

**PONTIFÍCIA UNIVERDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

Faculdade de Direito

**LUCA DI PILLA**

**A OBRIGAÇÃO NOS CONTRATOS MERCANTIS:  
UMA ANÁLISE DA CLÁUSULA DE MELHORES ESFORÇOS**

São Paulo

2022

LUCA DI PILLA

**A OBRIGAÇÃO NOS CONTRATOS MERCANTIS: UMA ANÁLISE DA CLÁUSULA  
DE MELHORES ESFORÇOS**

Trabalho de conclusão de curso (TCC) apresentado à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Professor-Orientador Doutor:** Antônio Márcio Cunha Guimarães.

São Paulo

2022

## **AGRADECIMENTOS**

Meus sinceros agradecimentos a todos que me ajudaram a elaborar este projeto.

A minha família por me apoiar em todos os meus esforços acadêmicos.

Aos meus queridos amigos por contribuírem no desenvolvimento deste trabalho mesmo quando pedia ajuda nos horários mais inoportunos.

Ao meu ilustre orientador por me trilhar nesta caminhada, pelos incentivos e críticas.

Um agradecimento especial aos meus felinos, por me lembrarem que a vida é muito mais que somente estresse acadêmico.

E por último e não menos importante, um agradecimento especial ao meu genitor que não está mais presente, por ter me inspirado a seguir nesta profissão, e por ter me ensinado a não desistir dos meus sonhos.

## RESUMO

O objetivo deste estudo foi analisar a obrigação nos contratos mercantis e a cláusula de melhores esforços. Assim, procurou-se avaliar a força obrigatória dos contratos; explicar o princípio da boa-fé contratual; tecer breves considerações ao contrato mercantil; definir contrato mercantil; discorrer sobre a obrigação nos contratos mercantis e a cláusula de melhores esforços (*best efforts*); verificar se a adoção da cláusula de “melhores esforços” cria obrigação para as partes, entre outros de igual relevância para o desenvolvimento do trabalho. A pesquisa se classifica, quanto ao método de abordagem, em dedutiva; e, quanto ao método de procedimento, é de natureza descritiva, pautada no levantamento bibliográfico e documental, pois buscou-se na doutrina, na legislação pátria, nos artigos, nas decisões dos tribunais superiores, dentre outras fontes, elementos para a melhor compreensão do tema. Com o resultado da pesquisa foi possível concluir que a doutrina levada à judicatura tem contribuído com a renovação da jurisprudência pátria recente a respeito do tema. Analisar a cláusula de melhores esforços de forma atualizada no âmbito dos contratos mercantis, de acordo com a realidade empresarial brasileira, reconhecendo e concedendo-lhes eficácia, baseada em princípios aceitos no direito privado, com a verificação de parâmetros de mercado, quando os empresários brasileiros, com certeza, agradecem.

**Palavras-chave:** melhores esforços; principio da boa-fé; contratos mercantis;

## **ABSTRACT**

The aim of this study was to analyze the obligation in commercial contracts and the best efforts clause. Thus, we sought to assess the binding force of contracts, explain the principle of good faith, make brief considerations about the commercial contract; define commercial contract; discuss the obligation in commercial contracts and the best efforts clause; and verify if the adoption of the “best efforts” clause creates an obligation for the parties, among others of equal relevance to the development of the work. The research's method of approach is classified as deductive; as for the method of procedure, it is of a descriptive nature, based on bibliographic and documentary research, as it was sought in the doctrine, in the national legislation, in the articles, in the decisions of the superior courts, among other sources, elements for a better understanding of the theme.

With the result of the research, it was possible to conclude that the doctrine taken to the judiciary has contributed to the renewal of recent homeland jurisprudence on the subject.

To analyze the best efforts clause in an updated way within the scope of commercial contracts, according to the Brazilian business reality, recognizing and granting them effectiveness, based on principles accepted in private law, with the verification of market parameters, when Brazilian entrepreneurs are thankful.

**Keywords:** Best efforts; good faith principle; commercial contracts.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>1 DOS CONTRATOS.....</b>	<b>9</b>
1.1 A FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS .....	9
1.2 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ CONTRATUAL.....	10
1.3 A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL .....	13
<b>2 BREVES CONSIDERAÇÕES AO CONTRATO MERCANTIL .....</b>	<b>16</b>
2.1 DEFINIÇÃO DE CONTRATO MERCANTIL .....	16
2.2 DOS CONTRATOS MERCANTIS .....	18
2.2.1 <i>Contrato de Compra</i> .....	18
2.2.1.1 A Formação do Contrato Mercantil de Compra e Venda Mercantil e a Responsabilidade das Partes .....	19
2.2.2 <i>Contrato Bancário</i> .....	20
2.2.3 <i>Contrato de Faturização ou Factoring</i> .....	23
<b>3 A OBRIGAÇÃO NOS CONTRATOS MERCANTIS E A CLÁUSULA DE MELHORES ESFORÇOS (<i>BEST EFFORTS</i>).....</b>	<b>25</b>
3.1 DA OBRIGAÇÃO CONTRATUAL.....	25
3.1.1 <i>A Autonomia da Vontade</i> .....	27
3.1.2 <i>Obrigação de Dar, Fazer e Não Fazer</i> .....	29
3.2 A CLÁUSULA DE MELHORES ESFORÇOS ( <i>BEST EFFORTS</i> ) NOS CONTRATOS MERCANTIS.....	31
3.2.1 <i>A Cláusula de Melhores Esforços: Obrigação para as Partes ou Mero Acordo de Cavalheiros?</i> .....	33
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>36</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>38</b>

## INTRODUÇÃO

A pesquisa tratou da obrigação nos contratos mercantis, com foco na existência da cláusula de um melhor esforço.

É certo que os contratos existem para viabilizar as relações empresariais, definido responsabilidades e obrigações de vendedores e compradores, bem como a especificação do produto negociado, valor estabelecido e as obrigações a eles inerentes. O contrato é a mais comum e mais relevante fonte de obrigação, e através dessa fonte faz surgir várias formas que repercutem no mundo jurídico.

A interpretação das obrigações provenientes dos contratos comerciais vem sofrendo mudanças, desde a metade do século passado. No que se refere ao princípio da boa-fé objetiva, ficou sedimentado o entendimento da sua aplicação às relações privadas. Tal princípio adentra o direito positivo brasileiro em sua legislação comercial, sendo no domínio das relações privadas que mais se destaca a necessidade de se aprofundar o estudo dos efeitos da sua incidência.

A utilização da cláusula de melhores esforços, ou *best efforts*, nos contratos mercantis é prática comum no meio empresarial. Restando saber qual a posição doutrinária e jurisprudencial a respeito de sua utilização. Sendo assim, o presente trabalho realiza um levantamento tanto das obrigações contratuais quanto da inserção da cláusula de melhores esforços.

O objetivo geral da pesquisa é analisar a obrigação nos contratos mercantis e a cláusula de melhores esforços.

Os objetivos específicos consistiram em: avaliar a força obrigatória dos contratos; explicar o princípio da boa-fé contratual; tecer breves considerações ao contrato mercantil; definir contrato mercantil; discorre sobre a obrigação nos contratos mercantis e a cláusula de melhores esforços (*best efforts*); verificar se a adoção da cláusula de “melhores esforços” cria obrigação para as partes, entre outros de igual relevância para o desenvolvimento do trabalho.

A pesquisa se classifica, quanto ao método de abordagem, em dedutiva; e, quanto ao método de procedimento, é de natureza descritiva, pautada no levantamento bibliográfico e

documental, pois buscou-se na doutrina, na legislação, nos artigos, na jurisprudência pátria, dentre outras fontes, elementos para a melhor compreensão do tema.

## 1 DOS CONTRATOS

### 1.1 A FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS

O princípio da obrigatoriedade impõe que o contrato tem que ser cumprido pelas partes que o celebraram, com base na expressão “pacta sunt servanda”. Tal princípio significa, “em essência, a irreversibilidade da palavra empenhada”<sup>1</sup>.

Ao celebrarem um contrato os contraentes se sujeitam a ele, portanto, deverão cumprir com todos os compromissos assumidos. Sendo assim, o contrato é lei entre as partes.

Nas palavras de Orlando Gomes citado por Gustavo Tonelli:

Celebrado que seja, com observância de todos pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos.<sup>2</sup>

Este princípio é essencial para os contratos porque, se as partes não precisassem cumprir o que foi estabelecido no contrato, o caos estaria formado.

Então, o mencionado princípio concede segurança jurídica nos negócios. A obrigatoriedade dos contratos impõe às partes o cumprimento de suas obrigações, de maneira que, concomitantemente, concede subsídios jurídicos para que a obrigação daquele que não a honrou possa ser cobrada.

Entretanto, a força obrigatória dos contratos é relativa, pois dependendo do desenvolvimento da sociedade e da vida como a conhecemos, pode acontecer que, uma vez realizado o contrato, o mesmo possa apresentar alguns desequilíbrios em relação às obrigações assumidas, e assim, o contrato pode passar a ser excessivamente oneroso para uma das partes.

---

<sup>1</sup> PEREIRA, 2019, p. 54

<sup>2</sup> GOMES apud TONELLI, 2015

Para evitar esse desequilíbrio e, por consequência, um proveito sem justificativa, é admitida a intervenção do Estado nos contratos, com o intuito de modificá-lo ou de somente liberar a parte prejudicada. Tal intervenção do Estado é denominada de dirigismo estatal.

Neste sentido, apara Danielle Silva Fontes Borges Freitas, Advogada Consultiva em escritório expoente no segmento cível:

Nos pactos contratuais privados de qualquer natureza deve-se observar sempre o princípio da boa-fé, do qual se extraí não só o dever de lealdade entre as partes, bem como a indispensável cooperação e a necessidade de proteção ao outro contratante, o que se traduz em seu auxílio em momento de grave anormalidade para a consecução do objeto contratual<sup>3</sup>.

## 1.2 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ CONTRATUAL

O Código Civil de 2002 trouxe ao lado da função social dos contratos o princípio da boa-fé objetiva, que procura ressaltar a lealdade entre os contratantes em todas as fases contratuais, conforme disposição do seu artigo 422:

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

Foi o Código Civil de 2002 que conferiu a devida importância ao princípio da boa-fé objetiva e concedeu a importância almejada ao princípio em questão como princípio geral com reflexo em todo o direito obrigacional.

Então, o princípio da boa-fé, adotado de forma explícita pelo Código Civil de 2002, tendo na doutrina e na jurisprudência o reconhecimento de sua existência e incidência quando é utilizado para direcionar os negócios jurídicos, sendo o mesmo um elemento de proteção aos deveres contratuais.

A jurisprudência pátria se posiciona a respeito do princípio da boa-fé da seguinte forma:

---

<sup>3</sup> FREITAS, 2020

DIREITO CONSUMIDOR. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE MÚTUO. SERVIÇOS DE TERCEIROS. VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA. ILEGALIDADE. Permanece válida a tarifa de cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira. Os outros encargos pactuados a título de tarifa de avaliação do bem, inserção do gravame e serviços correspondentes prestados a financeira ofendem a boa-fé objetiva prevista pelo art. 422 do Código Civil, pois, sem qualquer previsão em regulamento da autoridade monetária que regula a atividade, transferem ao consumidor os custos e riscos que deveriam ser arcados pelo lucro do exercício da atividade empresarial do fornecedor dos serviços de crédito bancário (TJ-MG – AC 10301130030341002 – Órgão Julgador: 10ª Câmara Cível – Publicação: 15/05/2015 – Julgamento 04/05/2015 – Relator: Cabral da Silva).

Entende-se então, que a boa-fé não é uma imposição ética, mas sim uma norma de conduta que legitima toda a experiência jurídica, considerando-se a interpretação das normas legais e das cláusulas contratuais, a aplicação desse princípio se apresenta como uma espécie de honestidade pública.

Maria Helena Diniz leciona o princípio da boa-fé requer que:

(...) as partes deverão agir com lealdade, honestidade, honradez, probidade (integridade de caráter), denodo e confiança recíprocos, isto é, proceder com boa fé, esclarecendo os fatos e o conteúdo das cláusulas (...).<sup>4</sup>

Vale observar, contudo, a distinção entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva, nas lições de Teresa Negreiros e Antônio Márcio da Cunha Guimarães:

Boa-fé objetiva está estabelecida como sendo um **dever de conduta**, exigível no direito das obrigações, conforme doutrina dominante.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> DINIZ, 2010, p. 33

<sup>5</sup> NEGREIROS, 1998, p. 131 in “*Fundamentos para uma interpretação Constitucional do Princípio da Boa-fé*”

Boa-fé subjetiva não é um princípio, e sim um estado psicológico, em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito, o que em verdade só existe na aparência. O indivíduo encontra-se em escusável situação de ignorância acerca da realidade dos atos e da lesão a direito alheio.<sup>6</sup>

Entretanto, a doutrina indica três funções distintas, as quais se encontram presentes nos artigos: 113 que se refere à função interpretativa, 187 que trata da função de controle dos limites de exercício de um direito e 422 que se refere à função de integração do negócio jurídico, todos do Código Civil de 2002<sup>7</sup>, assim:

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

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

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

Vale observar que o princípio da boa-fé se encontra presente também na Lei nº 8.078/90, a qual regulamenta as relações de consumo, principalmente no artigo 51, que define a nulidade de cláusulas abusivas ou desleais.

Como bem observou Allan Vinicius Ferreira Lima, a boa-fé objetiva consiste em mais uma espécie de limitação à autonomia da vontade, onde a declaração de vontade:

(...) além de ser livre e desimpedida, deve ser justa, leal, honesta, tudo em prol de um bem maior que é a sociedade, estabelecendo um padrão de comportamento que deve ser seguido por todos os contratantes seja no momento da celebração do contrato, seja no momento e sua execução, até mesmo pelo juiz quando da interpretação das cláusulas contratuais<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> GUIMARÃES, 2002, p. 74 in “Contratos Internacionais de Seguros”

<sup>7</sup> VENOSA, 2007

<sup>8</sup> LIMA, 2012

Então, o princípio da boa-fé contratual auxilia o judiciário no controle das cláusulas abusivas e orienta o magistrado no momento da apreciação relativa às questões omitidas pelo legislador pátrio, com base nas funções primordiais da boa-fé: interpretativa, de integração e de controle.

Sendo assim, a boa-fé se traduz no dever de cada parte agir visando não lesar ou frustrar a confiança da outra parte.

### 1.3 A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

No entendimento de determinados autores a responsabilidade civil contratual surge da violação das obrigações provenientes de negócio unilateral ou de obrigações oriundas da lei, cuja incidência se dá devido ao descumprimento de cláusula contratual ou, por danos provocados pela demora com relação ao cumprimento do contrato, respondendo aquele que ensejou o evento danoso, por perdas e danos.

Sérgio Cavalieri Filho chama atenção para o fato de que:

A obrigação pode originar-se não somente do ato ilícito, mas, também, da vontade. A responsabilidade, por sua vez, pode decorrer tanto da violação de um dever legal como, ainda, do descumprimento de um dever assumido no contrato (...). É infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contraentes, por isso decorrente de relação obrigacional preexistente<sup>9</sup>.

Desta forma, quando uma obrigação advém de declaração unilateral de vontade ou de situações previstas em lei e reguladas através de contrato, haverá responsabilidade nos casos em que houver inadimplemento culposos. Supondo-se a preexistência de uma relação obrigacional que tenha sido quebrada. Novamente as palavras de Cavalieri Filho vêm ilustrar melhor o comentário:

---

<sup>9</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 265

Aquele que viola um dever jurídico, e que desta atitude a consequência seja um dano, quer seja material ou moral, está obrigado, conforme estabelecido no Código Civil, a indenizar. Essa obrigação violada pode ser referente ao contrato estabelecido entre as partes, ou seja, é aquela em que os contratantes se obrigaram a cumprir e um daqueles, ou ambos, descumpriram com o estabelecido<sup>10</sup>.

Segundo Cavarieri Filho, na tentativa de buscar melhor solução para os conflitos gerados pela modernização, relevantes trabalhos foram realizados em grandes países como:

Itália, Bélgica e, principalmente, na França, onde foi observada uma responsabilidade objetiva, ou seja, sem comprovação de culpa, com fundamento na teoria do risco.<sup>11</sup>

Então, aquele que não cumprir com a obrigação contratada responderá por perdas e danos, de acordo com o artigo 927, caput e § único e com o artigo 931, ambos do Código Civil:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

O mesmo diploma legal acima citado, em seu artigo 186 determina:

---

<sup>10</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 265

<sup>11</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 308

Art. 186 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a *outrem*, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

A responsabilidade civil objetiva ocorre porque existe um vínculo jurídico entre o credor e o devedor, ou inadimplente, proveniente de um contrato, portanto, há uma relação jurídica entre as partes, e, o descumprimento da cláusula contratual, gera a obrigação de indenizar. Ressalte-se que os danos relativos à responsabilidade podem ocorrer devido a não observância dos comandos legais por parte de pelo menos um dos contratantes.

## 2 BREVES CONSIDERAÇÕES AO CONTRATO MERCANTIL

### 2.1 DEFINIÇÃO DE CONTRATO MERCANTIL

É bastante controversa a distinção existente entre contratos civis e contratos comerciais após a edição do Código Civil de 2002 e a unificação que se pretende em relação ao direito obrigacional. A finalidade de tal distinção, que ainda subsiste, se justifica primordialmente na definição das interpretações dos contratos empresariais.

Fábio Ulhoa Coelho observa que os contratos privados no âmbito do direito brasileiro, exceto os contratos trabalhistas, se dividiam entre comerciais e civis até o ano de 1991:

Quando foi editado o Código de Defesa do Consumidor, passando a ser tripartite esta distinção, pois a ela foram agregados os contratos de consumo.<sup>12</sup>

Ricardo Negrão explica que a unificação do direito obrigacional não implica no abandono da autonomia do direito empresarial e que:

Não há como tratar igualmente contratos firmados entre empresários e entre pessoas comuns.<sup>13</sup>

A distinção existente entre contratos comerciais e civis com a edição do Código Civil de 2002 também é afirmada por Haroldo Verçosa, o qual separa os contratos em civis, comerciais e do consumidor.<sup>14</sup>

A unificação das regras gerais de obrigações e contratos contidas no Código Civil significa somente que todos os contratos se sujeitam às diretrizes para formação, validade e forma definidas na parte geral de contratos, assim como a determinados princípios gerais, como a boa-fé objetiva ou a função social, os quais são aplicáveis, da forma supletiva a todos eles, respeitando as devidas especificações de cada um.

Engrácia Antunes aponta a existência da qualificação de contratos comerciais ou de empresas. Assim o autor conceitua o contrato comercial:

---

<sup>12</sup> COELHO, 2016, p. 36

<sup>13</sup> NEGRÃO, 2011, p. 224-225

<sup>14</sup> VERÇOSA, 2010, p. 24-25

(...) os contratos que são celebrados pelo empresário no âmbito da sua atividade empresarial: a intervenção de um empresário no contrato (designadamente, como uma das partes contratantes) e a pertinência desse contrato à constituição, organização ou exercício da respectiva atividade empresarial, são assim os elementos caracterizadores ou qualificadores da comercialidade de um contrato<sup>15</sup>.

Paula Forgioni observa que uma das características do contrato mercantil é a obtenção do lucro:

Identificamos os contratos empresariais com aqueles em que ambos (ou todos) os polos da relação têm sua atividade movida pela busca do lucro. É preciso reconhecer: esse fato imprime viés totalmente peculiar aos negócios jurídicos entre empresários.<sup>16</sup>

A questão é se saber se um contrato firmado entre um empresário e um não empresário, ou até mesmo entre dois não empresários, pode ser entendido como mercantil. Ainda que excepcionalmente, entende-se que sim.

Um exemplo encontra-se no ambiente societário, podendo ser aplicada a possibilidade tanto para os contratos sociais de sociedades empresárias como para contratos parassociais. Em todos os casos, as partes celebrantes não precisam ser empresárias. Podendo ser somente sócios da sociedade empresária, que não se qualificam como empresários ou empresa. O objeto do contrato, ou seja, a participação na sociedade empresária, consiste em um objeto mercantil por natureza, que visa a obtenção do lucro.

Um exemplo de contrato mercantil onde ao menos uma das partes não é empresária encontra-se nos contratos relativos a investimentos, como, por exemplo, aqueles que são firmados no mercado de capitais, que envolve investidores pessoas físicas e corretoras, bolsas de valores e outros agentes.

---

<sup>15</sup> ANTUNES, 2012, p. 40

<sup>16</sup> FORGIONI, 2009, p. 29

Antônio Menezes Cordeiro afirma que o objetivo final de lucro é evidente e não permite outra classificação senão a mercantil, ainda que uma das partes não seja empresária:

Mas o intuito do contrato é indiscutivelmente mercantil. Vale notar que Menezes Cordeiro já esclareceu a importância de se analisar a essência dos contratos para averiguar sua classificação como comercial, mesmo no tocante a contratos mistos, isto é, que possuem parte do escopo comercial e parte não.<sup>17</sup>

Desta forma, a definição de contrato comercial não pode ter como elemento central somente a questão subjetiva, ou seja, ter sua base unicamente na característica da parte. Então, o fato das partes serem todas empresárias não torna o comercial, bem como o fato de não o serem afasta a natureza mercantil.

Ainda que sujeitos a uma teoria geral comum, contratos civis e empresariais não são idênticos. Sendo que a maior diferença entre eles está exatamente no campo da interpretação.

## 2.2 DOS CONTRATOS MERCANTIS

### 2.2.1 Contrato de Compra

Os contratos de compra e venda são regidos, de uma forma geral, pelo artigo 481 do Código Civil de 2002, o qual dispõe: “Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”. Desta forma, o Código Civil no que se refere aos negócios obrigacionais de compra e venda, também abrangeu os contratos mercantis dessa natureza, os quais se caracterizam quando

---

<sup>17</sup> CORDEIRO, 2012, p. 537

comprador e vendedor são empresários, no entanto, vale destacar as palavras de Fábio Ulhoa Coelho, o qual considera que eventualmente é possível configurar:

(...) na relação contratual entre empresário-comprador e empresário-vendedor, uma compra e venda sujeita ao CDC. Será este o caso se o empresário-comprador for consumidor, na acepção legal do termo (destinatário final da mercadoria ou serviço oferecido pelo outro — ver Cap. 8, item 3), ou estiver em condição análoga à de consumidor (vulnerável).<sup>18</sup>

Sendo assim, os contratos mercantis de compra e venda reger-se-ão pelas regras do artigo 481 do Código Civil e pela legislação especial e também pelo Código de Defesa do Consumidor, quando for verificada a existência de relação de consumo ou hipossuficiência entre os empresários contratantes.

Essas espécies de contratos são a base das atividades empresariais, considerando-se que os atos de comprar e vender são o verdadeiro sentido dessas relações, com foco na obtenção do lucro e na retroalimentação do sistema econômico.

#### 2.2.1.1 A Formação do Contrato Mercantil de Compra e Venda Mercantil e a Responsabilidade das Partes

“Os requisitos essenciais para a formação dos contratos de compra e venda mercantis são o consentimento das partes, a coisa e o preço”.<sup>19</sup>

No que se refere ao consentimento, observa-se que, tal qual os negócios jurídicos de compra e venda em geral, havendo necessidade da concordância entre comprador e vendedor para que se constitua o vínculo contratual.

Contudo, para o aperfeiçoamento e a obrigatoriedade do contrato é preciso que seja especificado o seu objeto e o preço, nos termos do artigo 485 do Código Civil de 2002.

---

<sup>18</sup> COELHO, 2007, p. 180

<sup>19</sup> BARACHO, 2014

Os contratos de compra e venda mercantil implicam em obrigações recíprocas entre as partes. Então, em relação ao vendedor, este tem por dever entregar o bem, transferindo o domínio do objeto avençado, e quanto ao comprador, este tem o dever de pagar o preço pela coisa adquirida.

Vale observar que o vendedor é responsável pelos vícios redibitórios e pela evicção que envolver o bem, objeto do negócio jurídico, conforme explica Fábio Ulhoa Coelho:

O primeiro se verifica quando o bem entregue não corresponde às especificações acordadas entre as partes, no sentido de se revelar impróprio ao uso a que se destina ou de reduzido valor. Por evicção se entende o dever de defender em juízo a venda perante terceiros reivindicantes da coisa objeto do contrato. Tal dever inexistente se o comprador tinha ciência da reivindicação e assumira o risco correspondente<sup>20</sup>.

Caso o comprador não pague o preço acordado no contrato, ele responderá pelo valor devido, acrescido das perdas e danos ou da pena compensatória e encargos. No entanto, sendo o devedor “o sujeito inadimplente da relação, não cumprindo o seu dever de entregar a coisa, o comprador poderá optar pela resolução do contrato, ou pela execução específica da obrigação, mediante seu cumprimento”<sup>21</sup>.

Sendo que em ambos os casos deverá haver pagamento de indenização por perdas e danos, nos termos do artigo 474 do Código Civil de 2002.

Vale destacar que as despesas pela escrituração correm a cargo do comprador, e aquelas decorrentes da tradição correm a cargo do vendedor, exceto estipulação contratual contrária. Então, o vendedor também deve arcar com as despesas e riscos relativos ao transporte e à entrega do bem, e o comprador, por sua vez, deve arcar com as despesas advindas da transferência de domínio na esfera legal.

### 2.2.2 Contrato Bancário

O contrato bancário é uma das espécies do contrato mercantil que se encontra intrínseco no nosso cotidiano. O fato é que o banco está presente em vários momentos da vida das pessoas,

---

<sup>20</sup> COELHO, 2007, p. 180

<sup>21</sup> BARACHO, 2014

ricos ou pobres, todos precisam ou já precisaram em algum momento de manter uma relação jurídica com um banco.

No entanto, o conceito de contrato bancário não é tarefa fácil para a doutrina, puma vez que é preciso, além de diferenciá-lo dos contratos comerciais é preciso distingui-lo dos contratos civis.

Caio Mário Pereira observa que para se conceituar contrato bancário é necessário destacar duas de suas características, os sujeitos (critério subjetivo) e o objeto (critério objetivo) do contrato.

O critério subjetivo, sendo contrato bancário aquele realizado por um banco; o critério objetivo, pelo qual é contrato bancário aquele que tem por objeto a intermediação do crédito”.<sup>22</sup>

A onerosidade, a unilateralidade e o fato de ser real são características jurídicas do contrato bancário. É real pelo fato de que o contrato apenas estará perfeito com a tradição efetiva da própria quantia realizada através de depósito. Oneroso pelo fato de permitir que o banco utilize o depósito e ao depositante o abono do juro legalmente admitido ou gratuito em caso contrário. Unilateral porque só gera obrigação para o banco, no caso de depósito, quando será obrigado a restituí-lo.

O depósito bancário que configura uma das modalidades de contrato bancário, deve seguir os mesmos requisitos subjetivos dos contratos em geral, observado a ressalva de que menores que exerçam profissão lucrativa podem movimentar conta bancária.<sup>23</sup>

O objeto de tal modalidade contratual “é o dinheiro (moeda corrente no País). Quando o objeto depositado não é em dinheiro estamos diante de outra modalidade contratual, sendo contrato de custódia ou guarda” (PEREIRA, 2009, p. 454).

O depósito bancário não se sujeita ao requisito formal, uma vez que pode ser:

---

<sup>22</sup> PEREIRA, 2009, p. 452

<sup>23</sup> PEREIRA, 2009, p. 453

(...) à vista, – quando o depositante tem a faculdade de levantá-los total ou parcialmente; de aviso – quando o depositante tem a faculdade de levantá-los mediante a uma prévia comunicação de saque; ou a prazo – quando o depositante não pode efetuar sua retirada se não mediante a termo certo, antes do qual o banco pode recusar-lhe o saque.<sup>24</sup>

Os depósitos também podem ser classificados como depósito popular, de forma limitada ou sem limite. São populares os que motivam a população a efetuar depósito, como em caso de juros mais altos. Os limitados são aqueles que possuem um limite maior do que primeiros, no entanto, contidos sob um teto; E os depósitos sem limite são os que eliminam os juros.

A obrigação do banco é restituir o valor depositado e ao pagamento dos juros quando for o caso. A devolução do depósito deve ocorrer na mesma espécie monetária e em igual quantidade.

Os depósitos são realizados, via de regra, em conta individual, contudo, como em toda regra existe exceção, essa se encontra no contrato de depósito em conta conjunta.<sup>25</sup>

O contrato de conta corrente se configura em um contrato bilateral, já que requer a anuência de ambas as partes para sua celebração, por meio do ato formal de assinar o contrato não tendo necessidade de realização de depósito na referida conta para que este seja consumado.<sup>26</sup>

Com relação à classificação, pode ser:

(...) de execução sucessiva, pois perdura-se durante determinado tempo; contrato comutativo; intuito personae, e como já mencionado bilateral. O contrato de conta corrente além de ser oneroso é de adesão, além de ser considerado pela doutrina como um contrato atípico, haja vista, que não existe nenhuma lei que trata expressamente sob a regulamentação deste contrato.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> PEREIRA, 2009, p. 454

<sup>25</sup> PEREIRA, 2009, p. 455

<sup>26</sup> PEREIRA, 2009, p. 456

<sup>27</sup> PEREIRA, 2009, p. 456

Mesmo existindo outras modalidades de contratos bancários, as citadas são as mais utilizadas no cotidiano.

Enfim, pode-se afirmar que o contrato bancário implica em toda operação de crédito realizada onde uma das partes da relação é um banco propriamente dito.

### 2.2.3 Contrato de Faturização ou Factoring

Outro tipo de contrato mercantil é o contrato de faturização, quase sempre chamado de factoring, que consiste naquele pelo qual um industrial ou comerciante, transfere à instituição bancária, de forma total ou parcial, créditos provenientes de vendas efetuadas a terceiros, assumindo o cessionário o risco de não recebê-los, mediante o pagamento de determinada comissão a cargo do cedente”.<sup>28</sup>

As partes são chamadas de faturizador e faturizado. O faturizador é aquele que está obrigado a cobrar os devedores de um empresário e o faturizado é aquele que presta a este último os serviços de administração de crédito.

Uma das principais características dessa espécie de contrato é o fato de se trata de contrato pessoal, já que depende do concurso de vontade entre três pessoas.<sup>29</sup>

Sua classificação é bilateral, uma vez que gera obrigação para ambos os contratantes; onerosa, já que o faturizador precisa remunerar o faturizado; Atípico (não possui regulamentação específica); Consensuais (necessidade de vontade das partes); bilaterais (obrigação às duas partes) (RODRIGUÊS, 2007, p. 284).

Os requisitos são aqueles que constam na parte geral do Código Civil, agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei, acrescido de pessoa jurídica, pessoa física.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> RODRIGUÊS, 2007, p. 282

<sup>29</sup> RODRIGUÊS, 2007, p. 283

<sup>30</sup> RODRIGUÊS, 2007, p. 284

Tais contratos são formais, já que pertencem à classe dos contratos consensuais (formados pelo acordo de vontade entre as partes).

Rosana Bastos Alarcon disserta:

*Factoring* é uma relação de parceria empresarial, entre uma empresa de *factoring*, denominada *factor* e uma sociedade empresarial, denominada faturizado. Esta parceria conjuga a cessão de direitos creditórios presentes e futuros, oriundos das vendas ou prestação de serviços realizados pelo faturizado, com a prestação de vários serviços pelo *fator*, mediante remuneração, podendo haver a antecipação do pagamento da cessão com ou sem direito de regresso.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> ALARCON, 2013, p. 45 in “Factoring Internacional à Luza da Convenção de Ottawa: A Atividade no Brasil e a Necessidade de Regulamentação”

### **3 A OBRIGAÇÃO NOS CONTRATOS MERCANTIS E A CLÁUSULA DE MELHORES ESFORÇOS (*BEST EFFORTS*)**

#### **3.1 DA OBRIGAÇÃO CONTRATUAL**

Não se pode negar a ligação existente entre os Direitos de Obrigação e os Contratos.

O direito Obrigacional consiste naquele que nos ensina a forma que se pode, ou deve agir nas circunstâncias advindas, na maioria das vezes, do direito contratual.

De acordo com as explicações trazidas por Gisele Silva:

A responsabilidade contratual se origina da inexecução contratual. Pode ser de um negócio jurídico bilateral ou unilateral. Resulta, portanto, de ilícito contratual, ou seja, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação. É uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contratantes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade para contratar.<sup>32</sup>

A responsabilidade contratual resulta de uma obrigação já existente que é violada, portanto, para que ocorra é essencial uma obrigação preexistente.

---

<sup>32</sup> SILVA, 2002

O fato é que na responsabilidade contratual, não há necessidade do contratante provar a culpa do inadimplente, para que se instale a reparação das perdas e danos, sendo suficiente provar o inadimplemento.

Coelho Baracho preleciona que na relação típica dos contratos e suas obrigações, há quem defenda que aqueles são fontes dessas, no entanto, é possível perceber que “o contrato é uma das modalidades de obrigação, ou seja, uma espécie de vínculo entre as pessoas, em virtude do qual são exigíveis prestações, obrigação é a consequência que o direito posto atribui a um determinado fato”.

O vínculo contratual é estabelecido no momento em que, as partes, de forma consensual, expressam suas vontades, exceto nos casos em que somente tal manifestação não basta, como naqueles quando a lei impõe que o negócio jurídico, para produzir seus efeitos, esteja revestido de certas formalidades, o que não acontece, em geral, no caso dos contratos mercantis.

Nesse sentido são as palavras de Fábio Ulhoa Coelho:

Pelo princípio do consensualismo, um contrato se constitui, via de regra, pelo encontro das vontades manifestadas pelas partes, não sendo necessária mais nenhuma outra condição. Há, no entanto, algumas exceções a este primado, isto é, determinados tipos de contrato que exigem, para a sua formação, além da convergência da vontade das partes, também algum outro elemento. (...) Os contratos mercantis, em suma, podem ser consensuais ou reais. Assim, em termos gerais os contratos entre empresários estão constituídos (perfeitos e acabados) assim que se verifica o encontro de vontade das pessoas participantes do vínculo.<sup>33</sup>

Uma vez que o vínculo contratual é estabelecido entre as partes, pode-se verificar a assunção das obrigações, trazendo-se à tutela do mundo jurídico, em caso de eventual descumprimento, uma vez que prevalece a imperatividade do brocardo latino *pacta sunt servanda*, o qual determina que as cláusulas e pactos provenientes da manifestação da

---

<sup>33</sup> COELHO apud BARACHO, 2014

autonomia da vontade, que consistem nos contratos, caracterizam um direito entre as partes, e o não-cumprimento de tais obrigações implica na quebra do que foi pactuado.

### 3.1.1 A Autonomia da Vontade

O princípio da autonomia da vontade diz respeito à liberdade contratual das partes, ou seja, o poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.<sup>34</sup>

De acordo com Silvio de Salvo Venosa:

Quando o ser humano usa de sua manifestação de vontade com a intenção precípua de gerar efeitos jurídicos, a expressão dessa vontade constitui-se num negócio jurídico.<sup>35</sup>

Então, é a faculdade que têm as partes de se vincularem a um contrato, obtendo direitos e obrigações. Sendo que a liberdade contratual se encontra no artigo 421 do Código Civil de 2002.

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

De acordo com a doutrina, este é o princípio que permite a celebração dos contratos atípicos, ou seja, aqueles que não se encontram regulamentados no ordenamento jurídico, mas que, no entanto, são firmados conforme as necessidades e interesses das partes.

De acordo com as palavras de Silvio de Salvo Venosa:

A liberdade contratual permite que as partes se valham dos modelos contratuais constantes do ordenamento jurídico (contratos típicos), ou

---

<sup>34</sup> GONÇALVES, 2012, p. 41

<sup>35</sup> VENOSA, 2019, p. 01

criem uma modalidade de contrato de acordo com suas necessidades (contratos atípicos).<sup>36</sup>

Vale dizer que há diferença entre liberdade contratual e liberdade de contratar. Conforme explica Maria Helena Diniz liberdade contratual é a determinação do conteúdo da avença e a de criação de contratos atípicos, e liberdade de contratar, alusiva à de celebrar ou não o contrato a à de escolher o outro contratante.<sup>37</sup>

Ainda que dê às partes a liberdade contratual, tal princípio possui limitações, deixando claro seu caráter de princípio relativo, ou seja, não sendo sempre que as partes terão a liberdade de definir contratos, sendo três limitações.

A primeira se refere à faculdade de contratar ou de não contratar, ou seja, de contratar somente se quiser. Tal limitação determina que, na maioria das vezes, as partes são obrigadas a realizar certos negócios, devido à vida em sociedade, ou seja, devido à utilidade social. Desta forma, as partes não possuem a faculdade de escolher se desejam ou não contratar; apenas contratam.

A título de exemplo pode ser citado o de transporte, de compra de alimentos, de aquisição de jornais, de fornecimento de bens e serviços públicos (energia elétrica, água, telefone, etc).<sup>38</sup>

Em todas essas situações, o indivíduo está obrigado a celebrar um contrato, não podendo fugir de tal obrigação.

Já a segunda limitação diz respeito à liberdade de escolha do outro contratante, ou seja, de contratar quem bem entender. Por vezes, a pessoa com a qual se firma um contrato não pode ser escolhida de forma livre, devendo a parte então contratar alguém especificamente, como ocorre nas situações que surgem nos serviços públicos.

---

<sup>36</sup> VENOSA, 2011, p. 383

<sup>37</sup> DINIZ, 2011, p. 41

<sup>38</sup> GONÇALVES, 2012, p. 43

A terceira é a limitação para definir o conteúdo da obrigação, ou seja, de contratar sobre aquilo que quiser. Em certas situações, não podem as partes fixar cláusulas conforme os seus interesses. Essa limitação está vinculada à supremacia da ordem pública. Desta forma, princípios como boa-fé, função social e as cláusulas gerais são limites ao mesmo.

### 3.1.2 Obrigação de Dar, Fazer e Não Fazer

A obrigação de dar é uma espécie positiva, cujo vínculo obrigacional tem natureza de entrega de algo já existente. A ideia da obrigação de dar está vinculada à imagem de dar uma coisa, bem como se encontra associada a um contrato de compra e venda.

Os tipos de obrigação de dar são os seguintes: transcrição; tradição; obrigação de restituir e obrigação de dar coisa certa.

A transcrição consiste no método utilizado na obrigação de dar bens imóveis. É a transmissão do título que precisa ser registrada em Cartório de Imóveis.

A tradição, de acordo com o Direito Civil, se refere à entrega de bens móveis. É a transmissão física e legal da propriedade (algo móvel).

A obrigação de restituir é uma espécie de obrigação de dar que inclui a devolução de algo, normalmente vinculado a um caráter cronológico.

A obrigação de dar coisa certa é uma espécie na qual o devedor deve cumprir sua obrigação com alguma coisa específica, ou seja, singular.

De acordo com Orlando Gomes:

A obrigação de dar é uma obrigação positiva, que consiste na prestação, na entrega de uma coisa, seja para lhe transferir a propriedade, seja para lhe ceder a posse, seja para restituí-la.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> GOMES, 2007, p. 47

A obrigação de fazer se refere à obrigação de realizar certa atividade para o cumprimento do vínculo obrigacional. Podendo envolver um serviço ou a elaboração de algo material. Sendo algo material, a obrigação de fazer diferencia-se da obrigação de dar no momento em que é preciso fazer aquele item antes de entregá-lo.

Conforme as explicações de Vicente Greco Filho:

A execução da obrigação de fazer pode resultar de título executivo judicial ou extrajudicial e utiliza todos os meios para a satisfação do credor. Ora usa de coerção para o cumprimento pessoal do devedor, ora dá força à sentença que substitui a conduta do devedor. Em princípio a execução da obrigação de fazer tende a ser específica, mas pode converter-se em compensatória, em perdas e danos.<sup>40</sup>

A obrigação de fazer se divide em fungível e infungível. O fazer fungível é aquele onde o que importa é o resultado do fazer. É o que ocorre com a contratação de um pintor de paredes, para que a parede seja pintada de vermelho. Então, o importante é que a parede seja pintada de vermelho, sem importar quem realizou o serviço.

Já na obrigação infungível, não se pode dissociar o devedor do ato de fazer. Nesse caso, contrata-se um pintor de quadros mundialmente famoso para a realização de uma obra para sua coleção. Em tal situação não é suficiente que o quadro seja pintado, é preciso que a obra tenha sido confeccionada pelo pintor famoso. Sua personalidade é fundamental nessa relação obrigacional.

A obrigação de não fazer consiste em uma obrigação negativa, na qual as partes determinam que o devedor de uma relação de não fazer não pode praticar certa ação que normalmente poderia, quando não estivesse obrigado por esta relação jurídica.

Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho asseveram que a obrigação de não fazer tem por objeto uma prestação negativa, um comportamento omissivo do devedor.<sup>41</sup> É o que acontece em um termo de confidencialidade, por exemplo, no qual é definida a obrigação de não falar nada a respeito de uma reunião que tenha ocorrido secretamente.

---

<sup>40</sup> GRECO FILHO, 2006 p. 68

<sup>41</sup> GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 101

### 3.2 A CLÁUSULA DE MELHORES ESFORÇOS (*BEST EFFORTS*) NOS CONTRATOS MERCANTIS

Esta consiste em uma obrigação de meio, na qual os contratantes se comprometem a realizar os atos mínimos para alcançar o resultado acordado no momento da celebração do contrato.

Cláusulas onde constam "melhores esforços" têm sido cada vez mais recorrentes nas operações societárias no Brasil. Operações societárias implicam no desempenho de inúmeras condutas classificadas como requisitos, condições suspensivas ou condições precedentes de sua conclusão.

De acordo com as observações de Paulo Bardella Caparelli:

Como exemplo, imagine a aquisição da totalidade das ações da "Corretora de Valores XPTO" por estrangeiro, operação societária que necessita, entre outros requisitos, de aprovação prévia do Banco Central do Brasil (BACEN). O contrato que rege esta transação menciona que "ambas as partes devem envidar seus melhores esforços para que a aprovação seja obtida perante as autoridades competentes". O comprador, no entanto, nada faz para obter a aprovação do Banco Central: deixa de apresentar os documentos requeridos pelas normas internas que regulamentam a matéria; deixa de apresentar quem serão os sócios controladores da instituição após a transação; protocola requerimentos fora do prazo; etc.<sup>42</sup>

O uso da cláusula de melhores esforços, ou *best efforts*, é uma prática que se tornou comum no meio empresarial e com os advogados brasileiros.

O dever de melhores esforços requer a adoção de ações que realizem, quantitativa e qualitativamente, os melhores esforços pactuados no interesse do final do contratual.

---

<sup>42</sup> CAPARELLI, 2015

De acordo com as explicações de Judith Martins-Costa:

(...) o dever de conduta segundo a boa-fé pode esgotar-se em simples dever de consideração ao legítimo interesse alheio, como nos contratos de intercâmbio; traduzir-se no dever de agir no interesse alheio, nos limites do contrato, naqueles contratos marcados pela fidúcia, como o mandato ou a administração; ou, ainda, concretizar-se no dever de disposição para o trabalho comum e para a realização de sacrifícios em prol do fim comum, restrito esse interesse, todavia, aos contratos em que o fim é suprapessoal, como o contrato de sociedade.<sup>43</sup>

O dever de prestar os “melhores esforços”, em geral é colocado como dever secundário a uma obrigação principal de resultado, ou seja, “os melhores esforços” devem estar voltados para a obtenção de certo resultado.

Portanto, a cláusula de “melhores esforços” não é inócua, uma vez que determina de forma clara um dever de conduta.

Nas palavras do Mestre em Direito empresarial, Renato Scardoa:

Na Obrigação de Melhores Esforços o devedor assume o dever de praticar determinados atos, acima da boa-fé, em favor do credor, devendo empenhar todos os meios ao seu alcance para buscar atingir determinado resultado.

Desta forma, pelas características da Obrigação de Melhores Esforços, pode-se enquadrá-la apenas como uma obrigação de fazer (tendo em vista a necessidade de o devedor praticar determinada conduta) e ainda uma obrigação de meio, notadamente pelo fato do devedor não dever ser responsabilizado pelo seu resultado.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Martins-Costa (MARTINS-COSTA, 2018, p. 345

<sup>44</sup> SCARDOA, 2016, p. 96 in “A Obrigação de Melhores Esforços: Uma Análise à Luz do Direito Anglo-Saxão e do Direito Brasileiro”

### 3.2.1 A Cláusula de Melhores Esforços: Obrigação para as Partes ou Mero Acordo de Cavalheiros?

Os documentos gerados em negociações de operações de aquisição podem criar obrigações contratuais entre as partes, trazendo maior segurança quanto à disciplina das negociações e uma eventual necessidade de obrigação em celebrar o contrato definitivo ou de negociar, aplicando melhores esforços, especialmente diante das incertezas provenientes da aplicação da boa-fé objetiva na qualidade de princípio e cláusula geral. E ainda, independentemente de sua natureza jurídica, a disposição dos documentos se presta, em última instância, de prova das expectativas promovidas ao longo das negociações.

Determinados autores, a exemplo de Silvio de Salvo Venosa, defendem a seguinte tese:

Como já acenamos, tudo é no sentido de que não havendo comando ou ordem direta na cláusula para o contratante dar, fazer ou não fazer algo, mas simplesmente para que se conduza sob seus melhores esforços, a disposição não é contratual, não é coercível, equivalendo a simples exortação, a uma carta de intenções ou mero acordo de cavalheiros.<sup>45</sup>

Entretanto, considerando-se o fato de que as transações realizadas tanto no Brasil quanto no exterior utilizam constantemente essa cláusula, com toda vênua, a posição de Venosa parece equivocada.

Uma vez que não parece coerente que advogados e operadores do Direito de todo o mundo utilizem em larga escala tal disposição contratual, nas transações de valores elevados, apenas como uma disposição incoercível, redutível a uma simples exortação, a uma carta de intenções ou mero acordo de cavalheiros.<sup>46</sup>

Na verdade, a cláusula de melhores esforços gera obrigação para as partes. Sendo esta uma obrigação de meio, que impõe aos contratantes a realização dos atos mínimos essenciais para alcançar o resultado pretendido no momento da celebração do contrato.

---

<sup>45</sup> VENOSA apud CAPARELLI, 2015

<sup>46</sup> CAPARELLI, 2015

No exemplo da Corretora de Valores XPTO citado por Paulo Bardella Caparelli é evidente que a intenção das partes quando da celebração do contrato era conseguir todas as aprovações dos órgãos governamentais competentes. Sendo assim, o comprador deveria realizar os atos necessários para alcançar tal resultado dentro dos padrões mínimos de mercado, ou seja: apresentar os documentos requeridos; protocolar requerimento dentro do prazo, etc.

Em tal situação, a cláusula de melhores esforços tem a função de reafirmar as obrigações das partes provenientes do próprio contrato. Ambas as partes possuem interesses comuns, que consiste na aprovação da transação pelos órgãos governamentais.

Porém, existem outras situações, entretanto, nas quais a cláusula de melhores esforços obriga uma das partes a praticar atos diversos aos seus próprios interesses econômicos. Um bom exemplo de tal situação está no caso Norte Americano Bloor vs. Falstaff. Onde a cláusula de melhores esforços prevaleceu:

Bloor ingressou com uma ação de indenização por perdas e danos contra Falstaff, sob a alegação de que esta havia descumprido ajuste contratual que a obrigava a envidar seus melhores esforços para manter um alto volume de vendas de uma cerveja (denominada Ballantine), pois parte do preço deste produto seria destinada a Bloor por um determinado período. Contudo, Falstaff vinha incorrendo em prejuízo e por isso decidiu reduzir seus esforços para venda da cerveja Ballantine. O pedido de Bloor foi julgado procedente em todas as instâncias, tendo os julgadores entendido que Falstaff incorreu em inadimplemento, já que a cláusula de melhores esforços deve ser cumprida mesmo em momentos de dificuldade financeira.<sup>47</sup>

A função da cláusula de melhores esforços constantes no contrato do caso Bloor Vs. Falstaff é bem diferente daquela existente no citado caso da Corretora de Valores XPTO. No caso Bloor Vs. Falstaff, tal cláusula faz com que uma das partes se obrigue a praticar um ato que beneficia a outra parte, mesmo que lhe seja oneroso. Sendo assim, a mencionada cláusula também tem a função de impor que uma das partes se obrigue a contraprestação contratual, não permitindo que a parte atue em seu benefício próprio.

---

<sup>47</sup> apud CAPARELLI, 2015

São várias as situações além das acima citadas onde a cláusula de melhores esforços pode ser usada. Sua função pode variar a depender do contexto pretendido pelas partes quando da celebração do contrato.

Um critério para definir sua eficácia parece ser a harmonização ou a falta dela em relação aos interesses econômicos das partes. A compreensão da cláusula de melhores esforços passa pela definição de seus usos e funções, envolvendo reflexões a respeito de práticas não judicializadas.

## CONCLUSÃO

Pode-se concluir que quanto aos contratos mercantis, as modalidades apresentadas no trabalho não são as únicas, ou seja, não esgotam as espécies existentes, uma vez que no ordenamento jurídico pátrio há muitas outras para garantir a necessidade empresarial.

Contudo, pode-se diferenciar as relações empresariais das relações civis quando as primeiras envolvem empresários como seu sujeito, pois, quando se fala em contrato mercantil é preciso observar as partes envolvidas para que se possa identificar um contrato regulado pelo Código Civil e pelo Direito Empresarial ou uma relação de consumo regulada pelo código de Defesa do Consumidor, especialmente quando se fala de contrato de compra e venda mercantil. Então, os contratos mercantis são instrumentos exclusivos das relações empresariais.

Na pesquisa buscou-se uma nova perspectiva para a análise da cláusula de melhores esforços no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, sendo essa uma prática já consolidada com utilização da referida cláusula em vários outros tipos de contratos.

A cláusula de melhores esforços não é somente um retrato dos deveres inerentes à boa-fé objetiva. De acordo com o que foi exposto, se as partes negociam a expressa inclusão de tal cláusula no contrato, é porque pretendem um padrão de conduta diverso daquele que a lei lhes concede implícita e “gratuitamente”.

A interpretação da mencionada cláusula não deve ser feita através de análise simplesmente subjetiva, uma vez que a mesma, quase sempre, se encontra inserida em um contrato empresarial, onde as regras interpretativas devem ser flexibilizadas para incluir elementos objetivos.

A doutrina levada à judicatura tem contribuído com a renovação da jurisprudência pátria recente a respeito do tema.

Analisar a cláusula de melhores esforços de forma atualizada no âmbito dos contratos mercantis, de acordo com a realidade empresarial brasileira, reconhecendo e concedendo-lhes eficácia, baseada em princípios aceitos no direito privado, com a verificação de parâmetros de mercado, quando os empresários brasileiros, com certeza, agradecem.

Enfim, o intuito foi aprimorar o conhecimento a respeito do contrato mercantil citando algumas de suas espécies mais utilizadas com destaque para a aplicação da cláusula de melhores esforços.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos Contratos Comerciais*. Coimbra: Almedina, 2012
- BARACHO, Gabriel Sivieri. *Contratos Mercantis*. (2014). Disponível em <<https://gabrielbaracho.jusbrasil.com.br/artigos/149857705/contratos-mercantis>>. Acesso em 11 jul 2022.
- BRASIL. *Legislação*. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 maio 2022
- CAPARELLI, Paulo Bardella. *O uso da "cláusula de melhores esforços" e sua aplicação no Brasil*. (2015). Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/219893/o-uso-da-clausula-de-melhores-esforcos--e-sua-aplicacao-no-brasil>>. Acesso em 11 jul 2022.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016
- \_\_\_\_\_. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Direito Comercial*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010
- FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

FREITAS, Danielle Silva F. B. de. Como a pandemia da Covid-19 está afetando os contratos de locação. (2020). Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-30/danielle-freitas-pandemia-contratos-locacao>>. Acesso em 16 maio 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze. ; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. vol 2. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. Vol. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

GRECO Filho, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006

LIMA, Allan Vinicius Ferreira. *Revisão Judicial de Contratos com Base na Teoria da Impressão por Onerosidade Excessiva no Código Civil de 2002*. (2012). Disponível em <[https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=7271](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7271)>. Acesso em 16 maio 2022.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos: Declaração Unilateral de vontade; Responsabilidade civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019

RODRIGUÊS, Silvio. *Direito Civil: Dos Contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

SILVA, Gisele M. Ratton. *Responsabilidade Contratual e Extracontratual*. (2002). Disponível em <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/874/Responsabilidade-contratual-e>>



SCARDOA, Renato. A Obrigação de Melhores Esforços: Uma Análise à Luz do Direito Anglo-Saxão e do Direito Brasileiro. Orientador Antônio Márcio da Cunha Guimarães. 2016. 50 f. Dissertação (Mestrado) – Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2016.