solus consensus obligat*).⁴⁹ Assim, a Escola do Direito Natural pregava que a razão determinava a vontade, desde que não impregnada de vícios, portanto, o que era convencionado entre os particulares fazia lei de maneira absoluta.

Com a evolução econômica iniciada pelo capitalismo em meado do século XIX, o direito contratual não se norteou à palavra como uma coisa sagrada, mas, sim, teve que se adequar às novas exigências econômicas. Dessa forma, confirma San Thiago Dantas:

⁴⁷ O professor Pedro Bonfante anota acerca da palavra empregada: “La promesa (pollicitatio) es suficiente para originar obligaciones en el Derecho romano, cuando sea hecha a una ciudad por una iusta causa y cuando se haga a la divinidad (votum). La iusta causa puede ser um honor que se quiera conceder o que haya sido concedido al promitente (ob honorem decernendum vel decretum) o uma calamidad ciudadana; pero también sin esto nace la obligación, si la obra prometida há tenido principio (ob opus coeptum)”. (in *Instituciones de Derecho Romano*, traducción Luis Bacci y Andres Larrosa, quinta edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1979, p. 464.

⁴⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 5.

⁴⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 5.

O direito contratual do início do século XIX forneceu os meios simples e seguros de dar eficácia jurídica a todas as combinações de interesse; aumentou, pela eliminação quase completa do formalismo, o coeficiente de segurança das transações; abriu espaço à lei da oferta e da procura, levantando as restrições legais à liberdade de estipular; e se é certo que deixou de proteger os socialmente fracos, criou oportunidade ampla para os socialmente fortes, que emergiam de todas as camadas sociais, aceitando riscos e fundando riquezas.⁵⁰

Há que se registrar que foi a necessidade de maior intercâmbio mercantil que levou à modificação da situação, pois deveria haver simplificação das formas contratuais, dispensando a forma em atenção à vontade contratual.⁵¹

Com o advento do capitalismo, ocorreu uma nova concepção do contrato, na qual as partes formavam um vínculo jurídico em que se ligavam, tornando-se, portanto, um instrumento jurídico pautado na livre concorrência e na plenitude da autonomia dos indivíduos.

O liberalismo econômico contribuiu para fortalecer o contrato, pois haveria que se respeitar a igualdade das partes (tanto material quanto formal)⁵² e a concepção de que o mercado de capitais e o mercado de trabalho deveriam funcionar livremente. O liberalismo econômico defende e emprega a ideia de que todos são iguais perante a lei e devem ser igualmente tratados, além da concepção de que o mercado de capitais e o mercado de trabalho devem funcionar em condições livres de qualquer interferência estatal. Todavia, favorece a dominação de uma classe sobre a outra. A economia considerada em seu conjunto permite fazer do contrato o instrumento jurídico por excelência da vida econômica.⁵³

A importância do processo econômico para o desenvolvimento do instrumento processual (contrato) é inerente, pois se caracteriza pelo desenvolvimento das forças produtivas exigidas para a generalização das relações de troca, determinando o esforço de abstração que leva à construção da figura do negócio jurídico como gênero de que o contrato é a principal espécie.

⁵⁰ *Evolução contemporânea do direito contratual*. RT 195/144. São Paulo: RT, 1999, p. 45.

⁵¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 22.

⁵² Destacam-se as palavras do professor Rogério Donnini: “O contrato centrado numa igualdade formal dos contratantes, que, bem de ver, na maior parte dos contratos não existia e continua a não existir, fundado em bases individuais, previsto em nosso Código Civil de 1916, foi substituído por uma concepção social, em especial com o advento da Constituição Federal de 1998, e, em seguida, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor.” (in *Responsabilidade civil pós-contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo*. 3. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 65).

⁵³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 6.

O contrato surgiu como uma categoria que servia a todos os tipos de relações entre sujeitos de direito e a qualquer pessoa, independentemente de sua posição ou condição social. Não se levava em conta a condição ou posição social dos sujeitos, se pertenciam ou não a certa classe, se ricos ou pobres, nem se consideravam os valores de uso, mas somente o parâmetro de troca, a equivalência das mercadorias. Não se distinguia se o objeto de contrato era um bem de consumo ou um bem de essência, um meio de produção ou um bem voluptuário. Tratava-se do mesmo modo a venda de um jornal, de um apartamento, de ações ou de uma empresa.⁵⁴

Nessa toada, o negócio jurídico passou por mais uma fase, além do contrato, de forma a acolher a subsunção de espécie não contratual: o negócio jurídico unilateral, não considerando as desigualdades⁵⁵ quanto à situação financeira, bem como o destino do objeto.

Entretanto, a liberdade no exercício da vontade de contratar não se mostrou ideal, pois se converteu na desgraça de alguns em face de sua verdadeira condição de desigualdade ante outra parte efetivamente mais forte (fator econômico). Fatos inseridos em uma época em que os avanços tecnológicos eram constantes ocasionaram a intervenção estatal.

Repisa-se que a desigualdade entre as partes ocasionou a intervenção do Estado⁵⁶, ocorrendo, assim, mais uma modificação na noção de contrato, pois, com o advento do Estado intervencionista, foram editadas leis que objetivavam delimitar e limitar a vontade em vários setores, inclusive no âmbito privado, como na defesa do consumidor, na defesa do autor de obra intelectual, na defesa do locatário. Assim, as condições gerais do contrato passaram a conviver com o intervencionismo estatal que colocava as partes no mesmo grau de igualdade.⁵⁷

⁵⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 6.

⁵⁵ Oportuno anotar: “A suposição de que a igualdade formal dos indivíduos asseguraria o equilíbrio entre os contratantes, fosse qual fosse a sua condição social, foi desacreditada na vida real. O desequilíbrio tornou-se patente, principalmente no contrato de trabalho, gerando insatisfações e provocando tratamento legal completamente diferente, o qual leva em consideração a desigualdade das partes. A interferência do Estado na vida econômica implicou, por sua vez, a limitação legal da liberdade de contratar e o encolhimento da esfera da autonomia privada, passando a sofrer crescentes cortes, sobre todas, a liberdade de determinar o conteúdo da relação contratual.” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 7).

⁵⁶ No tocante à importância da mudança em matéria contratual para beneficiar a igualdade das partes: “No campo específico dos contratos, notou-se que em muitos casos o acordo de vontades, baseado na igualdade e liberdade, era mais aparente do que real, porque onde vigorava a desigualdade econômica e, especialmente, onde a necessidade de impunha, dificilmente se poderia falar de vontades livres. Tornou-se imperiosa a criação de um sistema de vedações e exigências, a fim de impedir a espoliação do fraco pelo forte, bem assim de assegurar a prevalência dos interesses do bem comum sobre as pretensões individuais.” (VILLELLA, João Baptista. *Por uma nova teoria dos contratos*. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. 261, 1978, p. 27).

⁵⁷ “Importantes e abundantes leis dispensaram especial proteção a determinadas categorias de pessoas para compensar juridicamente a debilidade na proteção contratual de seus componentes e eliminar o desequilíbrio. [...] o Estado ditou normas impondo o conteúdo de certos contratos, proibindo a introdução de certas cláusulas e exigindo, para se formar, sua autorização, atribuindo a obrigação de contratar a uma das partes potenciais e

Portanto, a política intervencionista do Estado restringiu a liberdade de contratar, de escolher o outro contratante e de determinar o conteúdo do contrato. Assim, ocorreu a evolução histórica dos contratos, diante do desenvolvimento das sociedades.

3.2. Definição de contrato

Contractus significa unir, contrair. *Contrahere* e *distrahere* acentuam o caráter da evolução constante do contrato, ou de fonte de obrigações. Encontram-se no edito formas do verbo *contrahere*, mas não o substantivo *contractus*. No entanto, sempre que se queira estabelecer normas para desenvolvimento e realização de determinado negócio de interesse jurídico, regulando interesses reconhecidos pela ordem jurídica, criando, modificando ou extinguindo obrigações, há que ser celebrado um contrato.

Logo, o contrato pode ser definido como instrumento para a formalização da vontade das partes na celebração de um negócio jurídico, estabelecendo-se entre elas uma relação de direito, que deve ter por objeto a criação, modificação, preservação, garantia ou extinção de direitos de natureza patrimonial.

Juan Iglesias apresenta uma definição de contrato segundo uma concepção romana: “es el acto que, descansando em um acuerdo de voluntades, se endereza a la constituición de um vínculo obligatorio. Presuponiendo siempre el acuerdo, el efecto jurídico solo em determinados casos – em lós llamados contratos consensuales – depende exclusivamente del acuerdo mismo.”⁵⁸

O contrato pode ser caracterizado pela presença de pelo menos duas partes, ou seja, sob essa perspectiva, tem-se o contrato como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Assim, pressupõe sempre a intervenção da vontade de duas ou mais pessoas para transferirem entre si algum direito ou se sujeitarem a alguma obrigação, traduzindo sempre uma declaração bilateral da vontade com direção a um objeto definido.

O conceito de contrato envolve um superconceito, aplicável em todos os campos jurídicos e, por conseguinte, tanto ao direito privado quanto ao direito público e, inclusive, ao direito internacional, podendo ser citados os tratados internacionais, os acordos entre as nações, o contrato celebrado pelo Estado com os concessionários de obras ou serviços

mandando inserir na relação inteiramente disposições legais ou regulamentares.” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 7).

⁵⁸ *Derecho Romano* – Instituciones de Derecho Privado. Quinta Edición Revisada y Aumentada. Ediciones Ariel, Barcelona, 1965, p. 380.

públicos e os contratos administrativos. Restringindo à órbita do direito privado, pode designar todos os negócios jurídicos bilaterais de direito privado, compreendendo tanto os negócios jurídicos de direito patrimonial quanto aqueles cujo objeto seja uma questão de direito pessoal. E ainda, observado de maneira mais restritiva, pode-se dizer que abrange só aqueles fenômenos submetidos a um regime de caráter unitário.⁵⁹

Modernamente, entende-se por contrato o negócio jurídico bilateral que tem por finalidade gerar obrigações entre as partes. Sobre esse aspecto, o contrato tem por objetivo tornar possível a realização de determinado negócio jurídico desejado pelas partes, que constitui o seu objeto, regulamentando tal negócio segundo seus interesses.

O contrato tem por finalidade manter o equilíbrio nas relações jurídicas, dando segurança às partes e servindo, ainda, de instrumento do qual a lei se vale para assegurar a igualdade econômica dentro dos princípios da política social.

De acordo com o Código Civil, em seu artigo 104, a validade do negócio jurídico requer agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei.

Embora não expresso no artigo 104 do Código Civil, o consentimento⁶⁰ também é considerado elemento geral para a validade dos negócios jurídicos e, principalmente, dos contratos, pois esse requisito indica a conjunção das partes contratantes, convergindo para o fim desejado para relação jurídica celebrada.

Importante destacar a necessidade de o consentimento ser livre e espontâneo, sob pena de ter a sua validade afetada pelos vícios ou defeitos do negócio jurídico, como o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão e a fraude. A manifestação da vontade nos contratos pode ser tácita quando a lei não exigir que seja expressa.⁶¹

Cumprido esclarecer que a capacidade das partes é correspondente à capacidade genérica para os atos da vida civil. Assim, não podem contratar os absolutamente incapazes, senão quando representados, e os relativamente incapazes sem a assistência das pessoas elencadas na lei. Portanto, a capacidade dos contratantes é o primeiro requisito para a validade dos

⁵⁹ DAIUTO, Reynaldo Ribeiro. *Introdução ao estudo do contrato*. São Paulo: Atlas, 1995, p. 27.

⁶⁰ Acerca do consentimento, explica Luis Muñoz: “Por nuestra parte entendemos que el consentimiento o consenso surge del concurso combinado de voluntades que recíprocamente se íntegran, completándose una vez que se emiten y comunican entre las partes, sin que lleguen a fundirse em uma voluntad única. El consentimiento, se dice, es un elemento constitutivo del contrato [...]”(in *Derecho Comercial – Contrato*, Tipografica Editora Argentina, Buenos Aires, 1960, p.116).

⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. volume III: contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 14.

contratos.⁶² A incapacidade do agente deve ser sempre expressa por lei, tal como sucede para a capacidade geral de agir, da mesma forma que para contratar, em que o princípio fundamental é que a capacidade constitui a regra e a incapacidade a exceção. Isso significa que são raros os casos de incapacidade, visto que a incapacidade deve, como exceção que é, ser declarada por lei.⁶³

Portanto, como a capacidade constitui elemento imprescindível para a validação contratual, se o contrato for celebrado por incapaz, determina o artigo 105 do CC/2002 que essa incapacidade não poderá ser invocada pela outra em proveito próprio. Porém, será o contrato anulável quando comprovada a incapacidade relativa do agente, conforme artigo 171, incisos I e II do CC/2002. Assim, o objeto do contrato não pode ser contrário à lei, à moral, à ordem pública ou aos bons costumes. Deve ser, portanto, lícito e qualquer infração a essa imposição legal, prevista no artigo 166 do CC/2002, torna o contrato nulo por invalidade.

Regra geral, os contratos não necessitam de uma forma solene, sendo que as exceções se dão por exigibilidade legal. Quando a lei exigir forma própria à inobservância desta, decretará a invalidade do contrato por nulidade.

No tocante à exteriorização da vontade e suas formalidades, bem colocou o Silvio Venosa, lembrando que, no direito romano, a forma era a regra e a menor desobediência aos seus ditames implicava nulidade:

O contrato, como negócio jurídico, traz a manifestação de duas vontades que se encontram. Para isso, é necessário que essa vontade contratual se exteriorize de alguma forma. No direito antigo, impunha-se uma série de formalidades, presenciadas por testemunhas. Estas, presentes aos atos, atestariam sua existência e validade. As formalidades tornavam os atos solenes e, como tal, impunham-se à sociedade. No velho direito romano, a forma era a regra, em que a menor desobediência implicava nulidade do ato. Os rituais substituíram a escritura. À medida que se expandem as relações mercantis, seu dinamismo não mais permite prisão à forma.⁶⁴

Logo, o contrato pressupõe ainda declarações de vontade convergentes e coincidentes para um determinado fim. Nesse processo, para se chegar à execução de um contrato válido, existem algumas fases, como a proposta que nada mais é que uma declaração

⁶² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das obrigações*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5.

⁶³ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999, p. 320.

⁶⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 456.

de vontade de uma parte que toma a iniciativa para futura contratação, ou seja, apresenta um interesse perante outro sujeito que, por sua vez, pode opor sua aceitação ou discordância.

Atualmente, o acordo de vontades é suficiente para a perfeição do contrato, sendo conquista recente do pensamento jurídico. É correto afirmar, então, que vale o simples acordo das partes, conforme dita o princípio do consensualismo.⁶⁵

O consentimento – *solo consensu* – forma os contratos, o que não significa que sejam simplesmente consensuais. Alguns apresentam sua validade condicionada à realização de solenidades estabelecidas na lei, outros só se aperfeiçoam se for cumprida determinada exigência. Tais são, respectivamente, os contratos solenes e os contratos reais. As exceções não infirmam, porém, a regra, segundo a qual simples operação intelectual do concurso de vontades pode gerar o contrato.⁶⁶

Pode ocorrer que, no momento da elaboração do contrato, não seja possível exprimir em palavras escritas o real pensamento das partes, não revelando na minuta contratual suas verdadeiras vontades. Por isso a legislação civil, atenta a essa dificuldade que a linguagem traz, determina ser mais valiosa a intenção do que o sentido literal da linguagem. Dessa forma, afastou-se o apego excessivo à letra, de modo que o intérprete verifica a real vontade dos contratantes no momento da formação dos contratos.

Nessa seara, importante verificar que existem métodos para que se possa aferir o real significado das palavras, existem algumas regras para interpretação, adotadas pela doutrina e pela jurisprudência, como a comum intenção das partes e os fins econômicos que as levaram a contratar; o contrato deve ser interpretado contra o próprio estipulante que, podendo ser claro, não o foi; interpreta-se sempre de maneira menos onerosa para o devedor; as cláusulas de um contrato interpretam-se em harmonia e não isoladamente; se um contrato é seguido de outro, modificando-o em parte, devem ambos ser interpretados como um todo; deve-se levar em consideração a conduta das partes, principalmente nos contratos de execução diferida; as cláusulas duvidosas interpretam-se em favor de quem se obriga; quando determinada cláusula tem sentido ambíguo, a interpretação deve ser feita no sentido de torná-la eficaz; havendo conflito entre duas cláusulas, a contradição prejudicará o outorgante e não o outorgado; entre cláusula impressa e cláusula datilografada, prevalecerá a segunda; no contrato de compra e venda, interpreta-se contra o devedor, no que diz respeito à extensão da coisa vendida; no contrato de locação, as dúvidas resolvem-se contra o locador; nos contratos de adesão, a interpretação das cláusulas faz-se em favor daquele que adere; na dúvida sobre onerosidade

⁶⁵ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito Civil - Contratos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 20.

⁶⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 37.

ou gratuidade do contrato, prevalece a onerosidade; os contratos benéficos interpretam-se estritamente, compreendendo, apenas, o que o devedor, de forma expressa, se obrigou.⁶⁷

Ao interpretar, o hermeneuta deve se colocar na posição dos contratantes e não analisar o contrato como um técnico, pois deve aferir a vontade das partes, conferir a legislação dos contratos e a boa-fé que impulsionou os atos jurídicos.

Em que pese a atual evolução na interpretação contratual, no sentido do poder discricionário do juiz para alterar cláusulas contratuais, a vontade das partes deve ser respeitada como se cláusulas péticas fossem.

3.3. Princípios do direito contratual

A autonomia da vontade teve o seu apogeu após a Revolução Francesa, com a predominância do individualismo e a pregação de liberdade em todos os campos, inclusive no contratual, restando sacramentada no artigo 1134 do Código Civil Francês, que estabeleceu que as convenções legalmente constituídas têm o mesmo valor que a lei, relativamente às partes que a fizeram.

Essa autonomia privada engloba também a liberdade de escolha do outro contraente, ou seja, a possibilidade de contratar com quem quiser, de escolher o outro contratante, de determinar o conteúdo. Assim o é, ao menos, nas relações entre particulares.⁶⁸

Observa-se que, desde o surgimento, os contratos trazem em seu bojo princípios norteadores que servem como diretrizes interpretativas. Sendo assim, a par do estudo sobre os princípios tal qual a doutrina clássica os entendia, deve-se trazer o atual entendimento dos doutrinadores brasileiros sobre as transformações ocorridas no conceito desses princípios e como a legislação brasileira vem acompanhando essas mudanças.

O princípio da autonomia da vontade⁶⁹ pode ser traduzido na liberdade de contratar. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica.

⁶⁷ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito Civil - Contratos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 34.

⁶⁸ “Os contratantes têm ampla liberdade para estipular o que lhes convenha, fazendo assim do contrato verdadeira norma jurídica, já que o mesmo faz lei entre as partes. Em virtude desse princípio, que é a chave do sistema individualista e o elemento de mais colorido na conclusão dos contratos, são as partes livres de contratar, contraindo ou não o vínculo obrigacional.” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das obrigações*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 9).

⁶⁹ Acerca das modificações e restrições da autonomia da vontade, anota Ricardo Lorenzetti: “La autonomía de La voluntad: la libertad no fue ya considerada anterior a la organización del Estado, sino um derecho de podía ser limitado. La libertad de celebrar o no um contrato fue restringida al admitirse lós contratos forzosos. La libertad

Destarte, as partes podem valer-se dos contratos nominados, referidos pelo código, como podem igualmente misturar-lhes as disposições, dando assim origem aos contratos inominados. Podem, igualmente, estabelecer as cláusulas que desejam realmente pactuar ou constituir, ampliando ou restringindo seus efeitos. A autonomia, efetivamente, não é absoluta, encontra limitação, como a boa-fé, prevista expressamente no art. 422 do Código Civil.

O princípio da autonomia da vontade serve de fundamento para a celebração dos contratos atípicos, pois podem criar relações na órbita do direito, desde que se submetam às regras impostas pela lei e que seus fins coincidam com o interesse geral, ou não o contradigam. Desse modo, qualquer pessoa capaz pode, pela manifestação de sua vontade, tendo objeto lícito, criar relações a que a lei empresta validade. Porém, o princípio da autonomia da vontade esbarra sempre na limitação criada por lei de ordem pública. Esbarra, igualmente, na noção de bons costumes, ou seja, naquelas regras morais não reduzidas a escrito, mas aceitas pelo grupo social e que constituem o substrato ideológico inspirador do sistema jurídico.⁷⁰

Nessa toada, as duas limitações de caráter geral mencionadas acima se apresentam há muito tempo. Uma pode ser entendida como os interesses essenciais do Estado ou da coletividade, ou que fixa, no direito privado, as bases jurídicas fundamentais sobre as quais repousa a ordem econômica ou moral de determinada sociedade, qual seja, a ordem pública; e a outra se traduz nos bons costumes, dentre os quais não o respeitam: os relativos à exploração de casas de tolerância; os concernentes às relações entre concubinários; os que têm por objeto a corretagem matrimonial; os que dizem respeito ao jogo; os que objetivam a venda ou o comércio de influência; os que consagram, sob qualquer forma, a usura no mútuo.⁷¹

Os contratos que têm causa contrária às leis de ordem pública e aos bons costumes são nulos de pleno direito, o que confere, dessa forma, as primeiras limitações à liberdade de contratar.

Por conseguinte, há que se anotar o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, o qual preconiza que o contrato vale entre as partes contratantes, não trazendo benefícios, nem prejudicando terceiros. O ponto principal para a construção do princípio é

de configuración del contenido sufrió enorme modificaciones: el principio protectorio de la parte débil renovo institutos como La lesión, La excesiva onerosidad, La causa, La frustración Del fin, El abuso Del derecho, La buena Fe. El orden público económico impuso regulaciones de todo tipo em lãs obligaciones definidas por lãs partes. La fuerza obligatoria de ló convenido sufrió restricciones AL permitir que lós jueces revisen ló actuado y AL autorizar La intervención Del legislador em virtud de La emergencia económica". (in *Tratado de los contratos* – Parte Geral. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 26).

⁷⁰RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v3, p. 15.

⁷¹GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 27.

relativo aos efeitos internos do contrato. Os efeitos internos, isto é, os direitos e obrigações dos contratantes, a eles se limitam, reduzem-se, circunscrevem-se. Em regra, não é possível criar mediante contrato, direitos e obrigações para outrem. Sua eficácia interna é relativa; seu campo de aplicação comporta, somente, as partes. Em síntese, ninguém pode tornar-se credor ou devedor contra a vontade se dele depende o nascimento do crédito ou da dívida.⁷²

Ainda quanto ao princípio da relatividade das convenções, entende-se este como tendo seu alcance restrito às partes contratantes, não estendendo seus efeitos a terceiros. No que tange a tal princípio, expõe Silvio Rodrigues:

[...] contém a ideia de que os efeitos do contrato só se manifestam entre as partes, não aproveitando nem prejudicando terceiros. [...]. Como o vínculo contratual emana da vontade das partes, é natural que terceiros não possam ficar atados a uma relação jurídica que não foi imposta pela lei nem derivou de seu querer.⁷³

A existência desse princípio foi coerente com o modelo clássico de contrato, cujo escopo era a satisfação de necessidades exclusivamente individuais das partes; daí tanto ser inadmissível que o contrato venha a operar efeitos sobre terceiros, como também que terceiros possam intervir nessa relação.⁷⁴

Dessa forma, percebe-se que, para adquirir, modificar ou extinguir direitos, faz-se necessária, impreterivelmente, a declaração de vontade das partes, portanto, não pode terceiros, que não manifestaram sua vontade, contrair obrigações nem se sujeitar aquelas contraídas por outros.

Uma vez concluído o contrato livremente, este se incorpora ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito, autorizando, portanto, o contratante a pedir a intervenção estatal para assegurar a execução da obrigação porventura não cumprida segundo a vontade que a constitui. À ideia da autorregulamentação dos interesses dos contratantes, baseada no princípio da autonomia da vontade, sucede a da necessidade social de proteger a confiança de cada um deles na observância da avença estipulada, ou melhor, na subordinação à *lex contractus*. Esse princípio da força obrigatória funda-se na regra de que o contrato é lei entre as partes, desde que estipulado validamente, com observância dos requisitos legais. Se os contratantes ajustaram os termos do negócio jurídico contratual, não se poderá alterar o seu

⁷² GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 43.

⁷³ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v3, p. 17.

⁷⁴ BIERWAGEM, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33.

conteúdo, nem mesmo judicialmente, qualquer que seja o motivo alegado por uma das partes, e o inadimplemento do avençado autoriza o credor a executar o patrimônio do devedor por meio do Poder Judiciário, desde que não tenha havido força maior ou caso fortuito.⁷⁵

A teoria da imprevisão, consistente na possibilidade de revisão dos contratos já aperfeiçoados, chega a admitir, em seu grau máximo, a própria inexecução das obrigações sem responsabilidade do contratante, ou seja, verificada sua hipótese de incidência, pode, inclusive, gerar efeito liberatório, extinguindo, portanto, o vínculo contratual.⁷⁶

Há que ser dada segurança nas relações jurídicas criadas pelos contratos, assim a regra é que, em caso de descumprimento voluntário, o inadimplente responderá não só por perdas e danos, mas também por juros, atualização monetária e honorários advocatícios.

O princípio descrito em tela deve ser interpretado no sentido da sua manutenção e continuidade de execução, observadas as regras da equidade, do equilíbrio contratual, da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Contudo, atualmente, com a despersonalização dos contratantes, não se pode mais afirmar que o contrato só opera seus efeitos entre as partes, pois o contrato agora afeta toda uma sociedade. Como exemplo, tem-se, hipoteticamente, a aplicação de cláusulas abusivas em um contrato de financiamento rural que diretamente afetam o agricultor, mas, indiretamente, toda a comunidade da qual faz parte. Em contrapartida, um contrato justo irradia benefícios para todos. A sociedade se desenvolve no todo e a qualidade de vida aumenta.

O princípio da probidade e boa-fé⁷⁷ nos contratos está expresso no artigo 422 do Código Civil de 2002 e requer que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato. Guarda relação com o princípio de direito sobre o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. Recomenda ao juiz que presuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrário, ser provada por quem a alega.

O contratante ingressa em um conteúdo contratual sem a necessária boa-fé. A má-fé inicial ou interlocutória em um contrato pertence à patologia do negócio jurídico e como tal deve ser examinada e punida. Toda a cláusula geral remete o intérprete para um padrão de

⁷⁵DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 37.

⁷⁶SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito Civil - Contratos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 21.

⁷⁷A boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) foi desenvolvida pelo direito alemão com o BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), vale conferir: §157: os contratos interpretam-se como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico; e §242: o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico. (ROCHA E MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da. *Da boa-fé no direito civil*. Lisboa: Livraria Almedina, 1983, p. 325).

conduta geralmente aceito no tempo e no espaço. Em cada caso, o juiz deverá definir quais as situações nas quais os partícipes de um contrato se desviaram da boa-fé.⁷⁸

O princípio da boa-fé não é exclusivo do direito contratual civil, mas atua como um princípio geral de direito. Todavia, nos contratos civis e comerciais⁷⁹, assume grandes proporções, dado o vínculo obrigacional criado pelo acordo de vontades.

Deve-se entender que, entre as partes contratantes, embora defendam interesses economicamente opostos, prevalece o espírito de confiança e lealdade. Isto é, cada uma das partes age a fim de buscar, efetivamente, os fins que levaram a convergir suas vontades. Assim, entre credor e devedor, deve existir colaboração recíproca que possibilite o cumprimento das obrigações assumidas, sendo-lhes defeso, portanto, praticar atos desleais que obstem a extinção normal das obrigações contraídas.⁸⁰

Esse princípio preconiza que o que está escrito não deve prevalecer sobre o que manifestamente as partes desejavam. Assim, os contratantes, ao se obrigarem, verificam o que podem ganhar e o que podem perder pela contratação diante das informações fornecidas, seja em relação ao conteúdo ou ao objeto contratual. A omissão dolosa em relação às qualidades essenciais do objeto, ou da extensão das obrigações assumidas, vicia o contrato, resultando na má-fé de uma das partes.

Os contratantes devem, na verdade, ajudar um ao outro no cumprimento do contrato, dessa forma, não deverá o credor realizar atos que venham a agravar a situação do devedor.⁸¹

É princípio geral do direito que a boa-fé sempre se presume, sendo admitida, no entanto, a prova em contrário. A aplicação da boa-fé sempre foi de suma importância para os

⁷⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 379.

⁷⁹ O Código Comercial de 1850 já destacava em seu art. 130: “As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte passam a significar coisa diversa e art. 131: sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1. A inteligência simples e adequada, que for mais conforme a boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá prevalecer a rigorosa e restrita significação das palavras; 2. As cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subsequentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas; 3. O fato dos contratantes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato; 4. O uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda das às palavras; 5. Nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.”

⁸⁰ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito Civil - Contratos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 21.

⁸¹ Segundo Luis Renato Ferreira Silva, o comportamento é dirigido conforme: “os costumes do tráfico jurídico, ou no critério do homem médio (*diligens pater familias*), ou nas expectativas razoáveis dentro de uma dada sociedade”. (*Revisão dos contratos*. Do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 54).

casos de aparência de direito, isto é, imagina-se que determinada pessoa goza do direito de exercer determinado ato ou negócio quando, na verdade, assim não é.

Porém, começou-se a entender que, numa relação contratual, não basta que a pessoa cumpra com a sua obrigação pactuada. É necessário que ela, desde a fase pré-contratual, garanta a dignidade da outra. Na legislação brasileira, com o advento do CDC e do CCB, passou-se a permitir a aplicação da boa-fé objetiva no direito contratual, o que representa uma evolução necessária. Logo, torna-se também possível a utilização da chamada violação positiva do contrato.

A boa-fé subjetiva corresponde ao estado psicológico da pessoa, à sua intenção, ao seu convencimento de estar agindo de forma a não prejudicar outrem na relação jurídica. Já a boa-fé objetiva significa uma regra de conduta de acordo com os ideais de honestidade e lealdade, isto é, as partes contratuais devem agir conforme um modelo de conduta social, sempre respeitando a confiança e os interesses do outro.⁸²

A boa-fé objetiva é aplicada como princípio jurídico norteador de todas as relações obrigacionais, tutelando todo o ordenamento, e parece desempenhar um papel fundamental, porque é o caminho pelo qual se permite a construção de uma noção do direito. Pode-se dizer que atua como um eficaz modelo a um sistema aberto, que evolui diariamente, por meio dos casos trazidos pela prática social.

No direito brasileiro, o marco decisivo em matéria de boa-fé é o Código de Defesa do Consumidor⁸³ (Lei 8.078, de 1990), que a consagra expressamente e a vincula, também de forma explícita, aos princípios constitucionais informadores da ordem econômica (art.4º, III e art. 51, IV).

Vale ressaltar quanto à interpretação civil-constitucional do princípio da boa-fé objetiva que a aplicação do princípio da boa-fé a todas as relações contratuais, não apenas as de consumo, é uma decorrência do reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais, visto que, à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, sua aplicação a toda a teoria contratual, não só nas relações de consumo, é totalmente

⁸²NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 72.

⁸³ Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber entendem que a boa-fé objetiva não pode ser aplicada da mesma forma às relações de consumo e às relações mercantis ou societárias, pois os *standards* de comportamento são distintos, senão vejamos: “Assim, enquanto no exemplo da compra e venda de um automóvel exige-se que o vendedor forneça ao comprador toda a informação relevante acerca do veículo e qualquer outro dado relacionado à função social e econômica, a aquisição de controle de uma determinada sociedade, por outro lado, envolve normalmente uma avaliação dos riscos e passivos da sociedade (*due diligence*) pela própria empresa adquirente, o que, se não isenta o alienante do seu dever de informação, reduz evidentemente a sua intensidade.” (in *A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil*. Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional. Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 43).

aceitável e necessária, já que ao mesmo tempo em que a conformação da boa-fé aos princípios constitucionais constitui um recurso para a sua concreção jurídica, o princípio, como tal, é ele mesmo instrumento de uma interpretação constitucionalizada das relações interprivadas, de natureza patrimonial, sobre as quais incide.⁸⁴

A grande novidade não é a “invenção” da boa-fé objetiva na sistemática do novo Código Civil, mas sim o seu reforço mediante uma cláusula geral, de conteúdo propositalmente vago, no prólogo das normas de direito contratual, de forma a não ensejar quaisquer dúvidas de que os contratos hão de ser negociados, concluídos e executados com confiança, lealdade, honestidade e retidão e que tais comportamentos, exatamente por abrigarem inumeráveis condutas possíveis, exigirão do intérprete, na busca da concreção daquele mandamento, a observação, caso a caso, desses mesmos elementos.⁸⁵

Segundo o CC/2002, quanto à função do intérprete, deverá este ter como premissa norteadora não só o artigo 112 do referido diploma, ao basear-se na intenção da declaração dada, como também com o que determina o artigo 113 do mesmo diploma, onde expressamente está dito que a interpretação do negócio jurídico deve ser feita considerando a boa-fé, os usos e costumes do lugar de sua celebração.

Assim como norma posta, trata-se de um critério irrecusável no trabalho hermenêutico dos contratos, tanto pelo que determinam as normas do Código de Defesa do Consumidor quanto pelas normas do Código Civil, estando ambas em obediência aos princípios traçados pela CRFB.⁸⁶

Há que se considerar a boa-fé também como norma interpretativa quando ocorrer obscuridades, lacunas, contradições e na elaboração das relações contratuais.⁸⁷

O princípio da força obrigatória dos contratos, assim como o código de Napoleão, estabelece que o contrato é lei entre as partes. Nesse contexto, com a observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos.⁸⁸

⁸⁴NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 83.

⁸⁵NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 53.

⁸⁶BIERWAGEM, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 54.

⁸⁷Para um estudo aprofundado acerca da boa-fé, vale conferir a obra de Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. E ainda, Teresa Negreiros, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

⁸⁸GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 21.

Assim, a regra geral é o da intangibilidade do contrato – nem mesmo o juiz pode intervir no seu conteúdo, nem as partes alterá-lo unilateralmente –, pois esse é o princípio que dá segurança às relações contratuais e que, portanto, proíbe a retratação pura e simples de uma das partes, a revogação unilateral das obrigações contraídas ou de algumas cláusulas estipuladas.

Referente ao princípio da força vinculante das convenções, tem-se o sentido de que, depois de celebrado o contrato entre as partes, este se torna obrigatório, pois depois de pactuado, cria-se lei entre elas, vinculando suas obrigações.

O chamado *pacta sunt servanda*, ou o princípio da força vinculante das convenções, consagra a ideia de que o contrato, uma vez obedecidos os requisitos legais, torna-se obrigatório entre as partes. O contrato vai constituir uma espécie de lei privada entre as partes, adquirindo força vinculante igual à do preceito legislativo, pois vem munido de uma sanção decorrente da norma legal, representada pela possibilidade de execução patrimonial do devedor.⁸⁹

Bierwagem observa que: “[...] a realidade após a metade do século XIX foi mostrando aos poucos que [...] não se podia mais falar em absoluta obrigatoriedade se não havia, em contrapartida, idêntica liberdade contratual entre as partes”.⁹⁰

O Código Civil de 2002, frente a essa tendência de amenização do rigor do princípio, incorporou expressamente em seu texto a cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos de execução continuada e diferida (arts. 478 a 480), assim como os institutos da lesão (art.157) e do estado de perigo (art. 156), que permitem a interferência estatal.

Passou-se a aceitar a possibilidade de intervenção judicial como exceção ao princípio da intangibilidade dos contratos sempre que a ocorrência de um acontecimento extraordinário, não previsto pelas partes no momento da formação do contrato, acarretasse a onerosidade excessiva para um dos contraentes, levando-o à ruína. Aludida intervenção é titulada como revisão judicial do contrato e é proveniente da chamada teoria da imprevisão.

A teoria da imprevisão, consistente na possibilidade de revisão dos contratos já aperfeiçoados, chega a admitir, em seu grau máximo, a própria inexecução das obrigações sem responsabilidade do contratante, ou seja, verificada sua hipótese de incidência, pode, inclusive, gerar efeito liberatório, extinguindo, portanto, o vínculo contratual.⁹¹

⁸⁹RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v3, p. 17.

⁹⁰BIERWAGEM, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 30.

⁹¹SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito Civil - Contratos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 21.

Essa revisão tem lugar quando, verificadas circunstâncias imprevisíveis e anormais, venha a tornar o contrato para uma das partes extremamente oneroso, de modo a beneficiar, indevidamente, a outra. Verificado tal desequilíbrio, dá-se ensejo, então, a que o Poder Judiciário venha readequar o vínculo contratual, restabelecendo o equilíbrio inicial, ou mesmo extingui-lo.

Muito se discutiu antes da entrada em vigor do novo Código Civil, pois não havia, de modo expresso, a teoria da imprevisão. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência consagraram tal teoria, passando a ser adotada expressamente no novo Código Civil, em seu artigo 478.

3.4. Formação dos contratos internacionais

Sempre que se queira estabelecer normas para desenvolvimento e realização de determinado negócio de interesse jurídico, regulando-se interesses reconhecidos pela ordem jurídica, criando, modificando ou extinguindo obrigações, celebramos um contrato. Assim, o contrato é um instrumento para a formalização da vontade das partes que querem celebrar um negócio jurídico, estabelecendo-se entre elas uma relação de direito que deve ter por objeto a criação, modificação, preservação, garantia ou extinção de direitos de natureza patrimonial.

Os contratos internacionais são os acordos de vontades que estão sujeitos a dois ou mais ordenamentos jurídicos.

A declaração inicial da vontade dirigida a uma pessoa, com a intenção de formar o contrato, é chamada de proposta ou oferta. A parte que faz a emissão dessa declaração inicial é chamada de proponente ou polícitante. A declaração de vontade da outra parte, que concorda com a formação do contrato, é chamada de aceitação. A parte que o exprime é chamada de aceitante ou oblato. A declaração inicial, que visa suscitar o contrato, chama-se proposta ou oferta.⁹²

A formação dos contratos consiste num processo, isto é, numa sequência de atos e comportamentos humanos.⁹³ O vínculo contratual nasce quando a proposta e a aceitação são confirmadas, sendo que o contrato só é perfeito quando o acordo entre os negociantes se faz quanto a todas as cláusulas.

Antes que seja concluído o contrato, as partes praticam atos preparatórios que visam ao estabelecimento do vínculo contratual, começando pelas negociações preliminares, que

⁹² GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 59.

⁹³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 85.

têm por finalidade debater as condições e a conveniência da contratação. Nesse momento, tomam conhecimento do conteúdo e da extensão do vínculo por meio de breves apontamentos ou de minutas que conterão uma prévia do futuro contrato, que não tem força vinculante, embora haja relevância jurídica.

Os atos preparatórios tendentes direta e imediatamente à constituição do vínculo contratual apetecido começam pelas negociações preliminares, ou tratativas frequentemente reduzidas a escrito em um instrumento particular chamado minuta, que pode ou não ser assinada pelos negociadores. A minuta não passa de simples projeto de contrato, sem eficácia vinculante, como é sabido.⁹⁴

À luz dessas noções elementares, não existe ainda contrato se, nas tratativas, limita-se o ajuste a ser documentado, para facilitar, numa simples minuta. Contrato, por enquanto, não existe.

Porém, as negociações preliminares⁹⁵ podem terminar em indenização a uma das partes se um dos interessados, por sua atitude, criar para o outro a expectativa de contratar, obrigando-o, inclusive, a fazer despesas para possibilitar a realização do contrato e, depois, sem qualquer motivo, puser termo às negociações. Nesse caso, o outro terá o direito de ser ressarcido dos danos que sofreu. Eis por que tais negociações nem sempre são irrelevantes. Há, em verdade, uma responsabilidade pré-contratual.⁹⁶

Portanto, se, em decorrência das negociações preliminares, uma parte obrigar a outra a efetuar despesas, criando expectativas de negociações futuras e, depois, sem nenhum motivo, der por fim a contratação, a parte lesada terá direito a pedir indenização, fundamentando seu pedido na responsabilidade pré-contratual.

A proposta é a declaração receptícia de vontade dirigida à pessoa com a qual pretende alguém celebrar um contrato, ou também pode ser feita ao público, devendo ser séria e objetiva, e deve conter todos os aspectos principais, para que o negócio possa se realizar na sua totalidade, demonstrando exatamente o que a outra parte está por adquirir.

⁹⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 60.

⁹⁵ Ilustrativo o exemplo apresentado por Waldemar Ferreira: “Quem necessite de tal ou qual livro se dirige ao livreiro, pergunta-lhe o preço e, aceitando-o, paga a respectiva quantia e recebe o livro. Em alguns minutos o negócio se fecha e se conclui, tornando-se definitivo. Nem sempre se dá o mesmo com quem se proponha a adquirir gravata ou tecido para sua roupa, tanta a variedade dos tecidos, quanto a dos padrões e preços. O processo de escolha já é mais demorado. Desdobra-se em atos sucessivos de sugestões, confrontos, avanços e recuos, até que as duas partes, a vendedora e a compradora, se acordem no objeto, no preço e nas condições; e consumir tempo, de maior ou menor trato, até que as pretensões em conflito se amainem e, ao cabo, mercê de transigências e concessões, se reduzam ao mesmo ponto de conveniências.”(in *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 8º vol., 1962, p. 40 e 41).

⁹⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 64.

Como toda declaração de vontade, a proposta de contrato obriga o proponente, esta é a regra, se o contrário não resultar dos seus termos, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso. A policitação deixa de ser vinculatória se feita a pessoa ausente, esta não responder dentro do prazo estipulado ou do prazo razoável. Deixa também de obrigar o proponente quando, antes ou simultaneamente a ela, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.⁹⁷

Denota-se, portanto, que aquele que fez a proposta pode retratar-se enquanto a outra parte não dar o aceite, pois não há obrigação sem que haja direito adquirido. Porém, ao realizar uma proposta com prazo estipulado, o proponente cria na mente do destinatário uma expectativa que pode fazer com que o destinatário assuma despesas, recuse outros negócios e até mesmo realize outras contratações, imaginando o negócio futuro pela proposta que lhe foi passada pelo proponente. Assim, há de imputar-se responsabilidade pela revogação da proposta.

Por seu turno, a aceitação é a aquiescência a uma proposta, ou seja, a aceitação é a concordância a uma proposta e confirma-se por um simples “sim” ou “de acordo”, é a aderência à proposta da maneira como foi previamente estipulada.

A aceitação deve corresponder integralmente à proposta, sendo corrente a opinião de que a falta de conformidade da aceitação com a proposta impedirá a formação do contrato e valerá como contraproposta, ou como recusa da proposta primitiva seguida de nova proposta, esta partida do destinatário daquela.⁹⁸

Portanto, conclui-se que deve haver total concordância do aceitante com a proposta feita pelo proponente para formar o contrato, ou seja, a aceitação tem que ser plena. Adições, restrições e modificações importam em uma contraproposta. Se aceitar a contraproposta, passará da condição de proponente para aceitante e o aceitante para a condição de proponente.

Sendo justo o contrato, devem as partes convencionar aquilo que lhes interessar, constituindo um aspecto da liberdade individual, consubstanciada no princípio de que é permitido tudo o que não é proibido em lei. Podem, portanto, discutir todas as condições contratuais, celebrar contratos regulados por lei, ou quaisquer outros inéditos que imaginem, escolher a melhor forma de declaração de vontade e fixar os seus efeitos.

Algumas vezes, no momento da elaboração do contrato, não é possível exprimir em palavras escritas o real pensamento das partes, não revelando suas verdadeiras vontades. Por isso, a legislação civil, atenta a essa dificuldade de linguagem, estabelece que valerá mais a

⁹⁷ WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. São Paulo: RT, 1995, p. 199.

⁹⁸ BESSONE, Darcy. *Do contrato teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 147.

intenção do que o sentido literal da linguagem. Dessa forma, afastou-se o apego excessivo à letra, de modo que o intérprete verifique a real vontade dos contratantes no momento da formação dos contratos.

3.5. Cláusulas típicas dos contratos internacionais

Nos contratos internacionais modernos, verifica-se constantemente o uso de uma diversidade de costumes.⁹⁹ Por esse motivo, faz-se necessário uniformizar as cláusulas e, nesse sentido, torná-las um sistema de interpretação de grande validade.

Primeiramente, cumpre identificar o que são cláusulas. Derivada do latim *clausula*, de *claudere* (fechar, cerrar, cercar), a palavra “cláusula”, na linguagem jurídica, é toda a manifestação da vontade imposta em um contrato, ou ato, em virtude da qual se restringe ou se dispõe a respeito das condições em que o contrato possa exercer seus efeitos em relação às partes que o elaboram e o aceitam.¹⁰⁰

Pode-se dizer que o amplo mundo do comércio internacional é uma cadeia de cláusulas, coberturas e termos de negócios, construídos com grande independência e mais ou menos destacados em grande parte das leis internas e, nessa medida, até mesmo do direito internacional privado.¹⁰¹

As cláusulas contratuais do comércio internacional, quase sempre, são universalmente aceitas e, muitas vezes, conectadas com organizações privadas internacionais por meio de fórmulas estandardizadas acatadas pelos agentes.

Assim, seguem, abaixo, as principais cláusulas que não devem deixar de ser utilizadas quando da formalização de um contrato internacional comercial.

I) Cláusula relativa ao foro

⁹⁹ Acerca dos costumes, interessantes são as palavras de Michel Eyquem de Montaigne: “Parece-me haver muito bem compreendido a força do costume quem primeiro inventou essa história de uma mulher que, tendo-se habituado a acariciar e a carregar nos braços um bezerro desde o nascimento, e o fazendo diariamente, chegou, pela força do hábito, a carregá-lo ainda quando já se tinha tornado um boi. Porque o costume é, efetivamente, um pérfido e tirânico professor. Pouco a pouco, às escondidas, ganha autoridade sobre nós; a princípio terno e humilde, implanta-se com o decorrer do tempo, e se afirma, mostrando-nos de repente uma expressão imperativa para a qual não ousamos sequer erguer os olhos.”(in *Ensaios*. Trad. de Sergio Millier, precedido de Montaigne – o homem e a obra, de Pierre Moreau. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Hucitec, 1987, p. 179).

¹⁰⁰ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 172.

¹⁰¹ STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3. ed. São Paulo: LTR,1998, p. 198.

Para se identificar a lei aplicável a um contrato internacional, quando as partes não convencionam qual será a lei aplicável, o juiz do foro escolhido pelas partes se valerá de elementos de conexão para identificar a lei aplicável. Decorre daí a importância da escolha do foro que resolverá os conflitos estabelecidos entre as partes.

Exatamente para evitar essa contingência, será muito mais prudente incluir no contrato internacional do comércio a chamada cláusula atributiva de competência, que determina, implicitamente, a jurisdição competente. Essa cláusula pode ser também chamada de cláusula de prorrogação voluntária da competência, ou cláusula de eleição de foro.

Dessa forma, as partes em consonância ao princípio da autonomia da vontade, que domina os contratos, podem designar o tribunal de sua escolha, que julgará os conflitos e divergências que venham a ocorrer.

Como se verificará a seguir, podem as partes optar, para fugir às leis indicadas pelo jogo das regras de conflito, recorrer à arbitragem.

Observa-se que atualmente existe uma espécie de “desterritorialização”, pois a globalização aproximou as pessoas, modificou o conceito rígido de território, visto que os contratos internacionais passaram a ser muito mais constantes. Nesse sentido, explica a Betina Gruppenmacher:

A transnacionalização das relações internacionais está a exigir uma atualização do princípio da territorialidade. Integramos, hoje, um universo em que as relações internacionais tornam as fronteiras estatais permeáveis. Dentro de uma perspectiva de extraterritorialidade da competência dos Estados, passam estes a considerar produzido dentro dele ato ou fato praticado total ou particularmente no exterior, submetendo-os ao exercício de sua competência.¹⁰²

II) Cláusula arbitral ou compromissória¹⁰³

¹⁰² *Tratados internacionais em Matéria Tributária e Ordem Interna*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 139.

¹⁰³ Sobre a arbitragem na Alemanha, o professor Gerhard Ries explica sucintamente: “Arbitration clauses are governed by the book of the Code of Civil Procedure (*Zivilprozeßordnung, ZPO*), §§ 1025-48. They are permissible if they relate to a specific legal relationship between the parties under §1026 ZPO. The German law looks at such agreements with much less suspicion than English law did in the past. Nevertheless, it is something of a paradox that arbitration is more common in English practice than it is in Germany. The explanation may lie in the importance of London as a great commercial centre on the one hand, and the much higher cost of court litigation in England on the other. In any event, a valid arbitration agreement under German law makes a court action inadmissible before arbitration proceedings have been terminated. Under § 1040 ZPO, the arbitration decision has the same effects as a judgment. Courts are allowed to review the arbitration decision on formal grounds only, unless the outcome offends public policy, in particular if it is incompatible with human rights (§ 1041 ZPO).” (Curso ministrado na Universidade de Munique, de 3 de julho a 28 de julho de 2006).

A arbitragem é meio alternativo de solução de litígios. Para que exista a possibilidade de utilizar a arbitragem, é necessário que a matéria envolva direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, matérias que sejam suscetíveis de transação¹⁰⁴. Não há como sustentar que a cláusula arbitral ofende o princípio constitucional do direito de ação, pois não lhe é negado o direito de ação, e sim oportunizado que as partes escolham que sua lide seja decidida por um árbitro.¹⁰⁵

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI)¹⁰⁶ criou um centro de arbitragem e mediação para o âmbito da propriedade intelectual que engloba quatro procedimentos para a resolução das lides, quais sejam: mediação, arbitragem, arbitragem acelerada, e procedimentos conjuntos de mediação.

A cláusula compromissória exclui o foro judicial e está contida no direito pátrio por meio do Protocolo de Genebra¹⁰⁷ sobre cláusulas arbitrais, de 1923, ratificado pelo Brasil em 1932, que dispõe ser a cláusula compromissória excludente de competência nos contratos celebrados entre brasileiros e nacionais dos demais países aderentes a essa convenção internacional. Esse tratado, como lei especial que é, não foi revogado pelos Códigos de Processo Cível posteriores, leis gerais que são, no entanto, esse protocolo deixou de ter efeito no Brasil por força do artigo VII, parágrafo 2, da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova York¹⁰⁸, de 10 de junho de 1958), que expressamente dispôs dessa maneira.¹⁰⁹

A cláusula compromissória é uma faculdade concedida às partes para escolher livremente o órgão ou juízo arbitral ao qual será submetido o litígio, bem como a escolha pelo julgamento com base na equidade ou na lei. Assim, pode-se concluir que a cláusula arbitral nada mais é que a escolha, pelas partes, de um órgão imparcial para dirimir controvérsias.

¹⁰⁴ Um bom trabalho acerca da arbitragem foi apresentado por Selma Ferreira Lemes (Diretora da Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo), *Arbitragem em Propriedade Intelectual*. Disponível em http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri34.pdf

¹⁰⁵ Conforme Nelson Nery Júnior: “o fato de as partes constituírem compromisso arbitral não significa ofensa ao princípio constitucional do direito de ação. Isto porque somente os direitos disponíveis podem ser objeto de compromisso arbitral, razão por que as partes, quando o celebram, estão abrindo mão da faculdade de fazer uso da jurisdição estatal, optando pela jurisdição arbitral. Terão, portanto, sua lide decidida pelo árbitro, não lhes sendo negada a aplicação da atividade jurisdicional.”(in *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 1995, p. 95).

¹⁰⁶ Instituição de abrangência global com sede na Suíça.

¹⁰⁷ Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 21.187, de 22 de março de 1932.

¹⁰⁸ Aprovada pelo Congresso Nacional em 25 de abril de 2002, pelo Decreto Legislativo nº52 e promulgada pelo Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002, Diário Oficial da União de 24.7.2002.

¹⁰⁹ “2. O Protocolo de Genebra sobre Cláusulas de Arbitragem de 1923 e a Convenção de Genebra sobre a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1927 deixarão de ter efeito entre os Estados signatários quando, e na medida em que, eles se tornem obrigados pela presente Convenção”.

III) Cláusulas de *hardship*

Essa cláusula foi concebida para possibilitar um ajuste convencional na ocorrência de uma circunstância futura e imprevista no momento da conclusão do contrato que viesse a causar uma alteração econômica, de modo que a execução do contrato se tornasse impossível, seja temporária ou definitivamente, e anormalmente onerosa para uma das partes.¹¹⁰

Considera-se *hardship* uma situação em que a alteração de fatores políticos, econômicos, financeiros, legais ou mesmo tecnológicos que vigoravam na época da celebração do contrato resulte em consequências danosas para uma das partes. Tais modificações podem ser causadas por fenômenos geofísicos, pelas condições socioeconômicas vigentes no sistema internacional ou ainda pelas alterações no mercado internacional, advindas de crises estruturais, escassez, flutuação de preços, etc., e suas respectivas consequências na política comercial, como restrições, medidas de protecionismo, etc.

A aproximação dessa cláusula com a da força maior é evidente. Dirimindo-se essa dúvida, há que se considerar tais cláusulas como complementares às de força maior, porque, além dos fenômenos naturais, políticos e outros que autorizarão a suspensão ou a resolução do contrato, por meio delas será possibilitada a intervenção no contrato para promover-lhe adaptação que o torne mais equilibrado.

Portanto, cláusula *hardship* é aquela que permite a revisão contratual caso venham a ocorrer circunstâncias que alterem demasiadamente o equilíbrio da obrigação das partes.

IV) Cláusula penal

A cláusula penal assume grande importância para o comércio internacional devido a sua frequência na prática do comércio, constando quase sempre em todos os tipos de contrato.

A cláusula penal é de extrema eficácia para conduzir à sanção os comportamentos incondizentes com os ajustes contratuais que, exemplificativamente, podem ser elencados entre a mora na execução, inexecução das garantias de rendimento ou de qualidade, falhas no fornecimento, inexecução de obrigação de compra, inexecução por parte do transmitente de licença e de suas obrigações, relativas à defesa de patentes, ou ainda inexecução das obrigações de não fazer. Além disso, essa cláusula desempenha papel que está longe de ser

¹¹⁰ MELO, Jairo Silva. *Contratos internacionais e cláusulas hardship*. São Paulo: Aduaneiras, 1999, p. 83.

simples, pois pode ser associada, paradoxalmente, a um mecanismo de recompensa à diligência do empresário, ou ainda, ao inverso, desde que seja legalmente possível responder a preocupação de limitação da responsabilidade.¹¹¹

Simplifica-se dizendo que cláusulas penais são aquelas que trazem em seu texto uma sanção como penalidade, geralmente em forma de multa, imposta à parte contratante que não cumprir algo estipulado no contrato.

3.7. Conceituação de contratos internacionais

Difícil é a tarefa de conceituar contratos internacionais do comércio, pois há contratos celebrados entre pessoas (jurídicas ou não, de direito público ou privado) de diferentes países que implicam o tráfego de bens e valores entre esses países e que, assim, podem ser chamados de internacionais, inclusive no sentido semântico da expressão, mas há outros cujo caráter internacional é falso.¹¹²

Nesse contexto, Luiz Olavo Baptista, para diferenciar contratos internos de contratos internacionais, vai aos poucos inserindo elementos internacionais no exemplo que segue:

Um brasileiro vende a outro um automóvel, de fabricação brasileira, e é pago em cruzeiros, no Brasil, onde se acha o veículo e se celebrou o negócio. A situação é inequivocadamente de direito interno. Se o vendedor fosse um alemão (domiciliado no Brasil), continuando todos os fatores iguais, a operação ainda seria enquadrada desde logo e sem dificuldades, em nosso sistema jurídico, apesar da diferença de nacionalidade entre as partes. Restaria discutir-se se a capacidade do estrangeiro será avaliada pela lei do local de seu nascimento ou pelo do seu domicílio. Mas o peso dos elementos de conexão, ou pontos de contacto com o nosso direito é tal que este predominará. A venda será considerada como de direito interno.¹¹³

Imagine-se, agora, que o carro foi exportado da Alemanha para o Brasil e pago em marcos, embora o brasileiro e o alemão estivessem sempre no Brasil. Aqui, os elementos internacionais da operação têm maior peso. Já podemos vislumbrar uma hipótese de conflito: havendo vício oculto, qual será a lei a determinar o prazo de prescrição para a eventual reclamação? E a indenização que daí decorre será regida por que norma?

¹¹¹ STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3. ed. São Paulo: LTR, 1998, p. 342.

¹¹² BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 9.

¹¹³ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 9.

Outro caso seria o de um banco norte-americano financiar a exportação do carro. O contrato de venda celebra-se em Nova York, o pagamento faz-se daqui para uma filial nas Ilhas Cayman, porém em francos suíços. Os fatos ancoram-se em tantos direitos diferentes que o contrato só pode ser classificado como internacional. Se na compra e venda o carro vier da Alemanha e o pagamento sair daqui, mas as partes forem brasileiras, embora operando comercialmente uma no Brasil outra em Londres, o contrato ainda assim seria internacional?

Os exemplos acima expostos demonstram de forma clara a dificuldade para caracterizar um contrato como internacional.¹¹⁴

A caracterização é feita a partir de uma premissa interna. Cada país adota seus próprios critérios de interpretação. Sendo assim, o que num país pode ser um contrato internacional, pode não o ser em outro. O Brasil adota a regra do domicílio para classificar os contratos internacionais, ou seja, um dos contratantes deve residir fora do país.

Assim, percebe-se que o contrato internacional tem elementos que o aproximam dessa definição, uma vez que também é um acordo de vontades que visa colimar um objetivo. A diferença fundamental está no fato de que, no contrato internacional, as cláusulas concernentes à conclusão, capacidade das partes e o objeto se relacionam a mais de um sistema jurídico.¹¹⁵

Portanto, conclui-se que contratos internacionais são os acordos de vontades que estão sujeitos a dois ou mais ordenamentos jurídicos.

3.8. Lei aplicável aos contratos internacionais

Nos contratos internacionais, existe a problemática para determinar qual lei deverá ser aplicada nos contratos internacionais utilizados na transferência de tecnologia.

¹¹⁴ Segundo Waldirio Bulgarelli, “Os contratos internacionais vem crescendo de importância, à medida que são incrementadas as operações econômicas entre os países, vele dizer, basicamente a importação e a exportação. E não obstante a crise verificada na economia mundial, a partir de 1974, caracterizada por uma inflação nos preços do comércio mundial, pelo abandono da conversibilidade do dólar e pela generalização das cotações flutuantes da moeda, assim mesmo os negócios internacionais continuam a crescer, obedecendo embora a outros princípios, como, por exemplo, a não abertura das fronteiras, a eliminação dos obstáculos às regras concorrenciais do mercado e a reativação das barreiras aduaneiras entre países industrializados etc. O Brasil, não obstante ter sofrido acentuadamente os efeitos dessa crise, vem mantendo, no mercado mundial, que se calcula em torno de 850 milhões de dólares, uma performance regular, com seu balanço de comércio em torno de dez bilhões de dólares. Tudo isto, obviamente, acentua a importância dos contratos internacionais, cuja base é exatamente a compra e venda.”(in *Contratos mercantis*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1984, p.205).

¹¹⁵ ENGELBERG, Esther. *Contratos internacionais do comércio*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 19.

Atualmente, não existe um sistema de direito internacional privado que ofereça normas de conflitos especializados para esse tipo de contrato.¹¹⁶

Assim, podem-se traçar duas hipóteses: i) a do contrato que não determina qual lei deverá ser aplicada em caso de litígio¹¹⁷; ii) aquela em que as partes, utilizando-se do princípio da autonomia da vontade, escolhem a lei aplicável ao contrato.

i.a) Critério da autonomia da vontade Baptista (1994, p.46) preleciona assim sobre esse critério:

O princípio da autonomia decorre da importância atribuída ao interesse das partes que, nesta hipótese, prevalece sobre os interesses do tráfico jurídico e de tutela dos interesses dos terceiros. Eis porque na maioria dos sistemas jurídicos se determina a conexão do contrato pela vontade das partes, que – presume-se – devem exprimir seu interesse.

Conforme verificado, o critério da autonomia da vontade é aquele em que as partes contratantes expressam sua vontade quanto à lei que regerá o contrato.

Esse critério está consagrado nos artigos 7º¹¹⁸ e 8º¹¹⁹ da Convenção Interamericana sobre o direito aplicável aos contratos internacionais. Vale destacar que a eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável, pois diante da nossa Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, não se vislumbra a possibilidade de escolha do direito aplicável, porém existe a possibilidade de se escolher em que lugar será assinado o contrato, que determinará a legislação que deverá ser aplicada, como veremos adiante.

Não obstante essa explanação, a questão relativa à autonomia da vontade na escolha da legislação que deverá ser aplicada se mostra controvertida. Alguns doutrinadores acreditam que não existe essa autonomia; por outro lado, outros doutrinadores, como Haroldo

¹¹⁶ Cf. Guillermo Palao Moreno. A Lei Aplicável aos Contratos Internacionais em Matéria de Inovação e Conhecimento na Ibero-América in *Propriedade Intelectual: inovação e conhecimento*. Curitiba, Juruá, 2010, p. 13.

¹¹⁷ Vale consultar o texto de Max-Planck, *Principles for Conflict of laws in Intellectual Property*, 2009. Disponível em: <http://www.cl-ip.eu>.

¹¹⁸ “Artigo 7º- O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreende-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo.”

¹¹⁹ “Artigo 8º - As partes poderão, a qualquer momento, acordar que o contrato seja total ou parcialmente submetido a um direito distinto daquele pelo qual se regia anteriormente, tenha este sido ou não escolhido pelas partes. Não obstante, tal modificação não afetará a validade formal do contrato original nem o direito de terceiros.”

Valadão¹²⁰, defendem a possibilidade, pois interpretam a expressão “reputa-se” contida no art. 9º, §2º, da LINDB, como equivalente a “presume-se”, que abriria espaço para o exercício da autonomia da vontade, devendo ser interpretada como “salvo estipulação em contrário”.

Destaca-se que, segundo a Lei de Arbitragem (9.307/96), art. 2º e 11, as partes podem escolher a lei ou os princípios gerais de direito, ou os usos e costumes, ou as regras internacionais de comércio, desde que respeitados os princípios de ordem pública e os bons costumes.¹²¹

Por conseguinte, para os contratos sem cláusulas de lei aplicável, é necessário que se estabeleçam critérios de conexão vigentes nos ordenamentos positivos de direito internacional privados. Olavo Baptista¹²² apresenta a seguinte solução: “[...] quando as partes nem sequer pensaram na localização do contrato, ou preferiram omitir-se, em razão de dificuldades de negociação, por ignorância ou por outra causa. Então caberia ao juiz localizar o contrato ‘falando em nome das partes’, ou imaginando fazê-lo.” Solução bastante simplista e que não resolve por completo a situação, pois valeria indagar, ainda, qual seria o juiz competente.

No entanto, existem alguns critérios que podem ser utilizados, considerando os elementos de conexão adotados pelos ordenamentos positivos internacionais. Senão vejamos.

ii.a) *Lex loci executionis* – Critério da lei do lugar da execução

Esse critério considera correta a adoção do lugar da execução do contrato para determinar a lei que deverá ser aplicada às obrigações contratuais¹²³ e encontra respaldo no artigo 36 do Tratado de Montevideu de 1940, retificado por Argentina, Paraguai e Uruguai, adotado por Cuba e privilegiado em Honduras e no Peru.

Os adeptos desse critério defendem que é nesse lugar que a obrigação revela a sua eficácia, pois é aí que ela se cumpre e encontra sua solução. Portanto, a lei aplicável seria aquela do lugar onde o contrato se cumpriu.

ii.b) *Lex loci celebrationis* – Critério da lei do lugar do contrato

¹²⁰ *Direito internacional privado*. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1983, v/2, p.186.

¹²¹ Sobre a possibilidade de escolha da legislação aplicável aos contratos, no âmbito do Mercosul, existe o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul (Acordo de Buenos Aires), aprovado pelo Congresso Nacional em 29 de dezembro de 2000, pelo Decreto Legislativo nº 265 e promulgado pelo Decreto nº 4.719, Diário Oficial da União de 5.6.2003.

¹²² *Dos contratos Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 28.

¹²³ GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. *Lei aplicável aos contratos internacionais*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 17.

É o critério preferido dos civilistas da escola francesa. Nesse, defende-se que nenhuma lei seria mais adequada na regulação de uma obrigação jurídica do que aquela vigente no lugar onde ele se constituiu.¹²⁴

Esse critério é adotado pelo Brasil, assim como pelo Panamá, e ainda serve de critério supletivo ao do lugar da execução. Vale repisar que, de acordo com esse critério, seria aplicada a lei do local onde as partes realizaram suas declarações de vontades e aperfeiçoaram, por meio das assinaturas, o negócio jurídico, no caso, o contrato.

O artigo 9º¹²⁵ da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prevê a aplicação das normas do país em que se constituírem a obrigação. Assim, quando falamos em contrato entre partes presentes, se cada parte assinar o contrato em seu respectivo domicílio, valerá a lei do país do proponente, segundo o § 2º¹²⁶ do mesmo artigo.

ii.c) Pode-se ainda adotar o critério da residência habitual das partes, que encontra respaldo no art. 16 do Código de Bustamante.

ii.d) Critério da *proper law of the contract* ou princípio da proximidade

Por esse critério, será aplicada a lei do país com o qual o contrato tiver maior número de afinidades ou conexões, não desconsiderando o princípio da autonomia da vontade. Para os defensores desse critério, cabe ao juiz a missão de buscar o centro de gravidade da relação jurídica ou os “vínculos mais estreitos”¹²⁷, em cada caso concreto, ponderando objetivamente todas as circunstâncias peculiares ao tipo de contrato, seu objeto e partes contratantes.¹²⁸

Por fim, vale ressaltar que a lei que será aplicada aos contratos não se confunde com a cláusula de eleição de foro, pois esta apenas determina a qual juízo as eventuais controvérsias serão submetidas, independentemente da legislação que será aplicada. Nessa seara, vale a regra da autonomia da vontade, observando as restrições expressas no artigo 111

¹²⁴ GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. *Lei aplicável aos contratos internacionais*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 17.

¹²⁵ “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.”

¹²⁶ “A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”.

¹²⁷ Guilherme Paolo Moreno define os “vínculos mais estreito” como “o ponto de conexão flexível, por meio do qual o contrato internacional em questão ver-se-ia regulado pela lei do país com o qual mantivesse relação mais próxima; o que deveria determinar-se caso a caso, fundamentalmente atendendo as circunstâncias externas que circundam o contrato em questão”. (in *A Lei Aplicável aos Contratos Internacionais em Matéria de Inovação e Conhecimento na Ibero-América in Propriedade Intelectual: inovação e conhecimento*. Curitiba, Juruá, 2010, p. 25).

¹²⁸ GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. *Lei aplicável aos contratos internacionais*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 26.

do Código de Processo Civil¹²⁹, lembrando que toda sentença estrangeira deverá ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça antes de poder ser executada no Brasil.

Vencido o estudo acerca dos contrato, será necessário o entendimento das diferentes propriedades que são apresentadas em nosso ordenamento jurídico, pois o contrato é o principal instrumento que possibilita a transferência de tecnologia, com ou sem a substituição do titular, qual seja, o proprietário de um bem imaterial.

¹²⁹ “Art. 111. A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.

§1º O acordo, porém, só produz efeito, quando constar de contrato escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico.

§2º O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes.”

CAPÍTULO 4. BREVE RELATO ACERCA DO DIREITO DE PROPRIEDADE

4.1. O direito de propriedade: teorias

Algumas teorias explicam a gênese do direito de propriedade, sendo que cinco merecem destaque: i) laborista; ii) legal; iii) contratual; iv) da ocupação; e v) econômica. Pedro Calmon Moniz de Bittencourt analisa cada uma delas.¹³⁰

A teoria laborista, formulada por John Locke e adotada por Rousseau, tem por fundamento a assertiva de que o trabalho é a medida da propriedade. Para Locke, a propriedade privada vem da condição da vida humana.¹³¹

O ponto de partida de Locke era que Deus deu à raça humana a natureza abundante da Terra. A partir dessa constatação, ele apresentou a posição de que “todo homem tem a propriedade em sua própria ‘pessoa’ e no ‘labor’ de seu corpo e no ‘trabalho’ de suas mãos”. Locke, então, avaliou que aquele que despendesse trabalho sobre objetos os removeria da esfera pública e os absorveria como propriedade privada.¹³²

Locke adicionou uma dimensão utilitária ao exigir que os objetos não seriam benéficos à raça humana até que fossem reduzidos à propriedade privada.¹³³

A teoria legal, que teve grande adesão nos séculos XVII e XVIII, especialmente em função das obras de Hugo Grotius (1627) e Thomas Hobbes (1647), afirmava ser a propriedade uma mera criação da lei civil¹³⁴. Para os defensores dessa teoria, a propriedade não era um direito natural, mas um privilégio.

Possivelmente, o mais famoso ataque às teorias do direito natural foi lançado por Jeremy Bentham, que, de maneira fulminante, aboliu os direitos naturais:

Direito [...] é o filho da lei; das leis reais vêm os direitos reais; das leis imaginárias, das leis da natureza, concebidas e inventadas por poetas e retóricos, e fornecedores de venenos morais e intelectuais, vêm os direitos imaginários, uma geração bastarda de monstros [...] Direito natural é simples

¹³⁰ BITTENCOURT, Pedro Calmon Moniz de. *Direito de propriedade: à margem dos seus problemas jurídicos, sociológicos, históricos e políticos*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1925.

¹³¹ BITTENCOURT, Pedro Calmon Moniz de. *Direito de propriedade: à margem dos seus problemas jurídicos, sociológicos, históricos e políticos*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1925, p. 127.

¹³² LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 42.

¹³³ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 4

¹³⁴ BITTENCOURT, Pedro Calmon Moniz de. *Direito de propriedade: à margem dos seus problemas jurídicos, sociológicos, históricos e políticos*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1925, p. 131.

contrassenso: direitos naturais e imprescritíveis, contrassenso retórico –
contrassenso sobre muletas.¹³⁵

Em sua visão, “a propriedade e a lei nascem juntas e morrem juntas. Antes de as leis serem feitas, não havia propriedade; retire as leis e a propriedade cessará”¹³⁶. Bentham sugeriu, ao invés, uma base utilitária para a lei.

Durante o século XIX, todavia, enquanto as teorias do direito natural continuavam a reinar soberanamente, a compreensão dominante dos direitos de propriedade veio a ser a de William Blackstone, nominalmente um fiel ao direito natural, mas, na prática, um formalista e conceitualista, interessado menos na justificação do direito da propriedade e mais na precisão de sua substância. Em seus *Comentários às leis da Inglaterra*, Blackstone criou uma formulação que eventualmente se tornou um grito de provocação de uma compreensão expansiva da propriedade. Propriedade, escreveu Blackstone, é “aquele único e despótico domínio que um homem reivindica e exercita sobre as coisas externas do mundo, em total exclusão do direito de qualquer outro indivíduo no universo.”¹³⁷

Essa famosa formulação inclui muitos elementos. Primeiro, a propriedade é relacionada com o direito do proprietário, ou seja, “aqueles direitos que um homem pode adquirir em coisa por estarem desconectadas de sua pessoa”¹³⁸. Segundo, idealmente, a propriedade pertence a um único indivíduo. Terceiro, tratando-se de terras, os direitos de propriedade sobre elas se prolongam indefinidamente para cima, até o céu, e para baixo, até o centro da Terra. Quarto, o direito principal anexado à propriedade é o direito de excluir “qualquer outro indivíduo no universo”. Embora, provavelmente, Blackstone não tenha tido a intenção desse resultado, teóricos modernos associaram essa formulação com uma visão absolutista da propriedade, que, eventualmente, veio a ser conhecida, algo imprecisamente, como “o feixe de direitos imobiliários blackstonianos”.

¹³⁵ BENTHAM, Jeremy. Anarchical fallacies. In *The works of Jeremy Bentham* (J. Bowring ed. 1962) apud BELL, Abraham e PARCHOMOVSKY, Gideon. *What Property Is*. University of Pennsylvania, Institute for Law & Economics Research Paper 04-05, February 2004, p. 12.

¹³⁶ BENTHAM, Jeremy. *Theory of legislation*. (4th ed. 1882) apud op. cit. p. 12.

¹³⁷ BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*. Book 2, chapter 1 (1765-1769) apud BELL, Abraham e PARCHOMOVSKY, Gideon. *What Property Is* (February 2004). University of Pennsylvania, Institute for Law & Economics Research Paper 04-05, p. 13.

¹³⁸ BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*. Book 2, chapter 1 (1765-1769) apud BELL, Abraham e PARCHOMOVSKY, Gideon. *What Property Is* (February 2004). University of Pennsylvania, Institute for Law & Economics Research Paper 04-05, p. 13.

Para essa teoria, anota Washington de Barros Monteiro, a propriedade é uma concessão do direito positivo, de modo que ela apenas existe porque a lei a criou e a garante.¹³⁹

A teoria contratual está associada à legal, constituindo uma evolução baseada nas ideias de Rousseau e Hugo Grotius. Este, por exemplo, afirmava que, nos primórdios, a associação civil se deu mediante uma convenção pela qual os homens assumiam certos deveres e certas garantias, atribuições e privilégios.¹⁴⁰

Isso porque, ao se partir da célebre afirmação de Hobbes de que *homo homini lupus*, alcança-se a necessidade de convivência entre os homens, o que teria sido viabilizado pelo *contrato*.

Essa teoria influiu movimentos revolucionários no século XVIII, que questionavam como um contrato firmado em tempos imemoriais poderia vincular gerações *ad perpetuam*, potencializando injustiças e justificando o *status quo*.

Sobre a teoria da ocupação, Washington de Barros Monteiro a qualifica como a mais antiga e a mais errônea¹⁴¹. Seus defensores sustentam que o fundamento da propriedade está localizado na ocupação.

Os críticos dessa teoria afirmam que se filiar a ela significa explicar o direito de propriedade pela sua feição consequencial.¹⁴²

Por fim, a teoria econômica, capitaneada por Stuart Mill, tem como ponto de partida a necessidade. A propriedade se torna em instituição fundamental porque a necessidade exige a maior produção, que é razão de ser da propriedade privada, de modo a estimular o trabalho, que, por sua vez, é fator de riqueza.¹⁴³

¹³⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 82.

¹⁴⁰ BITTENCOURT, Pedro Calmon Moniz de. *Direito de propriedade: à margem dos seus problemas jurídicos, sociológicos, históricos e políticos*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1925., p. 141.

¹⁴¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 1955., p. 81.

¹⁴² BITTENCOURT, Pedro Calmon Moniz de. *Direito de propriedade: à margem dos seus problemas jurídicos, sociológicos, históricos e políticos*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1925, p. 146.

¹⁴³ BITTENCOURT, Pedro Calmon Moniz de. *Direito de propriedade: à margem dos seus problemas jurídicos, sociológicos, históricos e políticos*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1925, p. 149.

4.2. Primeira etapa: os princípios romanos

Em Roma, a propriedade aparece na primeira época como uma instituição religiosa; na segunda, assumiu um caráter aristocrático e, em uma última, chegou a se transformar em propriedade individual ou privada.

Inicialmente, só há uma pequena propriedade privada, reduzida à área do direito familiar, de curta extensão material quando se trata de imóveis ou circunscrita a coisas móveis, como animais ou escravos. O restante das terras era coletivo.

Esclarece Fustel de Coulanges:

Não foram as leis, mas a religião, que primeiramente garantiu o direito de propriedade. Cada domínio estava a sob a proteção das divindades domésticas que velavam por ele. [...] Era uma espaço sagrado; a lei romana declarava-o imprescritível; pertencente à religião.

[...]

Compreende-se facilmente como direito de propriedade, assim concebido e estabelecido, surge mais completo e mais absoluto nos fundamentos, do que nas sociedades modernas onde se baseia em princípios diferentes. A propriedade surge de tal modo vinculada à religião doméstica, que a família de forma alguma podia dela renunciar sem antes abdicar da religião. A casa e o campo estavam como que entronizados na família, não podendo esta nem perdê-los, nem abandonar a sua legítima posse: Platão, no seu Tratado das Leis, não intencionava inovar ao proibir o proprietário de vender o seu campo; ele nada mais faz do que confirmar a antiga lei.¹⁴⁴

O ordenamento das XII Tábuas previa uma propriedade ampla sobre a terra, dentro de Roma, que conferia a seu titular, desde que fosse cidadão romano, amplas faculdades sobre ela.

No século I de nossa era, em plena época clássica, o domínio romano foi se mostrando com sua mais destacada característica: seu absolutismo.

A propriedade quirritária passou a ser instituição de direito civil, porém em solo provincial não se podia adquiri-la nem mesmo os cidadãos¹⁴⁵. Nestas últimas terras, só se admitia uma posse com gozo.

Por obra do pretor, logo apareceu uma propriedade bonitária, de segunda ordem, que outorgava ao possuidor uma exceção processual que lhe permitia opor-se à ação

¹⁴⁴ FUSTEL de COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. Tradução Heloisa da Graça. São Paulo: Rideel, 2005 (biblioteca clássica), pp. 50/51.

¹⁴⁵ Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. Vol 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 282

reivindicatória de um antigo proprietário, quando não se conseguia na transferência todo o formalismo devido.^{146 147}

Justiniano unificou todo o sistema, dando lugar, com isso, à propriedade privada romana, regime típico e particular de um povo que atribuiu ao domínio os caracteres de absoluto, exclusivo e perpétuo.

Os romanos não propunham uma definição de domínio, mas apenas descreveram empiricamente seu conteúdo. Entretanto, conceberam-no como um direito inviolável, a cujo respeito os casos de expropriação e de perda em virtude da prescrição tinha um efeito restrito.

Em todo caso, é importante assinalar que a expressão *proprietas* surgiu apenas na fase romano-bizantina. Os antigos romanos falavam unicamente em domínio. Ademais, ao confundir o direito com o seu objeto, os romanos admitiram domínio tão somente sobre coisas materiais. Os *iura* atribuídos ao *dominus*: *ius utendi*, *ius fruendi* e *ius abutendi* não foram mencionados pelos antigos romanos, mas propostos pelos comentaristas posteriores.^{148 149}

4.3. Segunda etapa: a revolução burguesa

Como é geralmente propagado pela literatura, a abolição do feudalismo foi uma pré-condição necessária para a mudança: um moderno comércio de terras, no qual os indivíduos puderam transmitir a propriedade plena e os direitos de desenvolvimento para terceiros, mediante disposições contratuais e testamentárias.

Todavia, o retorno das bases relativistas e contratuais da propriedade para a concepção romana absoluta não foi gradual e suave. Os eventos históricos que envolveram o fim da era feudal demonstraram o poder da dinâmica irreversível da fragmentação na propriedade.

Foram necessárias revoluções políticas e ideológicas para remodelar a concepção dominante e o conteúdo da propriedade. A Revolução Francesa marcou um ponto de virada.

Em 4 de agosto de 1789, na primeira sessão dos Estados Gerais, em mais de 200 anos, numa vã tentativa de protelar o sério levante político e social, os nobres e clérigos franceses renunciaram a alguns de seus privilégios feudais. A significância teórica desse

¹⁴⁶ Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. Vol 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 283.

¹⁴⁷ Cf. MONREAL, Eduardo. *El derecho de propiedad privada*. Bogotá: Temis Librería, 1979, p. 8.

¹⁴⁸ PLANIOL, Marcel e RIPERT, Georges. *Tratado practico de derecho civil francés*. Tomo III, Los bienes, trad. M. Diaz Cruz, Editorial Cultural Habana, 1942, p. 203.

¹⁴⁹ Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. Vol 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 281.

movimento foi enorme, pois ele liberou a terra de uma grande quantidade de servidões pessoais. Outros ônus feudais podiam ser extintos pelo pagamento de uma taxa única aos suseranos. Na prática, o campesinato não podia pagar os altos valores exigidos para obter a liberação das servidões feudais. A Revolução Francesa trouxe o colapso do regime feudal com a completa abolição de todos os ônus e taxas senhoriais sem qualquer compensação.¹⁵⁰

Durante o século XVIII, estava em voga apontar a tradição feudal como raiz da ineficiente fragmentação e se rebelar contra a herança feudal por meio da proclamação de um novo paradigma de propriedade absoluta e unificada.

Historicamente, os sistemas feudais impuseram aos detentores de terra obrigações positivas, que não eram parte do feixe romano de direitos e deveres dos proprietários. A versão filosófica de Hegel influenciou as concepções legais sobre a propriedade ao redor do mundo, especialmente a partir da Pandectística Alemã.¹⁵¹

Hegel considerava que a padronização das utilidades da propriedade seria um movimento relacionado com o árduo esforço para libertar a propriedade dos impregnantes ônus feudais, sugerindo que a liberdade individual dependia fortemente da liberdade da propriedade.¹⁵²

Nesse cenário, o enfoque romanístico tornou-se o modelo para a propriedade burguesa, concebida como um direito privado absoluto ao gozo da terra.

Essa concepção da propriedade absoluta contrastava dramaticamente com o conceito da propriedade feudal como feixe de direitos e deveres que misturava relações relativas e absolutas nas esferas pública e privada. Embora, em muitas searas, tal concepção de propriedade já estivesse presente no mundo pré-feudal, a reação intelectual contra o antigo regime conduziu a uma articulação mais variada desse ideal.

Essa evolução teórica culminou nos eventos revolucionários da década de 1790 que marcaram o começo de uma nova era nos regimes de propriedade na França e no resto da Europa. Esse novo enfoque legal, a fim de combinar com sucesso conceitos da unidade funcional com a revivificada concepção absoluta da propriedade, teve que ter regras substanciais para estimular as unidades funcional, física e legal da propriedade. Tais

150ARRUDA ALVIM. *Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais*. In *Posse e propriedade: doutrina e jurisprudência*. Coord. Yussef Said Cahali. pp. 39/67. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 44.

151RUDDEN, Bernard. *Economic theory v. property law: the numerus clausus problem*. In *Oxford Essays in jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 250.

¹⁵²RUDDEN, Bernard. *Economic theory v. property law: the numerus clausus problem*. In *Oxford Essays in jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 250.

princípios de propriedade unitária estão materializados em importantes regras que caracterizam o moderno direito de propriedade.

A Revolução Francesa introduziu na cena política uma burguesia ansiosa por assumir o poder. Esta utilizou as massas populares como instrumento material de seus desígnios e a legislação sobre propriedade como um de seus principais instrumentos formais. Neste último sentido, impôs o retorno do ordenamento jurídico romano relativo à propriedade privada, que atribuía ao domínio um caráter absoluto e notadamente individualista. Com ele, combateu as limitações estabelecidas a esse direito pelo antigo regime e introduziu um regime que permitiria à nova classe em ascensão substituir no poder a nobreza e o clero.

A propriedade se converteu em um direito *sagrado e inviolável*, cuja classificação política está no mesmo nível da liberdade, da segurança e da resistência à opressão. Todas elas recebem o caráter comum de “direitos humanos naturais e imprescritíveis”. Nunca antes o direito de propriedade havia alcançado tão elevada categoria conceitual.

Predomina o conceito de que a propriedade é outro aspecto da liberdade e que só é verdadeiramente livre o proprietário a quem é reconhecido o senhorio ilimitado sobre os bens que lhe pertencem. A propriedade tem como finalidade “assegurar a cada homem livre um espaço vital particular e independente de toda vontade alheia”¹⁵³; daí que se reconheça uma importância especial na determinação de seu conteúdo à livre vontade do dono.

Dessa forma, o direito de propriedade passou a ser considerado uma proteção à personalidade do indivíduo e a ser valorado e protegido no plano jurídico com um especial vigor. Unicamente o proprietário privado pode bastar-se a si mesmo e resistir à invasão de sua individualidade por outros indivíduos ou pelo Estado.

Observa-se que isso explica que a propriedade individual obtém um posto central de primeira ordem na organização social e no sistema jurídico e entra a se perfilhar como um meio para alcançar poder.

Por outra parte, esta ideia se vincula com outras relativas ao dever de abstenção do Estado em relação ao exercício pelo dono do direito de propriedade e a necessidade de reconhecer na livre iniciativa de cada cidadão a potencialidade que há de conduzir o progresso econômico e social ao conjunto social. São manifestas, pois, as vinculações dessa noção de propriedade com as doutrinas econômicas liberal-individualistas.

¹⁵³ WOLFF, Martin e RAISER, Ludwig. *Tratado de derecho civil*. 3. ed. Espanhola. Barcelona: Bosch, 1971, p. 323.

Logo, o conceito romano de domínio, absorvido pela nova ideologia, transformou-se em um pilar básico sobre o qual se assentou o ordenamento econômico, social e jurídico do capitalismo em desenvolvimento.

E mais: a qualidade de proprietário de bens passou ser tida como uma verdadeira virtude cívica, que atribuiu aos que a alcançaram direitos políticos preferentes sobre os demais. Estabeleceram-se sistemas eleitorais censitários, que reconheceram direito de sufrágio somente aos proprietários de bens imóveis. Eram esses os cidadãos em quem todo o povo poderia confiar e que ficaram encarregados de conduzir o Estado.

Com o passar do tempo, essa alta valoração do direito de propriedade foi acolhida até mesmo por pensadores “virtuosos” – espiritualizados. A propriedade privada era garantia essencial da dignidade humana, juntamente com a liberdade e segurança. A propriedade era vista por eles como instrumento de liberdade e garantia da dignidade e qualidade de instituição fundamental, como cimento da ordem social.

Definitivamente, tal posição supervalorizadora chegou, inclusive, a influir em muitas declarações religiosas de origem evidente, como foi o caso das encíclicas e dos documentos do pontificado.

Encontra-se nelas o direito de propriedade privada como direito natural, inderrogável pela autoridade civil, qualquer que seja a classe de bens sobre os quais recaia, sem fixar limites quantitativos que possam pôr limite à enorme acumulação de riquezas em poucas mãos e à miséria que se estende a vastas massas de seres humanos. Consequentemente, impossibilita-se a efetiva justiça social que essas mesmas declarações proclamam.

Curiosamente, posições de tão díspar origem – a Revolução Francesa, de um lado, e a Igreja Católica, de outro – se unem no tocante ao direito de propriedade privada, apresentando-o como um direito inato do homem e como conceito que preexiste ao próprio ordenamento jurídico positivo, pelo qual o legislador não poderia negá-lo.

4.4. Propriedade privada: evolução do seu conceito

A propriedade privada, em consonância com o direito absoluto, praticamente ilimitado e elevado a uma categoria privilegiada nos sistemas ocidentais, tornou-se o ponto de apoio básico, no qual a burguesia se firmou no plano jurídico-econômico, dando ênfase aos seus direitos de nova classe dominante, em especial a propriedade imóvel.

Nesse ponto, encontra-se o pressuposto básico do novo ordenamento jurídico: a completa intangibilidade do direito de propriedade privada.

Contudo, a pressão das classes menos favorecidas – reduzidas dentro da nova organização social à qualidade de subordinadas – levou adiante, por meio de suas reivindicações econômicas e sociais, a um lento trabalho de desgaste da nova concepção, colaborando muito efetivamente as reflexões dos pensadores mais progressistas, que possibilitou a derrubada de muitos dos argumentos sobre os quais a burguesia se afirmou.

Há que ser considerado que as ideias revolucionárias assumiram um caráter muito mais social e econômico que político na fase histórica posterior à Revolução Francesa.

Nesse panorama, degradou-se o conceito de propriedade privada absoluta e, gradualmente, com o esforço de muitos e ao longo de mais de um século, tal conceito revelou-se antissocial e antijurídico.

Destaca-se que foi ainda durante o curso da Revolução Francesa que apareceram as primeiras críticas à concepção individualista absoluta da propriedade. Senão vejamos.

Considerando o movimento de massas como o motor da história, Marat sustentava que a massa podia reclamar seus direitos pela força, somente admitindo a legitimidade de uma propriedade que não importasse em despojo do trabalho dos pobres.¹⁵⁴

Uma corrente denominada “os raivosos”, dirigidos por Fauchet, Roux e Varlet, ia ainda mais longe, pois propunha pura e simplesmente a supressão da propriedade privada como meio para alcançar a igualdade não unicamente política, mas também econômica.¹⁵⁵

Até a metade do século XIX, Proudhon desenvolveu um inflamado pensamento crítico contra a propriedade privada, pelo fato de que ela supunha a apropriação, por parte do proprietário, dos instrumentos de produção, de uma parte do valor que ele não criou, e conduzia a uma contradição entre produção e necessidades, a qual se viu aumentada pela livre concorrência liberal. Sua tese sobre o direito que nos ocupa fica condensada na famosa afirmação de que “a propriedade é um roubo.”¹⁵⁶

Pouco depois, Auguste Comte, ao desenvolver sua doutrina positivista, conferiu à propriedade uma função social na qual o proprietário tinha o dever de “formar e administrar os capitais com os quais cada geração tem de preparar os trabalhos da seguinte”. Confira-se: “Todo cidadão [...] constitui realmente um funcionário público. [...] cujas atribuições

¹⁵⁴ *apud* MONREAL, Eduardo Novoa. *op. cit.*, p. 46.

¹⁵⁵ *apud* MONREAL, Eduardo Novoa. *op. cit.*, p. 46.

¹⁵⁶ *apud* MONREAL, Eduardo Novoa. *op. cit.*, p. 47.

determinam obrigações e pretensões. Este princípio universal deve se estender certamente até a propriedade.”¹⁵⁷

Ihering foi adversário aberto do caráter absoluto e ilimitado da propriedade privada. Defendia que ela não podia ser “um castelo inacessível [...] [deixado ao arbítrio] [...] da incompreensão, do capricho, da teimosia e do mais frívolo e desaforado egoísmo do indivíduo”, pelo que postulou, contra a teoria individualista, “uma teoria social da propriedade”.¹⁵⁸

Otto Gierke, jurista alemão que interveio nas discussões do Código Civil de seu país, embora tenha defendido a propriedade privada e atacado o sistema socialista, pugnava por uma propriedade baseada na harmonia social da propriedade da terra, inspirado no direito alemão histórico.

Já no século XX, Leon Duguit apresentou a tese da propriedade “função social”. Em sua opinião, todo indivíduo tem a obrigação de cumprir na sociedade certa função diretamente proporcional ao lugar que ocupa. Por ela, aquele que tem capital deve fazê-lo valer, aumentando a riqueza geral e só sendo protegido se cumprir essa função. Com ela, modifica Duguit a base jurídica sobre a qual descansa a proteção social da propriedade: esta deixou de ser um direito do indivíduo e se converteu em uma função social.¹⁵⁹

Quase simultaneamente, Maurice Hauriou voltou a insistir no elemento função que descobriu oculto mesmo no mais individualista dos direitos: o de propriedade privada. O conteúdo dessa propriedade-função consistiria no fato de o proprietário ter o poder de empregar a coisa na satisfação de suas próprias necessidades, mas também o dever de pô-la a serviço da satisfação das necessidades sociais.¹⁶⁰

Com todos esses antecedentes, Jean Carbonnier concluiu que a crise do direito de propriedade é anterior a 1914, pois existia uma espécie de curva de evolução claramente esboçada.

Foram, porém, as duas grandes guerras deste século, com os acontecimentos que elas desencadearam e as sequelas que se seguiram, que proporcionaram significativas modificações legislativas concernentes ao direito de propriedade.

¹⁵⁷ COMTE, Auguste. *Système de politique positive*. apud MONREAL, Eduardo Novoa. *op. cit.*, p. 47.

¹⁵⁸ IHERING, Rudolph Von. *El fin del derecho*. apud MONREAL, Eduardo Novoa. *op. cit.*, p. 47.

¹⁵⁹ DUGUIT, Leon. *Les transformations du droit public*. Paris: Librairie A. Colin, 1913, apud MONREAL, Eduardo Novoa. *op. cit.*, p. 47.

¹⁶⁰ HAURIU, Maurice. *Principes de droit public*. 1910, apud MONREAL, Eduardo Novoa. *op. cit.*, p. 48.

Com efeito, depois de tais guerras, foram ditadas leis que determinavam sobre “os meio de produção e bens de abastecimento um controle estatal de um rigor e amplitude jamais vistos até então”.¹⁶¹

Nessa toada, indubitavelmente, a Constituição de Weimar de 1919, em seu artigo 153, representou a mais nova – não se olvidando a Constituição Mexicana de 1917 – e importante etapa entre as formulações jurídicas sobre o direito de propriedade.¹⁶²

A constituição alemã reconheceu um novo conceito de função social da propriedade, e alargou, de maneira surpreendente, as atribuições do legislador para determinar conteúdo e limites, colocando por terra o sentido sagrado e inviolável da propriedade privada. Essas ideias foram acolhidas, várias décadas depois, nos textos sobre direito de propriedade nas modernas constituições da Itália, da Espanha e até mesmo do Brasil.

De outro norte, o marxismo examinou o problema da propriedade privada, embora entre seus seguidores nem sempre se tenha unidade de critério. Alguns deles negam a existência de uma relação entre sujeito e objeto e, portanto, do homem com a natureza. O que realmente existe, segundo eles, é uma relação de produção social entre homens, conforme a qual corresponde resolver a propriedade dos meios de produção e dos produtos. Agregam que, para evitar a exploração do homem pelo homem, os meios de produção devem ser de propriedade social.

Ainda, outros marxistas, influenciados por tendências humanistas, não recusam a ideia de acomodar a propriedade na relação homem-natureza, embora admitam que a propriedade privada dos meios de produção conduz à exploração dos assalariados pelo proprietário.

No que todos os marxistas estão de acordo é sobre a aceitação de uma propriedade pessoal sobre os bens de consumo.

Nesse sentido, segundo o marxismo, todas as tendências socializadoras ou intermediárias sobre a propriedade privada, ou seja, aquelas que procuram moderar os excessos desse direito enquanto ilimitado e absoluto, impondo-lhe função social, são tendências reformistas que se propõem a dissimular, com ajuda de novas pautas, seu verdadeiro interesse em reduzir o antagonismo entre o trabalho social e a propriedade privada

161 WOLFF, Martin e RAISER, Ludwig. *Tratado de derecho civil*. 3. ed. Espanhola. Barcelona: Bosch, 1971, p. 325.

¹⁶² O parágrafo 153 diz na primeira e na última parte: “A propriedade será amparada pela Constituição. Seu conteúdo e seus limites são fixados pelas leis... A propriedade obriga. Seu uso deve estar, por sua vez, a serviço do bem comum”.

de seus produtos, e, em especial, ocultar que o direito de propriedade privada sobre os meios de produção encerra um direito de apropriação do trabalho não remunerado do outro.

As constituições dos países socialistas mais modernas estabelecem a propriedade socialista, formada pela propriedade do Estado e a propriedade das organizações cooperativas, e a propriedade privada sobre os bens que não constituem meios ou instrumentos de produção. Esta última recebe de algumas delas a designação de propriedade pessoal.

No outro extremo do espectro político-social, as mentes individualistas mais abertas percebem que o abstencionismo do Estado e uma livre iniciativa indiscriminada acrescentam um distanciamento a cada dia maior da capacidade econômica que surge entre a alta burguesia, de um lado, e o proletariado e os pequenos proprietários, de outro, razão pela qual tentam introduzir uma mediação entre a estrutura social que eles sustentam e as realidades que ela produz, como forma de substituição aos seus postulados.

Revelam-se significativos não apenas os meios reformistas, mas também muitos doutrinadores do individualismo liberal que figuraram entre os que propuseram ou se renderam às medidas legais para suavizar uma situação social que poderia levar a uma crise muito grave. E já que a partir de tantas direções se pressionaram para modificar o regime jurídico da propriedade privada, se explica que este haja recebido, em todos os países, contribuições muito significativas.

4.5. Raízes da moderna concepção de propriedade privada

De maneira geral, as normas jurídicas que versam sobre direito de propriedade predominantes no mundo ocidental têm como raiz alguns textos cuja enorme ressonância universal os converteu em paradigma para legisladores.

Trata-se da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁶³, proclamada pela Revolução Francesa em 1789¹⁶⁴, da 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos,

¹⁶³ Cumpre registrar a Declaração de Direitos da Virgínia, Williamsburgh, de 12 de junho, de 1776:

Artigo 1º - “Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, tem direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.

¹⁶⁴ Essa Declaração foi adotada em 26 de agosto de 1789 pela Assembleia Constituinte e foi sancionada no outubro seguinte por Luiz XVI.

introduzida em 1791, e dos artigos do Código Civil francês, promulgado em 1804 (Código de Napoleão)¹⁶⁵.

A primeira proclama em seu artigo XVII: “Sendo inviolável e sagrado o direito de propriedade, ninguém deverá ser privado dele, exceto nos casos de necessidade pública evidente, legalmente comprovada, sob a condição de uma indenização prévia e justa”. No artigo II, essa mesma declaração havia qualificado o direito de propriedade como um direito humano “natural e imprescritível”.

A 5ª Emenda à Constituição Norte-Americana, ao absorver a figura da *law of the land*, que se refere ao *due process of law* em sentido substantivo e procedimental, dispõe que a ninguém “serão privados a vida, a liberdade ou a propriedade senão por meio do devido processo legal; nem se poderá tomar propriedade privada para o uso público sem a devida compensação”¹⁶⁶.

Os dispositivos do Código Civil francês que guardam relação com o tema são os artigos 544 e 545, que expressam:

Art. 544 – A propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto, sempre que não se faça delas um uso proibido, pelas leis ou os regulamentos.

Art. 545 – Ninguém pode ser obrigado a ceder sua propriedade se não é por motivo de utilidade pública e mediante justa e prévia indenização.

Vivia-se a época do individualismo exacerbado, durante a qual se concebia um direito de propriedade inviolável, com atributos absolutos em favor de seu titular e dotado de um caráter exclusivo e perpétuo.

A ideia, na França, era de uma propriedade de tipo unitário, concentrada nas mãos de um titular único, o proprietário, o qual teria o máximo de poderes sobre o seu bem: *usus*, *fructus*, *abusus*, sendo o título de propriedade confundido com o bem a que se referia, fosse ele

¹⁶⁵ BARCELLONA, Pietro. *Diritto privato e processo economico*. 2. ed. Napoli: Jovene Editore, 1980, p. 39, afirma que “la scelta di questo período non è occasionale: l’esperienza francese esprime in modo esemplare e acuto le istanze di trasformazione Del sistema sociale esistente Che si erano diffuse nell’intero mondo occidentale fra il XVIII e il XIX secolo; il codice napoleônico è stato inoltre il modello delle condifcazione successive (in particolare del codice italiano del 1865)”.

¹⁶⁶ As dez primeiras emendas à constituição norte-americana de 1787, aprovadas em 1791, constituem uma verdadeira declaração de direitos. Antes, na Constituição da Virgínia, de 12 de junho de 1776, havia aparecido a primeira declaração de direitos. Georg Jellinek (*La déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, Paris: 1902, apud MONREAL, Eduardo. *El derecho de propiedad privada*. Bogotá: Temis Librería, 1979, p. 5), que sustenta que a Declaração Francesa de 1789 se inspirou nas declarações de direitos de vários estados norte-americanos, especialmente as da Virgínia, Massachussets, New Hampshire e Maryland de forma muito direta.

corpóreo, incorpóreo, móvel ou imóvel. Frisa-se que o desmembramento da propriedade era visto de maneira hostil, prevalecendo, em caso de dúvida, o simples direito de crédito.¹⁶⁷

A influência do pensamento liberal, que repercutiu no Código Napoleão, encontrou terreno fértil em diversos outros países, como o Brasil. Tal tendência não se modificaria senão passada a primeira terça parte do século XX, mediante uma evolução gradual que hoje se conhece como o perfil social do direito civil.¹⁶⁸

Naturalmente, esse discurso não é casual. Ao contrário, corresponde à evolução geral das ideias políticas, sociais e econômicas que fizeram sucumbir o feudalismo e impuseram a ascensão do capitalismo em sua forma mais pura: o liberalismo econômico.

Entendida a propriedade clássica, de bem tangível, cumpre distinguir e superar as confusões conceituais causadas pelo uso do termo “propriedade” na propriedade industrial, visto que não se justifica, já que esses direitos possuem características que os distinguem completamente dos direitos de propriedade sobre bens intangíveis.

¹⁶⁷ DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 96-97.

¹⁶⁸ Especificamente sobre a evolução dos direitos reais, ARRUDA ALVIM. Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais. In *Posse e propriedade: doutrina e jurisprudência*. Coord. Yussef Said Cahali. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 42, afirma que “a manifestação da hipertrofia do Estado Moderno no direito das coisas se tem feito sentir com o surgimento de normas de direito público numa seara que se poderia pretender considerar, até há pouco tempo, exclusiva do direito privado”.

CAPÍTULO 5. PROPRIEDADE INTELECTUAL E PROPRIEDADE INDUSTRIAL

A propriedade industrial no Brasil surgiu no século XIX com a publicação do Alvará de 1808, de 1º de abril, aprovado com a chegada da família real ao Rio de Janeiro. Antes desse marco, o Brasil encontrava-se em um regime colonial que não permitia o seu desenvolvimento comercial e industrial, nem qualquer progresso econômico. Este regime, que durou mais de dois séculos, caracterizava-se pelas medidas restritivas à liberdade de comércio e indústria e pela mais estreita fiscalização de todas as atividades de seus habitantes.¹⁶⁹ Os portos brasileiros eram fechados ao comércio estrangeiro, até que o mencionado Alvará dispôs em § IV, que:

[...] sendo muito conveniente que os inventores de alguma nova máquina e invenção gozem de privilégio exclusivo ale do benefício que possam ter ao favor pecuniário, ordeno que todos os que tiverem neste caso apresentem o plano de seu novo invento à Real Junta do Comércio e que esta, reconhecendo a verdade e o fundamento dele, lhes conceda o privilégio por 14 anos, ficando obrigada a publicá-los depois, para que, no fim deste prazo, toda a Nação goze do fruto dessa invenção.

Nessa sequência, foi publicado o Alvará de 28 de abril de 1809, do Príncipe Regente D. João VI, objetivando estimular o progresso nacional nas áreas da indústria e do comércio por meio de privilégios aos inventores.

A propriedade intelectual ainda foi incentivada com o Alvará de 15 de janeiro de 1819, que igualmente atribui à Real Junta do Comércio a função de conceder prêmios aos inventores que mais se destacassem nas variadas áreas do conhecimento, sobretudo artes, agricultura e navegação.

A previsão constitucional apareceu pela primeira vez na Carta Magna Imperial de 25 de março de 1824, em seu art. 179, 26¹⁷⁰, que previa a possibilidade de o Estado indenizar o inventor pela eventual perda econômica que pudesse sofrer pela divulgação não autorizada.

A Constituição de 1891¹⁷¹ reforçou a proteção e reconheceu a marca de fábrica no § 27¹⁷² do artigo 72, por conseguinte inspirou a aprovação da Lei de Marcas de 1904.

¹⁶⁹ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de propriedade industrial*. 2. ed., ver. e atualizada por Luiz Gonzaga do Rio Verde, João Casimiro Costa Neto. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982, pp. 1 e 2.

¹⁷⁰ “Os inventores terão a propriedade de suas descobertas ou das suas produções. A lei lhes assegurará um privilégio exclusivo temporário, ou lhes remunerará em ressarcimento da perda que haja de sofrer pela vulgarização.” (in *Constituições do Brasil*. Organização, revisão e confecção dos índices por Fernando H. Mendes de Almeida. 3ª edição revista e atualizada. Saraiva, 1961, p. 42).

O primeiro Código de Propriedade Industrial data de 27 de outubro de 1945, fase em que o Brasil desenvolvia de maneira relevante seu comércio exterior. Atualmente, a matéria é regulada pela Lei 9.274, de 14 de maio de 1996.¹⁷³

Na Constituição dos Estados Unidos, de 14 de maio de 1797, foi inserida cláusula para a proteção dos inventores, por meio de patentes, e dos autores de obras artísticas e literárias, por meio de *copyrights*. Eis o teor da previsão expressa no artigo 1º, seção 8: “Congress shall Power...to promote the progresso f science and useful arts by securing for limites times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings na discoveries”.

Nessa linha, são oportunas as palavras do autor americano: “The basic Idea is that the owner of property rights possessses the consent of other members of society to act in particular ways in order consent to derive utility from resources and commodities.”¹⁷⁴

¹⁷¹ “§ 25) Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilégio temporário, ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável quando haja conveniência de vulgarizar o invento”. (in *Constituições do Brasil*. Organização, revisão e confecção dos índices por Fernando H. Mendes de Almeida. 3ª edição revista e atualizada. Saraiva, 1961, p. 134).

¹⁷² “§ 27) A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica”. (in *Constituições do Brasil*. Organização, revisão e confecção dos índices por Fernando H. Mendes de Almeida. 3ª edição revista e atualizada. Saraiva, 1961, p. 134).

¹⁷³ Cumpre citar as leis mais relevantes sobre propriedade industrial: Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945 – referente a crimes em matéria de propriedade industrial; Decreto-Lei nº 254, de 28 de fevereiro de 1967 – classificação referente à propriedade industrial (revogado); Decreto-Lei nº 1.005, de 21 de outubro de 1969 – Código de Propriedade Industrial (revogado); Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971 – Código de Propriedade Industrial (revogado); Decreto nº 75.572, de 8 de abril de 1975 – promulgação da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial; Decreto nº 76.472, de 17 de outubro de 1975 – promulgação do Acordo sobre a Classificação Internacional de Patente; Decreto nº 81.742, de 31 de maio de 1978 – promulgação do Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes; Decreto nº 635, de 21 de agosto de 1992 – promulgação da Revisão de Estocolmo da Convenção de Paris; Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994 – promulgação da Ata Final que incorporou os resultados da Rodada de negociações comerciais multilaterais do Acordo Geral de Tarifas e Comércio/General Agreement on Trade and Tarifs; Decreto nº 2.553/98, de 16 de 1998 – regulamenta a Lei nº 9.279/96 no tocante à patentes de interesse da defesa nacional; Lei nº 9.787, de 10 de fevereiro de 1999 – altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras providências, altera pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001; Decreto nº 3.181, de 23 de setembro de 1999 – regulamenta a Lei nº 9.787, de 10 de fevereiro de 1999; Decreto nº 3.201, de 6 de outubro de 1999 – dispõe sobre a concessão, de ofício, de licença compulsória nos casos de emergência nacional e de interesse público que trata o artigo 71 da Lei nº 9.279/96; Lei nº 10.196/01, de 14 de fevereiro de 2001 – altera e acresce dispositivos à Lei nº 9.279/96; Decreto nº 4.062, de 21 de dezembro de 2001 – define as expressões cachaça, Brasil e cachaça do Brasil como indicações geográficas e dá outras providências; Lei nº 10.603, de 17 de dezembro de 2002 – dispõe sobre a proteção de informação não divulgada submetida para aprovação da comercialização de produtos, e dá outras providências; Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004 – dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências; Decreto nº 6.108, de 4 de maio de 2007 – concede licenciamento compulsório, por interesse público, de patentes referentes ao efavirenz, para fins de uso público não comercial.

¹⁷⁴ Shafer Hans-Bernd. *The Economic Analysis of Civil Law*. Translated from the german by Matthew Braham. Springer-Verlag, 2004, p.

Pode-se afirmar que, nesse campo, o direito romano, que contribuiu de maneira significativa para o desenvolvimento do nosso direito, não deixou nenhuma referência acerca do recente direito da propriedade industrial e intelectual.

O conceito de propriedade industrial é bastante amplo. Não é um direito simples, pois não é propriamente uma propriedade (conforme previsto em nossa legislação) e também não é meramente industrial.¹⁷⁵

De fato, o direito da propriedade industrial¹⁷⁶ e intelectual parece estar posicionado entre o direito da personalidade – por ser possível afirmar que toda criação é um direito da personalidade – e o direito real – pela proteção conferida. Por abranger um bem imaterial¹⁷⁷, que não constitui objeto de propriedade no direito romano, Arruda Alvim¹⁷⁸ chama-os de “novos bens”.¹⁷⁹

A classificação da propriedade industrial como direito real já foi bastante controvertida, visto que foi muito discutida a sua natureza jurídica, ora como direito da personalidade, ora como contratual, ora como monopólio e ora como distinto de todos os demais.

Oportuno anotar que Kant, em sua obra *Fundamentos Metafísicos do Direito*, apresentou fundamento para que o direito de propriedade intelectual pudesse ser classificado como um direito da personalidade, pois afirmava que toda criação é uma exteriorização da

¹⁷⁵ Cf. Antonio Amor Fernandes. *La Propiedad Industrial em El Derecho Internacional*. Ediciones Nauta, S.A., Barcelona, 1965, p. 9.

¹⁷⁶ Segundo Rubens Requião, o termo indústria abrange as atividades econômicas que têm por finalidade a circulação das mercadorias por meio de organismos para esses fins criados, designado pelo nome genérico de empresa. (in *Curso de direito comercial*: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades empresárias, fundo de comércio. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 436).

¹⁷⁷ No tocante aos bens imateriais, Luiz Díez-Picazo: “Los bienes inmateriales que la ley tipifica y hace objeto de una especial protección jurídica admiten recaigan sobre ellos derechos subjetivos de carácter absoluto. Son derechos que tienen por objeto el goce directo e inmediato del bien y que, además, son eficaces em relación com terceros, de manera que puede decirse que concurre com ellos el requisito de la absolutividad.” (in *Fundamentos Del Derecho Civil Patrimonial*: Las relaciones jurídico-reales – El registro de La propiedad – La posesion, Madrid: Civitas, 1995, p. 160).

¹⁷⁸ Cfr. ALVIM, Arruda. *Comentários ao Código civil brasileiro*. Volume XI, tomo I: livro introdutório ao direito das coisas e o direito. Coordenadores: Arruda Alvim, Thereza Alvim e Alexandre Laizo Clápis. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

¹⁷⁹ Acerca da necessidade de adaptação frente a esses novos direitos, anota Antônio Augusto Cançado Trindade: “Estes novos direitos não restringem, mas sim ampliam, aprimoram e fortalecem o corpus dos direitos humanos já reconhecidos: revelam novas dimensões de implementação dos direitos humanos e contribuem a clarificar o contexto social em que todos se inserem. Além disso, levantam um desafio: o da necessidade de expandir e enriquecer até mesmo o nosso próprio universo jurídico-conceitual, de repensar todo o direito em face da complexidade das novas e múltiplas relações jurídicas que se apresentam, para fazer face às novas exigências de proteção do ser humano na esfera global e para estabelecer as bases de um futuro direito comum da humanidade, com as correspondentes obrigações *erga omnes*”. (in *A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional*. In ANNONI, D. (Org.). *Os novos conceitos do novo direito internacional*. Cidadania, democracia e direitos humanos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 241).

personalidade, assim também entendiam os doutrinadores Gierke, Berthauld, Candian e Ciampi¹⁸⁰.

Pontes de Miranda foi categórico ao afirmar que o bem incorpóreo intelectual é objeto de direito real independente de qualquer formalidade administrativa ou judiciária, devendo ser considerada a patenteação e o registro para que as criações industriais se tornem objeto de direito real.¹⁸¹

A propriedade intelectual insere-se em uma economia de mercado, ou seja, uma construção jurídica por meio da qual se garante a exclusividade no uso de certos bens incorpóreos, sendo um direito *erga omnes* e absoluto.¹⁸²

O que não pode ser discutido é que existe uma característica marcante do direito da propriedade industrial e intelectual que é a sua internacionalização. Visto ser inerente ao ser humano, apto a tornar-se patrimônio da humanidade, esse fato não precisa ser demonstrado, pois está inserido na vida em sociedade. Ambos dispõem de bens imateriais ou intangíveis como objeto e são classificados pelo Código Civil Brasileiro como bens móveis.

José de Oliveira Ascensão explica que as obras intelectuais constituem a generalidade das obras protegidas pela propriedade industrial, visto que estas últimas representam processo de fabricação ao passo que o direito do autor é a proteção conferida à formalização das ideias.¹⁸³

Pode-se perceber que o direito de propriedade intelectual é mais amplo do que o de propriedade industrial, pois o autor de obra literária ou artística trabalha com a imaginação, que não encontra limites, por ser uma atividade contida unicamente no campo das ideias, enquanto o inventor deve demonstrar a utilidade da técnica desenvolvida.

¹⁸⁰ Respectivamente: *Deutschen Privatrecht*, Munique-Leipzig, 1936; *Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon*, I, n 214; *Il diritto di autore nel sistema giuridico*, Milán, 1953; *Diritto di autore, diritto naturale*, Milán, 1957.

¹⁸¹ “[...]o bem incorpóreo intelectual é objeto de direito real independente de qualquer formalidade administrativa ou judiciária. As criações industriais somente se fazem objeto de direito real após a patenteação; e, executada a indicação de proveniência, os sinais distintivos, após o registro.”(*Tratado de Direito Privado*, tomo XVII, Rio de Janeiro: RT, 1985, p. 378.

¹⁸² BARBOSA, Denise Borges. *Proteção das marcas*. Uma perspectiva semiológica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, pp. 247 e 248.

¹⁸³ *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 12.

5.1. O problema do objeto

No direito romano, tudo parece gravitar em torno da *res*, como bem marcado por Michel Villey¹⁸⁴. Destaca-se que a palavra *res* é a de maior extensão em latim.

Contudo, a determinação daquilo em que consiste essa substância ou esse algo que se antepunha como objeto da apreciação judicial, em princípio já pela multiplicidade significativa do termo *res*, que, na linguagem das fontes e dos juristas romanos, ocorre em diversas acepções, muitas vezes com a utilização promíscua dos sentidos naturalísticos ou material e técnico ou jurídico.

De início, houve uma tendência no direito romano de entender por *coisa* somente os objetos corpóreos, enquanto referenciadas aos objetos de direito.

Pode-se delimitar o significado de *res* na linguagem jurídica em sentido mais restrito, como a coisa corporal, individual, delimitada, juridicamente autônoma e em sentido mais amplo, como tudo que possa ser objeto de um direito (privado) ou de um processo civil (objeto de direito, por exemplo, os escravos e, em determinadas relações, os filhos); outras vezes, o patrimônio como um todo (*patrimonium, bona*)... um conjunto de coisas com valor monetário.

Em uma tentativa de sistematização do direito romano para uso escolar, Gaio (161 d.c) em suas *Intitutas*, dividiu toda matéria de direito em três partes: respeitantes sejam as pessoas, sejam as coisas, sejam as ações. A mesma divisão foi utilizada posteriormente no texto de Justinianeu.

Ainda assim, os romanos não formularam e não se preocuparam acentuadamente em distinguir os direitos reais dos obrigacionais. Contudo, distinguiram a *actio in rem* e a *actio in personam*. Continha a primeira espécie a afirmação do demandante de ter um poder sobre certas coisas em face da violação ou da negação desse poder, *sem que houvesse necessidade de indicar quem havia perpetrado a lesão*. Em relação à segunda espécie, necessária era na *intentio* (quando houvesse litígio) a indicação do demandado. Os glosadores examinam essa temática à luz da *causa da ação, isto é, do motivo que levava o autor a agir, afirmando que toda a ação haveria de estar respaldada pela ordem jurídica*. Aí se afirmou que as ações *in rem* nasciam de um *ius in re*, ao passo que as ações *in personam* tinham como base um *ius personarum*.¹⁸⁵

¹⁸⁴ *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. Editora Martins Fontes, 2008.

¹⁸⁵ Cf. José Maria Pena López, *Concepto del Derecho Real (Revisión Crítica de su caracterización en la doctrina moderna*, edições Tórculo, s/d, p. 19).

Sucessivamente, com os pós-glosadores, onde houvesse uma *actio in rem*, havia um *ius in re*, ao passo que à *actio in personam* correspondia um *ius in personam*, sendo tal construção predominantemente feita a partir do processo e originariamente para fins processuais.

Nessa toada, cumpre esclarecer o que vem a ser *coisa* ou *res*, como diziam os romanos.

“Coisa” pode ser entendida como conceito e como realidade no mundo fenomênico, como aquilo que *densa e diretamente* impressionam nossos sentidos, em torno das quais, *nuclearmente*, sempre giraram e gravitaram os direitos.¹⁸⁶

¹⁸⁶ Para uma ampla digressão a respeito dos significados, evolução sofrida na história e a posição de alguns ordenamentos, a respeito da palavra *coisa*, v. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, cit.*, vol. I, Parte Geral, tomo II, Coisas, capítulos I e II, pp. 9-41, *especialmente*. (v. Gert Iro, *Bürgerliches Recht IV, Sachenrecht [Direito Civil IV, Direito das Coisas]*, Viena e Nova York, 2000, ed. Springer, § 1º, A, 1/1, p. 1. Ainda, no Código Civil austríaco, o § 311 dispõe que podem ser objeto de posse, *desde que possam ser objeto de negociações*, coisas corporais e não corporais (“*welche ein Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind*”), são objeto de posse. O texto está colocado em relação às *coisas móveis*, e é antecedido da rubrica ‘objeto de posse’. Uma das ideias ou das significações de *coisa* no direito português é a de que pode ser contraposta à noção de pessoa, no que há coincidência com a posição do doutrinador austríaco (v. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, § 3º, p.27). Hans Planitz (Hans Planitz, *Principios de Derecho Privado Germánico*, Barcelona, 1957, ed. Bosch, tradução da 3ª ed. alemã, § 46, II, p. 160) filia o § 311 do Código Civil austríaco à razão de ser de que a “posse de direitos estendeu-se a todo o direito que se encontre em situação de exercício duradouro”; igualmente, v. Martin Wolff, no *Tratado de Derecho Civil*, de Ennecerus, Kipp e Wolff, *Derecho de Cosas* (vol. I), trad. espanhola, 1936, Barcelona, ed. Bosch, § 24, 3. (“La Posesión de Derechos”), pp. 122-123, citados em nota (p. 123, nota 1) os sistemas que admitem, *propriamente*, posse de direitos (Códigos francês, arts. 302, e austríaco, § 311), sublinhando que a expressão *posse de direitos* é utilizada, no direito alemão para referir-se à situação de posse nas servidões prediais e pessoais limitadas (p. 123); mas, sublinha-se (p. 123, nota 2), por exemplo, que no *usufruto* e no direito de *superfície*, o que “existe [é] a posse da coisa, *não no direito*”. Em relação à significação *material* imprimida ao § 90, do Código Civil alemão, diferentemente de falar-se em *coisa incorporal*, como está no § 285, do Código Civil austríaco, é explicada pela circunstância de o Código Civil alemão ter-se inclinado por caminho diferente daquele das primeiras grandes codificações europeias, como, por exemplo, o Código Civil francês para o qual é preferível o uso da expressão “*bem*”. Em relação ao Código Civil austríaco explica-se o que a respeito de coisa aí consta, pela influência de Kant sobre Franz von Zeiller, como consta da obra deste (Franz Zeiller, *Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch [Comentário sobre a parte geral do Código Civil]*, 1º vol., § 4º, Viena, 1811, § 14, p. 90). Porém, explicação mais completa é a fornecida pelo Prof. A. Dufour, no seu trabalho *Notion et division des choses en droit germanique*, publicado nos *Archives de Philosophie du Droit*, com o título *les biens et les choses*, vol. 24, Paris, 1979, Sirey. A pesquisa levada a efeito por este autor (especialmente lastreada, neste ponto, na obra de Otto von Gierke, *Deutsches Genossenschaftsrecht [Direito alemão da Associação]*, Berlim, 1873, reimpressão em Graz, 1954, 2º vol., p. 58 e seguintes) indica que a concepção romana de coisa marcou o direito comum na Alemanha, refletindo-se nos Códigos Civis alemão e suíço. A esta concepção se contrapôs uma visão *germânica*, que ignorava o entendimento romano, centrado na corporeidade do objeto. Terá sido esta visão *germânica* “que explicará a compreensão muito mais larga do conceito de coisa nas disposições e definições legais das primeiras grandes codificações modernas: Código Civil da Bavária, de 1756, Código prussiano de 1795, Código Civil francês de 1804, Código Civil austríaco de 1811” (v. A. Dufour, *op. ult. cit.*, p. 111-112, esp. p. 113). Ou seja, no Código Civil alemão e no suíço *não se retrata uma tradição germânica, senão que romana*. Na obra de Friedrich Wilhelm Ludwig Bornemann, *Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts [Exposição sistemática do direito civil prussiano com a utilização do material do “Landrecht”]*, 2. ed. aumentada e melhorada, Volume 1, *Enthaltend die geschichtliche Einleitung, die Fundamentallehren des Preußischen Rechts und die Lehre vom Besitz [Contém introdução histórica, o ensino fundamental do direito prussiano e o ensino sobre a posse]*, Berlim, 1842, informa-se também que “Em conformidade com o *Landrecht* tal como o direito romano, no seu sentido mais amplo, tudo aquilo que pode ser objeto de um direito ou em sentido mais estrito, mas apenas nesse sentido, o que através (no original: “1. Sache

Dentre as definições existentes em Códigos Civis, encontramos a do § 90, do Código Civil Alemão: “Apenas os objetos corpóreos são coisas, no sentido da lei”. Praticamente idêntico ao texto do Código Civil alemão é o § 85 do Código Civil japonês e o artigo 947, 1ª alínea, do Código Civil grego. O Código Civil português, artigo 202, dispõe: “Diz-se coisa tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas”. Esta última conceituação é criticada porque pessoa não pode ser objeto de relação jurídica, e o conceito de pessoa é insuscetível, hoje, de ser albergado dentro da ideia de coisa¹⁸⁷.

O vocábulo “coisa”, mesmo no campo do direito, tem sido empregado de forma equívoca. No direito austríaco, por exemplo, à luz do § 285, do seu Código Civil, a expressão “coisa” é significativa de uma realidade ampla, qual seja, a de que tudo o que for diferente de uma pessoa e que possa ser usada pelo homem é coisa¹⁸⁸.

Possivelmente, as significações mais relevantes dadas ao vocábulo “coisa” são as seguintes: 1ª) coisa é tudo aquilo que não for pessoa; 2ª) coisa é aquilo que, sem personalidade e nem podendo ser sujeito de direitos, possa ser objeto de direitos e obrigações; 3ª) é o objeto material, corpóreo, tangível e com consistência, que pode ser suscetível de apropriação.

Tanto no Código atual quanto no Código Civil de 1916, a ideia de coisa dirige-se a realidades distintas, mas próximas das de bens (art. 82 e seguintes do Código Civil de 2002, e art. 47 e seguintes do Código Civil de 1916), principalmente a noção de titularidade, incidente sobre uma realidade em que se reconheça valor econômico.

nennt das Landrecht eines Rechts oder einer”. Sobre esta concepção romana do objeto do direito de propriedade diz Paolo Grossi que “O princípio da corporabilidade do objeto, já não em harmonia com as bases teóricas do sistema, representa somente na nova propriedade uma hipoteca da pesada herança romanística” (v. Paolo Grossi, *La Propiedad y las Propiedades – Un análisis histórico, Cuadernos Civitas, Madrid, 1992, 1ª ed., tradução e prólogo de Angel M. López y López, nº 13, p. 116*). Uma expressão legislativa da tradição germânica está no Código Civil austríaco, no seu § 285: “§ 285. Tudo que é diferente (diverso) de pessoa e serve para uso dos homens, será designado coisa”. No plano doutrinário procura-se idealizar eventual reformulação, ou, mais precisamente, a extensão de noção de coisa, tal que está no § 90, do Código Civil alemão, a outras realidades, nos seguintes termos. O Prof. Peter Bydlinski propôs nova redação a esse § 90, cuja modificação significativa está no nº 2: “1– No sentido da lei, são coisas os objetos materiais; 2 Os preceitos sobre as coisas são correspondentemente aplicáveis a outros objetos delimitáveis que se encontrem devidamente no tráfego [i. e., que são objeto de negócios jurídicos], na medida em que, no decurso do exercício jurídico, sejam tratados como coisas” (v. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, tomo II, cit., Coisas, p. 115; v. também, nota 81, dos comentários, sobre notícia atual a respeito do software*). Esta ideia de coisa, *como sendo tudo o que seja exterior à pessoa*, não é estranha à tradição do direito português. Diz-se a esse propósito que “coisa” se contrapõe a “pessoa”. E, o art. 369º, do Código Seabra (1867), conceituava: ‘coisa é tudo aquilo que careça de personalidade’.

¹⁸⁷ Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, § 3º, p. 29, mesmo porque uma primeira ideia a ser retida é a de que coisa se contrapõe a pessoa (v. António Menezes Cordeiro, *op. ult. cit.*, § 3º, p. 27).

¹⁸⁸ Gert Iro, *Bürgerliches Recht IV, Sachenrecht [Direito Civil IV, Direito das Coisas]*, Viena e Nova York, 2000, ed. Springer, § 1º, A, 1/1, p. 1.

No Código Civil em vigor, utiliza-se a expressão “bens” com maior propriedade terminológica do que se fazia precedentemente, no Código Civil de 1916. Neste, havia certa promiscuidade de uso das expressões “bens” e “coisas” (v. g., rubrica antecedente ao art. 47, bens; rubrica anterior ao art. 50, coisas; antes do art. 52, coisas, bem como do art. 54). O Código Civil uniformizou a nomenclatura para “bens” (v. g., artigos com conteúdo idêntico, salvo no uso de bens e coisas, respectivamente, no Código Civil e no Código Civil de 1916, arts. 87 e 52; 89 e 54, I; 92 e 58).

Em alguns dispositivos do Código Civil, utiliza-se a palavra “coisa” com significado diferente daquele que é usado no direito das coisas, em particular quando disciplina o direito obrigacional. E o Código Civil refere-se também a “bem” com o significado inequívoco de “coisa” (v. parágrafo único, do art. 1.198). Pode-se dizer que, fundamentalmente, em muitos lugares, há identidade de significação entre as expressões “bens” e “coisas”, o que é perceptível da leitura dos dispositivos acima referidos, e, em outros, ao menos não há critério claramente discriminatório perceptível para distinguir entre os dois termos. Casos há, todavia, como onde há referência a “energias que tenham valor econômico” (art. 83, I), as quais se não podem ser consideradas *coisas propriamente ditas*, são objeto de propriedade. O art. 83 dispõe que se consideram móveis “para os efeitos legais”, ou seja, *bens móveis*¹⁸⁹.

Isso não significa que “coisas” não possam ser objeto (objeto *indireto ou mediato*) de *relações obrigacionais*, que, doutra parte, têm como *objeto imediato* a *conduta* dos que se obrigam. Diversamente no campo dos direitos reais, eis que as “coisas” são o seu exclusivo objeto material. Os contratos podem referir-se mediatamente a coisas. Mas, imediatamente, ou, o objeto, *propriamente dito* destes, é a conduta ou o comportamento dos contratantes em

¹⁸⁹ No mesmo sentido, a Lei de Direitos Autorais. Lê-se no art. 3º da Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998: “Art. 3º Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis”; e, ainda, na Lei do Software (Lei 9.609, de 19 de fevereiro de 1998 (Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País..., e onde pelo seu art. 2º, percebe-se que a proteção deferida a tais programas é análoga àquela conferida às obras literárias, pela legislação de direitos autorais “observado o disposto nesta lei”). Na doutrina estrangeira ocorreu a preocupação da extensão da noção de coisa, tal como está hoje no Código Civil alemão, justamente ao propósito da “categoria” em que, mercê da modificação sugerida, se viabilizaria o encarte do *software* (v. nota 28, *supra*; v. também, e especialmente, nota 81, dos comentários). Afirmção similar pode ser feita em relação à lei que disciplina marcas e patentes. Dentro do sistema do Código Civil, por exemplo, o art. 83, I, já referido, e, bem assim, o seu inc. III, considera “os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações” como bens móveis. Não se pode dizer que sejam *propriamente e em si mesmos considerados coisas*, senão que bens móveis, por isso que a lei dispõe que são considerados tais, para efeitos legais, inserindo-os nessa categoria. Exame mais minucioso do Código Civil demonstra que a palavra *coisa* é utilizada no art. 142, duas vezes (com o mesmo significando *coisa, material, corpórea, tangível*); em outros, a palavra *coisa* é utilizada como *ato* ou *comportamento* (art. 123, II, segundo membro); no art. 188, II, com o mesmo sentido, que o do art. 142; no art. 225, com esse mesmo sentido, que o do art. 142; no direito das obrigações, o sentido é o mesmo (art. 233 e seguintes, obrigações de dar coisa certa e incerta); e, de um modo geral, ao longo do Código, a expressão utilizada é *coisa*, no seu sentido de objeto material, corpóreo e tangível; no art. 123, refere-se o Código à vedação de *condição* para “de fazer coisa ilícita”, em que o significado, perceptivelmente, é outro, i. e., significa *comportamento*.

relação a uma situação, ou a uma ou mais prestações. O que conta nas relações obrigacionais é, como dito, a conduta ou o comportamento que uma parte espera da outra e que terá sido objeto de disposição pelos que se obrigaram e que se encontra declarado preceptivamente na relação obrigacional.¹⁹⁰ As coisas *relacionadas* com o direito obrigacional, v. g., na locação, no comodato, etc., podem ser consideradas como *objeto mediato*, porque o objeto *imediate*, ou o objeto *propriamente dito*, do direito obrigacional é a conduta, que, nos casos apontados – e em outros – pode ser considerada uma conduta voltada para a coisa em razão de obrigação assumida pelos contratantes e em razão de a estes proporcionar um benefício ou vantagem.

São as coisas objetos corpóreos¹⁹¹, isto é, não só existem no mundo físico, como também se apresentam formando um corpo, donde hão de ser tangíveis pelo homem e devem ter consistência (Código Civil alemão, § 90; Código Civil japonês, § 85; Código Civil grego, art. 947, 1ª alínea).¹⁹²

Devemos observar que o Código Civil, como se disse, veio definir como bem móvel as energias que tenham valor econômico, no seu art. 83: “Consideram-se móveis para os efeitos legais: I - as energias que tenham valor econômico; [...]”, texto colocado abaixo da rubrica *bens móveis*.

Observa-se que, em relação a certos bens com valor econômico, existe a equiparação às coisas móveis decorria de lei.

Para fins de tipificação penal, dispõe o § 3º do art. 155 do Código Penal, que data de 1940: “Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico”. A expressão usada no direito penal é “coisa móvel”. Isso significa que o artigo 83, I, do Código Civil, veio a conceituar energias com valor econômico em *razoável* sintonia com o que já o fazia o direito penal brasileiro, *ainda que o direito penal refira-se a coisa móvel, e o Código Civil, com maior propriedade sistemática para o direito civil, a bem móvel*.

¹⁹¹ Devemos notar que na linguagem comum e, não nos parece que na jurídica haja argumentos para infirmar essa tendência de significação a expressão *coisa* liga-se à identificação de ‘realidades corpóreas’, ao passo que a palavra *bens* compreende *ou, ao menos compreende também* ‘realidades imateriais – bens imateriais’ ou ‘bens da personalidade’ –v. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, § 2º, III, p. 24. Com a palavra *bens* acentua-se, *para muitas hipóteses*, a significação econômica do que se designa; também, como a expressão é indicativa de que os *bens* comportam um titular.

¹⁹² Diz-se, por exemplo, que o *ar* não é coisa, salvo, *se estiver aprisionado num recipiente* (no original: “So ist etwa Luft, solange sie nicht in Gefäßen (zB in Taucherflaschen) abgefüllt ist, keine Sache im Rechtsinn” – Gert Iro, *op. cit.*, 1/11, p. 3). Coincidentemente com esta idéia e com os significados dos sintéticos § 90, do Código Civil alemão e § 85, do Código Civil japonês; dispõe o direito grego, mais extensamente. O Código Civil grego, no seu art. 947, em sua 1ª alínea, conceitua *coisa* como objeto corporal, compativelmente com o que acabamos de afirmar no texto; a 2ª alínea, do mesmo texto desse art. 947, dispõe: “São igualmente consideradas como coisas, as forças ou energias naturais, notadamente a corrente elétrica e o calor, na medida em que, estando concentradas num espaço determinado, são suscetíveis de serem objeto de dominação”.

Sublinhe-se que as energias não são coisas que tenham consistência¹⁹³.

Aspecto que parece significar *um ponto-limite* para a definição de coisa, como já se mencionou, é o relacionado com a possibilidade de posse, referentemente à utilização do gás, energia elétrica etc.¹⁹⁴ Entre nós, Pontes de Miranda afirmou já há muito tempo, diferentemente do que o fazemos neste texto, em relação à *posse dos direitos autorais*¹⁹⁵.

Esses bens podem ser assimilados à categoria que pode ser denominada de “novos bens”, pois estes, tais como *energia, ondas de rádio e televisão, etc.*, ainda que não possam ser havidos como *coisas*, no sentido de serem corpóreos, tangíveis e com consistência, são manipulados pelo homem e impressionam os sentidos e são objeto de negócios jurídicos.

Diferentemente e categoricamente em sentido contrário, Pontes de Miranda referia-se a que, não tendo o artigo 485, do Código Civil de 1916, feito menção “à corporeidade da coisa”, a conclusão só poderia ser outra, ou seja, a de que “Onde o sistema jurídico admite que haja propriedade de bens incorpóreos, admite que haja posse de bens incorpóreos”, posição correta em relação ao direito de propriedade que compreende também bens incorpóreos, mas não extensível ao plano da posse. Este *paralelismo* não está correto à luz do pensamento contemporâneo e atualmente predominante. O que se pode dizer é que, onde há posse, pode/deve haver propriedade, mas não a situação inversa.

¹⁹³ Na doutrina austríaca Klicka - que parece expressar entendimento isolado - considera que *gás* ou *eletricidade* submetem-se ao regime dos direitos reais (Klicka, *apud* Gert Iro, *Bürgerliches Recht IV, Sachenrecht [Direito Civil IV, Direito das Coisas]*, *cit.*), na parte em que estuda “as coisas com a significação que o direito lhes atribui; este último autor, todavia, entende que somente *coisas corpóreas*, na sistemática atual, integram o direito das coisas (“Als Grundlage für Sachenrechte kommen aber nach der heutigen Systematik nur körperliche Sachen in Betracht” – C, I, 1/10, p. 3) – (“Somente as coisas corpóreas colocam-se em pauta [ou consideração básica] para o direito das coisas pela sistemática contemporânea”). Atente-se a que o § 311, do Código Civil austríaco dispõe diferentemente, ou seja, no sentido de considerar como coisas, as *corpóreas* e as *incorpóreas* (v. acima, nota 28). Releva notar, entretanto, que a definição das energias como bens (art. 83), *similarmente* ao que dispõe o Código Penal, não autoriza que aquelas possam ser *assimiladas* à noção de *coisa corpórea, tangível e com consistência*.

¹⁹⁴ Cf. Antonio Azara e Ernesto Eula, verbete *Possesso*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, v. 13, n° 27, p. 348.

¹⁹⁵ Para Pontes de Miranda, portanto, haveria posse nos direitos autorais. Figura a situação de alguém, titular de direito autoral (um dado editor), em face da situação de outrem mandar editar um dado livro, afirmando que a posse é dele podendo o primeiro promover ação possessória contra o que ilegitimamente está editando o livro. Seria admissível ação possessória para alguém que fique indevidamente privado do fornecimento de energia elétrica, com vistas à continuidade do fornecimento dessa energia? Na posição contrária à do texto, que é sustentada, por alguns, entre nós, isso seria possível. Essa posição, porém, comporta, ainda, um outro argumento a ela contrário. A execução (mesmo que se trate de ação executiva *lato sensu*, com caráter mandamental) de sentença possessória é feita por sub-rogação, prescindindo-se da vontade daquele que é sujeito passivo desta ação, *execução essa em relação à qual está pressuposto que isso é materialmente possível*. Se procedente a ação, não havendo entrega da posse, o juiz determinará que sua sentença seja cumprida; se não o for, ordenará a *busca e apreensão* ou a *imissão na posse*. No caso de fornecimento de energia, como poderá o magistrado, em sub-rogação, realizar o direito, se a sua ordem não for cumprida? Trata-se, no caso, de obrigação daquele que fornece. A execução, nesta hipótese, parece ser somente viável pela chamada *execução indireta*. (V. Pontes de Miranda, *em sentido contrário*, no *Tratado de Direito Privado, Rio de Janeiro*, ed. Borsoi, 2ª ed., tomo X, § 1 112, 1, p. 252).

Merece destaque em nossa literatura a notícia e a digressão, bem documentada, em que a situação é enfrentada, ainda que discordemos da solução quanto ao cabimento dos remédios possessórios, tendo como referencial o direito positivo, a respeito do que adequadamente, ou, à falta de outro nome, se podem designar como bens “semi-incorpóreos”.¹⁹⁶

Esses bens “semi-incorpóreos” são as energias, tais como a elétrica, de gás, térmica; as que transitam pelas linhas telefônicas; as ondas de frequência de rádio e de televisão.¹⁹⁷ Cogitações, fundamentalmente no mesmo sentido, estão presentes na doutrina estrangeira.¹⁹⁸

A interferência dessa categoria de bens nos quadros do direito e as tentativas *mais recentes* para abrigá-las debaixo de uma *categoria*, em relação à qual, *em função do tipo de sociedade em que vivemos*, têm assumido imensa relevância. Essa categoria de “novos bens” esteve fora das preocupações dos juristas, entre outras, pela razão substancialmente verdadeira de que tais bens não existiam como *bens economicamente significativos*, ou se há décadas paulatinamente começaram *a ser identificados e utilizados*, isso não exerceu influência sensível e imediata no espírito dos juristas e das sociedades. É perceptível que isso vem mudando radicalmente, e esses bens se transformaram em bens essenciais à nossa vida.

Da presença constante de tais “novos bens” em nossas vidas, desconhecidos ou praticamente desconsiderados no direito civil *clássico*, cuja categoria é tratada “controvertidamente na doutrina, assim como na jurisprudência, tem comportado controvérsia o entendimento (minoritário, atualmente) sobre a possibilidade de esses bens figurarem como objeto de posse”¹⁹⁹.

Antonio Gambaro, depois de afirmar que esses “novos bens” podem ser *comprados e vendidos*, aponta como um caminho construtivo o de que, conquanto seja inviável *sic et simpliciter* transportar-se a disciplina desses bens para a dos direitos reais, observa que mesmo *a aplicação da analogia haverá de ser feita com extremo cuidado*^{200 201}.

¹⁹⁶ Cf., Ascarelli, *Teoria della concorrenza a dei beni immateriali*, Milano, 1957, p. 291; Ferrara, *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1954, p. 138.

¹⁹⁷ V. Joel Dias Figueira Júnior. *Posse e Ações Possessórias – Fundamentos da Posse*. Curitiba, 1994, Ed. Juruá, vol. I, item 3.5.2.3, intitulado “Os bens “semi-incorpóreos”, pp. 148, 149 e seguintes.

¹⁹⁸ V. Antonio Gambaro, *La Proprietà, Beni, proprietà, comunione*, no *Tratatto di Diritto Privato, aos cuidados de Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Milão, 1990, ed. Giuffrè, nº 9, intitulado “I nuovi beni”, p. 36 e seguintes; no original: “che sono creati da un’economia orientata verso i servizi e le informazioni provengono quasi sempre dai paesi più avanzati e principalmente dagli Stati Uniti” – (“[são tais bens] criados por uma economia orientada para os serviços e as informações [e] provêm quase sempre dos países mais avançados e principalmente dos Estados Unidos”).

¹⁹⁹ Joel Dias Figueira Júnior. *Posse e Ações Possessórias – Fundamentos da Posse*, cit., item 3.5.2.3, p. 149.

²⁰⁰ Há decisões antigas no mesmo sentido do texto, *concluindo-se que no caso de fornecimento de energia, o que há é obrigação de fazer*, v. g., a que está no “Brasil-Acórdãos”, vols. II, nº 18.390 e VI, nº 18.395 e a extensa

Na Itália, a jurisprudência, como regra, não admite ações possessórias em se tratando de bens imateriais.^{202 203} Contudo, quanto *a lesão* ao espaço aéreo, porque tratado comparativamente ao que se passa com a projeção da propriedade abaixo do solo, tendo em vista a posse do dono sobre o subsolo, assume-se haver um “espaço” para a posse, comparativamente ao espaço aéreo projetado, tal como, *mutatis mutandis*, ocorre com o subsolo; admite-se que aquilo que naquele (espaço aéreo) interfira, que comporte defesa da posse.²⁰⁴

Esta posição está sendo objeto de cogitação por parte da doutrina italiana com apoio na jurisprudência mais recente da Corte de Cassação, em conformidade com informação que consta da obra de Roberto Beghini, *Le Azioni a difesa del possesso*, editada em 2002.²⁰⁵

decisão publicada sob nº 202, pp. 99-100, do *Repertório de Jurisprudência do Código Civil [de 1916]*, organizado pelo juiz José Geraldo Rodrigues de Alckmin, São Paulo, s/d, 3ª tiragem, ed. Max Limonad.

²⁰¹ V. Antonio Gambaro, *La Proprietà, Beni, proprietà, comunione*, no *Tratatto di Diritto Privado*, cit., pp. 36 e 38.

Parte apreciável da doutrina italiana não admite a *posse sobre coisas não corpóreas* (mais antigamente v. Ferrara, *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1945, p. 134; Rodolfo Sacco, *Il Possesso*, no *Tratatto di Diritto Civile e Commerciale*, dirigido por Cicu e Messineo, continuação de Luigi Mengoni, Milão, 1988, Giuffrè, nº 22, p. 109, não negando que, fruição exclusiva ----- admissível em relação aos bens imateriais, v. g., como no caso fruição de *invenção industrial* ----- pode existir, mas nem por isso há suscetibilidade de posse). Outros, diferentemente, admitem: v. Montel, verbete *Possesso*, no *Nuovissimo Digesto Italiano*.

²⁰² Em relação à energia elétrica, água, gás, quando estiverem em um *continente que é exatamente o que prevê o Código Civil grego (art. 947, 2ª alínea)*, aceita-se que essa situação seja definível como coisa corpórea, ou que é à coisa corpórea equivalente.

²⁰³ Em relação às ondas de televisão há divergência quanto à possibilidade de cabimento de remédios possessórios, tratando-se de disputa de espaço (“luta do éter”) entre frequências por *televisões privadas*. Não é viável, todavia, inclusive por peculiaridade do direito italiano, que não admite ação possessória contra concessionária de serviço público, dado que o juiz ordinário não pode revogar ato administrativo, tendo-se presente que uma possessória em tais circunstâncias, concedida, viria “ignorar” a concessão (o fundamento, aqui, neste último caso, como se percebe, é outro, e antecede, mesmo a própria discussão de cabimento de ação possessória); mas admite-se no caso em que televisão privada invadissem área de outra televisão privada. Para Sacco é inviável pretender-se *base lógico-jurídica* para submeter ou afeiçoar a fruição de um canal dentro do quadro em que se configure situação material possessória (v. Rodolfo Sacco, *Il Possesso*, no *Tratatto di Diritto Civile e Commerciale*, cit., nº 24, p. 122).

²⁰⁴ Em relação ao espaço aéreo, alguma jurisprudência italiana admite a posse, *em decorrência do raciocínio feito comparativamente à projeção da propriedade (e, posse) em relação ao subsolo* (v. *CODICE CIVILE*, aos cuidados gerais de Pietro Rescigno, parte de Laura Scalia, Milão, 1994, 2ª ed., cit., coms. ao art. 1.140, 2, p.1.200); coincidentemente com parte do entendimento da jurisprudência, v. Ugo Natoli, *Il Possesso*, Milão, 1992, ed. Giuffrè, nº 37, p. 82 (sobre o espaço aéreo), o qual estabelece correspondência entre o que pode ser objeto de propriedade (art. 840, do Código Civil italiano) em relação à extensão dessa, tendo em vista o subsolo.

²⁰⁵ V. Roberto Beghini, *Le Azioni a difesa del possesso*, Milão, 2002, ed. CEDAM, cap. I, nº 3, pp. 13-19. Nesta última obra (ao que nos parece com alguma muito pequena diferença da posição assumida em precedente obra sua, e, tanto aqui, quanto na anterior, retratando os rumos da jurisprudência, sobre a defesa da posse, nega a tais situações o caráter possessório [v. a obra anterior de Roberto Beghini, *L’Azione di reintegrazione del possesso*, Padova, 1995, ed. CEDAM, nº 3, p. 12]. Procura avaliar decisões bastante recentes, em que pareceria estar esboçado caminho para a utilização de remédios possessórios *para além das coisas corpóreas*, i. e., tendo como objeto *bens imateriais*. Questiona sua posição anterior, perguntando que diferença haveria, em relação ao não fornecimento de energia elétrica, se a empresa *interrompesse o fluxo de energia por interferir no aparelho de distribuição*, comparativamente à não distribuição do fluxo *sem invadir diretamente a distribuição*. De qualquer forma, argumenta, terá havido interrupção. E, admite-se a ação possessória só no caso de afetar-se diretamente o aparelhamento de distribuição, nisto estaria implicado que o que haveria seria, apenas, posse da aparelhagem de distribuição (“*posse del impianto*”), o que seria, do ponto de vista do utente, de pouca utilidade prática

Diante da presente análise, visto que o objeto da propriedade industrial, também se configura como bem imaterial, embora o art. 932 do Código de Processo Civil mencione a ameaça de turbacão ou esbulho, esse não define o objeto que pode ser alvo de tais ameaças, o que já deu ensejo a alguns questionamentos sobre os direitos que se poderiam tutelar via ação de interdito proibitório, chegando-se a assentar que a proteção do direito de propriedade, decorrente de patente industrial, poderia ser exercida através de ações possessórias. Nesse sentido foi o magistério de Pontes de Miranda:

A propriedade intelectual (artística, científica) e a industrial são direitos sobre bens incorpóreos. Tais bens são, pelo princípio de coextensão da posse e da propriedade, suscetíveis de posse e de tutela possessória. (...) O bem industrial, bem incorpóreo, como o bem intelectual, é suscetível de posse. As pretensões e ações possessórias podem ser exercidas. Tais ações somente nascem com a patenteação da invenção. Não se confunda a ação possessória do titular da patente com a que tem o pré-utente antes de se exercer o direito formativo gerador. É ação possessória oriunda de outro direito, o direito de propriedade intelectual ou o direito sobre a coisa corpórea. Com o registro, nascem as pretensões e ações possessórias quanto aos sinais distintivos.²⁰⁶

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ainda consagrou tal entendimento quando afirmou que aquele que fosse prejudicado poderia dispor de outras ações para coibir e ressarcir-se dos prejuízos resultantes de contrafação de patente de invenção. Mas tendo o interdito proibitório índole, eminentemente, preventiva, inequivocamente, é ele meio processual mais eficaz para fazer cessar, de pronto, a violação daquele direito.²⁰⁷²⁰⁸Ocorre que

(*L'Azione a difesa del possesso*, cit., pp. 13 e 14). Contra-argumenta, em rigor, mantendo o seu posicionamento anterior coincidente com a jurisprudência da Corte de Cassação, todavia, com a circunstância de que a *posse* é representativa de um *poder de fato sobre o objeto da posse, prescindindo da colaboração de outrem*, o que não é suscetível de ocorrer no caso da distribuição da energia elétrica. À luz desta observação, conclui que a interrupção do fluxo *não configura esbulho, senão que impede mesmo o surgimento da posse sobre a energia ainda não distribuída* (V. *L'Azione a difesa del possesso*, cit., dizendo: "*L'interruzione dell'erogazione non dà quindi luogo ad uno spoglio, ma impedisce lo stesso sorgere del possesso sull'energia non ancora erogata*" – p. 15). Nesta hipótese mantém o entendimento de que a ação cabível é, no direito italiano, a do art. 700 do Código de Processo Civil, ou seja, uma *ação contratual* (referindo-se a farta jurisprudência recente da Corte de Cassação). Outra autora categoricamente afirma: A interrupção de fornecimento de eletricidade, não comporta ação possessória, com vistas a que cesse a interrupção (v. *CODICE CIVILE*, aos cuidados gerais de Pietro Rescigno, parte de Laura Scalia, cit., coms. ao art. 1.140, 2, p. 1.200). Em relação à emissão de ondas televisivas, parte Beghini em sua argumentação (com apoio em copiosa jurisprudência recente da mesma Corte de Cassação) da circunstância de que a partir da *posse da aparelhagem* está implicada, mesmo sem autorização do poder público, a *posse do espaço por meio do qual se transmitem essas ondas*, e, sofrendo-se interferência de outrem, tem cabimento tutela possessória (p. 16). Mas, se um utente particular não recebe ondas, não lhe assiste direito a remédio possessório, *dado que a admissão da ação possessória a que alude, parte da conjugação da aparelhagem de transmissão e o espaço por onde as ondas são transmitidas* (segundo esse autor, parece haver acórdão divergente, com base em que a transmissão, sendo uma expressão da liberdade de pensamento, deve comportar tutela possessória, *para poder ser recebida*).

²⁰⁶ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XIII. 2. ed. Atualização Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 252.

²⁰⁷ Cf. Resp 7196/RJ, Min. Rel. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, DJ de 10.6.1991.

esse mesmo tribunal publicou a Súmula 228 que pôs fim a discussão com o seguinte comando: “É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral”.²⁰⁹

Logo, diante do exposto, pode-se concluir que o caminho adequado parece ser a proteção conferida pela tutela das obrigações de fazer e não fazer, ação ordinária, em feição de ação inibitória (cominatória), com recurso a expedientes de urgência, dentro da técnica do art. 461 do Código de Processo Civil. Com essa conclusão, urge esmiuçar o significado do objeto em si, qual seja a tecnologia.

²⁰⁸TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil Anotado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 611.

²⁰⁹E com esse entendimento, parece que ficou satisfeito, Humberto Theodoro Júnior, pois assim se manifestou: “não tem sentido insistir no uso inadequado de interditos possessórios em tema de direito autoral, uma vez que a legislação específica aparelha o autor com uma gama larga e completa de remédios preventivos e satisfatórios que vão desde a tutela administrativa policial até as medidas cautelares judiciais de busca e apreensão e ações reparatórias dos prejuízos oriundos da violação do direito autoral.” (*Curso de Direito Processual Civil*. v. III. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 127.)

CAPÍTULO 6. CONCEITO E APONTAMENTOS SOBRE TECNOLOGIA

O termo tecnologia originou-se do grego, formado a partir do radical grego *tekhne*, que significa arte, artesanaria, indústria, ciência; e do radical grego *logia*, de *logos*, linguagem, proposição, tratado ou dissertação sobre uma arte. Expressa: teoria geral e/ou estudo sistemático sobre técnicas, processos, meios e instrumentos de um ou mais ofícios ou domínios da atividade humana; técnica ou conjunto de técnicas de um domínio particular.²¹⁰

Há que se entender por tecnologia o conjunto de conhecimentos científicos que pode ser revertido em utilidades ou benefícios para a sociedade, como, por exemplo, o benefício com a fabricação de um produto ou a utilização de serviços que envolvam a tecnologia.²¹¹ E há que se ponderar que a tecnologia deverá apresentar um caráter econômico.²¹²

Importante perceber que tecnologia não se confunde com inovação, segundo o artigo 17, § 1º, da Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005²¹³. A inovação requer a criação de novo produto ou a criação de novas funcionalidades, requisitos que não são necessários para se conceituar tecnologia. Pode ocorrer que seja uma tecnologia já utilizada no mercado e que exista alguém interessada em adquiri-la simplesmente por não ter acesso.

Houve uma profunda modificação na forma de desenvolvimento do trabalho humano. Até o chamado “maquinismo”²¹⁴, havia um lento e custoso esforço dos homens para

²¹⁰ HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2.683.

²¹¹ Conceito encontrado em MYCIT – Manual para la Transferencia de Tecnologia. Madrid, 1992, p. 17.

²¹² Conforme Gabriel Francisco Leonardos: “Sob o ponto de vista econômico, parece-nos que tecnologia pode ser entendida simplesmente como o conjunto de informações, escritas ou não, que se prestem a um fim empresarial”. (*Tributação da transferência de tecnologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 67). Ou ainda, Carlos Henrique de Carvalho Fróes: “A tecnologia pode ser conceituada como o conjunto ordenado e sistemático de conhecimentos técnicos, patenteados ou não, capazes de levar à prática uma idéia no plano industrial. Abrange produtos, processos de fabricação, inovações, planos, estudos, projetos, desenhos, fórmulas, instruções e serviços de assistência técnica, científica e administrativa”. (*Contratos de Tecnologia. Revista Forense*. São Paulo, 1976, v. 72, n° 253, p. 123.

²¹³ “Considera-se inovação tecnológica a concepção de novo produto ou processo de fabricação, bem como a agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou processo que implique melhorias incrementadas e efetivo ganho de qualidade ou produtividade, resultando em maior competitividade no mercado”.

²¹⁴ O chamado “maquinismo” ocorreu com a Revolução Industrial que conforme E. J. Hobsbawm que explica e situa no tempo da seguinte forma: “[...] a Revolução Industrial não foi uma mera aceleração do crescimento econômico, mas uma aceleração de crescimento em virtude da transformação econômica e social – e através dela. Os primeiros observadores, que concentraram sua atenção nos meios de produção qualitativamente novos – as máquinas, o sistema fabril e tudo mais – tiveram o instinto certo, mas por vezes seguiram-no cegamente demais. Não foi Birmingham, uma cidade que em 1850 produzia muito mais que em 1750, mas basicamente à maneira antiga, que levou os observadores da época a falarem numa revolução industrial, e sim Manchester, uma cidade que produzia mais de uma maneira obviamente revolucionária. No final do séc. XVIII, essa transformação econômica e social ocorreu em uma economia capitalista, e através dela.” (*in Da revolução*

desenvolver sua atividade. A mecanização chegou para simplificar a tarefa, principalmente no tocante ao esforço físico exigido no labor. No entanto, quando houve a possibilidade de produzir maior quantidade de bens em igual tempo, por meio da industrialização, firmou-se o obstáculo em desfavor do ser humano e sua capacidade física. Nesse momento, o centro da economia começou a ser deslocado do campo para a cidade.²¹⁵

Logo em seguida, a tecnologia trouxe, em uma segunda etapa (pós-Taylorfordismo), uma nova meta, que consistiu em seguir produzindo maior quantidade de bens em igual ou menor tempo e com o menor custo. Assim o “custo do trabalho” vinculou-se não só com o montante do salário que recebiam os trabalhadores, mas também com a produtividade. Essa nova etapa foi chamada de “Toyotismo”, em homenagem ao modelo de produção dos japoneses, altamente técnico.

A informática proporciona um desenvolvimento desenfreado que ocasiona uma constante oferta de produtos e serviços, visto que, em poucos anos, o computador acelerou a tal ponto a economia, que já não cabem dúvidas de que o terceiro milênio será de seu governo. Não há que se comparar com as ocorridas com a mecanização, pois esta não apresentava o mesmo ritmo.

Dessa forma, o processo de informatização, diferentemente do de mecanização, tende a tornar a máquina independente do homem, a tal ponto que, cada vez menos, se necessite da intervenção humana no processo de produção.

6.1. Fatores de desenvolvimento da tecnologia: capital e educação

Importante notar que as empresas, visando um maior lucro, buscam se estabelecer em outros mercados e para tanto, além da análise com maior enfoque nas estratégias empresariais, uma série de outros determinantes explica o fluxo de investimentos diretos

industrial inglesa ao imperialismo. Tradução de Donaldson Magalhães Garschagen. Forense-Universitária, Rio de Janeiro, 1986, p.33).

²¹⁵ Vale destacar a importância do algodão quando se fala em Revolução Industrial, pois: “Como se sabe, o problema técnico que determinou a natureza da mecanização na fabricação do algodão foi o desequilíbrio entre a eficiência da fiação e da tecelagem. A roca de fiar, mecanismo muito menos produtivo que o tear manual (principalmente aquele acelerado pela ‘lançadeira volante’ [*flying shuttle*], inventada na década de 1730 e disseminada na de 1760) não supria os tecelões com fio em quantidade suficiente. Três inovações conhecidas fizeram pender o prato da balança: o ‘filatório’ (*spinning Jenny*), na década de 1760, que permitia a um artesão trabalhar com vários fios de uma só vez; o tear movido a força hidráulica (*water frame*), de 1768, que pôs em prática a idéia original de fiar com uma combinação de rolos e fusos; e a fusão dos dois, a ‘mula’ da década de 1780, a que logo foi aplicada a energia do vapor. As duas últimas inovações implicavam produção fabril. As fábricas de algodão da Revolução Industrial eram basicamente casas de fiação (e estabelecimentos para cardar o algodão, antes de fiá-lo).” (HOBSBAWM, E. J. *Da revolução industrial inglesa ao imperialismo*. Tradução de Donaldson Magalhães Garschagen. Forense-Universitária, Rio de Janeiro, 1986, p.55).

estrangeiros, até porque analisar essas variáveis se torna uma tarefa por demais complicada, pois depende de pesquisas envolvendo empresas. São eles: tamanho do mercado; taxa de crescimento do PIB; estabilidade econômica; grau de abertura da economia; inflação; qualificação da mão de obra; taxa de risco; entre outras.

Os investimentos diretos estrangeiros poderão se dar de duas formas: por investimentos diretos ou por investimentos em carteira. O direto, por sua vez, está dividido em duas modalidades, como participação no capital e empréstimos intercompanhias.

Assim, como já se disse, as empresas investidoras objetivam “recuperar os custos fixos associados às mudanças tecnológicas, capturar parcela do mercado e participar do processo de abertura dos oligopólios nacionais”. Segundo todos os dados pesquisados, esse tipo de investimento demonstra ser mais valoroso para os países que o recebem, uma vez que se trata de medida em longo prazo, o que, por si só, evitaria possíveis crises econômicas internas e externas.

De forma que não seria possível uma declaração real de valores atuais desses investimentos no país, haja vista a dificuldade de se chegar a eles, a par de dados disponíveis que não raras vezes são burlados ou inconsistentes devido a má fiscalização, problemas de conceituação e sua compreensão devida e mesmo por uma contabilidade ineficiente.

Importa ainda mencionar o programa de inclusão digital, que pode ser compreendido como um processo que visa à democratização do acesso às tecnologias de informação, de forma a permitir a inserção de todos. Contudo, o que se busca não é apenas o acesso ao mundo digital, com a possibilidade de acesso a um computador e à internet, mas alcançar melhores condições de vida por meio do desenvolvimento tecnológico.

Urge compreender que o desenvolvimento somente pode ser alcançado por meio da educação. A inclusão digital deve ser parte do processo de ensino de forma a promover a educação continuada. Note-se que a educação é um processo e a inclusão digital é elemento essencial desse processo. Assim, o grande diferencial encontra-se baseado nas ações de inclusão digital que devem estimular parcerias entre governos (nas esferas federal, estadual e municipal), empresas privadas, organizações não governamentais (ONGs) e, principalmente, escolas e universidades.

Nesse contexto, reside a importância da transferência de tecnologia. As universidades são fontes de conhecimento, campo no qual deve ser desenvolvida a pesquisa e que conseqüentemente alimentará o mercado.

Assim, é pertinente inquirir se a pesquisa financiada por fundos públicos tem contribuído para a geração de inovações tecnológicas. A resposta, de acordo com estudos

recentes, é sim. Os dados indicam que a ciência pública é responsável por 73,3% dos artigos citados pelas patentes industriais dos Estados Unidos, ou seja, a maior fonte da indústria americana advém da ciência pública. Ainda, considerando a pesquisa básica financiada por recursos públicos e a inovação na indústria farmacêutica dos EUA, no período de 1978-1994, observou-se que o aumento de 1% no estoque de pesquisa básica leva a um crescimento entre 2% e 2,4% do número de medicamentos.²¹⁶

Diante do exposto, pode-se concluir que, para que seja possível um desenvolvimento eficaz da tecnologia, algumas ações podem ser promovidas pelos governos e empresas privadas, como disponibilizar acesso a terminais de computadores e correio eletrônico a toda a população; oferecer tarifas reduzidas para uso dos sistemas de telecomunicações; criar mecanismos de isenção fiscal para a doação de computadores e equipamentos de infraestrutura.

²¹⁶ PÓVOA, Luciano Martins Costa. A universidade deve patentear suas invenções? *Revista Brasileira de Inovação*, Rio de Janeiro. Volume 9. Número 2, julho/dezembro de 2010, p. 239.

CAPÍTULO 7. CONTRATOS DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

A diferenciação dos contratos de transferência de tecnologia foi inicialmente estabelecida pelo Código de Propriedade Industrial de 1971 e regulamentado por meio de atos de política reguladora, como o Ato Normativo nº 15, de dezembro de 1975. Atualmente, existe previsão expressa no artigo 6º da Lei 10.973, de 2 de dezembro de 2004, que trata de inventivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, conhecida como Lei da Inovação.

Pode-se dizer que, historicamente, a transferência de tecnologia é vista como a compra e venda de bem móvel²¹⁷, em sentido estrito, e ocorre por meio de mecanismos formais e legais, como é o caso das patentes, das licenças, das marcas, das consultorias, dos serviços técnicos e outros.²¹⁸ Esses contratos podem envolver pessoas físicas, pessoas jurídicas ou ambas e envolvem os detentores de bens imateriais e as empresas interessadas em explorá-los.

Importante compreender que existem dois tipos de operações que possibilitam a transferência de tecnologia, primeiro quando se compra uma mercadoria em a tecnologia já se encontra incorporada, incluindo no preço final o custo dos trabalhos de investigação, não se pode dizer que é de fato um contrato de transferência de tecnologia e sim uma compra e venda comum. Quando existe uma chamada “operação invisível”, sem a incorporação da tecnologia em um bem, e sim a simples transferência do conhecimento da tecnologia, aí, sim, estaremos diante de um verdadeiro contrato de transferência de tecnologia.²¹⁹

A transferência de tecnologia cria um caminho para a evolução das indústrias e dos países²²⁰ diante das necessidades globais, tornando acessível a troca de conhecimento entre eles, o que resulta no avanço das relações transfronteiriças e gera o desenvolvimento do

²¹⁷ A compra e venda de uma tecnologia é estabelecida por meio de cessão, não se confundindo, portanto, com a licença.

²¹⁸ Cf. B.Bonin, *The Multinacional Firm as a Vehicle for the Internacional Transmission of Technology*, em G. Pacquet (ed.), *The Multinacional Firm and Nation State*, Collier-Macmillan, Don Mills, Canadá, 1972.

²¹⁹ FERRAZ, Daniel Amin. *Manual de integração regional*. Coordenador Daniel Amin Ferraz. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, pp. 55 e 56.

²²⁰ Vale anotar a existência da Rede de Informação Tecnológica Latino-America, criada em 26 de outubro de 1983, a Rede de Informação Tecnológica Latino-Americana (RITLA), que é um organismo internacional de cooperação técnica que reúne os países latino-americanos integrantes do SELA (Sistema Econômico Latino-Americano), cuja missão é fortalecer a cooperação regional, a consolidação dos mecanismos de colaboração e o intercâmbio vinculados ao emprego das novas tecnologias da informação e da comunicação (TICs) e debater os temas de sua área de competência na região e no mundo. Disponível em <<http://www.ritla.net.br>> Acesso em 15.12.2011.

comércio e de diversos meios de cooperações e colaborações.²²¹ Transferência de tecnologia é uma troca de conhecimento de um indivíduo para outro ou entre empresas que pode abranger desde a investigação fundamental até a tecnologia aplicada.

A teoria geral dos contratos, no âmbito privado, pode também ser utilizada pelo direito comercial, dada a intimidade existente entre as matérias. No entanto, os contratos no direito civil levam em consideração as relações que se desenvolvem entre particulares, enquanto o direito comercial cuida das atividades mercantis.

Para que se possa fazer uma distinção entre contratos civis e contratos comerciais, importante entender que este último deve ter como núcleo o exercício profissional da atividade do empresário, no intuito de promover a circulação de mercadorias com o objetivo de se alcançar o maior lucro possível.

Não obstante essa conceituação, um contrato de transferência de tecnologia pode ser enquadrado dentro do direito civil, pois é possível imaginar, em um primeiro momento, a venda de uma determinada tecnologia por um cientista que desenvolveu, em um dos seus estudos, como consequência do aprimoramento de seus conhecimentos (e não com o intuito de lucro), uma nova técnica que poderá ser aplicada em uma determinada mercadoria. Não seria um contrato regido pelo direito civil? E, em um segundo momento, se a empresa que adquiriu essa tecnologia começar a explorá-la, então um contrato será regido pelo direito comercial.

Observa-se que, mesmo em um contrato de transferência de tecnologia, todos os princípios contratuais da teoria geral dos contratos aplicam-se aos contratos de transferência de tecnologia, como, por exemplo, a boa-fé.²²²

O contrato de transferência de tecnologia deverá indicar claramente o seu objeto, a remuneração ou os *royalties*, os prazos de vigência e de execução do contrato e as demais cláusulas e condições das contratações.

²²¹ Segundo Darly Henrique da Silva, em *Cooperação internacional em ciência e tecnologia: oportunidades e riscos*, Rev. Bras. Pol. Int. 50 (1): 5-28 (2007), p. 7-8, cooperação e colaboração não se confundem, pois: “Colaboração e cooperação têm conceitos diferentes, embora ambas signifiquem ‘trabalhar em conjunto’ e sejam importantes. A colaboração é não equitativa e assimétrica, o que implica a existência de um ator principal, responsável pelo projeto/programa e proprietário dos resultados mais interessantes do ponto de vista aplicação estratégica, industrial e comercial, enquanto os outros membros são apenas coadjuvantes. [...] Coordenação substitui controle, e o exercício da confiança passou a ser o princípio básico em prol da parceria. Os resultados da cooperação pertencem aos parceiros, segundo definição previamente acordada, proporcional ao esforço de cada um, pois há confiança entre eles.”

²²² Nesse sentido, Lélío Denicole Schmidt afirma: “Os contratos celebrados acerca de direitos de propriedade industrial sujeitam-se ao princípio da boa-fé. O teor dos arts. 113, 187 e 422 do Código Civil, a boa-fé deve nortear não só a interpretação e alcance das normas contratuais mas também a caracterização da ilicitude por abuso de direito”. (A aplicação do princípio da boa-fé na propriedade industrial, p. 59, in *Propriedade Imaterial: direitos autorais, propriedade industrial e bens de personalidade*. Eliane Yachoub Abrão [organizadora]. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2006).

Duas maneiras alternativas de obter a renda do comércio exterior incluem o licenciamento de tecnologia e as *joint ventures*²²³. Embora não seja necessariamente a forma mais rentável de exportação, elas oferecem algumas vantagens, especialmente para pequenas e médias empresas.

Licenciamento de tecnologia é um acordo contratual em que as patentes do licenciante, marcas registradas, marcas de serviço, direitos autorais, segredos comerciais ou outra propriedade intelectual podem ser vendidos ou disponibilizados a um licenciado de compensação, sendo negociado previamente entre as partes. Tal compensação, ou *royalties*²²⁴, pode ser um *royalty* montante fixo, um *royalty* de execução (realeza que se baseia no volume de produção), ou uma combinação de ambos. Empresas norte-americanas frequentemente licenciam sua tecnologia para empresas estrangeiras que, em seguida, a utilizam para fabricar e vender produtos em um país ou grupo de países definidos no contrato de concessão.

Um acordo de licenciamento de tecnologia geralmente permite que uma empresa entre em um mercado estrangeiro rapidamente, pois dessa maneira os riscos financeiros e legais são menores, visto que operar a instalação de fábricas estrangeiras ou participar de um empreendimento comum oferece riscos altíssimos inerentes ao negócio.

Frisa-se que o licenciamento também permite que empresas superem muitas barreiras tarifárias e não tarifárias que frequentemente impedem a exportação de produtos manufaturados de um país para outro.

Por essas razões, o licenciamento pode ser um método particularmente atraente de “exportar” conhecimento para as pequenas empresas ou empresas com pouca experiência em comércio internacional, não obstante o licenciamento apresentar-se de maneira lucrativa também para empresas de grande porte.

Com o licenciamento, pode-se adquirir tecnologia estrangeira por meio de acordos de licenciamento cruzado ou cláusulas de cessão de direitos de concessão para um

²²³ Segundo Carlo Alberto Bittar, entende-se por *joint venture*: “o ajuste tendente à combinação de capitais ou técnicas entre empresas diferentes, com ou sem o surgimento de nova personalidade jurídica”. (in *Contratos Comerciais*. 5ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 197.

²²⁴ O Decreto nº 92.318, de 23 de janeiro de 1986 que dispõe sobre a execução da Convenção destinada a evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda, celebrada entre os Governos do Brasil e do Canadá, assim define os *royalties* em seu artigo XII, 3: “O termo *royalties*, usado no presente artigo, designa as remunerações de qualquer natureza pagas pelo uso ou pela concessão do uso de um direito de autor sobre uma obra literária, artística ou científica (inclusive os filmes cinematográficos, filmes ou fitas de gravação de programas de televisão ou radiodifusão), qualquer patente, marcas de indústria ou de comércio, desenho ou modelo, plano, fórmula ou processo secreto, bem como pelo uso ou pela concessão do uso de um equipamento industrial, comercial ou científico e por informações correspondentes à experiência adquirida no setor industrial, comercial ou científico.”

aprimoramento da tecnologia desenvolvida, buscando dessa maneira incentivar a inovação no mercado.

Contudo, o licenciamento de tecnologia apresenta algumas desvantagens potenciais. Uma delas reside no fato de que o controle sobre a tecnologia é enfraquecido porque foi transferido para uma empresa afiliada; outro ponto importante diz respeito ao lucro, que geralmente é menor do que os lucros gerados pela exportação de bens reais ou serviços. No mais, deve-se destacar o fato de que os países em desenvolvimento algumas vezes não dispõem de mecanismos adequados para defender o direito patenteado do uso não autorizado de terceiros.

No presente cenário mundial, vale atentar para situações em que os licenciados estrangeiros tentam utilizar a tecnologia licenciada para a fabricação de produtos em concorrência direta com o licenciante. Como em todas as transações no exterior, é importante investigar não só o licenciado em perspectiva, mas o país licenciado. O governo do país de acolhimento, muitas vezes, deve aprovar o acordo de licenciamento antes de entrar em vigor. Alguns governos proíbem o pagamento de *royalties* que excedam uma determinada taxa.

Vale anotar que o licenciamento de tecnologia não se restringe à indústria transformadora, visto que a franquia é também uma importante forma de licenciamento de tecnologia utilizada por muitas indústrias de serviços.

7.1. Exploração de Patente (EP)

A primeira notícia sobre patentes remonta ao projeto de lei sancionado pelo presidente George Washington, em 10 de abril de 1790, e nesse projeto restou estabelecido que a concessão da patente seria de responsabilidade de um conselho, o qual seria constituído pelo secretário de Estado (que teve Thomas Jefferson como o primeiro administrador norte-americano de patentes), secretário de Guerra e pelo procurador-geral. A patente era concedida por um prazo de 14 anos e a decisão do conselho era irrecurável.^{225 226}

²²⁵ DI BLASI, Gabriel. *A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 10.

²²⁶ Vale anotar que o sistema de patentes nos Estados Unidos vai sofrer uma mudança significativa, pois o dono da patente será aquele que primeiro a registrar e não mais aquele que inventou. O atual sistema dos Estados Unidos encontra-se em vigor desde 1952. Essa modificação objetiva evitar um terceiro que aparece mais tarde para litigar durante o procedimento de registro alegando que é o verdadeiro inventor, o chamado pelos americanos de *johnny-come-lately*. Por outro lado, a *American Bar Association* (Ordem dos Advogados dos EUA) e a *American Civil Liberties Union* (União Americana para as Liberdades Cívicas) entendem que a nova

A razão de ser do sistema de patentes é a difusão da transferência de tecnologia, um de seus principais pilares. Com a concessão da patente, o inventor torna-se proprietário por meio de um documento que ateste a legítima criação. Esse procedimento inicia-se com o pedido de depósito da invenção no Instituto Nacional de Propriedade Industrial, que tem competência para analisar o pedido e conceder a patente. Para que possa ser concedida uma patente, é necessário que sejam preenchidos os requisitos previstos no artigo 8º da Lei 9.279/96, quais sejam: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

O pedido de patente é mantido em sigilo até sua publicação, que deverá ocorrer depois de um prazo de dezoito meses (pode ser antecipada a pedido do depositante), contados da data do depósito. Após a publicação, é facultado ao depositante apresentar documentos ou informações, e o exame do pedido deve ser requerido pelo depositante em um prazo de trinta e seis meses, contados do depósito, sob pena de arquivamento do pedido. A decisão é irreversível.

A patente é concedida pelo prazo de vinte anos da data do depósito ou por dez anos contados da data da concessão (artigo 40 da Lei 9.279/96). Nesse ponto, encontra-se um dos mais importantes diferenciais em relação aos direitos reais, que, por seu turno, são perpétuos.

A propriedade industrial poderá ser cedida por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, total ou parcialmente, a título gratuito ou oneroso e deve ser feita a anotação no Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Mediante solicitação perante este instituto, existe a possibilidade da oferta pública de licença de patente.

A exploração de uma patente pode ocorrer por meio de um contrato de licença que garante direitos exclusivos conferidos por uma patente. O licenciamento é uma autorização concedida pelo titular da patente a outra pessoa, para que esta possa usar a invenção patenteada de acordo com as condições estabelecidas, resguardando a titularidade da patente ao concedente.

As licenças de tecnologia desempenham um papel de suma importância no mercado, pois funcionam como um catalisador para o desenvolvimento da tecnologia, proporcionando um quadro jurídico e político para licenças de propriedade industrial cada vez mais relevante. Hoje, como o demonstram os desenvolvimentos em bioinformática e nanotecnologia, o progresso contínuo em ciência e tecnologia eliminou as fronteiras tradicionais entre os campos tecnológicos, fundindo as tecnologias que, cada vez mais

legislação é uma “ameaça à inovação” — o contrário do que argumentam seus defensores, pois beneficiaria as grandes empresas.

complexas, criam novas áreas de tecnologia, o que exige um trabalho de pesquisa abrangente e uma maior colaboração.

Embora o setor empresarial tenha um papel importante para pesquisa e desenvolvimento de atividades com um objetivo comercial, muitas das tecnologias fundamentais que têm grandes implicações para a vida cotidiana vinham de investigação com financiamento público que não foi projetada para uso comercial imediato.

A importância de assegurar uma maior colaboração entre o setor privado e o setor público tem sido reconhecida como um fator decisivo e advém da necessidade de que as universidades e instituições públicas de pesquisa desenvolvam políticas voltadas para a propriedade intelectual e industrial, para que haja um desenvolvimento tecnológico aplicado.

Em uma economia globalizada, o licenciamento de tecnologia e a transferência de tecnologia são fatores importantes para alianças estratégicas e *joint ventures* internacionais, a fim de manter uma vantagem competitiva numa economia de mercado. Assim, as ferramentas políticas para facilitar o licenciamento e transferência de tecnologia em nível internacional têm sido frequentemente consideradas no contexto de criação de um clima adequado para o investimento e o desenvolvimento econômico.

Embora a aplicação dos direitos de patentes por si só não levantem a questão do comportamento anticompetitivo, os acordos de licenciamento que conduzem a um abuso de posição no mercado, por exemplo, para alcançar e manter uma posição de monopólio, podem ser considerados como uma antiprática competitiva do direito da concorrência. Por exemplo, na área de tecnologias de informação e comunicação, em que patentes detidas por titulares de patentes diferentes estão envolvidas em um produto, um acordo de *pool* de patentes poderá ser solicitado pelos titulares de patentes que, por sua vez, podem levantar questões quanto ao seu efeito sobre a concorrência.

Uma vez que cada tecnologia patenteada é única, cada contrato de licença reflete as necessidades e expectativas específicas do licenciante e do licenciado. No entanto, algumas questões são fundamentais para o sucesso de um acordo de licenciamento. Por exemplo, a fim de concluir uma licença, o valor da tecnologia patenteada tem de ser determinado. Ao contrário da propriedade tangível, essa não é uma tarefa fácil, mas vários métodos têm sido desenvolvidos para facilitar a avaliação da tecnologia.²²⁷

Por fim, diante das anotações apresentadas e diante do estudo sobre a teoria geral dos contratos, podemos classificar o contrato de licença como um contrato bilateral e oneroso (em

²²⁷ Vale conferir: MANGINI, V. *La Licenza di Brevetto*. CEDAM, Padova, 1970.

que pese o excepcionalismo de um contrato de licença ser concedido sem que se exija uma contraprestação); de risco, pois é incerta a rentabilidade esperada pela exploração da patente; e atípico²²⁸, pois vigora a liberdade da forma.

7.2. Contratos de *know-how*

O contrato de *know-how* é aquele em que uma pessoa, física ou jurídica, se obriga a proporcionar a outra pessoa os direitos que ela tem sobre certas fórmulas e procedimentos secretos, durante certo tempo e mediante certo preço que este se obriga a pagar-lhe.²²⁹

O *know-how* denota o conjunto de conhecimentos ou métodos com potenciais aplicações industriais e comerciais. O contrato de licença de *know-how* é um negócio jurídico por meio do qual uma das partes (cedente) se compromete a colocar à disposição de outra (comprador ou receptor) um conjunto de conhecimentos, todo ou em parte, ou é obrigado a comunicar esse conhecimento, permitindo a sua exploração por um período fixo, em troca de uma taxa (geralmente uma quantia em dinheiro calculado como uma porcentagem da produção ou venda).

Nesse contrato, é transferida a outrem a prerrogativa de partilhar dos direitos que ele tem sobre certas fórmulas próprias. A remuneração é denominada *royalty* e consiste numa porcentagem sobre o valor das vendas sobre os produtos obtidos mediante fórmulas.

A legislação de propriedade intelectual confere direitos exclusivos aos titulares de patentes, direitos autorais, direitos de *design*, marcas registradas e outros direitos protegidos pela lei. O titular de direitos de propriedade intelectual está autorizado a impedir qualquer utilização não autorizada da sua propriedade intelectual e explorar esses bens, em particular, pela concessão de licenças a terceiros.

Acordos de transferência de tecnologia dizem respeito ao licenciamento de tecnologia. Tais acordos costumam melhorar a eficiência econômica e ser pró-competitiva, pois podem reduzir a duplicação de pesquisa e desenvolvimento, reforçar os incentivos para a pesquisa e desenvolvimento inicial, estimular a inovação incremental, facilitar a difusão e gerar concorrência no mercado do produto. No entanto, acordos de licenciamento podem também ser utilizados para fins anticoncorrenciais, por exemplo, onde os competidores usam

²²⁸ Diferente do exemplo apresentado pela Lei de Patentes espanhola que exige a forma escrita em seu art. 74. Vale lembrar que para registro no INPI, o contrato deve ser escrito, conforme art. 62 da LPI.

²²⁹ STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3. ed. São Paulo: LTR, 1998, p. 435.

dois acordos de licenciamento para partilhar os mercados entre si, ou quando um titular importante exclui tecnologias concorrentes do mercado.

O *know-how* é um dos elementos-chave do sistema de *franchising*. É um termo nascido nos Estados Unidos da América²³⁰ que, apesar de ter sido adotado em todo o mundo, não tem nenhum significado inequívoco. Os franceses também chamam de *savoir-faire*. Refere-se a todo o conjunto de experiências e procedimentos que foram adquiridos por um empregador na operação de seus negócios e ter sucesso alcançado algum sucesso no setor.

Embora tenha suas próprias características, o *know-how* é um contrato semelhante a outros, como vendas, serviços de *leasing*, arrendamento mercantil, de licenciamento de patentes e assistência técnica. Esse tipo de contrato também não tem nome (porque não tem uma única descrição legal.).

Há duas partes desse tipo de contrato, o cedente ou licenciante do *know-how*, sendo o detentor do conhecimento, que é obrigado a transferir conhecimentos, modelo ou adiantamento que constitui o saber-fazer. Pode também incluir assistência técnica para a formação do pessoal do usuário.

O usuário ou licenciado é o beneficiário do conhecimento transferido e, portanto, se compromete a pagar o acordado (de um montante fixo ou por meio de royalties), note-se aqui que se configura o *know-how* em um contrato oneroso.

Estabelecer o conhecimento do *know-how* é expressar de diferentes maneiras, como protótipos, modelos, instalações, invenções não patenteadas, fórmulas, dados e documentação técnica e instruções. Este é o objeto do contrato.

No que diz respeito à causa do contrato, a transferência e o pagamento podem ser feitos em um ou mais partes parciais, conforme apropriado.

A natureza dos direitos sob o *know-how* constitui bens intangíveis e está intimamente ligada com as configurações que a proteção jurídica concedida ao conhecimento, comportando o secreto e sendo realizado nos sistemas jurídicos por meio de diferentes categorias de disposições, entre as quais uma das principais legislações é a referente a concorrência desleal.

No caso de contratos para a exploração do *know-how*, apesar da legislação de proteção que está na base de condições contratuais com a configuração do objeto de negócios

²³⁰ Segundo Fran Martins: “A expressão *know-how* foi, pela primeira vez, empregada no campo do direito industrial em 1916, mas só se tornou usual em 1953, quando passou a ser empregada correntemente na linguagem americana. Da América foi ela transportada para a Europa e, finalmente, de pouco tempo pra cá. É usada no mundo inteiro. A expressão é apenas a abreviação de uma frase, *the know-how to do it*, em tradução literal ‘saber como se faz alguma coisa’.” (in *Contratos e Obrigações Comerciais*. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 450).

e na proteção do particular contra certos atos de outros, o seu impacto na relação contratual de conteúdo é muito limitado. Na verdade, no contexto da relação contratual, o sistema de proteção do segredo de *know-how* deriva essencialmente da vontade das partes como refletido nos termos do acordo.

Em suma, vale repisar, contrato de *know-how* é consensual; bilateral ou sinalagmático; comutativo; atípico, regendo-se pelas cláusulas estipuladas²³¹; *intuitu personae*, em geral escrito e em regra oneroso.

7.3. Contratos de *franchising*

Considera-se que a técnica de *franchising* começou nos Estados Unidos, após a Guerra Civil, quando a Singer (fabricante de máquinas de costura), em 1850, resolveu conceder algumas franquias a comerciantes independentes que queriam vender seus produtos. Há autores, porém, que entendem que a franquia já aparecia no direito romano, não com a mesma forma e nem com a mesma designação, e identificam a franquia na figura dos publicanos.²³²

Em 1898, a General Motors passou a usar o sistema para expandir sua rede de revenda de carros, seguido pela Coca-Cola, em franquias de engarrafamento e distribuição dos refrigerantes. Assim, a partir do século XX, a *franchising* começou a se difundir com outros fabricantes de automóveis e refrigerantes aderindo ao sistema.

Em 1917, surgiram as primeiras franquias de mercearias e, quatro anos depois, foi a vez da Hertz, locadora de veículos. Pouco depois, nos anos 1930, a *franchising* tornou-se mais popular como método de expansão de redes de negócios em vários ramos.

²³¹ Em que pese o liberalismo da forma, a Comissão Econômica para Europa, órgão das Nações Unidas, publicou um guia para a redação de contratos relativos à transferência internacional de *know-how* na indústria mecânica.

²³² Américo Luís Martins da Silva noticia: “Lembramos que o Estado Romano autorizava alguns de seus cidadãos a arrecadar tributos (*vectigalia*), mediante pagamento de uma determinada quantia ao tesouro ou àqueles que arrendavam os bens do fisco. Esses cidadãos eram chamados publicanos, ou seja, agentes do fisco, encarregados do lançamento e arrecadação dos tributos. [...] Os publicanos, que agiam individualmente, e as *societates publicanorum*, pareciam ser, em sua origem, não apenas uma forma de concessão de funções públicas, através da qual antecipavam ao Tesouro o fruto da arrecadação dos tributos, os quais seriam, posteriormente, cobrados dos contribuintes em potencial, mas também uma forma rudimentar de franquia, caracterizada pela substituição da titularidade (que passa ser publicano) na exploração de um determinado direito (cobrança de imposto), cujo titular originário era substituído (Estado Romano).” (in *Contratos Comerciais*, volume 2: atualizada de acordo com o Código civil: Lei nº 10.406, de 10.1.2002, Rio de Janeiro: Forense, 2004 -Direito comercial, v.3-, pp.343 e 344).

E então, em 1941, houve uma significativa explosão da *franchising*, porém a verdadeira expansão das franquias ocorreu após a Segunda Guerra Mundial²³³, quando ex-combatentes americanos voltaram a seus lares determinados a serem seus próprios patrões e assim, talentosos e com muita garra, porém sem muita experiência, esses homens encontraram no sistema de franquia a grande saída.

Já na década de 1950, surgiram Burger King, McDonald's, Dunkin'donuts e outras redes e, nos anos 1960, no Brasil, a *franchising* teve início com o lançamento das franquias da escola de idiomas Yázigi, fundada em 1950 e hoje com 220 franquias e três unidades próprias. Após isso, verifica-se que, nos anos 1970, houve ativa expansão dos franqueadores americanos em todo o mundo e a rede McDonald's chegou ao Brasil com unidades próprias, abrindo sua primeira franquia dez anos depois, sendo que, na década de 1980, outras franquias despontaram no cenário nacional, como O Boticário, Água de Cheiro e Bob's (que nasceu em 1952, mas só passou a franquear em 1984).

Observa-se então que, em 1987, nasce a ABF, Associação Brasileira de *Franchising*, e que, nos anos 1990, com a abertura de mercado, várias marcas estrangeiras fincaram suas bandeiras no Brasil.

Como se sabe, o processo de escolha de uma franquia costuma tomar tempo. Não deve haver precipitação. Deve haver cautela. Uma franquia bem estruturada e bem conduzida costuma representar uma alternativa menos arriscada para o empreendedor do que a implantação de um negócio independente. Contudo, franquia alguma oferece 100% de garantia de sucesso. Por isso, a decisão por uma determinada franquia deverá levar em consideração diversos fatores, em especial seu próprio perfil e a capacidade do franqueador em lhe transferir o *know-how* de operação do negócio.

Conforme dados da Associação Brasileira de *Franchising*²³⁴, existem atualmente no país cerca de 600 empresas franqueadoras de suas marcas, serviços ou produtos, e isso significa hoje mais de 53.000 pontos de vendas nos mais variados segmentos, de forma que esses números colocam o Brasil na terceira posição do *ranking* dos maiores países franqueadores do mundo.

²³³ Fran Martins relata: “O contrato de franquia (*franchising*) surgiu, como tantos outros novos contratos empresariais, como uma técnica de comercialização de certos produtos para incentivar e facilitar as vendas dos mesmos. Tal aconteceu nos Estados Unidos principalmente depois da Segunda Guerra Mundial, quando inúmeras pessoas, desmobilizadas de suas atividades ou nos campos de batalha ou nas indústrias, procuravam novas oportunidades para firmar-se economicamente. Para aproveitar esse material humano na expansão dos seus negócios, várias empresas descobriram um modo de ligar esses elementos aos seus empreendimentos, passando a oferecer franquia (*franchising*) aos que desejavam dedicar-se a esse ramo de atividade.” (in *Contratos e Obrigações Comerciais*. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 439).

²³⁴ Portal oficial: www.portaldofranchising.com.br

Até 1992, não havia leis específicas para a franquia enquanto alternativa de negócio e, naquele ano, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) começou a aceitar contratos de *franchising*, expedindo a Resolução nº 35, de 29 de junho de 92, que vigorou por cinco anos, revogada por dois atos normativos.

Hoje, o sistema conta com a Lei de Franquia (Lei 8.955/94) e com a Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279, de 14 de maio de 1996) e a averbação dos contratos entre franqueados e franqueadores é feita pelo INPI e pode envolver até mesmo empresas nacionais e estrangeiras para normatizar o pagamento dos chamados *royalties* – uma espécie de taxa pelo direito de uso da marca.

Franchising é uma estratégia para a distribuição e comercialização de produtos e serviços. É um método seguro e eficaz para as empresas que desejam ampliar suas operações com baixo investimento, representando, por outro lado, uma grande oportunidade para quem quer ser dono do seu próprio negócio. O franqueador é a empresa detentora da marca, que idealiza, formata e concede a franquia, do negócio, e o franqueado é uma pessoa física ou jurídica que adere à rede de franquias.

No sistema de *franchising*, o franqueado investe recursos em seu próprio negócio, o qual será operado com marca do franqueador e de acordo com todos os padrões estabelecidos e supervisionados por ele. A essência da *franchising* está na parceria. Por isso, o sistema tem alcançado elevados índices de êxito, medidos por taxas de sucesso das franquias nos mais diversos ramos de atividade.

A expansão de uma rede de franquias pode ter dois sentidos diferentes, conforme o contexto em que é utilizada: i) o estabelecimento instalado, operado e gerido pelo franqueado, de acordo com os padrões ditados pelo franqueador; ii) o conjunto dos direitos e obrigações que resultam, para o franqueado, do contrato de franquia celebrado com o franqueador.

Consultoria de campo é um dos benefícios mais importantes que um franqueador pode oferecer à sua rede. Consiste em visitas periódicas que um representante do franqueador faz a cada franqueado com o objetivo de “sentir o pulso” de cada franquia e da rede como um todo, levantar problemas, fornecer informações, ministrar treinamentos e reciclagens “mão na massa”, atualizar procedimentos, etc.

O Conselho de Franqueados é o órgão de representação coletiva dos franqueados junto ao franqueador. As funções, poder de decisão, regras de formação, etc., variam muito de franqueador para franqueador. Poucas redes de franquias brasileiras já contam com conselhos devidamente estruturados. Contudo, a tendência é aumentar o número de franqueados que

adotam esse mecanismo de comunicação e aperfeiçoamento de seu relacionamento com os franqueados.

A franquia deve representar, de preferência, a transferência, para o franqueado, de toda uma série de conhecimentos sobre o negócio, de um sistema operacional bem-sucedido, que o franqueado tem o direito de reproduzir na instalação, operação e gestão de seu negócio. Os manuais da franquia servem justamente para registrar, de forma detalhada, esses conhecimentos e esse sistema operacional.

Treinamento é o programa destinado à capacitação do franqueado, de modo que ele possa colocar em prática os padrões definidos pela empresa franqueadora em seus manuais, dando-lhe, assim, condições de manter o padrão de qualidade da rede no seu estabelecimento.

Unidade piloto é a unidade que deve ser implantada, operada e gerida pelo próprio franqueador, por sua conta e risco. Trata-se de um protótipo para o teste prático do conceito que estará sendo franqueado. Ou seja, as franquias devem ter as mesmas características, incluindo *mix* de produtos e serviços, tipo de localização, *layout*, políticas operacionais, sistemas e tudo mais, do típico estabelecimento que será operado pelos futuros franqueados. (MOREIRA, 2009).

Outras funções da unidade piloto são: 1) criar as condições necessárias para desenvolvimento, aperfeiçoar, consolidar e sistematizar a tecnologia de instalação, operação e administração de um negócio como o que será franqueado; 2) criar um local para o treinamento prática dos franqueados e, se for o caso, de suas equipes; 3) permitir testes com novos serviços, instalações, equipamentos, técnicas de gestão, métodos de operação, etc., antes de adotá-los na rede; e 4) criar um formato padrão do conceito a ser franqueado, no qual toda a rede franqueada possa se espelhar.

Na franquia, é exercido um controle do franqueado quanto à qualidade, podendo este perder o direito à franquia, caso não acompanhe os padrões estabelecidos. É importante que se analisem bem as vantagens e desvantagens de se entrar em um contrato de franquia, uma vez que muitas delas colocam uma carga grande de responsabilidade e investimentos sobre o franqueado e têm um controle contínuo dos resultados.

Assim, consciente de que está adquirindo o tipo de negócio e franquia ideais para seu perfil profissional e pessoal, deve-se saber exatamente que investimento deverá ser feito para implantação completa da franquia, já que o valor pago ao franqueador é apenas uma parte do total a ser investido no negócio. Então, verifica-se que muitos acreditam que o preço pago ao franqueador pela franquia é uma fonte de renda para ele, sendo que, na verdade, em uma

franquia séria e idônea, esses valores representam apenas a cobertura para custos inerentes à expansão da rede.

O preço inicial de uma franquia é calculado de maneira a compensar o investimento feito pelo franqueador para correta formatação da sua franquia (preparação do negócio para expansão através da *franchising*). Além disso, deve cobrir os custos com a divulgação de seu sistema, empresa e marca, da escolha mais adequada das pessoas que serão seus franqueados, de treinamento operacional e administrativo dessas pessoas e de alguns de seus futuros funcionários e de assistência inicial para abertura e operação das novas unidades de negócio. Fora esses custos, são levados em consideração o valor do negócio em si e do território ou mercado a ser trabalhado. O potencial franqueado deve estar ciente também de que o preço inicial pago por uma franquia normalmente não inclui outros custos significativos para a implantação de uma unidade de franquia, tais como custo do ponto comercial, reformas e adaptações do local, móveis e utensílios para montagem da loja, equipamentos de informática e estoque inicial. Esses custos são variáveis em relação ao tipo de negócio, local e franquia, e frequentemente suplantam, em muito, o valor pago pela franquia.

De todos os investimentos sabidos, um deles merece atenção. É o capital de manutenção pessoal para o mínimo seis meses, tempo aproximado para a assinatura do contrato de franquia até a entrada dos primeiros reais de faturamento. Agindo com cautela, as decepções podem ser evitadas e as chances de sucesso tanto para o franqueador quanto para o franqueado aumentam significativamente.

Não existe um contrato padrão em *franchising*. Isso significa que cada empresa é responsável pela redação de seu próprio contrato, respeitando a Lei nº 8.955/94, que rege o sistema de franquias no Brasil, de forma que o franqueado deve estar atento ao contrato, que é de adesão, esclarecendo as cláusulas que achar obscuras e, preferencialmente, pedir ajuda a um advogado.

Oportuno esclarecer que apesar do *franchising* ser caracterizado por ser um contrato de adesão, este não pode ser incluído sob a égide da Lei nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, pois o franqueado não pode ser reconhecido como consumidor do franqueado, pois não é o destinatário final dos produtos adquiridos, conforme já de manifestou em diversas oportunidades o Superior Tribunal de Justiça²³⁵.

De acordo com o Instituto de Informação em *Franchising*:

²³⁵Cf. Resp 930875/MT, Min. Rel. Sidnei Beneti, Dje 17.6.2011 e Resp 632958/AL, Min. Rel. Aldir Passarinho Junior, Dje 29.3.2010.

A *franchising* moderna, denominada *Business Format Franchise*, é uma forma de fazer negócio em “parceria” onde uma empresa com sucesso comprovado concede a terceiros o direito de explorar os seus produtos e serviços, marca comercial e ainda usar os seus métodos de gestão, recebendo em troca contrapartidas financeiras. A “empresa-mãe” é chamada de franchisadora e a empresa que recebe os direitos de franchisada. O sucesso dessa fórmula é associar a experiência de uma empresa instalada e de sucesso no mercado com a motivação e o capital de pessoas interessadas em ter o seu próprio negócio. Para o franchisador permite uma expansão rápida com recursos financeiros e humanos de terceiros. Para o franchisador é a oportunidade de ter um negócio próprio com menos risco e contar com uma marca e sistema consagrado do mercado. (INFOFRANCHISING, 2009).

Assim, dentro das dezenas de oportunidades existentes no mercado, o passo seguinte seria selecionar aquelas com maior interesse e potencial para passar a uma análise mais profunda.

O Instituto de Informação em *Franchising* cita os critérios para limitar a seleção, são eles: escolher o(s) setor(es) com que realmente se identificam e que as suas características pessoais sejam compatíveis; lembrar-se das exigências especiais de cada negócio quanto a carga de trabalho, horários, aptidões técnicas necessárias e escolha aqueles que se adaptam ao seu ritmo de vida e obrigações familiares; fazer um levantamento do capital próprio de que dispõe; considerar por segurança um máximo de 50% de financiamento para o negócio; e selecionar dentro do grupo de empresas escolhidas nos tópicos anteriores apenas aquelas que estejam dentro do seu limite de investimento.

O Instituto de Informação em *Franchising* também menciona os meios de iniciar um negócio em *franchising*, podendo ocorrer quando uma pessoa ou empresa compra o direito para a abertura de uma loja/unidade individual, como franqueado; ou como quando uma pessoa ou empresa compra os direitos para uma região ou mesmo um país e pretende explorá-la exclusivamente por meio de lojas próprias, visto que, muitas empresas brasileiras, que a princípio são chamadas de master franchisadas, optaram por atuar dentro dessa estratégia, como *area developer*.

Irineu Strenger pondera sobre a matéria:

No seu sentido mais simples, a franchise é uma licença do proprietário de uma marca de comércio, de nome comercial, permitindo a um outro o direito de vender produto ou serviço com o mesmo nome ou marca.
[...] A *franchising* é, na verdade, um intercâmbio de relações comerciais, econômicas e humanas contratualmente estabelecido.

Franqueador e franqueado encontram na franquia interesses recíprocos. Através de uma fórmula justificada economicamente e comprovada, um assegura ao outro desenvolvimento rápido e uma redução de riscos.²³⁶

Conforme o exposto, pode-se concluir que o contrato de *franchising* é aquele que promove uma concessão de marcas de produtos, já registrados e de conhecimento público, aceitos por suas qualidades, já comprovadas no mercado, a uma terceira pessoa. O franqueador oferece a distribuição dos produtos, assistência técnica e informações sobre comercializá-los e, inclusive, ajuda na publicidade dos produtos. O franqueado, mediante condições especiais, comercializa o produto do franqueador sem estar subordinado a este.

Existem diversas vantagens para que um empresário decida franquear o seu negócio, como em relação aos investimentos necessários à abertura de novas unidades da empresa, que serão de responsabilidade de um terceiro (franqueado), o que garante uma expansão rápida e contínua do negócio para o franqueador. O franqueado assume todos os riscos operacionais e torna-se responsável pelos seus compromissos financeiros, enquanto o franqueador poderá ter controle sobre a unidade. Dessa forma, o franqueador pode penetrar mais rapidamente no mercado nacional sem ter que usar seus próprios recursos, o que certamente aconteceria se optasse por estabelecimentos próprios.

O franqueador recebe as taxas de entrada e os *royalties* decorrentes de sua experiência comprovada no mercado, torna-se um fornecedor exclusivo, causando uma dependência do franqueado, consegue grande vantagem competitiva ao negociar com fornecedores produtos ou serviços para toda a rede e passa a promover a marca da rede mediante contribuições de *marketing* provenientes dos franqueados, conforme cláusula contratual.

Sendo os franqueados proprietários dos seus estabelecimentos onde investiram grande parte de seus recursos, estes estarão muito mais motivados para maximizar as vendas e reduzir os custos, conseguindo alta rentabilidade do investimento.

A apresentação de resultados positivos atrai novos investidores e os franqueados procuram sempre alguém que lhes transmita os conhecimentos para iniciar a empresa. Estão dispostos a pagar para entrar numa cadeia de *franchising*, aumentando o rendimento do franqueador.

Porém, também existem desvantagens para o franqueador, pois não sendo um empregado, o franqueado não pode ser obrigado a seguir instruções. Um dos maiores problemas que se apresenta aos franqueadores é garantir que todos os franqueados executem

²³⁶ STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3. ed. São Paulo: LTR, 1998, pp. 354 a 356.

os métodos padrões de operação, conseguindo a uniformidade de todos os estabelecimentos. O franqueador não exerce um controle direto sobre o franqueado tão próximo como se pode exercer sobre um empregado. Pode haver falta de cooperação e simetria entre as partes: os objetivos dos franqueados no que diz respeito ao lucro (no curto e no longo prazo), volume de negócios, imagem, etc., podem não coincidir com os do franqueador. Esse tipo de situação controversa pode gerar conflito, uma vez que o franqueador deverá usar bom senso e bom relacionamento para tentar retificar esse tipo de situação.

Conflitos no relacionamento: embora o franqueado possa, no início, estar muito satisfeito com a sua entrada no mundo dos negócios, ao longo do tempo pode começar a se incomodar com o controle permanente que o franqueador exerce sobre as suas atividades e a discordar das condutas do franqueador na condução do negócio, o que pode resultar num serviço de qualidade inferior e às vezes até no rompimento de contrato.

O contrato de *franchising* só permite que o franqueador o cancele sob determinadas circunstâncias. Assim, no caso de selecionar franqueados que mais tarde se revelem inadequados, poderá ver-se obrigado a comprar-lhes os estabelecimentos a um preço inflacionado. Em relação a alguns franqueados, o franqueador pode vir a descobrir que as franquias seriam mais lucrativas se estivessem sob a gestão da empresa franqueadora. O franqueador deve desenvolver controles para fiscalizar os franqueados de forma a garantir que estes não declarem vendas inferiores às reais como forma de fugir ou diminuir o pagamento de *royalties*. O franqueador tem de estar ciente de que o franqueado pode vender a *franchising* e montar um negócio independente semelhante, em concorrência direta com o franqueador, desfrutando do conhecimento detalhado do *know-how*, dos sistemas de gestão, das técnicas de operação do franqueador, uma vez que já está completamente familiarizado com o sistema operacional. Por esse motivo, muitos contratos de *franchising* contêm uma cláusula determinando que o franqueado não poderá criar um negócio semelhante dentro de um dado território, durante certo período de tempo, após o término do contrato. Contudo, essas cláusulas são, geralmente, consideradas legalmente não executórias.

Considerando o exposto, pode-se concluir que a compra de uma franquia é uma forma segura para se iniciar um novo negócio, pois se corre menos risco ao se iniciar o negócio utilizando a experiência do franqueador, a força da marca e as vantagens de pertencer a uma grande rede, fatores que reduzem muito o risco de um negócio fracassado. Como algumas negociações são coordenadas com o franqueador, as condições de negociação oferecidas levam em conta o volume total de negócios da rede, podendo representar preços de compra

mais baixos, melhores condições de pagamento, negociar produtos com exclusividade ou melhores contratos de assistência técnica.

O empresário recebe apoio operacional, treinamentos e apoio técnico especializado (preços, margens, promoções, pesquisas de evolução do mercado). Seguindo-se o sistema operacional cada franqueado, terá um método de condução para o seu negócio, o que permite um desenvolvimento consistente dos produtos ou serviços com os mais altos níveis de qualidade, valor e serviço ao cliente. Produz-se, assim, uma experiência de *marketing* que convida os clientes à fidelização. O franqueador pode fornecer ainda serviços permanentes de consultoria e suporte aos franqueados que vão desde a assistência até o planejamento do negócio.

Como a maioria dos novos negócios resente-se de não ser conhecido, iniciar com uma marca conhecida é uma grande vantagem. Há maior facilidade de atrair novos clientes e facilitam-se as relações com fornecedores e com bancos, pois se trata de um negócio que já demonstrou ter sucesso, o que transmite confiança a todos os parceiros comerciais.

Os termos do contrato de *franchising* normalmente concedem direitos territoriais exclusivos a franqueados. O empresário conta com a experiência adquirida por outros. Ao tornar-se franqueado de uma rede, este será alertado pelo franqueador para todos os perigos do negócio baseado nos erros e acertos de outros franqueados.

O franqueado pode dedicar-se a questões centrais, uma vez que muitas tarefas são executadas pela estrutura central do franqueador, as quais podem passar quase despercebidas pelo franqueado. O resultado é livrá-lo de atividades secundárias para que possa debruçar-se aos processos que trazem maior valor agregado como as vendas, o atendimento ao cliente e a própria gestão geral do negócio.

No tocante ao franqueado, as desvantagens mais comuns aparecem quando se percebe que o franqueador exerce um elevado grau de controle sobre o franqueado e sobre a sua atividade. Para muitos franqueados esse controle pode ser frustrante, em especial quando já operam há algum tempo e, eventualmente, sentem que já não necessitam da sua assistência permanente.

Além da desvantagem psicológica desse controle permanente, o negócio pode não ser bem-sucedido, uma vez que o administrador é impedido de fazer as necessárias adaptações a padrões em resposta à mudança de gostos, condições específicas da cidade onde se localiza o negócio, etc.

Qualquer publicidade negativa em torno do franqueador atua em detrimento da imagem do franqueado. Da mesma forma, o franqueado sofrerá os efeitos das ações de outros franqueados da rede que resultem em perda de reputação ou má publicidade.

Ressalta-se que o franqueado tem de pagar uma taxa permanente ao franqueador (*royalties*) e, ainda, a *franchising* pode não corresponder às expectativas iniciais do franqueado, seja em termos de lucro, seja em termos de satisfação psicológica. Essa situação pode ocorrer se o franqueador, no fechamento do contrato, tiver exagerado quanto aos possíveis benefícios da operação.

Por fim, o franqueado é obrigado por cláusula contratual a continuar explorando seu estabelecimento, sendo muito poucas as circunstâncias em que pode fechar as portas. Além disso, nos termos do contrato de *franchising*, pode não lhe ser permitido vender o negócio a quem quiser, dependendo da concordância do franqueador.

Segundo Cherto²³⁷, as prováveis tendências para os próximos anos são:

1. Incremento no *networking*: aumento da participação dos franqueados nas decisões da rede por meio dos conselhos de franqueados, comitês e outros mecanismos semelhantes.

2. Popularização das novas tecnologias: uso de extranets, intranets e outras ferramentas de *networking* para promover melhor integração entre franqueador-franqueado, franqueado-franqueado, fornecedor rede e outros.

3. Interdependência crescente: os negócios independentes deverão em maior escala se converter em franquias.

4. Parcerias: haverá fortalecimento dos *co-brandings*: franquias de diversas marcas, negócios de um mesmo segmento ou ramos complementares poderão coexistir sob o mesmo teto ou lado a lado, sendo administrado por um ou mais franqueados.

5. Redução no tamanho das instalações das franquias: diminuição do porte físico das franquias para atrair empreendedores que não dispõem de grandes recursos financeiros, mas têm perfil adequado para o negócio.

6. *Branchising*: transformação de filiais de uma empresa em franquias, beneficiando-se de todas as vantagens da *franchising*.

7. Estratégia multicanal: a empresa deverá usar vários canais de comunicação para interagir com o mercado como: franquias, venda direta, comércio eletrônico, unidades próprias, outras redes de negócio, enfim, o canal será aquele que o consumidor escolher quando desejar consumir um produto ou serviço.

²³⁷ Apud DIAS, Reinaldo. *Comércio Exterior: história, teoria e práticas*. Campinas: Alínea, 2002, pp. 245 a 248.

8. Domínio maior da relação causa e efeito: os franqueados e franqueadores precisam agir de forma concreta mediante estratégias que possam medir e controlar o desempenho de todo o negócio se realmente quiserem permanecer no mercado em que atuam.

9. Franqueados mais exigentes: com experiência em gestão devido aos cargos executivos que já ocuparam, os franqueados exigirão cada vez mais do franqueador, desafiando aqueles que ainda não entenderam a *franchising* como formato de negócio.

10. Controle e comando *versus* valores e crenças: o estilo de administração deverá passar de “controle e comando”, em que as mudanças e ideias vêm do franqueador para o franqueado, ou do franqueado para os colaboradores, e passarão a fluir na direção mais apropriada. O caráter, os valores e as crenças terão preferência na escolha, seja dos franqueados, dos colaboradores ou de qualquer parceiro que faça parte da organização.

11. Aprender a aprender... e a desaprender: as organizações que tiverem coragem de se desconstruir para se construir continuamente, mudando a forma de capacitar seus colaboradores ou franqueados de acordo com a exigência do mercado certamente prosperarão.

Para ter um negócio transformado numa rede de franquias, ou seja, numa empresa que possa ser reproduzida em todo o país, e até internacionalmente, mediante o pagamento de uma taxa de franquia e de *royalties* pelo uso da marca, o empreendedor tem que entender que o negócio precisa ser rentável – para que alguém se interesse pelo negócio, ele deve ser bem-sucedido, segundo os especialistas da *franchising*, o empreendedor não pode cair na tentação de criar uma rede apenas para procurar resolver os problemas de um negócio fracassado; deve-se ter um diferencial a oferecer – as redes de sucesso cresceram porque ofereceram aos franqueados uma oportunidade que não havia no mercado, algo realmente diferente aos olhos do consumidor, tendo um forte apelo mercadológico à medida que une seu diferencial a marca; deve existir consultores especializados para formatar a franquia, o que pode ter um custo alto – para formatar o negócio original, ou seja, para que ele possa ser reproduzido em franquias por outros empreendedores, o franqueador poderá precisar de um consultor especializado para elaborar os manuais e os contratos com os franqueados; deve-se atentar para o mundo virtual, que pode ser um forte aliado na formatação da rede – consultores já utilizam ferramentas que ajudam bastante o franqueador que pretende começar no setor. Por meio de dados, como a população de uma cidade, a renda *per capita* e o número de *shoppings*, entre outros, pode-se simular o funcionamento de uma loja num novo território.

Pelo computador também é possível verificar a viabilidade financeira da rede, baseado em gastos com fornecedores, no pagamento de *royalties* e da taxa de propaganda pelos franqueados. No mundo virtual, pode-se testar até a logística da rede; deve-se gerir uma

unidade-piloto – convém abrir uma unidade piloto para verificar se o sistema de *franchising* vai funcionar segundo as expectativas, sobre a qual incidirão, logicamente, as mesmas despesas que deverão ser pagas por seus futuros franqueados. Seria feita, assim, uma avaliação na prática se o resultado financeiro seria atraente ou se ajustes devem ser feitos no modelo. Como a *franchising* recorre cada vez mais à tecnologia de ponta, seria interessante escolher e testar um *software* de gestão para administrar as futuras unidades, interligando-as ao franqueador; deve-se ter um bom relacionamento com os franqueados – os franqueados vão exigir informações detalhadas sobre o funcionamento do negócio, as quais poderão ser dadas no Conselho de Franqueados onde também se pode justificar, entre outras coisas, os investimentos realizados com a receita da taxa de propaganda paga por eles; deve-se conseguir passar o *know-how* aos franqueados – pode-se usar recursos de audiovisual, fotos e até vídeos para passar aos franqueados todo o conhecimento necessário para gerir o negócio com sucesso. Nas mais premiadas redes de franquias, tudo está previsto em manuais, desde os detalhes da operação das lojas até o que deve ser dito no treinamento dos franqueados; os franqueados devem ter acesso aos números da empresa franqueadora – de acordo com a Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994, conhecida como Lei da Franquia, todo empresário interessado em constituir uma rede de franquias deve apresentar aos futuros franqueados uma circular de oferta com o histórico e os balanços financeiros da rede, além da descrição das responsabilidades dos franqueados; deve haver uma seleção correta dos franqueados – além de contar com o apoio de consultores especializados em seleção, é importante que o franqueador participe da escolha de seus franqueados. A interação entre o franqueador e o novo parceiro dependerá da empatia e impressão causada na hora da aprovação. Fazer um treinamento prático com eles em uma das lojas pode revelar se realmente estão dispostos a assumir o negócio. Por derradeiro, há que se manter um sistema de comunicação permanente com os franqueados – um sistema de comunicação deverá ligar o franqueador aos franqueados no dia a dia do negócio. Os *e-mails* e a internet parecem ser feitos sob medida para as franquias, sendo, portanto, um bom caminho para efetivar pedidos de compras. Dúvidas sobre o treinamento e outros assuntos corriqueiros também podem ganhar agilidade pela *web*.

O contrato de franquia define os direitos e as obrigações das partes, sendo de fundamental importância que o contrato seja elaborado por advogados especializados, experientes e atualizados. No mais, vale ressaltar que a franquia também é um contrato de risco.²³⁸

²³⁸ Nesse sentido a jurisprudência: “De acordo com a orientação jurisprudencial dessa Corte, tem-se que o contrato de franquia é caracterizado como um contrato de risco, uma vez que, como qualquer empreendimento,

Repisa-se a existência da chamada Circular de Oferta de Franquia²³⁹, que obrigatoriamente deve ser entregue ao candidato a franqueado com prazo de dez dias anteriores à assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia sob pena de anulabilidade do contrato²⁴⁰. Nesse ponto, importante notar a semelhança com a oferta, fase anterior à conclusão de negócio jurídico (contrato), quando é possível que seja discutida a responsabilidade do proponente.

O contrato de franquia pode extinguir-se pelo cumprimento de todas as obrigações nele previstas; pela resolução ou pela rescisão. Ainda pode ocorrer a dissolução da convenção com a morte da pessoa física que é parte contratante.

7.4. Exploração de desenho industrial ou industrial *design* (DI)

Para entender completamente o que é desenho industrial, é importante conhecer as origens da indústria. Desenho industrial tem o seu início no início do século XX, juntamente com o crescimento da tecnologia e da industrialização dos recursos do mundo ocidental de fabricação, veio a necessidade de alguém para projetar esse processo.

está condicionado a fatores como a boa ou má gestão da franqueada, a concorrência e as oscilações do mercado. Isso vale dizer que um empreendimento sob a modalidade de franquia empresarial, por si, não é garantia de rentabilidade ou de atividade próspera. Tudo porque, mesmo que a franqueadora cumpra todos os deveres contratuais e que o franqueado desempenhe boa gestão, os resultados podem acabar frustrados simplesmente pelas circunstâncias de mercado ou econômicas.” (TJRS, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70024271926, rel. Des. Leo Lima, julgado em 13.5.2009) e ainda: “O contrato de franquia é um contrato de risco, porquanto o sucesso, ou não, do negócio depende de uma série de fatores, muitos dos quais alheios à franqueadora, pois não se pode negar que também é caracterizado pela independência, ainda que relativa, da franqueada em relação à franqueadora. Ademais, a extensão dos danos e prejuízos não permite concluir que tenha correlação direta com o descumprimento contratual sustentado, tendo havido, sim, a expectativa frustrada como lançamento de produto no mercado regional a preços não compatíveis com a realidade mercadológica do local onde implantado, mas, que, todavia, sem dúvidas, foi a opção escolhida pela parte autora.” (TJRS, 15ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 7001554769, relator Angelo Maraninchi Giannakos, julgado em 13.9.2006.

²³⁹ Lei nº 8.855, de 15 de dezembro de 1994, art. 4º: “A Circular de Ofertas de Franquia deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo dez dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia, ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este. Parágrafo único. Na hipótese do não cumprimento do disposto no caput deste artigo, o franqueado poderá arguir a anulabilidade do contrato e exigir devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e royalties, devidamente corrigidas, pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança mais perdas e danos”.

²⁴⁰ Observa-se que é causa de rescisão contratual, que nada mais é que “o ato ruptura de contrato, no qual se considera ou declara anulado, desfeito ou sem validade, desde o momento da sua conclusão, o negócio jurídico contratual em que há vício ou defeito que o torna nulos de pleno direito e também nos em que a lei sujeita o contrato à nulidade relativa (anulabilidade). Portanto, a nosso ver, caracteriza-se a rescisão do contrato de franchising todas as vezes em que é estipulado em desconformidade com as normas jurídicas.” (Américo Luís Martins da Silva, *Contratos Comerciais*, volume 2: atualizada de acordo com o Código civil: Lei nº 10.406, de 10.1.2002, Rio de Janeiro: Forense, 2004 -Direito comercial, v.3-, p.407).

Noticia-se que uma Ordenança de 1466 sobre “tecidos de seda” na cidade de Lyon-França como a origem do desenho industrial, sendo o primeiro regulamento de 1554. Com o texto da Convenção da União de Paris de 20.3.1883, a expressão “Industrial designs” já englobava os desenhos e os modelos de industriais.²⁴¹

Encontra-se a definição de desenho industrial na Lei nº 9.279, de 14.5.1996, em seu art. 95 que dispõe: “considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um projeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial.”

O processo de desenho industrial é essencialmente aplicado a qualquer produto que é fabricado e utilizado por consumidores. Ele leva a ideia para um novo produto a partir da fase de concepção, passando pelo *design* e requinte à produção real do produto final. O objetivo global do *design* industrial é basicamente garantir que um produto funcione bem e faça o trabalho necessário, tem uma aparência atraente e por isto se apresenta em um produto comerciável. Os *designers* industriais trabalham em um grande número de categorias de produtos, com mais especialização em um determinado campo de trabalho. Isso pode variar de eletrodomésticos para dispositivos de tecnologia, móveis, brinquedos, automóveis, ferramentas e uma série de outras categorias.

O desenho industrial é um campo multidisciplinar de *design*. “O que é *design Industrial?*” é uma pergunta um tanto ampla porque o *design* industrial pode incluir um número de diferentes subdivisões de *design*. Estas subcategorias de desenho industrial podem incluir *design* de mobiliário, *design* de embalagens, *design* de carro, *design* de produto, *design* de iluminação, etc.

O desenho industrial especificamente se diferencia de outros tipos específicos de *design*, focando o processo industrializado. Para a maior parte, tudo o que cria um desenhador industrial se destina a ser produzido em massa. Inerente ao desenho do objeto é o projeto do processo no qual o objeto é feito. O desenho industrial é uma área que mistura arte e engenharia com o objetivo geral de criar um objeto para a produção.

²⁴¹ SOARES, José Carlos Tinoco. *Comentários à lei de patentes, marcas e direitos conexos: lei 9.279 – 14.05.1996*. São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 1997, p.149.

Deve-se frisar que o não existe mais concessão de patente para o desenho industrial e sim, registro, visto que para a concessão do registro os requisitos são: novidade, industriabilidade, atividade original e legalidade.²⁴²

Além da contribuição que se espera de *designers* para apoio à comercialização da tecnologia, observa-se o potencial de *design* industrial para ter um impacto sobre a própria investigação, pois quando são envolvidos mais cedo no processo de investigação científica, os *designers* podem desafiar a direção da pesquisa, podendo demonstrar futuras aplicações potenciais.

As evidências sugerem que o uso de projeto ajuda os cientistas a desenvolver aplicações comerciais para o seu trabalho enquanto ele ainda está numa fase de pesquisa ou no início da tecnologia. *Designers* qualificados fornecem um elo fundamental para garantir que as necessidades dos clientes são fundamentais no desenvolvimento da nova tecnologia e dessa maneira são capazes de completar o viés de tecnólogos para a funcionalidade do produto.

Há substancial valor do *design* industrial no desenvolvimento de novas tecnologias na indústria. Os *designers* industriais podem ajudar a comercializar a tecnologia, tornando-se envolvidos mais cedo no processo de desenvolvimento. Surpreendentemente, pouco trabalho acadêmico foi realizado explorando a questão referente a como os *designers* industriais podem ser capazes de contribuir para a investigação científica a partir da qual se origina muita tecnologia. Os estudos existentes nessa área são anedóticos e carecem de provas de primeira mão ou prova de fatores que possam influenciar nessa colaboração.

O processo de *design* industrial passa por uma série de etapas para trazer um produto, desde a ideia inicial para a produção total do mercado. *Designers*, geralmente, começam seu trabalho com uma reunião com um cliente ou gerente da empresa que tem uma vaga ideia de um novo produto. Eles basicamente descobrem os requisitos básicos e necessários para o cliente para poderem obter uma compreensão de que é o produto e para que ele se destina.

Depois de ter adquirida a compreensão da síntese, o processo de *design* industrial entrará na fase de pesquisa de mercado. Enquanto isso, os *designers* vão realizar pesquisas, reunir-se com os clientes-alvo e participar de feiras de negócios que cobrem produtos semelhantes. O objetivo da fase de concepção do mercado é comprovar que existe um mercado viável para o produto a ser desenvolvido. A pesquisa de mercado também envolve as

²⁴² SANTOS, Ozéias J. *Marcas e patentes – propriedade industrial*. São Paulo: INTERLEX Informações Jurídicas Ltda., 2001, p. 23.

etapas iniciais na concepção do produto, quando o *designer* vai tentar estabelecer as características básicas do produto. Isso pode incluir detalhes tais como o tamanho de base e forma do produto, materiais para uso, custo estimado de produção e segurança do produto.

Na fase seguinte, os *designers* vão tentar produzir um projeto básico para o produto. Isso pode ser feito à mão nas fases iniciais, embora a maioria dos projetos hoje em dia seja preenchida com CAD.

Uma vez que o conceito de *design* foi concluído, a entrada do cliente, engenheiros, contadores e outros geralmente resultarão no projeto que está sendo aperfeiçoado para uma variedade de razões. Isso pode incluir uma melhor aparência, melhor funcionalidade ou custo de produção mais eficaz.

A profissão de *design* industrial é um interessante campo de trabalho, visto que tem a oportunidade de influenciar as tendências de consumo e gastos por meio de uma ideia inicial, desenvolvida em diversos estágios para a produção completa até o modelo final. É uma atividade que pode proporcionar uma carreira gratificante e lucrativa para as pessoas com talento criativo e uma mente de negócio inovadora.

7.5. Uso de marca (UM)

De acordo com a Associação Americana de *Marketing*, a marca²⁴³ é um nome, termo, símbolo, desenho ou uma combinação desses elementos que deve identificar os bens ou serviços de uma empresa ou grupo de empresas e diferenciá-los da concorrência.

A marca não representa apenas nomes, logos e símbolos, sendo tudo isso e outros conceitos mais, pois elas resumem ideias, percepções e imagens dos consumidores, construídas ao longo do tempo por experiências vividas, herdadas ou transmitidas boca a boca.

As marcas funcionam como um contrato e segundo a Lei 9.279/96²⁴⁴ a marca é passível de registro para obter proteção contra terceiros. Em nosso sistema, não são

²⁴³ Para Denise Borges Barbosa: “O registro de marcas resulta na apropriação de uma expressão ou símbolo visual, extraindo do universo das potencialidades semiológicas um determinado complexo significativo, cujo uso torna-se exclusivo ao titular para determinados contextos.” E mais adiante completa: “Assim, marca é o sinal visualmente representado, que é configurado para o fim específico de distinguir a origem dos produtos e serviços” (in *Proteção das marcas. Uma perspectiva semiológica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, pp. 5 e 319).

²⁴⁴ Art. 122 define o que é marca registrável: a) é o signo suscetível de representação visual; vale dizer, não serão dignos da proteção os signos olfativos e outros não suscetíveis de representação gráfica; b) destinado a distinguir produto ou serviço de outro idêntico ou afim, de origem diversa.

registradas²⁴⁵ as marcas sonoras, aromáticas e gustativas, embora possam ser registradas em outros sistemas jurídicos.

Para que um produto ou serviço possa ser registrado como marca²⁴⁶, deve obedecer aos requisitos da distintividade, da veracidade e da novidade relativa.

O cunho distintivo é aquele que faz que uma marca possa ser diferenciada dos demais serviços e produtos oferecidos no mercado. A veracidade²⁴⁷ é o atributo que deve corresponder ao produto identificado, ou seja, a marca deve conter as qualidades que realmente são encontradas no produto. E a novidade²⁴⁸ consiste na obrigação de que a marca seja nova no mercado, nunca utilizada por terceiros.

A marca tem o compromisso de satisfazer as necessidades e desejos dos consumidores, e estes respondem a ela com sua fidelidade. Assim, muitas vezes, as empresas desenvolvem uma política de marca que consiste em um esforço de *marketing* focado na manutenção e na melhoria das promessas feitas pelas empresas, aumentando-lhe o valor.

As marcas de cervejas brasileiras podem ser classificadas como marca produto, pois a cada produto corresponde um posicionamento e uma marca específica. Nesse contexto, pode-se citar a AMBEV (*American Beverage Company*), que fabrica e distribui várias marcas de cerveja, dentre elas as mais consumidas no país, porém trabalha com as marcas separadamente, com o objetivo de atingir diferentes segmentos de mercado.

As marcas podem ser classificadas: quanto à sua origem, que pode ser nacional ou estrangeira; quanto à natureza, que pode ser de produto ou de serviço, coletiva e de

²⁴⁵ Ainda, segundo o arts. 2º, segunda parte; 6º e 124, III, da Convenção de Paris é considerado tradicional que se negue registro às marcas contrárias a moral, ideias, religiões e sentimentos veneráveis.

²⁴⁶ O procedimento para obtenção do registro deverá referir-se a um único sinal distintivo e uma única classe e conter, obrigatoriamente, a especificação dos produtos e serviços identificados pela Classificação Internacional de Produtos e Serviços e de acordo as regras do INPI, conterá: 1) requerimento; 2) procuração, no caso de o interessado não requerer pessoalmente; 3) documentação específica para cada tipo de marcas: etiquetas e ficha para busca do elemento figurativo da marca, quando se tratar de marca figurativa ou mista; descrição das características do produto ou serviço e das medidas de controle, no caso de marca de certificação; regulamento de utilização, no caso de marca coletiva; breve descrição da marca tridimensional, se for, inclusive, desenhos da figura em vista frontal, lateral, superior, inferior e em perspectiva; 4) comprovante de pagamento da retribuição relativa ao depósito; 5) no caso da marca figurativa, a inclusão pelo requerente na Classificação Internacional de Elementos Figurativos de Marcas.

²⁴⁷ No tocante à importância da veracidade para a proteção do consumidor, destaca Carvalho Mendonça: “(...) em instrumento de fraude, se o titular a usasse visando enganar o público sobre a origem ou a qualidade do produto, que assinalasse. Para evitar tão má aplicação, exige-se a sua veracidade.”(in *Tratado de Direito Comercial*. vol. V. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, p.264).

²⁴⁸ Gama Cerqueira enfatiza a relatividade da novidade: “[...] a novidade da marca é relativa, bastando, para considerar-se nova, que a marca não seja ainda usada para assinalar produtos idênticos ou semelhantes.”(in *Tratado da propriedade industrial*. vol. 2. São Paulo: Atlas, 1994, p.264).

certificação; quanto à apresentação, que pode ser nominativa, figurativa, mista, tridimensional ou de alto renome.²⁴⁹

Quanto à apresentação ou à forma, diz-se que a marca é nominativa quando se limita a palavras, sem nenhum logotipo ou traço, ou seja, é uma simples grafia; a figurativa limita-se a uma figura qualquer, sem nenhuma palavra; a mista engloba as duas anteriores; e a tridimensional requer altura, extensão e profundidade.

Observa-se a importância de uma marca, principalmente depois que o produto é consumido, pois o público passa a conhecer suas qualidades e benefícios. Assim, na hora de comprar, ele buscará aquela marca que já conhece ou que todos comentam.

O consumidor guarda a marca em sua memória quando ela tem, para ele, algum significado, ou seja, quando ocorre uma associação. As associações podem ser por atributos (pelas características descritas dos produtos), pelos benefícios que o consumidor percebe no produto ou pelas atitudes (avaliação feita pelo consumidor a respeito da marca).

Mesmo como coisa incorpórea, constitui um direito de propriedade²⁵⁰, com valor econômico que deve ser ocupado e usufruído.

Na teoria de Maslow, a motivação e os hábitos de compra são aspectos importantes na definição do ato de comprar, a saber: i) melhora do padrão de vida: os consumidores estão sempre atentos às novas ofertas existentes e aos avanços tecnológicos do mercado, buscando conforto e novidade; ii) busca de oportunidades: o consumidor gosta de aproveitar a oferta especial, buscando barganha e bons negócios; iii) *status*: o consumidor tem o propósito de obter aprovação social, ser reconhecido ou alcançar prestígio; e iv) imitação: o consumidor deseja ter o que os outros têm, principalmente quando percebe que os outros encontraram satisfação pessoal pela aquisição do produto.

Agrupam-se os clientes em seis categorias: 1) *prospects*: são pessoas identificadas na população em geral, cujo perfil de clientes potenciais combina com o que a empresa está procurando; 2) experimentadores: são *prospects* que já tomaram conhecimento dos produtos e serviços da empresa e, por meio de experimentos de compras, procuram avaliar sua relevância; 3) compradores: são experimentadores que estão satisfeitos com a experiência inicial, mas não se definiram; 4) clientes eventuais: estão satisfeitos, mas ainda não depositaram inteira confiança na empresa; 5) clientes regulares: são compradores regulares de

²⁴⁹ Segundo o art. 125 da LPI: “à marca registrada no Brasil considerada de alto renome será assegurada proteção especial, em todos os ramos de atividade”.

²⁵⁰ Tinoco Soares pondera: “[...] a marca, acima de tudo, constitui-se em ‘direito de propriedade’, e uma vez adquirida cabe ao seu titular o *ius utendi, fruendi et abutendi*. Desde que o seu titular faça uso efetivo desse direito, uma vez que *qui suo iure utitur neminem laedit*, o mesmo poderá tornar-se, em certos casos, *in aeternum*.”(in *Tratado de Propriedade Industrial*. vol. I. São Paulo: Resenha Tributária, 1988, pp. 153 e 154).

anos, depositando confiança e adotando processos e valores da empresa fornecedora, desejando integrar-se à empresa em outros componentes estratégicos essenciais ao negócio, como projeto e desenvolvimento; e 6) defensores: são clientes regulares comprometidos de tal forma que seu relacionamento somente será interrompido por uma grande violação de confiança.

Os desejos das pessoas estão relacionados a quatro necessidades básicas: 1) interesse: como consumidores, pode-se ter algum interesse especial por esportes, diversões ou viagens de lazer, ou estar buscando atender a necessidades em função do interesse das pessoas, juntando um grupo disperso que compartilhe o mesmo conhecimento sobre um tópico específico; 2) relacionamento: o principal valor desse tipo de comunidade parece ser sua capacidade de reunir pessoas para compartilhar experiências pessoais, possibilidade de compartilhar experiências do dia a dia sem ter de sair de casa; 3) fantasia: proporciona às pessoas a oportunidade de estar junto umas das outras e explorar novos mundos de fantasia e entretenimento. Uma característica única desses ambientes é a liberdade proporcionada aos participantes de experimentar novas personagens e participar de jogos em que representem papéis, nos quais tudo parece possível. Na comunidade centrada em esportes, por exemplo, os participantes podem criar seus próprios times, que competem então com outros times virtuais, criados por outros participantes; e 4) transação: a necessidade de transacionar, numa definição mais ampla, está sendo atendida *on-line* mediante troca de informações entre os participantes.

De fato, a noção de escambo, de troca justa, tem sido um importante elemento da cultura e das regras de comportamento na internet desde o início.

Quanto aos vínculos que unem uma organização aos seus clientes, são sete os níveis principais, cabendo à administração das empresas estabelecer quais desses tipos de relacionamentos devem ser aprimorados e com que tipos de clientes: 1) vínculo estrutural: está relacionado com o emprego da tecnologia que facilita sua interação de valor do mercado, incluindo o que o cliente obtém ao se relacionar diretamente com o produto, que pode estar tanto nos atributos funcionais da marca quanto nos emocionais a ela associados; 2) vínculo comportamental: ocorre quando os clientes se unem a uma organização ou empresa por causa do seu profissionalismo, da técnica, dedicação ao cliente, dos valores, da cultura e da receptividade; 3) vínculo pessoal: o vínculo está diretamente relacionado ao atendimento de uma pessoa independentemente da empresa; vínculo de informação e controle: é aquele em que os clientes se beneficiam dos relatórios e de outros sistemas de informação que possam ajudá-los com a administração operacional e financeira; 4) vínculo de valor: ocorre quando os clientes obtêm o valor que procuram dos seus fornecedores e têm todos os motivos para

acreditar que continuarão a receber esse valor durante um longo período; e 5) vínculo de opção zero: refere-se à situação na qual as organizações dispõem de pouca escolha para criá-los, geralmente limitada pelo ambiente regulatório.

O *marketing* pode auxiliar na implantação de ações e mecanismos apropriados e efetivos para a construção e o aprimoramento das relações diárias e permanentes com o cliente.

Os meios de propagação da mensagem utilizados pelos anunciantes (os veículos) são divididos em dois grupos – a mídia eletrônica, composta por TV, cinema e rádio; e a mídia impressa, que são revistas, listas, jornais, mala direta, as propagandas de marcas influenciam a imagem da marca e, conseqüentemente, a opinião dos consumidores a respeito delas.

A marca, portanto, é uma palavra, uma frase, um símbolo ou um desenho, uma combinação de palavras, frases, símbolos ou desenhos, que identifica e distingue a origem dos bens de uma parte dos de outros. Uma marca de serviço é o mesmo que uma marca, exceto que se identifica e distingue a fonte de um serviço em vez de um produto.

As marcas são tão antigas quanto o próprio homem e o desenvolvimento de sua linguagem, mas como emblemas distintivos de produtos ou serviços de um determinado fabricante sua utilização é bem mais recente na história.

Para Dearlove e Crainer, as marcas constituem armas poderosas, pois:

As marcas são armas poderosas. Podem mudar todo o cenário das indústrias. Algumas até vão mais fundo, penetrando na psique de nações inteiras. Os consumidores de hoje não procuram mais por determinados produtos ou serviços que satisfaçam suas necessidades ou desejos, e sim, por determinadas marcas e aquilo que elas simbolizam.²⁵¹

A marca sinaliza ao consumidor a origem do produto, fornecendo-lhe alguma espécie de garantia em função de experiências anteriores. Assim, no caso específico do fabricante, a marca pode funcionar como uma barreira aos concorrentes que ofereçam produtos similares.

A marca, em geral, tem por finalidade causar um impacto e fazer memorizar um nome. Dentre os diversos poderes capazes de influenciar o comportamento humano em sociedade, está o poder das marcas – seja de empresas, produtos ou serviços²⁵². Nos últimos anos, as

²⁵¹ DEARLOVE, Des e CRAINER, Stuart. *O livro definitivo das marcas*. São Paulo, Makron Books, 2000, p. 13.

²⁵² Vale anotar: “Associações únicas de marca estabeleceram-se por meio de atributos de produtos, nomes, embalagens, estratégias de distribuição e propaganda. A idéia foi ir além da área de commodities para alcançar a área de ‘produtos de marca’ – com a finalidade de diminuir a primazia do preço sobre a decisão de compra do consumidor.” (DEARLOVE, Des e CRAINER, Stuart. *O livro definitivo das marcas*. São Paulo, Makron Books, 2000, p. 16.).

empresas têm se preocupado muito com a marca, seja da empresa propriamente dita, seja de um de seus produtos, enfim, o termo marca ganhou um peso muito grande no mercado de hoje.

O processo de construção de uma marca demanda tempo e identidade e, em um contexto de globalização, a singularidade do objeto deste estudo nos reconduz ao tema, a fim de conhecer o seu núcleo, o seu aspecto central, a que os estudiosos denominam identidade da marca.

Na seara internacional, a marca é regulamentada por dois tratados internacionais: o *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (Trips)²⁵³, incorporado ao ordenamento jurídico por meio do Decreto n° 1.355, de 30 de dezembro de 1994; e a Convenção Unificada de Paris (CUP)²⁵⁴, incorporada pelo Decreto n° 1.263, de 10 de outubro de 1994.

7.6. Fornecimento de tecnologia (FT)

Os contratos de fornecimento de tecnologia são acordos que têm por finalidade a aquisição de conhecimentos e de técnicas não amparadas por direitos de propriedade industrial, destinados à produção de bens industriais e serviços.

Um acordo de fornecimento é um contrato entre duas partes, consolidando dois ou mais acordos em um acordo harmonizado. Como um exemplo, um fornecedor pode ter um consenso de que fornece peças. O mesmo fornecedor pode ter um contrato em separado para oferecer outro bem ou serviço à mesma empresa.

Acordos de fornecimento padronizam contratos e torna-os mais fáceis de administrar. Acordos combinados podem proporcionar economias de escala para os descontos e volume vendedor para o comprador. Elas tornam mais fácil para padronizar as especificações e monitorizar o controle de qualidade.

O acordo de fornecimento exclusivo é um acordo entre um distribuidor e um fornecedor no qual a distribuição de um determinado produto envolve um fornecedor em regime de exclusividade para distribuir e vender para os clientes dentro de um determinado território.

²⁵³ Integra o Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio, conhecido como Ata final da Rodada do Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais. Seu objetivo é dar aplicabilidade aos princípios do Gatt 1994 e dos acordos e convenções relevantes em matéria de propriedade intelectual relacionados ao comércio.

²⁵⁴ Reunidos na cidade de Paris, representantes da Bélgica, El Salvador, França, Guatemala, Itália, Países Baixos, Portugal, Sérvia, Suíça e Brasil, assinaram a CUP em 1883, sendo o objetivo principal a proteção da propriedade industrial.

O acordo de fornecimento exclusivo principalmente define a forma como o produto é encomendado pelo distribuidor e fornecido pelo fornecedor, o método de entrega, título de perda, pagamentos de fornecimento, garantia do produto e respectivas responsabilidades de cada parte. Este acordo é customizável para uso específico de uma determinada empresa.

Assim, foram apresentados os principais contratos previstos pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial, visto que para que os contratos que envolvam transferência de tecnologia alcancem determinados efeitos é necessário que o contrato seja avaliado e averbado pelo INPI, logo cumpre fazer um breve exame acerca do instituto no próximo capítulo.

CAPÍTULO 8. O INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI

A criação do Instituto Nacional da Propriedade Industrial remete à aprovação do Decreto nº 16.264, de 19 de dezembro de 1923, que aprovou sua criação, à época denominado Diretoria Geral de Propriedade Industrial, passando a ser Departamento Nacional da Propriedade Industrial e subordinado ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Sua finalidade era administrar todos os assuntos referentes à propriedade industrial.

Em 1970, foi extinto o Departamento Nacional da Propriedade Industrial e foi criado o atual Instituto Nacional de Propriedade Industrial. A Lei 5.648, de 11 de dezembro de 1970²⁵⁵, previa a competência deste para acelerar e regular a transferência de tecnologia importada, a pesquisa científica e o desenvolvimento tecnológico.

A política implementada pelo INPI na década de 1970 até meados da década de 1980 refletia, não só no Brasil, mas na maioria dos países em desenvolvimento – receptores de tecnologia –, uma aversão à transferência de tecnologia, pois encaravam como uma barreira para o desenvolvimento tecnológico e a competitividade internos. E no mais, havia uma exploração por parte dos países desenvolvidos nas cobranças de *royalties*, que muitas vezes encerravam valores altíssimos por um longo período e, em contrapartida, não ofereciam uma tecnologia de ponta, mas obsoleta.

Logo, percebeu-se a necessidade da intervenção direta do governo, o que se materializou na exigência de que os contratos de licença e transferência de tecnologia se submetessem ao exame e à aprovação do INPI. Assim, entre 1972 e 1975, o INPI adotou muitas medidas restritivas, inclusive com regras não escritas, o que ocasionou uma grande insegurança para as partes contratantes. Somente como Ato Normativo nº 15, de 11 de setembro de 1975, foram estabelecidas as regras de maneira clara.

Como consequência desse endurecimento nas regras para a transferência de tecnologia, pôde-se perceber a fuga de empresas estrangeiras, fato que impediu que os nacionais tivessem acesso a outras tecnologias. Outras vezes, os contratantes utilizavam-se do contrato de gaveta.

²⁵⁵ “Art. 2º O Instituto tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica. Parágrafo único. Sem prejuízo de outras atribuições que lhe forem cometidas, O Instituto adotará, com vistas ao desenvolvimento econômico do País, medidas capazes de acelerar e regular a transferência de tecnologia e de estabelecer melhores condições de negociação e utilização de patentes, cabendo-lhe ainda pronunciar-se quanto à conveniência da assinatura, ratificação ou denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial.”

A realidade no Brasil mudou no início dos anos 1990, quando foi apresentada uma política de comércio exterior bem mais flexível, o que permitiu a entrada da tecnologia estrangeira e tornou o mercado nacional mais competitivo. No sentido de uma política mais liberal, o INPI emitiu o Ato Normativo nº 120, de 17 de dezembro de 1993, que determinou apenas a averbação e o registro dos contratos de transferência de tecnologia, sem interferência na liberdade contratual das partes.

Entre suas funções legais, podem-se destacar a função de averbar ou registrar de forma que os contratos produzam efeitos em relação a terceiros, conforme artigo 211 da LPI²⁵⁶, produzindo efeitos a partir da data da publicação na Revista do INPI. Pode-se comparar a averbação e o registro às transações imobiliárias que devem ser registradas no Cartório de Registro de Imóveis para que se alcance a publicidade e para que se possa garantir tal direito contra terceiros. Assim, os contratos não registrados reputam-se válidos entre as partes.

A segunda função da averbação e do registro no INPI é tornar os pagamentos dedutíveis para fins de imposto de renda.

A terceira função é permitir a remessa dos *royalties* ou da remuneração devidos para o exterior, em moeda estrangeira, conforme artigo 9º da Lei 4.131/62.²⁵⁷ Compete também ao INPI analisar a legalidade intrínseca e provocar o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência a se pronunciar quando o contrato possa violar as normas de concorrência em vigor.

Indubitavelmente, o INPI exerce também uma função política, como instrumento de desenvolvimento tecnológico. O governo pode utilizar o instituto de acordo com as circunstâncias econômicas e políticas em um dado momento histórico.

Nota-se esse viés político no teor do Decreto nº 5.147, de 21 de julho de 2004, Anexo I, que se refere às competências de várias diretorias daquele órgão:

Art. 13. À Diretoria de Contratos de Tecnologia e Outros Registros compete:
I – analisar e decidir quanto à averbação de contratos para exploração de patentes, uso de marcas e ao que implique transferência de tecnologia e franquia, na forma da Lei n. 9.279 de 1996, de modo alinhado às diretrizes de política industrial e tecnológica aprovadas pelo Governo Federal [...]

²⁵⁶ “O INPI fará o registro dos contratos que impliquem transferência de tecnologia, contratos de franquia e similares para produzirem efeitos em relação a terceiros”.

²⁵⁷ “Art. 9º As pessoas físicas ou jurídicas que desejarem fazer transferência para o exterior a título de [...] *royalties*, assistência técnica, científica, administrativa e semelhantes deverão submeter aos órgãos competentes da Superintendência da Moeda e do Crédito [...] os contratos e documentos que forem considerados necessários para justificar a remessa.” Substituída pelo Banco Central do Brasil.

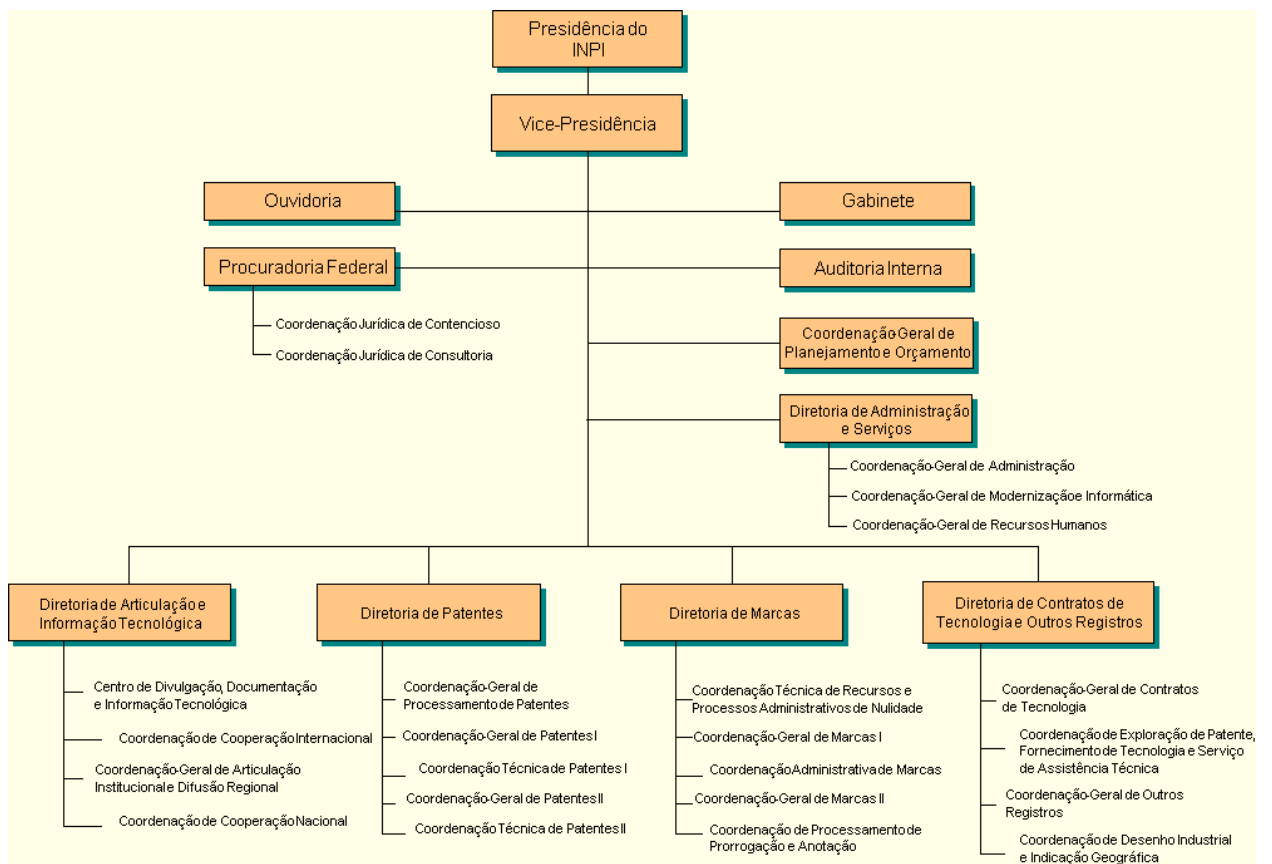
Das decisões do Instituto Nacional da Propriedade Industrial cabem pedido de reconsideração à Diretoria de Transferência de Tecnologia, revisão de decisão pela autoridade do mesmo grau hierárquico e recabe também recurso administrativo ao presidente daquele órgão público, ou seja, revisão de decisão pela autoridade de grau hierárquico superior. Na decisão da presidência do Instituto Nacional de Propriedade Industrial, proferida ao apreciar o mencionado recurso administrativo, encerra-se a instância administrativa.

A única garantia de proteção às novas invenções continua sendo oferecida por meio do registro no INPI, no entanto, muitas vezes se levantam para questionar a ineficiência do instituto, a falta de estrutura e a falta de pessoal técnico, destacando o ponto referente à privatização do INPI, que para alguns daria vazão aos inúmeros pedidos que se encontram atualmente parados.²⁵⁸

Por fim, vale anotar que segundo a Lei n° 9.279/96, o INPI não tem mais o poder de intervenção nos contratos quanto à sua conveniência e oportunidade, visto que a lei retirou de suas atribuições, o papel de regular a transferência de tecnologia e afirmar a política vigente, como fazia a Lei n° 5.648/70, artigo 2°, parágrafo único. Assim, seu papel passou de agente de intervenção a órgão registral.

²⁵⁸ No sentido o artigo de Thaís Marck Reali, “Um estudo sobre a privatização do INPI”, in *Propriedade e desenvolvimento*/Instituto de Estudos Empresariais, Porto Alegre: IEE, 2007, p. 377 a 400.

8.1. Organograma



CONCLUSÃO

O fundamento do desenvolvimento de uma sociedade inclui, obrigatoriamente, o desenvolvimento ou aprimoramento do conhecimento, que resta sacramentado na possibilidade e na capacidade de se adquirir e processar informações e transformá-las em ferramentas úteis para os indivíduos.

O domínio do conhecimento faz parte do exercício da cidadania nos sistemas democráticos, visto que o capital mais importante de um país é o acesso ao conhecimento, que, a seu turno, depende da formação de pessoas capazes de transmiti-lo, promovê-lo e administrá-lo.

O avanço da tecnologia, o desenvolvimento de recursos, cada vez mais sofisticados nos campos da comunicação, da educação e da informação, são fatores decisivos para o desenvolvimento de uma sociedade na atual era globalizada.

Não foi por outro motivo que apresentamos um capítulo dedicado ao desenvolvimento do comércio, mostrando o internacionalismo do comércio que começou com a época das grandes navegações; a importância da Revolução Industrial, destacando a experiência das metrópoles que exportavam produtos industrializados enquanto as colônias ofereciam matéria-prima; até os dias atuais, com a eliminação das fronteiras e a tendência ao livre-comércio. Observe-se que aqueles que países que não detiverem o desenvolvimento da tecnologia continuaram sendo dependentes dos países mais industrializados, assim como ocorreu com a Revolução Industrial.

Atualmente, a mercadoria de maior valor faz parte de um acervo invisível, um bem imaterial, o conhecimento. Até o Código Civil de 1916, elaborado sob forte influência do Código Napoleão, podia-se perceber a valorização e a proteção dada à propriedade privada, bem imóvel que detinha a maior expressão econômica. O viés agora é outro.

O conceito de tecnologia como objeto de uma relação jurídica pode ser considerado de maneira ampla e estrita. De forma ampla, pode-se definir a tecnologia como o conjunto de conhecimentos científicos cuja adequada utilização permite gerar algum tipo de utilidade ou benefício para a coletividade. De forma restrita, voltada para a propriedade industrial, pode-se dizer que tecnologia é todo conhecimento técnico que, isoladamente ou com apoio de um equipamento físico adequado, possibilita a inovação de produtos ou implementação de novas técnicas de serviços.

Em que pese a Lei de Propriedade Industrial nomear os contratos de transferência de tecnologia, assim como o faz também o Instituto Nacional de Propriedade Industrial, nenhum texto normativo do ordenamento jurídico brasileiro faz referência ao contrato de transferência de tecnologia especificamente. Assim, diante da falta de regulamentação, acreditamos que o contrato de transferência de tecnologia deve adequar-se aos dispositivos referentes aos negócios jurídicos e aos contratos previstos no Código Civil de 2002, corroborando para essa sustentação o comando da própria Lei de Propriedade Industrial, que submete os direitos da propriedade industrial ao regime dos bens móveis.

Sob esse diapasão, os contratos de transferência de tecnologia devem apresentar os requisitos legais necessários para sua existência, validade e eficácia previstos no Código Civil, desfrutando de todas as garantias, como, por exemplo, a autonomia da vontade para a escolha de seu conteúdo, podendo ser formados contratos atípicos – o que muitas vezes acontece com a determinação das partes envolvidas. Frisa-se nesse ponto que, além das limitações que sofrem os contratos comuns estabelecidos entre os particulares, o Estado pode vir a interferir nessa determinação da escolha da outra parte contratante quando impõe barreiras alfandegárias.

Ainda acerca da necessidade de regulamentação dos contratos de transferência de tecnologia, pode-se mencionar a necessidade de se dar eficácia ao princípio da igualdade entre as partes, visto que, com a imposição de comandos imperativos, situações iniciais de disparidade podem ser corrigidas.

Por conseguinte, cumpre observar as determinações dos artigos 104 e 106 do Código Civil, que prevê que o objeto deve ser lícito, possível e determinado ou determinável. O objeto do contrato de transferência de tecnologia não pode contrariar os bons costumes nem a moral. Esses contratos podem ser classificados como: i) consensual – pois sua formação ocorre por simples confluência de vontade entre as partes; ii) bilateral – pois gera obrigações para ambas as partes; iii) sinalagmático – pois as partes têm conhecimento de quais são as prestações devidas; iv) oneroso – por se expressar em valor econômico; v) de trato sucessivo – pois se executa por atos reiterados; e vi) de colaboração – pois as partes envolvidas devem agir de maneira a se ajudarem. Frise-se, é atípico.

Embora o contrato de transferência de tecnologia tenha sido analisado sob o prisma da relação entre particulares, é notório que o seu aperfeiçoamento traz benefícios para toda a sociedade, assim o Estado deve buscar erradicar a exclusão social tecnológica caracterizada pela distância entre os que dominam as novas tecnologias e aqueles que apenas as entendem ou ainda as desconhecem. Para tanto, a educação é a ferramenta mais sólida para combater a

exclusão da sociedade do conhecimento. Investir em educação é a estratégia para aproximar os *players* e os países menos desenvolvidos científica e tecnologicamente.

As inovações em tecnologia da informação e da comunicação são os instrumentos para acelerar o desenvolvimento. A verdadeira revolução tecnológica é a que também permite a inovação no emprego das tecnologias, deve basear-se em princípios éticos e ter um caráter socioeconômico, educacional e cultural orientado para o desenvolvimento integral, no médio e longo prazo, do ser humano.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Mario de. **O comércio no Brasil – Iluminando a memória. Confederação Nacional do Comércio.** Rio de Janeiro, 1995.

ANTUNES, José Augusto Q. L. Engracia. **Os grupos de sociedades.** Coimbra: Almedina. Portugal, 1993.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano.** Vol. II. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALVIM, Arruda. **Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais.** In Posse e propriedade: doutrina e jurisprudência. Coord. Yussef Said Cahali. pp. 39/67. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Comentários ao Código civil brasileiro.** Volume XI, tomo I: livro introdutório ao direito das coisas e o direito. Coordenadores: Arruda Alvim, Thereza Alvim e Alexandre Laizo Clápis. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ASCARELLI, Tullio. **Teoria della concorrenza a dei beni immateriali,** Milano, A. Giuffrè, 1957.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral.* Rio de Janeiro: Forense, 1980.

AZARA, Antonio e EULA, Ernesto. Verbete **Possesso.** In Nuovissimo Digesto Italiano, v. 13, nº 27.

BAER, Werner. **A industrialização e o desenvolvimento econômico no Brasil.** 3. ed. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1977.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Dos contratos internacionais.** São Paulo: Saraiva, 1994.

BARBOSA, Denise Borges. **Proteção das marcas. Uma perspectiva semiológica.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e processo economico.** 2. ed. Napoli: Jovene Editore, 1980.

BEGHINI, Roberto. **Le Azioni a difesa del possesso.** Milão, 2002, ed. CEDAM, cap. I, nº 3.

BENTHAM, Jeremy. **Anarchical fallacies**. In *The works of Jeremy Bentham* (J. Bowring ed. 1962) *apud* BELL, Abraham e PARCHOMOVSKY, Gideon. *What Property Is*. University of Pennsylvania, Institute for Law & Economics Research Paper 04-05, February 2004.

BESSONE, Darcy. **Do contrato teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BIERWAGEM, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITAR, Carlos Alberto. **Contratos Comerciais**. 5ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BITTENCOURT, Pedro Calmon Moniz de. **Direito de propriedade: à margem dos seus problemas jurídicos, sociológicos, históricos e políticos**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1925.

BLACKSTONE. William. **Commentaries on the laws of England**. Book 2, chapter 1 (1765-1769) *apud* BELL, Abraham e PARCHOMOVSKY, Gideon. *What Property Is* (February 2004). University of Pennsylvania, Institute for Law & Economics Research Paper 04-05.

BONFANTE, Pedro. **Instituciones de Derecho Romano**. Traducción Luis Bacci y Andres Larrosa, quinta edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1979.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1984.

BURDESE, Alberto. **Manuale di Diritto Privato Romano**. Terza edizione. Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1975.

BURNS, Edward McNall. **História da Civilização Ocidental: do homem das cavernas às naves espaciais**. 30.ed. – Rio de Janeiro: Globo, 1989.

CANCLINI, Néstor García. **A globalização imaginada**. Tradução de Sérgio Molina. Editora Iluminuras Ltda. São Paulo, 2003.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado de propriedade industrial**. 2. ed., ver. e atualizada por Luiz Gonzaga do Rio Verde, João Casimiro Costa Neto. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

CICCO, Cláudio de. **História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COLOMER, Antonio. **La globalización y el nuevo orden jurídico. La soberanía de los Estados y las nuevas relaciones internacionales**. COLOMER VIADEL, Antonio (coord.). In *El nuevo orden jurídico internacional y La solución de conflictos*. Madrid: Instituto

Intercultural para La Autogestión y La Acción Comunal – INAUCCO/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

CONSTITUIÇÕES DO BRASIL. Organização, revisão e confecção dos índices por Fernando H. Mendes de Almeida. 3ª edição revista e atualizada. Saraiva, 1961.

DAIUTO, Reynaldo Ribeiro. **Introdução ao estudo do contrato**. São Paulo: Atlas, 1995.

DANTAS, San Thiago. **Evolução contemporânea do direito contratual**. RT 195/144. São Paulo: RT, 1999.

DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DI BLASI, Gabriel. **A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DIEZ-PICAZO, Luiz. **Fundamentos Del Derecho Civil Patrimonial: Las relaciones jurídico-reales – El registro de La propiedad – La posesion**. Madrid: Civitas, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DONNINI, Rogério F. **Responsabilidade civil pós-contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo**. 3. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

DUPAS, Gilberto. **Atores e poderes na nova era global: assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação**. São Paulo: Editoras Unesp, 2005.

ENGELBERG, Esther. **Contratos internacionais do comércio**. São Paulo: Atlas, 1997.

EYQUEM, Michel. **Ensaio**. Trad. de Sergio Millier, precedido de Montaigne – o homem e a obra, de Pierre Moreau. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Hucitec, 1987.

FERNANDES, Antonio Amor. **La Propriedad Industrial em El Derecho Internacional**. Ediciones Nauta, S.A., Barcelona, 1965.

FERRARA JR., Francesco. **La teoria giuridica dell'azienda**.II Castellaccio, Firenze, 1945, in 8° rilegato in tutta tela.

FERRAZ, Daniel Amin. **Manual de integração regional**. Coordenador Daniel Amin Ferraz. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 8°vol., 1962.

FIORAVANTE, Eduardo e outros. **Conceito de modo de produção**. Coordenação e tradução de Philomena Gebran. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

FREITAS JUNIOR, Antonio de Jesus da. **El médio ambiente em el marco constitucional de los países del mercosur**. Valencia: Nomos, 2003.

FRÓES, Carlos Henrique de Carvalho. **Contratos de Tecnologia**. Revista Forense. São Paulo, 1976, v. 72, n° 253.

FUSTEL de COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**. Tradução Heloisa da Graça. São Paulo: Rideel, 2005.

GAMBARO, Antonio. **La proprietà, beni, proprietà, comunione**. In *Tratatto di Diritto Privato*. Aos cuidados de Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Milão, 1990, ed. Giuffrè, n° 9, intitulado “I nuovi beni”.

GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. **Lei aplicável aos contratos internacionais**. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. volume III: contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Reinaldo. **O Brasil e o comércio internacional: transformações e perspectivas**. 2.ed. São Paulo: Contexto, 2003.

GRUPENMACHER, Betina. **Tratados internacionais em Matéria Tributária e Ordem Interna**. São Paulo: Dialética, 1999.

HEILBRONER, Robert. **O capitalismo do século XXI**. Tradução de Sergio Goes de Paula. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994.

HOBSBAWM, E. J. **Da revolução industrial inglesa ao imperialismo**. Tradução de Donaldson Magalhães Garschagen. Forense-Universitária, Rio de Janeiro, 1986.

HOUAISS, Antonio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 21. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

IGLESIAS, Juan. **Derecho Romano – Instituciones de Derecho Privado**. Quinta Edición Revisada y Aumentada. Ediciones Ariel, Barcelona, 1965.

LACERDA, Antônio Corrêa de. **O impacto da globalização na economia brasileira**. 4 ed. São Paulo: Contexto, 1999.

LEONARDOS, Gabriel Francisco. **Tributação da transferência de tecnologia**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

LÓPEZ, José Maria Pena. **Concepto del Derecho Real**. Revisión Crítica de su caracterización en la doctrina moderna. Edições Tórculo, s/d.

LORENZETTI, Ricardo. **Tratado de los contratos – Parte Geral**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

MANGINI, V. **La Licenza di Brevetto**. CEDAM, Padova, 1970.

MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, Forense, 2010.

_____. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades empresárias, fundo de comércio**. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999

MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. São Paulo: Abril. 1975.

MELO, Jairo Silva. **Contratos internacionais e cláusulas hardship**. São Paulo: Aduaneiras, 1999.

MENDONÇA, Carvalho. **Tratado de Direito Comercial**. vol. V. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo XIII. 2. ed. Atualização Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XVII, Rio de Janeiro: RT, 1985.

_____. **Titularidade das marcas registradas.** Parte Especial, tomo XVII, Ed. RT, 4ª ed., 2ª tir., 1983.

MONREAL, Eduardo. **El derecho de propiedad privada.** Bogotá: Temis Librería, 1979.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações.** 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano.** Vol 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MORENO, Guillermo Palao. **Propriedade Intelectual: inovação e conhecimento.** Curitiba, Juruá, 2010.

MUÑOZ, Luis. **Derecho Comercial – Contrato.** Tipografica Editora Argentina, Buenos Aires, 1960.

NATOLI, Ugo. **Il Possesso.** Milão, 1992, ed. Giuffrè, nº 37.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** São Paulo: RT, 1995.

NESDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico.** 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais., 2001.

NÓBREGA, Vandick Londres. **História e sistema do direito privado romano.** Livraria Freitas Bastos, 1955.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o código de defesa do consumidor.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

OURILAC, Paul. MALAFOSSE, J. de. **Derecho Romano y Francés Histórico.** Traducción al español y anotaciones de Manuel Fairén. Bosch. Casa Editorial. Barcelona. 1960.

PLANIOL, Marcel e RIPERT, Georges. **Tratado practico de derecho civil francés.** Tomo III, Los bienes, trad. M. Diaz Cruz, Editorial Cultural Habana, 1942.

PLANITZ, Hans. **Principios de Derecho Privado Germánico.** Barcelona, 1957, ed. Bosch, tradução da 3ª ed. alemã, § 46, II.

PORTER, Michael E. **A vantagem competitiva das nações**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

PÓVOA, Luciano Martins Costa. A universidade deve patentear suas invenções? *Revista Brasileira de Inovação*, Rio de Janeiro. Volume 9. Número 2, julho/dezembro de 2010.

PRADO JR, Caio. **História econômica do Brasil**. 26. ed. Editora Brasiliense, 1981.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades empresárias, fundo de comércio**. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2010.

ROCHA E MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da. **Da boa-fé no direito civil**. Lisboa: Livraria Almedina, 1983.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1998.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. Ed. Martins Fontes, 1999.

RUDDEN, Bernard. **Economic theory v. property law: the numerus clausus problem**. In Oxford Essays in jurisprudence. Oxford: Clarendon Press, 1987.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito Civil - Contratos**. São Paulo: Atlas, 2002.

SCHMIDTT, Lélío Denicole. **A aplicação do princípio da boa-fé na propriedade industrial**. In Propriedade Imaterial: direitos autorais, propriedade industrial e bens de personalidade. Eliane Yachoub Abrão [organizadora]. São Paulo: Editora Senac, São Paulo, 2006.

SCHUMPETER, Joseph A. **Ensaio. Empresários, inovação, ciclos de negócio e evolução do capitalismo**. Tradução de Maria Inês Mansinho e Ezequiel de Almeida Pinho. Oeiras: Celta Editora, 1996.

SHANKS, Michael. **A economia da tecnologia: os inovadores**. Tradução de Auriphebo Berrance Simões. São Paulo, Atlas, 1973.

SILVA, Américo Luís Martins da. **Contratos Comerciais**. Volume 2: atualizada de acordo com o Código civil: Lei nº 10.406, de 10.1.2002, Rio de Janeiro: Forense, 2004 -Direito comercial, v.3.

SILVA, Darly Henrique da. **Cooperação internacional em ciência e tecnologia: oportunidades e riscos.** Rev. Bras. Pol. Int. 50 (1): 5-28 (2007).

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Luis Renato Ferreira. **Revisão dos contratos. Do Código Civil ao Código do Consumidor.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOARES, Tinoco. **Tratado de Propriedade Industrial.** vol. I. São Paulo: Resenha Tributária, 1988.

SOROS, George. **Globalização.** George Soros; introdução especial do autor para a edição brasileira; tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

SOTO, Hernando de. **O mistério do capital.** Tradução de Zaida Maldonato. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SOUZA, Nali de Jesus de. **Desenvolvimento econômico.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio.** 3. ed. São Paulo: LTR, 1998.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Código de Processo Civil Anotado.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. **A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil.** In *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional.* Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** v. III. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TOFFLER, Alvin. **A terceira onda.** São Paulo: Editora Record, 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional.** In *Os novos conceitos do novo direito internacional.* ANNONI, D. (Org.). Cidadania, democracia e direitos humanos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

VALADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado.** 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, v/2, 1983.

VILLELLA, João Baptista. **Por uma nova teoria dos contratos.** Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. 261, 1978.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. 2. ed. São Paulo, Editora Martins Fontes, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WALD, Arnaldo. **Obrigações e contratos**. São Paulo: RT, 1995.

WOLFF, Martin e RAISER, Ludwig. **Tratado de derecho civil**. 3. ed. Espanhola. Barcelona: Bosch, 1971.

Citações Eletrônicas

A OMC – Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre comércio, meio ambiente e padrões sociais. Brasília: UnB, maio 1998. **Disponível em:** <<http://www.ftp.unb.br>>. **Acesso em:** 19 de setembro de 2011, p. 1.

FREITAS, Eduardo. *Modalidades de produção industrial*. **Disponível em:** <<http://www.brasilecola.com/geografia/modalidades-producao-industrial.htm>>. **Acesso em:** setembro de 2011.

Max-Planck, *Principles for Conflict of laws in Intellectual Property*, 2009. **Disponível em:** <<http://www.cl-ip.eu>>. **Acesso em:** 13 de maio de 2012.

O Quarto Ciclo de Kondratiev. *Revista de Economia Política*, vol. 10, n.º 4 (40), outubro-dezembro/1990. **Disponível em:** <<http://www.rep.org.br/pdf/40-2.pdf>>. **Acesso em:** setembro de 2011.

Portal oficial: www.portaldofranchising.com.br

SELMA, Ferreira Lemos (Diretora da Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo), *Arbitragem em Propriedade Intelectual*. **Disponível em:** <http://www.selmales.com.br/artigos/artigo_juri34.pdf>. **Acesso em:** 8 de junho de 2012.