

Jean Carlos Fernandes (Org.)

**Estudos e Pesquisas em Direito
Empresarial na Contemporaneidade
Volume IV**

Autores:

Juliana Falci Sousa Rocha Cunha

Marisa Cintrão Forghieri

Valter de Souza Lobato, Mônica de Barros & Nayara Atayde

Vinícius Jose Marques Gontijo & Jerfferson da Mata Almeida

Editora **RTM**[®]

Programa de Mestrado em Direito Empresarial

Faculdade de Direito Milton Campos

**Estudos e Pesquisas em Direito
Empresarial na Contemporaneidade
Volume IV**

2013

Jean Carlos Fernandes (Org.)

Autores

Juliana Falci Sousa Rocha Cunha

Marisa Cintrão Forghieri

Valter de Souza Lobato, Mônica de Barros & Nayara Atayde

Vinícius Jose Marques Gontijo & Jerfferson da Mata Almeida

Estudos e Pesquisas emDireito Empresarial na Contemporaneidade, IV
E79

Organização: Jean Carlos Fernandes; Juliana Falci Sousa Rocha
Cunha; Marisa Forghieri; Valter de Souza Lobato; Mônica de
Barros; Nayara Atayde; Vinicius José Marques Gontijo; Jerfferson
da Mata Almeida. /. – Belo Horizonte:RTM, 2013.

—p

Programa de Mestrado em Direito Empresarialda Faculdade de
Direito Milton Campos.

Inclui referências

ISBN: 978-85-63534-60-6

1. Empresa Moderna. 2. Computação em Nuvem. 3.
Contribuições Previdenciárias. 4. Stock Options. 5. Cédula de
Crédito Bancário. 6. Sistema Financeiro Nacional. I. Fernandes,
Jean Carlos. II. Cunha, Juliana Falci Sousa Rocha. III. Forghieri,
Marisa. IV. Lobato, Valter de Souza. V. Barros, Mônica de. VI.
Atayde, Nayara. VII. Gontijo, Vinicius José Marques. VIII.
Almeida, Jerfferson da Mata. IX. Título.

CDU 347.72

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada por Emilce Maria Diniz – CRB-6ª - 1206

Editoração Eletrônica e Projeto Gráfico - Leonardo Senhorini

Editor Responsável: Mário Gomes da Silva

Revisão: Os autores

Todos os direitos reservados à Editora RTM.

Proibida a reprodução total ou parcial, sem a autorização da Editora.

RTM[®] MARIO GOMES DA SILVA – ME

Rua João Euflásio, 80 - Bairro Dom Bosco - BH - MG - Brasil.

Cep 30.850-050 -Tel: (31) 3417-1628 - (31) 9647-1501

E-mail: rtmeducacional@yahoo.com.br Site: www.editorartm.com.br

Loja Virtual: www.rtmeducacional.com.br

Programa de Mestrado em Direito Empresarial

Faculdade de Direito Milton Campos

**Estudos e Pesquisas em Direito
Empresarial na Contemporaneidade
Volume IV**

2013

SUMÁRIO

Apresentação	05
--------------------	----

ARTIGOS

A Empresa Moderna e a Computação em Nuvem.....	08
Juliana Falci Sousa Rocha Cunha	

Nietzsche, Horizonte Hermenêutico e Vontade de Poder	47
Marisa Forghieri	

As contribuições previdenciárias, os planos de stock options e a participação nos lucros e resultados. Análise da jurisprudência sobre o tema.	53
Valter de Souza Lobato	
Mônica de Barros	
Nayara Atayde	

Aspectos polêmicos da cédula de crédito bancário: os juros cobrados por pessoa não integrante do sistema financeiro nacional	82
Vinícius Jose Marques Gontijo	
Jerfferson da Mata Almeida	

Apresentação

O programa de Mestrado em Direito Empresarial da Faculdade de Direito Milton Campos novamente premia a comunidade jurídica e acadêmica com o lançamento do “IV Estudos e Pesquisas em Direito Empresarial na Contemporaneidade”, resultado dos projetos desenvolvidos nas linhas de pesquisa: “As sociedades empresárias e suas atividades” e “A empresa na contemporaneidade”.

Composta por cinco capítulos, a obra tem o propósito de fornecer ao leitor uma visão contemporânea do Direito Empresarial, sob uma perspectiva transdisciplinar aplicada, abordando, ao lado de temas tradicionais, assuntos extremamente interessantes e importantes para a decidibilidade dos conflitos.

A mestranda Juliana Falci Sousa Rocha Cunha, com o tema “A empresa Moderna a e Computação em Nuvem”, demonstra os impactos jurídicos na adoção da computação em nuvens, que apresenta vantagens para o core business, redução de custos, grande disponibilidade de armazenamento e aumento da produtividade e rentabilidade das organizações.

“Nietzsche, Horizonte Hermenêutico e Vontade de Poder” é o tema abordado pela professora Marisa Forghieri, promovendo a investigação do horizonte hermenêutico à luz do pensamento nietzscheano, com vistas a oferecer renovada perspectiva sobre a questão da interpretação no Direito Empresarial.

O professor Valter de Souza Lobato, em coautoria com as discentes Mônica de Barros e Nayara Atayde, colaciona a relevante pesquisa sobre “As contribuições previdenciárias, os planos de stock options e a participação nos lucros e resultados”, onde analisam a possibilidade de incidência das contribuições sociais sobre a folha de salários, disciplinadas na Lei 8.212/91, sobre os ganhos auferidos por empregados e administradores das empresas em razão da adoção dos planos de opção de compra de ações (stock option), bem como sobre a participação dos empregados nos lucros e resultados.

Por sua vez, o professor Vinícius Jose Marques Gontijo e o mestrando Jerfferson da Mata Almeida abordam os “Aspectos polêmicos da cédula de crédito bancário”, advertindo que a sua transmissibilidade a pessoa não integrante do Sistema Financeiro Nacional poderá acarretar questionamentos quanto à cobrança dos juros por ofensa a legislação civil brasileira, inviabilizando o rápido pagamento e o não cumprimento da obrigação contida no título de crédito.

Como desfecho da obra, o professor Jean Carlos Fernandes e Sávio Raniere Pereira Pinto examinam os problemas e indagações de direito material no que diz respeito à exigência ou não de protesto prévio de títulos ou documentos de dívida para a inscrição em bancos de dados restritivos de crédito, e posterior fornecimento dessas informações aos entes interessados, no mercado de crédito, no capítulo intitulado “Da necessidade ou não do protesto prévio de títulos de crédito ou documentos de dívida para negativação e fornecimento de informações restritivas de crédito pelos bancos de dados”.

Observa-se que a obra se propõe a investigar, questionar e instigar a todo o momento sobre as questões polêmicas em torno do Direito Empresarial contemporâneo, alinhando-se com os propósitos do programa de mestrado da Faculdade de Direito Milton Campos. O leitor certamente encontrará nesta obra um convite ao debate e ao diálogo permanentes.

Prof. Dr. Jean Carlos Fernandes

Pós-doutor em Direito Comercial pela Universidade de Coimbra, Portugal.

Doutor em Direito Privado pela PUC/MG.

Mestre em Direito Comercial pela UFMG.

Professor do Mestrado em Direito Empresarial da Faculdade de Direito Milton Campos e da Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG.

Diretor Segundo-Secretário do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

Advogado.

Conselho Editorial

Carlos Alberto Rohrmann

Jean Carlos Fernandes

Osmar Brina Correa Lima

Ricardo Adriano Massara Brasileiro

Rodolpho Barreto Sampaio Junior

Sônia Diniz Viana

Vinicius Jose Marques Gontijo

A Empresa Moderna e a Computação em Nuvem

Juliana Falci Sousa Rocha Cunha¹

Cidade/Estado: Belo Horizonte/MG

E-mail: falci@adv.oabmg.org.br

Sumário

1. Introdução. 2. A Computação em Nuvem e a Segurança da Informação. 2.1 Conceito. 2.2 Algumas vantagens e riscos da computação em nuvem. 2.2.1 Vantagens 2.2.2 Riscos. 2.3 Modelos de Implantação. 2.4 Modelos de serviço. 2.5 Dos serviços prestados pelas empresas de cloudcomputing. 3OContrato de Computação em Nuvem. 3.1 Partes contratuais. 3.2 Objeto do contrato 3.3 Algumas cláusulas contratuais mais relevantes. 4. Conclusão. Referências.

Resumo

A computação em nuvem é uma realidade tecnológica que está sendo amplamente adotada pelas empresas de grande porte. Assim sendo, visando a contextualização do tema em análise, o presente estudo aborda a *cloud computing* e a segurança da informação, sendo apresentadas algumas das vantagens e riscos, modelos de implantação e de serviço, bem como os principais serviços oferecidos pelos fornecedores de computação em nuvem. Em seguida, são abordadas questões jurídicas do contrato de *cloud computing*, com enfoque nas partes contratantes, no seu objetivo e nas principais cláusulas que devem ser tratadas neste contrato atípico, dentre elas a integridade e confidencialidade dos dados

¹ Professora de Direito Empresarial na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Empresarial e Especialista em Direito Civil pela FDMC - Mestranda em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos.

e informações, a responsabilidade do contratado, os requisitos para fornecimento de informações e o destino do conteúdo armazenado em caso de quebra de contrato.

Palavras-chave: computação, nuvem, tecnologia, responsabilidade, contrato.

1 - INTRODUÇÃO

Atualmente as organizações encontram grande dificuldade em sobreviverem sem o suporte da tecnologia da informação, a qual possibilita uma grande melhoria da competitividade empresarial.

Além disto, acrescenta-se à isto o crescimento da velocidade da internet, a necessidade de interação com outros sistemas de forma mais rápida e muito mais eficiente e o desenvolvimento de tecnologias que permitem fazer *online* o que anteriormente somente era possível realizar *off-line*, tais como a computação em nuvem.

Desta maneira, a *cloud computing* oferece mais vantagens do que desvantagens às companhias, permitindo que as organizações foquem no seu *core business* e não em atividades meio com a tecnologia da informação, gerando maior produtividade, disponibilizando grande poder de processamento de dados e proporciona redução de custos.

Esse novo recurso de informática possibilita que as empresas armazenem e processem os seus dados e/ou informações de maneira remota, inclusive permitindo com que eles sejam acessados a qualquer momento, de qualquer lugar e através de qualquer dispositivo, conforme modelo de implantação e de serviços contratado.

Os serviços ofertados pelos provedores de computação em nuvem podem ser vários, dentre eles, o armazenamento de arquivos, a realização de *backups*, a disponibilização, gerenciamento e a atualização de *softwares* e o suporte ao serviço.

Entretanto, para que as informações inseridas nas nuvens pelas empresas estejam seguras, é essencial que elas não sejam acessadas por terceiros, dentre eles concorrentes, governo e até mesmo o responsável pelo seu armazenamento. Desta maneira, quanto à segurança da

informação é importante que o prestador do serviço esteja atento, por exemplo, à identificação dos usuários que acessam as informações armazenadas, à utilização de criptografia e à segurança da infraestrutura dos seus provedores.

Mas, para que haja segurança jurídica do conteúdo armazenado é essencial que seja constituído contrato empresarial entre a empresa que disponibiliza o serviço de computação em nuvens e a empresa ou consumidor que utilizará o serviço, o que será tratado neste trabalho.

2 - A Computação em Nuvem e a Segurança da Informação

2.1 Conceito

A computação em nuvem o seu conceito tem evoluindo significativamente nas últimas décadas.

Inicialmente, os dados eram armazenados dentro das próprias organizações, não existindo possibilidade de armazenamento externo nem tampouco acesso remoto. Posteriormente, os dados passaram a ser armazenados, de acordo com a escolha de muitas empresas, fora do ambiente corporativo, nos chamados *data centers*, os quais muitas vezes eram serviços terceirizados. Eles possuíam diversos servidores, o que possibilitava o armazenamento de um grande volume de dados, inclusive, de mais de uma empresa.

Hodiernamente o serviço de armazenamento e disponibilidade de dados evoluiu consideravelmente, o que nos permite guardar as informações relevantes em nuvens, de maneira que possam ser acessadas facilmente em qualquer localidade, a qualquer momento, através de qualquer dispositivo móvel ou não, desde que por pessoa devidamente autorizada. Estes serviços são oferecidos às empresas por grandes organizações ou grandes provedores regionais, dentre eles o Google, Amazon, HP e Microsoft. Entretanto, nota-se o crescente temor

de vazamento ou acesso não autorizado as informações empresariais.

Para Marchini (2010, p. 4) [...] *cloud computing refers to the delivery of computing capability by a provider remotely over a communications link. It comes in many different varieties, serving a wide variety of computing needs [...]*. Este conciso conceito apresenta uma visão geral do que é computação em nuvem, abrangendo o provedor do serviço e a remotabilidade do serviço oferecido.

Muitos teóricos afirmam como mais relevante a definição de computação em nuvem elaborada pelo NIST – *National Institute of Standards and Technology* (2011), qual seja:

Cloud computing is a model for enabling convenient, on-demand network access to a shared pool of configurable computing resources (e.g., networks, servers, storage, applications, and services) that can be rapidly provisioned and released with minimal management effort or service provider interaction. This cloud model promotes availability and is composed of five essential characteristics [On-demand self-service, Broad network access, Resource pooling, Rapid elasticity, Measured Service] [...].

O que chama atenção neste conceito é a possibilidade de configuração dos recursos tecnológicos disponibilizados pelo provedor, os quais podem ser liberados facilmente pelo fornecedor do serviço de acordo com a demanda do cliente.

Enfim, a computação em nuvem é um serviço ofertado por uma empresa a pessoas físicas ou jurídicas, mediante um contrato atípico, que tem como objeto o fornecimento de serviços, como, armazenamento, processamento e backup de conteúdo, disponibilização de aplicativos customizados etc em servidor da empresa contratada, possibilitando que o contratante ou outras pessoas por ele autorizadas tenham acesso seguro de qualquer lugar, a qualquer momento e através de qualquer dispositivo móvel ou não.

2.2 - Algumas vantagens e riscos da computação em nuvem

2.2.1 Vantagens

Muitas são as vantagens que podem ser citadas para a adoção da computação em nuvem, mas a principal delas é o fato do usuário contratante não se preocupar em lidar com tarefas complexas de indexação de dados, podendo assim focar no seu *core business* e consequentemente ser mais competitivo, eficiente e rentável.

Com a adoção do serviço o usuário se beneficia de enorme poder de processamento que lhe é ofertado pelo prestador de serviço de *cloud computing*, sem ter que investir grande capital em *hardware* e *software* (bem como na sua manutenção e atualização) e na gestão da tecnologia.

Consequentemente, outro ponto positivo é a redução do custo, o que permite que o capital do cliente possa ter outra destinação relacionada ao negócio da empresa, como, por exemplo, desenvolvimento de produto, pesquisa e recursos humanos. Para que a computação em nuvem seja implantada basta a disponibilização da internet, o que todas as grandes empresas já possuem, sendo que os dispositivos de conexão não precisam de recursos avançados, podendo ser muito mais simples do que aqueles até então adquiridos pelas empresas que mantinham seus próprios centros de processamento de dados.

Sobre os custos envolvidos na computação em nuvem, Menken (2008, p. 111) afirma que *cloud computing may be cheaper than in-house equipment, but giving away data to the cloud must be a calculated risk*.

É importante também citar a otimização da capacidade de processamento de dados. Na maioria dos casos as grandes companhias deixam de utilizar grande parte dos seus recursos computacionais fora dos seus horários de pico. Entretanto, ao contratarem o serviço de *cloud computing* as empresas prestadoras do serviço lhes disponibilizam os recursos de processamento necessário e os recursos subutilizados são

ofertados à outra organização que esteja demandando-os naquele momento, sem qualquer prejuízo àquela companhia. Desta maneira, o prestador de serviço poderá otimizar os recursos disponível de uma empresa para outra, em função da demanda momentânea.

A computação em nuvem também possibilita que os empregados do contratante utilizem as informações e dados em qualquer parte do mundo, a qualquer momento e de qualquer plataforma (móvel ou não). Anteriormente eram comuns ambientes corporativos com provedores próprios e que não permitiam o acesso fora de um determinado perímetro/local, mas atualmente mesmo as companhias que não adotam a *cloud computing* disponibilizam o acesso remoto.

Como acesso pela nuvem o trabalho colaborativo é fortalecido, permitindo com que os empregados de diversas áreas da organização possam acessar e modificar documentos durante 24 horas por dia, 7 dias na semana, estejam eles, por exemplo, no Brasil, Europa ou no Japão, o que conseqüentemente aumenta a produtividade empresarial.

Os negócios sazonais ou cíclicos, que não precisam constantemente de grande capacidade de processamento podem contratar o serviço de computação em nuvem por um período específico e de acordo com a sua necessidade, sem precisar realizar grandes investimentos em computação e pessoal, bem como contratar um serviço superestimado para os seus negócios.

Quanto ao risco de perda de dados com a adoção da computação em nuvem nota-se que ele é reduzido. Os processadores do prestador de serviço são muitos, sendo que existe estrutura de *hardware* específica para realização de *backups* periódicos, caso contratado. O fornecedor do serviço também pode ser responsabilizado pela perda de conteúdo armazenado pelo seu cliente, o que deve ser tratado contratualmente. Acrescenta-se a isso o tráfego de equipamentos periféricos com informações da empresa (exemplo: *pen drives*), algumas delas altamente confidenciais e que poderiam colocar em risco as estratégias empresariais, o que é reduzido com a implantação do *cloud computing*.

Outra vantagem da adoção da *cloud computing* que alguns autores citam, dentre eles, Menken (2008, p. 15), é a eficiência energética das

empresas de *cloud computing*. A energia despendida com um grande centro de armazenamento e processamento de dados destinado à prestação do serviço de computação em nuvem é inferior à utilizada em vários centros de processamento de dados tradicionais, posto que aqueles dispõem de programas de eficiência energética e buscam consumir energia limpa ou estão instaladas em localidades onde a temperatura é baixa, visando reduzir a utilização de resfriadores das máquinas. Neste sentido Menken (2008, p. 18-19) diz que:

[...] cloud computing can also achieve energy efficiency for organizations. It is more efficient for power hungry servers to all be in one location so that data center managers can better optimize them using power saving procedures. This can be achieved through a variety of methods, which could include timed power saving modes on servers to reduce power usage, or even being located near a renewable energy source.

Finalmente, mas não menos importante, deve-se abordar a disponibilidade. No antigo modelo de servidor de propriedade da empresa quando ocorre falha de qualquer componente de *hardware* corre-se o risco do servidor ficar diversas horas indisponíveis até que o *hardware* seja substituído. Já no caso da computação em nuvem quando ocorre falha de *hardware* a máquina é automaticamente realocada em questão de segundos, o que torna o impacto (*downtime*) imperceptível para os usuários, não prejudicando as atividades e faturamento da companhia.

2.2.2 - Riscos

Em contrapartida também existem desvantagens na utilização da computação em nuvem como a possibilidade de vazamento de informações. Por isto, é essencial que a equipe responsável pela sua contratação realize análise detalhada, buscando maximizar as garantias oferecidas pelo provedor do serviço.

As empresas interessadas em implantar a *cloud computing* devem

ter em mente que não terão controle exclusivo sobre os dados e/ou informações na nuvem, não podendo assim adotar medidas técnicas e organizacionais no que tange, por exemplo, à disponibilidade do conteúdo, confiabilidade, integralidade e portabilidade do conteúdo, o que fica à cargo do prestador do serviço, de acordo com o previsto em contrato.

Também existe o risco de perda de dados e/ou informações sensíveis pela empresa contratante, o que pode impactar diretamente nos seus resultados. Assim sendo, é importante conhecer o plano de *backup* do fornecedor do serviço, mas muitos fornecedores negam-se a fornecê-lo, alegando tratar-se de informação confidencial.

Outro ponto crítico de qualquer serviço de computação em nuvem é a segurança da informação (incluída a privacidade), principalmente nos dias atuais que tanto se abordam questões relacionadas ao vazamento e roubo de conteúdo. Sobre a segurança da informação, Menken (2008, p. 110) afirma: [...] *when in the cloud, an organization can lose their ability to keep track of resources: this includes who controls them and who is currently using the resources.*

Em termos de segurança da informação muitos tópicos podem ser discutidos, como nos ensina Salas (2013), dentre os quais ele enumera a integridade e atualização dos sistemas, a proteção das informações armazenadas e em trânsito e os procedimentos recuperação de dados frente a desastres.

Isto pode ser abordados tanto no contrato de *cloud computing* como no SLA – *Service Level Agreement* (ou Acordo/Contrato de Nível de Serviço), o qual deve constar como anexo daquele contrato. Sobre o SLA Montero (2013, p. 43) afirma: *que neles os provedores do serviço [...] se comprometem a llevar un control de la seguridad de la aplicación y la infraestructura, así como la privacidad de la información almacenada en sus instalaciones [...].*

Quanto à confiabilidade do conteúdo armazenado é importante ressaltar que mesmo que o contrato possua cláusula específica de confiabilidade, o provedor pode ser obrigado por ordem judicial à disponibilizá-las e/ou revelá-los. Desta maneira, é importante que o

contratante tenha conhecimento da legislação de proteção de dados dos países onde terá seu conteúdo processado e/ou armazenado, o que será abordado oportunamente.

A localização dos servidores que armazenam e processam o conteúdo do contratante também deve ser verificada. Os *Cloud Computing Providers* buscam localidades mais convenientes e eficientes (em termos de mão de obra, energia etc), todavia o ponto de atenção para o contratante está no fato de que, como nos ensina Brandshaw et. al (2010, p. 5) *ocustomer's data may be stored or processed in one or more locations that are in another country and jurisdiction*, o que posteriormente pode acarretar problemas para o constante.

Também é importante a disponibilização efetiva da internet. Com o crescimento da utilização da internet e a migração de muitos recursos de informática para a nuvem, podem ocorrer falhas que impossibilitem o acesso de parte ou de todo o conteúdo armazenado pelo contratante na nuvem. Infelizmente as interrupções têm sido maiores do que o desejado, o que prejudica a organização que disponibiliza os seus dados no ambiente virtual e gera prejuízo à realização de suas atividades, dentre elas, o atendimento aos clientes, o que impacta diretamente no faturamento da companhia.

Enfim, a computação em nuvem tem evoluído consideravelmente, inclusive trazendo novos serviços aos seus clientes. Juntamente com essa evolução muitos pontos positivos e oportunidades de melhoria têm surgido, os quais devem ser avaliados com cuidado pelos potenciais clientes do serviço de computação em nuvem.

2.3 - Modelos de Implantação

Quanto aos modelos básicos de implantação de computação em nuvem existem: nuvem privada, pública, híbrida e comunitária.

A nuvem privada(ou nuvem interna), tipicamente o primeiro passo de uma grande empresa no que se refere à *cloud computing*, é aquela cuja infraestrutura é adquirida e gerenciada pela própria organização, ou por terceiro, mas operada em benefício exclusivo daquela organização

(utilização exclusiva da empresa e pelos usuários autorizados). Esse tipo de nuvem acarreta custos de desenvolvimento, implantação e manutenção relevantes.

Essa nuvem pode ser hospedada pela própria empresa ou por um provedor de serviço. Apesar da mínima dependência da empresa que adota esse modelo com relação a empresas e órgãos externos, ainda assim ela será dependente da internet pública, posto que para acessar a nuvem é necessária a sua utilização. A nuvem privada apresenta como principal vantagem o maior controle de segurança.

Já a nuvem pública é disponibilizada publicamente, sendo seus recursos de infraestrutura (*hardware* e/ou *software*) utilizados por diversos usuários. Assim, o conteúdo e os *softwares* dos usuários ficam armazenados conjuntamente. Trata-se de serviço que é oferecido por grandes empresas multinacionais. Geralmente possui baixo custo, economia de escala e gerenciamento simplificado. Ao tratar desta nuvem, Montero (2013, p. 48) nos ensina que:

Es recomendable comenzar el despliegue de servicios bajo los denominados “Cloud públicos” con proyectos sencillos que manejen información del negocio de baja sensibilidad para que, en un futuro, una vez evolucionados los servicios de carácter más complejo, puedan operar con información más crítica para el negocio.

A nuvem comunitária, geralmente o primeiro passo adotado por empresas de pequeno e médio porte, é aquela compartilhada por diversas empresas com princípios e interesses comuns, como, por exemplo, requisitos de segurança e política, podendo ser administrada por algumas ou todas as organizações que dela fazem parte ou até mesmo por terceiro por elas designado.

Aguilar (2013, p. 41) afirma que a nuvem comunitária é aquela compartilhada por empresas com “funções ou propósitos comuns”. Ele nos ensina que:

Una nube comunitaria (community) es aquella nube que ya sido organizada para servir a una función o propósito común.

Puede ser para una organización o varias organizaciones, pero que compartan objetivos comunes como su misión, políticas, seguridad o necesidades de cumplimiento regulatorios (compliance).

A nuvem híbrida(ou computação em ondas) tem a sua estrutura composta por mais de uma modalidade de nuvem. A nuvem privada, por exemplo, pode ter seus recursos aumentados a partir dos recursos disponibilizados na nuvem pública. Nesse caso o nível de serviço desejado pode ser mantido mesmo que ocorram alterações rápidas das necessidades de recursos do usuário.

Millard (2013, p. 5) cita o seguinte exemplo de nuvem híbrida: [...]*an organization with a private cloud may ‘cloud burst’ processing activities to a public cloud for ‘load balancing’ purpose during times of high demand.*

2.4 - Modelos de serviço

Já quanto aos modelos de serviço (ou de negócios), os teóricos destacam os três principais modelos de serviço de *cloud computing*: infraestrutura como serviço, plataforma como serviço e *esoftware* como serviço.

No primeiro caso, também conhecido como *Insfrastructure as a Service* – IaaS, Valenzuela e Montoya (2012, p. 32) afirmam que:

esta modalidade se caracteriza por el alquiler al consumidor o usuario de la infraestructura que tiene el proveedor de servicio, en términos de capacidad de almacenamiento, capacidad de procesamiento y servicios de redes, entre otros, lo que implica que el consumidor puede hacer uso de aplicaciones, e incluso puede participar en el desarrollo de las mismas, según sus necesidades.

[...]el fin principal de este modelo es evitar la compra de recursos informáticos por parte de los suscriptores, ya que el proveedor ofrece estos recursos como objetos virtuales accesibles a través de una interfaz de servicio.

Para Aguilar (2013, p. 41), *el proveedor ofrece al usuario recursos como capacidad de procesamiento, de almacenamiento o comunicaciones, que el usuario puede utilizar para ejecutar cualquier tipo de software, desde sistemas operativos hasta aplicaciones.*

A plataforma como serviço (*Platform as a Service – PaaS*), para Valenzuela e Montoya (2012, p. 31) é aquele que:*[...] ofrece la posibilidad de utilizar los sistemas del proveedor (tanto hardware como software) para desplegar la actividad de la Nube. Esto es, brinda acceso a aplicaciones desarrolladas por el usuario ubicadas en las plataformas de los proveedores se servicio.*

Para Menken(2008, p. 28), *[...] many small tech companies need a platform from which to process their customized code. Platform as service offers these organizations this hability while saving huge amounts of money that would otherwise be sent on hardware resources.*

O terceiro modelo de serviços citado é o *software* como serviço, ou *Software as a Service – SaaS*, no qual os aplicativos de interesse do usuário ficam armazenados na nuvem (ex. Office), sendo que todo o gerenciamento, manutenção e atualização fica sob a responsabilidade do provedor de serviço.

Sobre este modelo, Valenzuela e Montoya (2012, p. 30) afirmam que:

[...] es la modalidad tradicional y más común de los servicios de la Nube. Se caracteriza por la prestación, mantenimiento y operación de servicio que se presenta al cliente [...]. El cliente usa las aplicaciones del software y los recursos computacionales bajo demanda [...]. La seguridad del sistema es controlada por el proveedor del servicio [...].

Exemplo do modelo SaaS é o e-mail *online* que permite ao usuário armazenar um grande volume de informações, sem a necessidade de possuir muitos servidores com grande capacidade de processamento.

Para Montero (2013, p. 30) o modelo de negócios SaaS é atualmente o mais adotada em função da *velocidad y la facilidad con la*

que se pueden adquirir y consumir las aplicaciones.

Nota-se que cada modelo de serviço acarreta diferentes responsabilidades jurídicas por parte do contratante e do contratado. Desta maneira, é importante que essas constem no contrato de prestação de serviço de *cloud computing*, devendo também ser incluídas nesse documento todas as informações relacionadas à capacidade do serviço, como nos ensina Salas (2013), evitando posteriores desentendimentos entre as partes:

Dependiendo del tipo de infraestructuras, deberá reflejarse los umbrales máximos de capacidad del servicio contratado (registros, instancias de software, número de usuarios, usuarios concurrentes, ciclos de CPU, ancho de banda, capacidad de almacenamiento, Memoria RAM, transferencia de datos...) [...].

Os três modelos de serviços abordados são aqueles tratados pela maioria dos teóricos do assunto em estudo, mas existe a tendência de criação de novos modelos no futuro, de acordo com a ampliação dos serviços ofertados pelos provedores do serviço de computação em nuvem.

2.5 - Dos serviços prestados pelas empresas de *cloud computing*

Os principais serviços ofertados pelas companhias de *cloud computing* são o armazenamento e processamento de arquivos, *backups* e a disponibilização de *softwares*.

No que tange ao armazenamento os fornecedores asseguram que é possível guardar qualquer tipo de arquivo, seja documento, planilha, música, foto, apresentação etc, trazendo de maneira confiável, com plena disponibilidade ao contratante e à baixo custo.

A disponibilização, gerenciamento e atualização de aplicativos também são oferecidos por alguns fornecedores de *cloud computing*, permitindo que os colaboradores da companhia contratante acessem os *softwares* e informações que necessitam, reduzindo gastos, por exemplo,

com a aquisição e atualização contínua de aplicativos nas máquinas utilizadas pelos empregados da companhia.

Também relacionado a *software*, existem *Cloud Computing Providers* que se dispõem a desenvolver aplicativos de acordo com as necessidades dos contratantes. Arelado à esse serviço está a atualização, manutenção e gestão do aplicativo customizado que será disponibilizado na nuvem.

Outro serviço ofertado é a confiabilidade dos dados e informações disponíveis na nuvem. Sem dúvida alguma, nenhum fornecedor de *cloud computing* pode garantir 100% de confiabilidade, mas eles têm aumentado cada vez mais suas ações e investimentos relacionados à segurança, posto que esse é um dos requisitos essenciais para as empresas contratantes.

Mais um importante serviço oferecido é a disponibilidade das informações 24 horas por dia, durante 7 dias na semana, com o menor índice de instabilidade possível. Esse serviço, também deve ser abordado contratualmente, sendo estabelecidas metas de estabilidade do serviço e sanções para o caso do indicador não ser atingido.

Além disso, geralmente os fornecedores de computação em nuvem oferecem o suporte da sua equipe técnica. Com a adoção da computação em nuvem as equipes de tecnologia da informação da empresa contratante tendem a ser reduzidas, sendo importante que o fornecedor do serviço disponibilize suporte seja telefônico ou físico, visando sanar eventuais problemas ou dúvidas operacionais dos usuários, principalmente os que não podem ser solucionados pela equipe interna de TI do contratante.

Assim sendo, nota-se que existe uma infinidade de possibilidades de combinação de serviços a serem contratados, podendo inclusive serem desenvolvidos serviços personalizados. A configuração ideal de serviços varia de organização para organização e deve ser analisada detalhadamente pela equipe responsável do contratante.

Frente ao exposto, é possível constar que o mercado de computação em nuvem está em plena expansão e que oferece ótimas oportunidades de negócio. Com isso, as empresas que pretendem implantar essa tecnologia devem analisar quais os serviços que realmente necessitam

para poderem usufruir desse serviço que oferece vantagens aos mais diversos tipos de negócios empresariais.

3 - O Contrato de Computação em Nuvem

A relação entre os provedores de *cloud computing* e seus clientes pode gerar conflitos, principalmente por envolver um serviço de tecnologia de ponta e segurança da informação. Por isso, para que as empresas utilizem o serviço de computação na nuvem é aconselhável que seja firmado um contrato com o prestador do serviço. Quando se trata de empresa de grande porte, foco do presente estudo, é ainda mais importante um contrato claro e bem redigido, tendo em vista a grande quantidade de dados e informações sensíveis que serão transferidas para a nuvem, os quais envolvem desde desenvolvimento de produtos até informações pessoais de colaboradores e clientes.

Geralmente quando o contratante é uma grande organização o contrato de serviço pode ser customizado, visando atendimento aos seus objetivos e metas específicos, o que não ocorre quando o contratante é pessoa física ou empresa de pequeno porte, os quais estão sujeitos tão somente à prestação de um serviço padrão, sem qualquer adaptação, o que será posteriormente detalhado.

Ademais, nos contratos firmados por grandes corporações é necessária a presença de requisitos essenciais a todos os tipos de contrato como as partes e o objeto do serviço. Entretanto, deve ser realizada uma análise detalhada dos requisitos importantes para ambos contratantes, os quais devem ser debatidos e após entendimento devem constar no contrato. Por exemplo, alguns itens a serem tratados são a privacidade das informações, a interrupção no fornecimento do serviço e a segurança do conteúdo. Sobre este assunto, Millard (2013, p. 79) alega que:

Generally, bigger users, particularly from regulated industries, try to negotiate more. Some even require contracts to be on their standard IT services or outsourcing terms, on a 'take it or leave it' basis. Such users, mainly government bodies and financial institutions, may have more purchasing

power. Also, their internal procedures may make it difficult and time-consuming to contract on terms other than their own (eg, bank may require director sign-off for changes to their standard terms). To secure such users' business quickly, some providers may accept the user's terms, even though some terms may not be cloud-appropriate.

3.1 - Partes contratuais

No que se refere às partes que constituem o contrato de *cloud computing* pode-se identifica-las como a empresa fornecedora do serviço ou CSP – *Cloud Services Providere* o cliente que utilizará o armazenamento em nuvem.

O contratante é a parte interessada em adquirir o serviço ofertado pelo fornecedor e que está disposto a firmar o contrato de *cloud computing*, visando beneficiar-se dos serviços prestados pelo contratado, mediante pagamento (vale lembrar que o contrato também pode ser gratuito, como já tratado). Ele pode ser uma pessoa natural ou pessoa jurídica, o que influencia diretamente na possibilidade de discussão e negociação de cláusulas do contrato em estudo. As grandes empresas, dentre elas bancos e empresas públicas, possuem maior poder para discutir as referidas cláusulas, podendo assim customizar, pelo menos em parte, o contrato de computação em nuvem. Essa também é a opinião de Brandshaw et. al (2010, p. 2): *[...]large comercial or Government Cloud contracts, such T&C are likely to be negotiated and tailored to fit the specific requirements of the customer.*

Porém, a customização contratual é difícil de ocorrerem quando os contratantes são pessoas físicas ou empresas de médio e pequenoporte, que geralmente firmam contratos sem qualquer modificação, ou seja, aderem a um contrato de adesão.

Enfim, Planas (2012) afirma que:

Es importante diferenciar entre el caso de una pequeña o mediana organización, que elegirá entre los diferentes contratos ofrecidos en el mercado, y una gran organización,

que estará en situación de negociar las cláusulas. [...] Cuando los servicios de CLOUD son requeridos por grandes clientes, es decir, grandes empresas y AAPPs la negociación está garantizada, implicando el redactado de contratos específicos y adaptados.

Igualmente, conviene destacar que incluso cuando un cliente no puede negociar diferentes condiciones de un contrato con un proveedor específico, el cliente todavía es libre de elegir entre las diferentes ofertas del mercado. Por tanto, en el caso de una PYME o micro-PYME las recomendaciones para cláusulas contractuales específicas deben entenderse como preferencias entre ofertas del mercado.

Com base nestas ideias Planas (2012) elaborou o quadro abaixo que explica bem a situação citada acima:

Quadro 1: CSP – Cliente

CSP	Cliente
<i>GRAN EMPRESA: Gran capacidad para negociar o imponer cláusulas en el contrato.</i>	<i>PYME: Faltao debilidad en la capacidad para negocial cláusulas en el contrato.</i>
<i>PYME: Debilidad en la capacidad para negociar cláusulas del contrato.</i>	<i>AAPP o GRAN EMPRESA: Puede negociar cláusulas del contrato.</i>
<i>IGUAL TAMAÑO: Ambas pueden negociar las cláusulas del contrato.</i>	<i>IGUAL TAMAÑO: Ambas pueden negociar las cláusulas del contrato.</i>

* Adaptación de ENISA (European Network and Information Security Agency) - Computación en la nube. Beneficios riesgos y recomendaciones para la seguridad de la informacion. Noviembre de 2009.

** El criterio de TIPO de EMPRESA, en la práctica puede sustituirse por VOLUMEN de NEGOCIO a proporcional por el Cliente al CSP.

Obs. CSP = *Cloud Service Provider*; PYME = pequena e média empresa; AAPP = *Administraciones Públicas*.

Entretanto, Winkler(2012) ao tratar dos fornecedores de computação em nuvem faz uma colocação interessante, mostrando que caso seja necessário firmar um contrato personalizado de *cloud computing*, provavelmente serão encontrados poucos fornecedores dispostos a negociar as cláusulas, mesmo que o potencial cliente seja uma grande companhia:

[...] If you need a tailored contract, you immediately eliminate a number of suppliers. The bulk of cloud services are less likely to involve tailored contracts than traditional hosting or outsourcing contracts. The economics of the cloud computing service provider model (both provider and client) make that the case.

Finalmente, destaca-se que, sobre o cliente Valenzuela e Montoya (2012, p. 49) afirmam que *estas características del tipo de cliente al que se dirige el servicio Cloud tienen directa relación con el modelode negocio que se adopte (natureza del servicio), e inclusive también con la calidad de un contrato oneroso o gratuito.*

Já quanto ao contratado, que é o provedor de serviço de nuvem, nota-se que na grande maioria das vezes trata-se de uma pessoa jurídica, mas nada impede que seja também uma pessoa física, desde que possua toda a infraestrutura e os demais recursos necessários para o fornecimento do objeto do contrato. Entretanto, na pesquisa realizada para a elaboração desse estudo não foi encontrado provedor pessoa física que ofereça esse tipo de serviço à nível mundial. Geralmente os *Cloud Computing Providers* são empresas multinacionais de grande porte, como Microsoft e Amazon.

3.2 - Objeto do contrato

O detalhamento do objeto deve ser realizado de acordo com o

modelo de serviço a ser adotado. Por exemplo, o objeto do contrato de prestação de serviço de aplicativo (SaaS) é diferenciado daquele contrato que visa disponibilizar tão somente a infraestrutura (IaaS). Todavia, basicamente em todos os tipos de serviço o objeto básico é o armazenamento e processamento de dados e/ou informação, sendo que o objeto secundário pode variar conforme citado.

De qualquer maneira, vale destacar que é muito importante a descrição do objeto do contrato em estudo, conforme nos ensina Salas (2013):

[...] una buena descripción detallada del servicio permite una correcta calificación del contrato que constituye una labor insertada dentro de la interpretación del mismo y mostrar el fin jurídico que los contratantes pretenden alcanzar.

A descrição e o alcance do objeto do contrato são, em termos práticos, determinantes com relação ao alcance técnico do serviço a ser prestado e o conteúdo das obrigações das partes.

Assim sendo, o contratante deve estar atento não somente as suas necessidades e à capacidade de disponibilização do serviço pelo provedor, mas também para os termos do contrato de prestação de serviço, o qual regulará a relação entre as partes e trará esclarecimentos sobre o escopo do serviço contratado.

3.3 - Algumas cláusulas contratuais mais relevantes

Ao utilizar um programa de computador ou um serviço prestado através da internet o usuário, pessoa física ou jurídica, deve aceitar o acordo ou contrato proposto pela empresa fornecedora. Isso também ocorre com a computação em nuvem, na qual o cliente acorda com os termos do contrato de prestação de serviço apresentado pelo seu fornecedor, caso contrário não terá acesso aos serviços ofertados.

Geralmente quando os clientes do serviço de *cloud computings* são grandes empresas alguns termos são discutidos e negociados. Entretanto, para pequeno-médias empresas e consumidores finais os provedores

de serviço lhes oferecem pacotes de serviço e contratos padrões. Por exemplo, quando os consumidores se cadastram em um serviço de armazenamento de informações em nuvem, como, o “MEGA”, o usuário clica em aceitar os termos do serviço, não podendo alterar qualquer uma das cláusulas propostas, ou seja, trata-se de contrato de adesão.

Mas, qualquer que seja o tipo de cliente a ser atendido através de um contrato de computação em nuvem, este documento deve sempre ser o mais claro possível e ser interpretado de acordo com a intenção das partes. Sobre esse contrato, Valenzuela e Montoya (2012, p. 40) afirmam:

Como característica distintiva de esta contratación se percebe una variedad de contratos que se requieren para que un esquema de Computación en la Nube cumpla las funciones y requerimientos de las distintas partes, proveedores, clientes y usuarios. Esas relaciones jurídicas tienen en principio un interés común de colaboración con el fin de que la información sea protegida en sua integralidad y de que su custodia sea realizada de manera diligente.

Além das variadas cláusulas que podem fazer parte do contrato de *Cloud Computing* ele também deve ser adequado ao modelo de negócio do cliente, ao tipo de cliente (por exemplo, indústria ou governo; pessoa física ou jurídica; pequena, média ou grande companhia), além dos modelos de implantação (nuvem pública, privada, híbrida ou comunitária) e de serviço (IaaS, PaaS e SaaS). Nesse sentido Valenzuela e Montoya (2012, p. 51) sustentam que:

[...] suele haber cierto prototipo de cláusulas comunes en estos contratos y que estas varían de forma específica según cada “modelo de negocio” y cada tipo de cliente. Así encontramos que hay contratos Cloud diferentes para la prestación de un servicio SaaS, PaaS e IaaS y para cada uno también si el objetivo del mercado (cliente final) es un individuo, un servicio de prestaciónn média o un servicio corporativo o público, de una pequeña comunidade de personas o de grandes corporaciones.

Em 2008 foi criada a CSA – *Cloud Security Alliance*, organização sem fins que estuda a computação em nuvem. O capítulo italiano, publicado em 2012 com o título *Cloud Computing Standard Contractual Clauses: contractual standards as enabling factors for cloud computing services*, cita como cláusulas relevantes do contrato em análise: a lei aplicável, a jurisdição em caso de arbitragem, limites do poder do provedor do serviço no que tange à modificação de termos contratuais, uso aceitável do serviço – quebra de contrato, segurança, privacidade, exclusão de informações, devolução/retorno de informações, acesso das informações após o término do contrato, responsabilidade do cliente – indenização, responsabilidade do provedor – indenização, portabilidade de informações e *Service Level Agreement*.

No mesmo sentido a ENISA – *European Network and Information Security Agency*, centro de excelência em segurança de redes e informação da União Europeia, identificou alguns assuntos que devem ser tratados em cláusulas dos contratos de computação em nuvem, sendo elas: a proteção dos dados, disponibilidade e integralidade, normas mínimas de garantia, confidencialidade, propriedade intelectual, negligência profissional e serviços de subcontratação e troca de controle.

Segundo Trappler (2011), citado por Planas (2012), as seguintes áreas merecem especial atenção no contrato em estudo: proteção, segurança e transferência de dados, legislação aplicável, confidencialidade e não divulgação, propriedade intelectual, limitação de responsabilidades e transferência de controle.

Assim sendo, as cláusulas contratuais são muitas, sendo algumas mais relevantes em alguns modelos de serviço e negócio do que em outras. Isto posto, é importante reforçar que no presente estudo serão brevemente tratadas algumas cláusulas consideradas mais relevantes no contrato de *cloud computing*.

Alguns contratos ofertados ao mercado não são denominados Contratos de Computação em Nuvem, mas sim Termo de Uso (geralmente firmados com pessoas físicas ou empresas de pequeno porte), *Terms and Conditions* ou até mesmo no SLA -*Service Level*

Agreement.

Não há dúvidas de que as cláusulas típicas de qualquer contrato devem constar no contrato em estudo, como a qualificação completa das partes e seus representantes legais, local de celebração, duração, renovação, preço, condições de pagamento (data, modo – por exemplo, transferência bancária, implicações do não pagamento de mensalidades – juros de mora, atualização monetária e multa moratória, suspensão e cancelamento do serviço e reajuste), comunicação entre as partes e vigência.

Alguns contratos, principalmente os relacionados a usuários corporativos, foco do presente trabalho, abordam todas as questões relevantes dentro do próprio documento. Entretanto, alguns deles fazem referência à Política de Privacidade, ao SLA – *Service Level Agreement* e/ou à Política de Uso do *Cloud Provider*, os quais fazem parte do contrato. Já alguns contratos focados em consumidores e em pequeno-médias empresas fazem referência ao Termo de Uso do Serviço ou Termos de Serviço (*Terms of Service*), ao SLA, à Política de Privacidade (*Privacy Policy*) e à Política de Uso/Utilização (*Acceptable Use Policy*).

Quanto ao *software*, o contrato deve disciplinar sobre como será realizado o seu fornecimento, manutenção e atualização, além das responsabilidades das partes. Nos contratos que envolvem grandes organizações geralmente o fornecimento de aplicativo não é realizado de forma gratuita, sendo em determinados casos desenvolvidos programas customizados.

No que diz respeito à disposição e segurança dos dados e/ou informações armazenadas na nuvem, cuja importância já foi abordada, destaca-se comentário de Marchini (2010, p. 37):

The contract should set out an obligation upon the provider to comply with a particular security standard. It could be in general terms (such as, ‘the provider will use reasonable efforts to keep data secure’) but it would be better, as far as the customer is concerned, to set out some level of detail about what in fact will be provided.

Este assunto pode ser tratado em disposições separadas ao longo do contrato de *cloud computing*. Ele também pode ser objeto do SLA – *Service Level Agreement* (ou Acordos de Nível de Serviço).

A cláusula de disponibilidade do serviço é muito importante principalmente para o cliente empresarial. Ela assegura que o contratado disponibilizará o serviço contratado, se possível, 24 horas por dia, 7 dias por semana. Entretanto, como isto é praticamente impossível, geralmente são estabelecidos índices de performance de acordo com a eficiência do provedor, por exemplo, 97% ou 99%. Outrossim, alguns fornecedores descrevem contratualmente situações excepcionais nas quais poderão não disponibilizar o serviço, como, falta de energia, caso fortuito ou força maior e interrupção no fornecimento da internet.

Na cláusula de disponibilidade também podem ser acordados os horários para realização de manutenção, melhoria e atualizações pelo *Cloud Computing Provider*, gerando assim o menor impacto possível nas atividades do contratante. Normalmente as empresas que possuem atividade comercial entre 9 e 18 horas preferem que as referidas atividades sejam realizadas à noite e/ou nos finais de semana. Entretanto, também se deve considerar o horário de processamento e *backup* das informações, para que estas atividades não sejam prejudicadas.

A integridade do conteúdo está atrelada à responsabilidade do contratado pelo armazenamento e conservação. Brandshaw et. al (2010, p. 21) dizem que o material disponibilizado na nuvem deve estar seguro *against loss, be it loss of integrity or availability (resulting, for example, from corruption or deletion) or loss of confidentiality (due perhaps to a security breach or an unauthorised disclosure) [...]*.

Muitos provedores de serviço não admitem a inclusão desta disposição contratual, principalmente aqueles que prestam serviço de forma não remunerada. Neste caso, eles no máximo se comprometem a realizar o “melhor esforço” para manter a integralidade das informações na nuvem, o que faz com que caso ocorra qualquer perda eles não sejam responsabilizados.

Eventualmente ocorrem falhas nos servidores dedicados à

nuvem, apesar dos provedores de serviço não confirmarem tal fato. Uma das maneiras de minimizar o impacto dessas falhas é assegurar contratualmente que o conteúdo da nuvem seja armazenado em diferentes máquinas virtuais, reduzindo assim o risco de perda de dados e/ou informações.

A proteção e a privacidade do conteúdo armazenado na nuvem são elementares em todos os contratos de *cloud computing*, visto que caso não haja previsão contratual a esse respeito, teoricamente o fornecedor poderá utilizar e/ou repassar as informações à terceiros.

Com relação à cláusula de proteção dos dados, Montero (2013, p. 56) assegura que elas *deben ser redactadas de forma que provean un completo soporte a las obligaciones del usuário en el marco legal de la protección de datos de carácter personal que le sea de aplicación*.

Em alguns casos, a proteção dos dados é objeto de documento específico e detalhado, integrante do contrato de computação em nuvem, o que reforça a sua relevância.

Para preservar a privacidade das informações e dados armazenados e processados na nuvem, pode-se exigir contratualmente que o fornecedor de serviço registre as atividades realizadas (*logs* efetuados com data e hora) durante um determinado prazo, o que possibilita resposta rápida e precisa no caso de incidente. Os *logs* podem ser disponibilizados ao cliente, mas nunca devem ser alterados por ele ou pelo provedor. Também pode ser acordado que o provedor do serviço realizará testes aleatórios da disponibilidade dos *logs* com o envio do resultado ao cliente, para acompanhamento.

Também pode ser discutida entre os contraentes a cláusula que preveja que o cliente será notificado à respeito de requerimentos legais e administrativos para fornecimento de conteúdo, informando inclusive o que foi disponibilizado, quando e para qual autoridade legal. Exceção deve ser feita aos casos que a autoridade legal proíbe que tal comunicação seja realizada, por exemplo, quando é necessário preservar a confidencialidade de uma investigação criminal. Sobre isso, Trappler (2010) afirma que:

The goal is to make the service provider responsible for notifying the institution as soon as they receive any such request, ideally before they provide access to any of the institution's data, and to cooperate with the institution's efforts to manage the release of such data.

Outra cláusula importante é a de confidencialidade, dado que os empregados e subcontratados do *Cloud Provider* podem ter acesso a informações sensíveis do cliente, devido ao desempenho de sua função (manutenção, administrativa, técnica etc). Geralmente os provedores procuram conscientizá-los desse assunto, sendo que alguns deles solicitam que os colaboradores e contratados firmem termo de compromisso sobre o tema.

Chama-se atenção para o fato de que a confiabilidade do contrato de computação em nuvem não está restrita somente aos dados e informações armazenados na nuvem. Ela deve abranger inclusive, por exemplo, os documentos trocados entre os contratantes, as conversas e entendimentos, bem como o modelo de negócio adotado.

Ademais, os contraentes também devem discutir a responsabilidade do provedor do serviço por qualquer atuação dolosa ou negligente que tenha sido realizada pelos seus funcionários ou subcontratados e que seja contrária à cláusula contratual de confidencialidade.

No que diz respeito aos subcontratados é relevante negociar a possibilidade do provedor de computação em nuvem contratá-los ou não, o que deve estar previsto no contrato de serviço. Pode ser acordado, por exemplo, que os subcontratados somente serão admitidos à título eventual e mediante aprovação expressa do cliente. Nesse caso, também devem ser acordadas condições de segurança aplicáveis aos subcontratados. Algumas empresas solicitam que lhes sejam informadas a identidade destes, bem como informações sobre troca de pessoal pelo provedor, o que deve constar no contrato de prestação de serviço. Sobre isso Montero (2013, p. 137) lembra que: *los subprocesadores están sujetos a los mismos deberes contractuales que el proveedor en la nube.*

Outro assunto relevante a ser tratado pelos contraentes é alei aplicável ao contrato, posto que os dados e/ou informações podem ser

armazenados em diversos países. Sobre isso Trappler (2010) no ensina que *different countries, and in some cases even different states, have different laws pertaining to data.*

Após análise de diversos contratos de *cloud computing* Brandshaw et. al (2010, p. 17) afirmaram que a lei aplicável a este tipo de contrato na grande maioria das vezes está relacionada à uma jurisdição, a qual *is typically the jurisdiction in which the provider has its principal place of business, but in the case of some providers (typically ones with international operations) the T&C may specify that differing legal systems apply depending on the location of the customer.*

Contudo, na prática é difícil o *Cloud Provider* aceitara cláusula de legislação aplicável, posto que a grande maioria dos provedores dispõe de infraestrutura em diversos países, de acordo com o baixo custo de manutenção, custo e disponibilidade de energia e os recursos tecnológicos, o que torna difícil customizar o atendimento no que se refere a esse assunto.

Entretanto, quando se trata de grandes empresas contratantes Brandshaw et. al (2010, p. 18) destacam:

A large corporate customer would presumably seek to tailor a cloud contract to ensure that it was not subject to a legal system the customer felt inappropriate; while for government customers, or other public-sector bodies, subjecting themselves to a foreign law will often be completely unacceptable.

Os contraentes também devem escolher a jurisdição que será responsável por aplicar a legislação eleita pelas partes. No Brasil, ao elege a legislação nacional as partes também elege a jurisdição brasileira como competente para tratar de eventuais conflitos. Neste caso o que pode ser alterado é o foro, sendo que geralmente os *Cloud Provider* solicitam que seja São Paulo ou Rio de Janeiro. Mas, como afirmam Brandshaw et. al (2010, p. 18), *providers generally specify a jurisdiction compatible with the specified legal system.*

Especialmente quanto à lei aplicável ao contrato e à eleição da

jurisdição pelas partes Planas (2012) afirma que:

[...] la decisión definitiva termina por determinar de la capacidad de negociación de las partes, de modo que la empresa (CSP o cliente) que goce de una posición preponderante, termina imponiendo las condiciones que le sean más convenientes.

Sendo eleita a arbitragem para resolução de conflitos as partes devem escolher a regulamentação que será aplicada. Sobre isso Brandshaw et. al (2010, p. 17) afirmam que os contratos que elegem a arbitragem como meio de solução de conflito geralmente escolhem uma determinada jurisdição e definem a legislação desta jurisdição para reger a relação das partes em caso de instauração de conflito.

Sobre a legislação de *cloud computing* Montero (2013, p. 60) assegura que:

[...] las cláusulas contractuales tipo y los acuerdos de nivel de servicio necesitan un mayor desarrollo jurídico-legal, y también es un dato absolutamente constatable la absoluta necesidad de la evolución de una normativa tanto comunitaria, como nacional que clarifique las relaciones jurídicas derivadas de la prestación de los servicios de la nube, así como los derechos e obligaciones de todos y cada uno de los partícipes en la prestación de los mismos.

Em alguns países não existe legislação específica que trata de *cloud computing*. Outros países possuem legislação bem desenvolvida sobre o tema, como a União Europeia. Os Estados Unidos, por exemplo, possui regulamentação que autoriza que o país tenha acesso a qualquer tipo de informação armazenada e processada no país, desde que por razões ligadas à segurança nacional.

Desta feita, é prudente que a discussão acerca de uma legislação sobre computação em nuvem seja aprofundada globalmente, o que pode ocorrer através de órgãos internacionais, já que impacta todos os países e também a legislação internacional.

Um tema muito importante à ser abordado no contrato em estudo

é a propriedade intelectual e industrial. Segundo Planas (2012), ela:

asegura que el acuerdo de servicio no implique nunca la cesión de ningún derecho de propiedad intelectual a favor del CSP [Cloud Service Provider], que ha de comprometerse a no efectuar ningún tratamiento, ceder o facilitar el acceso a los contenidos del cliente, en favor de terceros, ya sea de forma parcial o en su totalidad, en ninguna forma ni por ningún medio.

A propriedade intelectual e industrial também deve ser abordada no contrato de *cloud computing*. Ela está relacionada ao direito de autor, à patente, à marca e ao desenho industrial. Geralmente é acordado que todos os *softwares* e dados e/ou informações que o cliente disponibiliza na nuvem serão de sua exclusiva propriedade.

Valenzuela e Montoya (2012, p. 40) nos ensinam:

El tratamiento de la información en la Nube y los resultados de ese procesamiento pueden ser amparados por el secreto empresarial y eventualmente por la propiedad intelectual. Lo anterior en cuanto a que la protección tradicional de los programas de computación y las bases de datos, fundamento estructural de la Nube, se realiza por vía de los derechos de autor por asimilación a las obras literarias. El uso de los programas y las bases de datos produce unos resultados diferentes a los datos inicialmente introducidos. La principal cuestión radica en si la opción de proteger tales resultados está en cabeza del titular original de la información o si el proveedor de servicios Cloud que detenta derechos sobre el software y las bases de datos puede apropiarse de los resultados.

Todavía, o modelo de serviço eleito pelo cliente pode dificultar a delimitação da cláusula de propriedade intelectual e industrial, como bem esclarece Planas (2012):

- IaaS (Infraestrutura como Serviço): Dicho modelo de entrega, equivale a contratar un servidor virtual

completamente vacío. Solo dispone del sistema operativo. Por tanto, todo su contenido será del cliente. Al CSP [Cloud Service Provider] no le corresponde derecho alguno.

- PaaS (Plataforma como Servicio): En este caso, además del sistema operativo suele incorporar una BB. DD. [Base de Datos], utilitarios de programación, “web service”, etc. Todas las aplicaciones que desarrolle el cliente con esas herramientas de programación u otras que adicione, junto a sus datos asociados, serán de su propiedad y no generaran derecho alguno a favor del CSP.
- SaaS (Software com Servicio): En este caso, el cliente se limita a utilizar una aplicación o conjunto integrado de ellas en modalidad de Cloud Computing. Por tanto serán solo de su propiedad, los trabajos y datos en general que allí almacene.

Quanto aos *softwares* desenvolvidos e comercializados por terceiros, utilizados na nuvem, é importante que o contrato de *cloud computing* especifique qual contraente será responsável pelo seu licenciamento, bem como pela sua atualização.

Normalmente as empresas contraentes dividem o ambiente da nuvem com outros clientes da contratada. Nesses casos é importante a adoção e especificação contratual da criptografia dos dados armazenados e transmitidos, bem como o programa de criptografia a ser utilizado (preferencialmente com certificação internacional). Outro assunto a ser discutido é a segregação dos dados, já que alguns especialistas em TI dizem que caso esta atividade não seja realizada eventualmente poderá haver impacto no acesso e recuperação dos dados criptografados.

Quanto ao monitoramento da nuvem pelo *Cloud Computing Provider* muitos contratantes temem que ao realizá-lo o provedor acesse conteúdo restrito e divulgue tanto o conteúdo armazenado na nuvem quanto o resultado do monitoramento. Em contraposição, os provedores asseguram que o monitoramento ocorre somente para que a nuvem esteja dimensionada para as necessidades do cliente, ou seja, o espaço de armazenamento e processamento seja suficiente, o

tempo de resposta esteja satisfatório, a largura da banda (*bandwidth*) esteja adequada etc. Assim sendo, os contraentes devem estabelecer no contrato se o monitoramento será ou não admitido e em caso afirmativo, qual “tipo” de monitoramento estará autorizado.

Questão que também deve ser discutida pelos contraentes é a recuperação de conteúdo no caso de eventual deleção ou alteração indevida. A empresa contratante realizará *backup* das informações e/ou dados armazenados? Em caso afirmativo, esta atividade será realizada com qual frequência?

Outro tema importantíssimo que deve ser tratado no contrato em estudo é a segurança da informação em transferência, ou seja, a segurança do conteúdo do contratante que será transferido entre ele e o provedor do serviço (e vice-versa) através da internet. Esta preocupação se deve ao fato de grandes fornecedores do serviço de computação em nuvem possuem múltiplos *data centers* e desenvolvem as suas próprias redes de segurança.

Pode ser estabelecida contratualmente a realização de auditoria, por exemplo, com relação à integridade do conteúdo armazenado, da segurança da transferência do conteúdo, da performance do serviço e da segurança da infraestrutura do *Cloud Provider*. Essa auditoria deve ser realizada no prestador direto do serviço e nos subcontratados. Entretanto, caso não haja previsão contratual nesse sentido a empresa contratada não está obrigada a admiti-la. Destaca-se que as auditorias são difíceis de serem realizadas, haja vista o grande número de servidores, as diversas localidades onde eles se encontram, além do alto custo envolvido na atividade, o que, contudo, não lhe retira a importância.

Podem-se estipular no contrato de computação em nuvem quais serão as companhias auditoras aptas a realizar o trabalho e a periodicidade da realização da auditoria. O ideal é que a empresa de auditoria seja independente, sendo que caso os dados sejam armazenados em países distintos, sugere-se a utilização do serviço de empresa internacional. Esta empresa deve ser especializada em auditoria de segurança da informação, processamento de dados e computação em nuvem. Quanto ao relatório da auditoria pode ser estipulado que ele será enviado para

um ou ambos contraentes.

Sobre as auditorias Salas (2013) afirma que:

Se debe establecer la posibilidad de realizar o hacer que se realicen, auditorías por entidades independientes solventes y sometidas a flertes políticas de autonomia, ética e independência.

Las auditorias podrán ser totales o parciales de los servicios, podrán ser causa de resolución del contrato.

Caso a auditoria constate que algum destes indicadores ou termo contratual não esteja sendo cumprido, pode-se prever que o contratado terá um prazo para atuar na correção do problema, ser admitida a rescisão contratual, bem como a penalização do provedor, caso a vulnerabilidade ou falha não seja corrigida em tempo hábil.

E quanto à eventualidade do fornecedor deixar de existir ou passar por processo de fusão ou aquisição?

Segundo Trappler (2010):

Cloud computing is still a growing market space made up of both new and well-established companies. The weaker among the newer companies might not have long-term viability, while the stronger ones might ultimately become targets for acquisition. [...], so it is important to contractually mitigate these risks.

Quando se trata de fusão ou aquisição do *Cloud Computing Provider* muitas vezes a nova empresa não tem interesse em manter alguns dos clientes ou as estratégias estabelecidas anteriormente, o que pode acarretar descarte indevido de conteúdo dos clientes ou até mesmo a interrupção do serviço. Assim sendo, deve-se estipular contratualmente que o novo gestor cumprirá as condições contratuais acordadas durante o prazo contratual. Também pode ser acordado que o contratante será notificado pelo contratado sobre a operação realizada (ex. fusão, falência etc), podendo aquele rescindir o contrato caso lhe interesse.

Todavía, Marchini (2010, p. 104) afirma que *the risks of a provider insolvency or breach as it relates to the customer having reliable access to its own data is compounded when the data is not actually in the hands of the provider but instead in the hands of one of its subcontractors.*

Outro assunto que deve constar no contrato de prestação de serviço de computação em nuvem está relacionado à preservação do conteúdo ao término do contrato. O provedor ficará com o conteúdo ou ele deve ser devolvido ao cliente? Ele será enviado ou disponibilizado a outro provedor indicado pelo contratante e/ou ao contratante? Em qual formato? O provedor eliminará o conteúdo de forma segura (inclusive backup)?

Segundo Valenzuela e Montoya (2012, p. 57):

Algunas compañías establecen en los modelos contractuales que la información se quedará en sus servidores durante un tiempo prudencial, en caso de que el cliente quiera volver a acceder al servicio o en algún momento sea relevante para el cliente solicitarla de nuevo al proveedor de servicio. Así mismo, algunas compañías plantean que la información debe ser devuelta al cliente y por lo mismo se deja en los servicios por un término de gracia para que puedan estos regresar por ella. Todo depende de la forma que termine el contrato. Amazon retira este beneficio en caso de una terminación del contrato por incumplimiento contractual.

Quando se trata de companhia com dados ultrasensíveis, como as instituições financeiras, pode ser definido que o contratante (ou terceiro por ele indicado) auditará o contratado ao término do contrato, no sentido de verificar se todos os dados da companhia foram realmente apagados como acordado.

Winkler (2012) acrescenta:

[...] You'll also need to define a plan for how to transfer the data securely between vendors.

Depending on the amount of data involved, you may just move it back to your organization. Then you can upload it to the new supplier. You could also consider transferring it

directly between the two vendors. Whichever method you use, you'll need to ensure the data is secure for each of the transfers, perhaps using encryption for the data while it's in transit.

You'll need to thoroughly consider and manage these factors when drafting, reviewing and approving a contract with a cloud provider. You are entering a potentially long-term relationship, so you'll need to ensure that expectations and responsibilities are sufficiently understood.

Entretanto, nota-se que o prazo de preservação do conteúdo do contratante pelo provedor pode ser radicalmente reduzido caso ocorra quebra do contrato ou de qualquer documento que dele faça parte, como, a Política de Uso. Com relação ao não pagamento pelo serviço contratado por um determinado período, é comum o contratado não se comprometer a manter o serviço contratado, bem como o armazenamento do conteúdo do seu cliente na nuvem.

E caso ocorra uma violação de conteúdo, invasão ou tentativa de invasão? Deve-se discutir previamente cláusula que assegure que o fornecedor comunicará o fato ao contratante, as medidas que tenham sido tomadas e qual conteúdo foi acessado, se for o caso.

Esta também é a opinião de Montero (2013, p. 56): *debe haber un compromiso de notificación inmediata al usuario de cualquier quebra de la seguridad que afecte a datos [...], incluyendo aquellas relativas a los procedimientos utilizados para corregir y mitigar los efectos de la quebra.*

Trappler (2010), no mesmo sentido, afirma que o contrato deve trazer as obrigações do provedor de *cloud computing* quando se trata de invasão de conteúdo:

[...]including to notify, notification timeframe, and provision of pertinent breach details. Additionally, it outlines vendor obligations to describe the circumstances surrounding the breach, corrective actions, and prevention plans.

Of equal importance to the breach notification process, the service provider should be contractually obligated to provide indemnification should the institution's data be accessed

inappropriately.

É importante prever as penalidades por quebra de contrato, como, fornecimento de informação à pessoa não autorizada, não fornecimento da capacidade de serviço contratada, bem como plano de contingência a ser adotado pela contratada. Exemplo de penalidade é a compensação financeira pelos danos causados, o que em determinadas situações torna-se de difícil mensuração e/ou o valor pode tornar-se extremamente elevado, como é o caso do prejuízo causado por acesso de terceiros não autorizado as especificações de desenvolvimento de um produto de alta tecnologia.

Com relação à alteração contratual, verificou-se que nos contratos cujos contratantes são empresas de pequeno-médio porte ou pessoas físicas, geralmente são admitidas alterações unilaterais pelo contratado, as quais o contratante automaticamente se obriga.

Já quando os clientes são grandes companhias, como elas possuem maior capacidade de negociação, é possível que seja acordado que quaisquer alterações contratuais devem ter a anuência prévia e expressa de ambas as partes.

Em relação à responsabilização das partes podem ser discutidas e estudadas cláusulas econômicas e/ou indenizatórias relacionadas ao não cumprimento das obrigações assumidas no contrato de *cloud computing*.

Os contratos geralmente exigem os provedores de computação em nuvem de qualquer tipo de responsabilização, o que pode ser negociado principalmente pelos contratantes de grande porte, como, instituições financeiras e governo.

Os contratos de computação em nuvem estipulam as características básicas do serviço que lhe será disponibilizado, como, o tamanho da memória para armazenamento. Geralmente o acompanhamento dos serviços é realizado pelo *Cloud Provider* e disponibilizado ao cliente.

Com relação às mudanças no serviço ofertado pelo *Cloud Provider*, verifica-se que quando se trata de contratante pessoa física ou pequeno-média empresa elas acontecem à sua mercê. Nestes casos, em regra, o

contratante somente tem conhecimento da alteração se consultar o novo termo de prestação de serviço disponibilizado na página do fornecedor ou se for notificado por e-mail ou outro meio pelo contratado, o que raramente acontece.

Entretanto, quando se trata de grandes empresas como contratante este assunto é debatido entre as partes e objeto dedisposição contratual. Em alguns contratos são estabelecidas classes de mudanças com prazos específicos para notificação antecipada do contratante pelo contratado. Também existem contratos que admitem a sua rescisão caso a mudança realizada pelo *Cloud Computing Provider* impacte substancialmente no serviço ofertado. Nestes casos, deve ser acordado prazo que possibilite que o contratante migre o seu conteúdo armazenado na nuvem do contratado.

A grande parte dos contratos de computação em nuvem trata da possibilidade de suspensão, resolução, rescisão e/ou rescisão contratual. Mas, qualquer dissolução contratual do serviço de *cloud computing*, principalmente no caso do contratante ser uma grande companhia, deve ser muito bem planejada. Quando a iniciativa do término do contrato é deste contratante, ele previamente deve contratar outro fornecedor do serviço ou dispor de *hardware* e *software* próprios para absorver o serviço que até então era prestado pelo terceiro.

Por fim, na conclusão de alguns contratos de computação em nuvem, nota-se a presença de um item relativo a definições, no qual são esclarecidos conceitos de palavras específicas que tenham sido citadas ao longo do documento, o que auxilia a sua interpretação tanto pelos contraentes quanto por juízes ou árbitros.

Enfim, conforme se pode observar brevemente neste estudo são muitas as questões a serem discutidas entre os contratantes, o que pode variar de acordo com as questões a serem discutidas entre os contratantes, com o negócio do cliente, o modelo de serviço e de implantação de computação em nuvem escolhido, além das necessidades do contratante, características e princípios de ambas as partes. De qualquer maneira, a interpretação contratual deve se dar sempre de acordo com a boa fé e a intenção dos envolvidos.

4 - Conclusão

O “mundo digital” é uma realidade que atinge toda a sociedade, sejam as pessoas físicas ou jurídicas. Inicialmente a computação em nuvem pode ter sido mais difundida entre pessoas físicas, entretanto atualmente o seu avanço nas empresas é grande.

Assim sendo, é essencial os profissionais de tecnologia da informação e do departamento jurídico das grandes companhias estejam tecnicamente preparados para negociar e firmar contratos de fornecimento de *cloud computing*.

Neste contexto deve-se conhecer os modelos de serviço e de implantação disponíveis no mercado, bem como as diversas soluções oferecidas pelas empresas prestadoras de tal serviço, as quais geralmente possuem abrangência mundial.

Desta maneira, os contratos de fornecimento do serviço, devem estipular cláusulas que venham de encontro com os interesses de ambas partes, como, por exemplo, segurança, integridade e confiabilidade das informações armazenadas e processados na nuvem, questões relacionadas à propriedade industrial e intelectual e criptografia de dados.

Enfim, a computação em nuvens é uma realidade organizacional e cabe às grandes corporações se prepararem e adaptarem à esta inovação tecnológicas, que lhes fornece muitas vantagens, dentre elas, foco no *core business*, redução de custos, grande disponibilidade de armazenamento e aumento da produtividade e rentabilidade da organização. Mas, para isto é essencial que sejam analisados os impactos jurídicos possíveis da adoção da computação em nuvem e estabelecidos contratos de prestação de serviço onde estejam bem delimitados as responsabilidades e obrigações de cada uma das partes, evitando assim inconvenientes posteriores, tais como perda de informações estratégicas e sensíveis para a concorrência.

Referências

AGUILAR, Luis Joyanes. *Computación en la nube: estrategias de cloud computing en las empresas*. 1. ed. Barcelona: Alfaomega, 2013.

BRADSHAW, S; MILLARD, C.; WALDEN, I. *Contract for Clouds: Comparison and Analysis on the Terms and Conditions of Cloud Computing Services*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1662374>. Acesso em: 15 abr. 2014.

BUYYA, Rajkumar; BROBERG, James; GOSCINSKI, Andrzej. *Cloud computing: principles and paradigms*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2011.

CSA. *Cloud Computing Standard Contractual Clauses: contractual standards as enabling factors for cloud computing services – italian chapter - novembre 2012*. Disponível em: <<http://cloudsecurityalliance.it/wp-content/uploads/2013/01/Studio-Standard-Contrattuali-per-il-Cloud-Computing-DEC-2012-EN.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2014.

ENISA. *Computación en nube: Beneficios, riesgos y recomendaciones para la seguridad de la información*. União Europeia: ENISA, 2009.

FRANÇA, Júnia Lessa *et al.* *Manual para normatização de publicações técnico-científicas*. 8 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

MARCHINI, Renzo. *Cloud Computing: A Practical Introduction to the Legal Issues*. Londres: British Standards Institution, 2010.

MILLARD, Christopher. *Cloud Computing Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MENKEN, Ivanka. *The Complete Cornerstone Guide to Cloud Computing: Best Practices*. Australia: Emereo, 2008.

MONTERO, Janvier Puyol. *Algunas Consideraciones sobre Cloud Computing*. Espanha: Agência Española de Protección de datos e Agência Estatal Boletín del Estado, 2013.

NIST. *The NIST Definition of Cloud Computing*. Disponível em: <<http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-145/SP800-145.pdf>>. Acesso em:

04 mai. 2014.

PLANAS, José Luis Colom. Cláusulas contractuales en entorno de cloud computing. Disponível em: <<http://www.aspectosprofesionales.info/2012/10/clausulas-contractuales-en-entornos-de.html>>. Acesso em: 04 mai. 2014.

RIDDER, Frank; MAURER, William. *Negotiation and Contracting for Cloud-Enable Outsourcing*, 2009. In: TRAPPLER, Thomas. If It's in the Cloud, Get It on Paper: Cloud Computing Contract Issues. Disponível em: <<http://www.educause.edu/ero/article/if-its-cloud-get-it-paper-cloud-computing-contract-issues>>. Acesso em: 12 mai. 2014.

ROHRMANN, Carlos Alberto. *Curso de Direito Virtual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SALAS, Gonzalo. *Algunos apuntes jurídicos sobre los contratos en cloud computing (parte 2 de 2)*. Disponível em: <http://www.securitybydefault.com/2013/04/algunos-apuntes-juridicos-sobre-los_9.html>. Acesso em: 28 abr. 2014.

SHAW, Thomas J. *Cloud Computing for Lawyers and Executive: a global approach*. 2 ed. Chicago: American Bar Association, 2013.

TRAPPLER, Thomas; SCRUGGS, Ron Scruggs; PHILPOTT, Don. *Contracting for Cloud Services: A Six Step Approach for Contracting Cloud Services*, 2011. In: PLANAS, José Luis Colom. *Cláusulas Contractuales en Entornos de Cloud Computing*. Disponível em: <<http://www.aspectosprofesionales.info/2012/10/clausulas-contractuales-en-entornos-de.html>>. Acessado em: 06 mai. 2014.

VALENZUELA, Daniel Peña; MONTOYA, Juan David Bazzani. *Aspectos legales de la computación en la nube*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2012.

VELTE, Anthony T; VELTE, Toby J.; ELSNPETER, Robert. *Computação em Nuvem: uma abordagem prática*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2012.

VERAS, Manoel. *Cloud Computing: Nova Arquitetura da TI*. Rio de Janeiro: Brasport, 2013.

VIZCAYA. Rafael García del Poyo. *La Contratación Empresarial de Servicios de Cloud Computing*, 2012. In: MARTÍNEZ, Ricardo MARTÍNEZ (edit.). *Derecho y Cloud Computing*. Pamplona: Thomson Reuters, 2012.

WINKLER, Vic J.R. *Cloud Computing: Negotiating Cloud Contracts*. Disponível em: < <http://technet.microsoft.com/en-us/magazine/jj149022.aspx> >. Acesso em: 05 mai. 2014.

Nietzsche, Horizonte Hermenêutico e Vontade de Poder

Marisa Forghieri¹

Cidade/Estado: São Pau/SP

E-mail: mforghieri@hotmail.com

Sumário

1. Introdução. 2. Horizonte hermenêutico e vontade de poder. 3. Conclusão. Referências.

Resumo

O horizonte hermenêutico é investigado à luz do pensamento nietzscheano, com vistas a oferecer renovada perspectiva sobre a questão da interpretação no Direito Empresarial.

Palavras-chave: Hermenêutica; Nietzsche; Direito Empresarial.

1 - Introdução

O pensamento nômade, de Nietzsche, firma compromisso supremo com a liberdade. Sua filosofia tem a ousadia de negar o texto – só existe interpretação.

A hermenêutica como *arte de explicar e meditar com base em um esforço interpretativo*, sugere que o que é dito e vem ao nosso encontro no *interior da tradição*, não é imediatamente compreensível. Para Gadamer (2012) o modelo fundamental do método compreensivo é o diálogo, quando este envolve *uma troca entre parceiros que buscam*

¹ Psicóloga clínica e gestora com Pós-Doutorado em andamento no Programa de Psicologia Social e do Trabalho da USP, Doutora em Psicologia Clínica pela PUC-SP, Mestre em Psicologia do Desenvolvimento pela USP, Graduada em Psicologia pela PUC-SP e Professora Titular da Universidade Paulista.

concordância sobre algum assunto. Entretanto, esse diálogo só pode ser considerado um *método de conhecimento compreensivo entre os homens* se nenhum dos parceiros tiver controle sobre esse jogo de comunicação, que deveria ser determinado pelo tema em questão.

Para Nietzsche tal possibilidade não existe; ou seja, não é possível estabelecer uma comunicação entre os homens onde nenhum dos parceiros tenha, mesmo que em alguns momentos, controle sobre esse *diálogo*. A condição humana também se traduz por vontade de poder. *E todo poder, em cada instante, extrai sua derradeira consequência.* (NIETZSCHE, 1886:18)

A hermenêutica, como um método interpretativo do conhecimento, deve envolver, também, um estudo sobre as paixões humanas – sobre a irracionalidade de nossos desejos, que se entrelaçam e se enroscam às nossas mais interessantes e elevadas interpretações.

2 - Horizonte Hermenêutico e Vontade de Poder

Opensamento nietzschiano oferece a possibilidade de compreender os supostos valores divinos e ideais como *demasiadamente humanos*, envolvidos pela névoa do devir. E não há interpretação que escape daquilo que somos, ou ainda, *daquilo que no fundo de nós, não podemos ensinar.* (NIETZSCHE, 1886 : 172)

É nesse horizonte hermenêutico que Nietzsche articula sua hipótese global de interpretação da existência, fundada no conceito da vontade de poder, *sob o signo da certeza de que não há texto, apenas interpretação.* (GIACIOIA, 2012 : 30) É necessário que o pensamento se emancipe de toda a tutela, é imperioso problematizar o valor absoluto da verdade.

O perspectivismo proposto por Nietzsche enriquece todos os estudos acerca da interpretação- porque não pretende condenar, renegar ou dividir, mas proclamar um sim à vida, em sua crua integridade. E, nesse sentido, os interesses de uma ou outra parte envolvidas no *diálogo* não são mais ou menos nobres, ou puros, ou próximos do *divino*. O que efetivamente existe, e se manifesta, é a luta, o esforço para intensificar

uma ideia, para torná-la suficientemente potente a ponto de empobrecer e desvitalizar a ideia do oponente.

É necessária muita força para poder viver e para esquecer, na medida em que viver e ser injusto são uma coisa só.
NIETZSCHE, 1873:30

O que se manifesta é um imperioso jogo de oposição, onde os pólos se chocam e se sustentam, simultaneamente. Para Nietzsche, não há porque negar a luta que se estabelece no *diálogo*- e tal exercício de força, essa *agressividade*, *se opõe ao ressentimento* (DELEUZE, 1965 : 31).O enfrentamento é um exercício, um treinamento necessário para manter a força de um pensamento, a intensidade de uma ideia, a potência de uma interpretação- além de *libertar a alma do ressentimento*.

A disputa que se estabelece entre as partes é, para além de uma luta, o terreno mais fértil para o exercício da crítica e, conseqüentemente, para a criação de novos sentidos e interpretações. Para além da disputa há uma superação de valores, bem como a construção de novas perspectivas. E não há conhecimento ou formação que possam prescindir do exercício da disputa entre ideias.

Desejamos que ele seja suficientemente formado para pensar em sua formação de modo restrito e até desdenhoso.
NIETZSCHE, 1872:35

Há uma imperiosa necessidade de exercício, de efetiva afirmação para que uma interpretação possa se sustentar- nesse *diálogo*, cada parte deve celebrar a vida como vontade de potência. Não existe uma casa ancestral para a qual retornar, o que existe é o percurso, a luta.

O enfrentamento do outro, da interpretação de um outro, requer também o enfrentamento de si mesmo, a auto superação. O crescimento de um homem não pode ser verificado com o metro, está dissociado de algo que se *acrescenta*- crescer, aqui, significa intensificar.

Procuraste a carga mais pesada: a ti te encontraste - , e não podes alijar-te de ti. NIETZSCHE, 1889:49

O pensamento nietzscheano, para além do bem e do mal, solicita ao homem que se olhe no espelho, que examine e investigue o que ali se reflete - que tenha a coragem de interpretar a si mesmo com a mesma sagacidade com que pretende desvelar e interpretar o mundo. E nada poderá ser desprezado, velado ou renegado, a força emana da crua integridade de um todo.

Para Nietzsche, a filosofia é medida de grandeza e tem por matéria e espírito a vivência estritamente pessoal, singular.

Se tens uma virtude e ela é a tua virtude, então não a tens em comum com ninguém. NIETZSCHE, 1885:52

O horizonte hermenêutico deve ser crítico e libertador, para além de um tipo impessoal e camuflado de vontade de poder, para além dos dogmas de *uma* moral que se pretende *universal*.

3 - Conclusão

O Direito Empresarial rege as atividades desenvolvidas pelas empresas e pelos empresários. É um ramo do Direito Privado e tem normas próprias, que conferem maior grau de liberdade às relações jurídicas entre empresários. As partes envolvidas têm seus interesses, próprios e específicos e, também, interesses comuns - que envolvem o negócio em questão.

O objetivo da empresa é gerar lucro - e isso deve ser explicitado, perseguido, conquistado. Atos de mera liberalidade, entretanto, não podem ser praticados; é imperioso proteger e estimular o crescimento da empresa.

Subir quer a vida e, subindo, superar a si mesma.
NIETZSCHE, 1885: 67

A perspectiva do Direito Empresarial permite que o diálogo entre as partes seja mais objetivo e, ao mesmo tempo, mais livre e criativo. A explicitação do desejo de crescimento de ambas as partes caracteriza

a atividade empresarial e, ao mesmo tempo, liberta seus líderes para reafirmar sua vontade de poder.

As relações jurídicas entre empresários devem incluir o pensamento crítico, emancipatório e criador. As questões relativas ao sentido de uma interpretação e aos valores a ela atribuídos necessitam de contínua análise para serem transformadas. E é imperioso desafiar a pretensão científica de apresentar modelos lógicos como *texto*.

Nietzsche desafiou o círculo da moderna *hard science*. Para além disso, estabeleceu seus próprios caminhos e transformou esse exercício em método - *parco em princípios*, como sua filosofia exige.

Nisto consiste o método, que deve ser essencialmente parco em princípios. NIETZSCHE, 1886:105

Em longas e exaustivas caminhadas, com *um rostopenetrado de luz, alegre de claridade* (NIETZSCHE,1878:397), ele abriu caminho para a estimulante aventura de investigação do mundo; o mundo montanhoso, áspero e diverso, que não se mostra nas escrivaninhas envernizadas dos gabinetes escuros, forrados por veludos.

Nesse horizonte hermenêutico se compreende que a busca da verdade é, portanto, *contínuo exercício* - e requer treinamento *em campo*. É justamente essa capacidade de manter o pensamento vivo, em movimento, que dará força e intensidade à próxima interpretação, à renovada compreensão do devir.

Veraz - assim chamo àquele que vai para os desertos, sem deuses, depois de partir seu coração venerador.
NIETZSCHE, 1885 : 116

Assim falou Nietzsche.

Referências

DELEUZE, G. Nietzsche. (1965). Lisboa, Edições 70, 2007.

GADAMER, H-G. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis, Vozes, 2012.

GIACOIA JR., O. Nietzsche & Para além do bem e do mal. Rio de Janeiro, Zahar, 2003.

NIETZSCHE, F. W. Cinco prefácios para cinco livros não escritos. (1872). Rio de Janeiro, Sete letras, 2000.

_____. Segunda consideração intempestiva. (1873). Rio de Janeiro, RelumeDumará, 2003.

_____. Humano demasiado humano. (1878). Lisboa, Presença, 1973.

_____. Assim falou Zaratustra. (1885). Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1987.

_____. Para além do bem e do mal. (1886). São Paulo, Hemus, 1982.

_____. Ecce Homo. (1888). Lisboa, Guimarães, 1973.

_____. Ditirambidi Dioniso e Poesie Postume. (1889). Milano, Adelphi, 1997.

As contribuições previdenciárias, os planos de *stock options* e a participação nos lucros e resultados. Análise da jurisprudência sobre o tema.

Valter de Souza Lobato¹
Mônica de Barros²
Nayara Atayde³

Cidade/Estado: Belo Horizonte/MG
lobato@sachacalmon.com.br
monica@sachacalmon.com.br
nayara_atayde@hotmail.com

Sumário

Breve introdução sobre o tema. 2. O art. 195 da CF, a Lei 8.212/91 e a hipótese de incidência das contribuições previdenciárias. 3. Os planos de stock options. Natureza jurídica, características e finalidades. Natureza eventual e que não constitui remuneração pelos serviços prestados. 4. A PLR e a não incidência das contribuições previdenciárias. Apontamentos sobre a jurisprudência judicial e administrativa sobre o tema. 6. Conclusões. 7. Referências.

¹ Professor e Advogado. Vice-presidente da Associação Brasileira de Direito Tributário. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Sócio do escritório Sacha Calmon Misabel Derzi Consultores e Advogados.

² Professora e Advogada. Mestre em Direito Tributário pelas Faculdades Milton Campos. Sócia do escritório Sacha Calmon Misabel Derzi Consultores e Advogados.

³ Advogada. Diretora da Associação Brasileira de Direito Tributário Jovem. Pós-graduada em Direito Tributário pelas Faculdades Milton Campos.

Resumo

No presente trabalho, cuidaremos de analisar a possibilidade de incidência das contribuições sociais sobre a folha de salários (art. 195, I, *a* da CF), disciplinadas na Lei 8.212/91, sobre os ganhos auferidos por empregados e administradores das empresas em razão da adoção dos planos de opção de compra de ações (*stock option*), bem como sobre a participação dos empregados nos lucros e resultados. Em breve análise, abordaremos a natureza jurídica dos ganhos auferidos em cada um dos planos e os ditames da legislação em vigor, trazendo ainda uma exposição do mais recente entendimento jurisprudencial sobre tais temas.

1 - Breve introdução sobre o tema

O estudo de temas afetos à incidência das contribuições sociais tem adquirido cada vez mais relevância e destaque no cenário nacional, sobretudo em virtude do fato de tal tributação constituir, na atualidade, uma das principais fontes de arrecadação dentre as receitas públicas da União Federal.

Tal realidade decorre de dois principais fatores: a alargada base de incidência dos fatos econômicos eleitos pelo constituinte na redação do art. 195, inciso I da CF (receita ou faturamento, folha de salários e quaisquer rendimentos do trabalho e lucro), com um número menor de limites quanto ao exercício da competência tributária, bem como a ausência de dispositivo legal que determine a repartição, entre os entes federados, das receitas decorrentes da cobrança de tais exações.

Ou seja, contrariamente aos impostos, a receita decorrente da arrecadação das contribuições sociais permanece integralmente nas mãos da União Federal e, não obstante a afetação constitucional da destinação de tais receitas às despesas da Seguridade Social, desde 1994 o governo federal possui a prerrogativa de dispor livremente (sem a afetação a órgão, fundo ou despesa) de 20% do produto da referida arrecadação, conforme dispõe o art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais

Transitórias (na redação dada pela Emenda Constitucional nº 68/2011), o que desde logo apontamos como flagrante inconstitucionalidade.

Desta forma, o crescente interesse do governo federal no incremento da arrecadação das contribuições previdenciárias tem contribuído para o aumento dos procedimentos de fiscalização e lavratura dos autos de infração para cobrança das contribuições, ainda que não recolhidas de forma legítima, com amparo na lei e na Constituição Federal.

Contudo, de modo geral, o que se tem visto é que as distorções no Texto Constitucional e na legislação federal que regem o tema tem sua origem nos procedimentos de fiscalização, sendo censuráveis os fundamentos fáticos e legais utilizados para embasar tais lançamentos, em especial, porque tais procedimentos somente inibem os objetivos almejados pelo legislador.

Paralelamente, os tribunais administrativos e judiciais têm sido cada vez mais demandados a analisar os aspectos legais da incidência tributária sob a ótica de cada caso concreto, formando uma jurisprudência intrincada e incerta sobre os reais aspectos exigidos pela lei. As interpretações formadas em cada caso concreto também em muito divergem.

Ora, a exigência tributária deve se pautar nos limites impostos pela própria Constituição, sempre no sentido de evitar a tributação sobre parcelas econômicas que não se localizem na definição dos signos presuntivos de riqueza eleitos pelo legislador constituinte, aos quais devem se inclinar a legislação legal e infralegal e os órgãos da administração pública federal, sob pena de infringência à segurança jurídica.

DERZI⁴ destaca a primordialidade da discussão em torno da confiança, previsibilidade e da segurança jurídica nas relações erigidas entre Estado e cidadão, como forma de legitimação da própria atividade tributante do Estado, proporcionando estabilidade às relações jurídicas – fator decisivo para a concorrência – na busca de uma tributação que

⁴ DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Segurança Jurídica como fator de concorrência tributária*. In: VELLOSO, C.M.S.; ROSAS, R.; AMARAL, A.C.R.. (Org.). *Princípios Constitucionais Fundamentais*. São Paulo: Lex, 2005, v. 1, p. 799-816

se traduza justa e estável:

Ou seja, a plena consciência da mutabilidade e da complexidade da realidade, no Direito Tributário, tem levado, reativamente, ao fortalecimento da estabilidade das relações jurídicas. E esse fortalecimento é fator decisivo de concorrência. Não se trata, pois, de lutar contra o inexorável: a mutabilidade do sujeito; a falibilidade do homem e a fugacidade da vida; a complexidade das relações sociais; e a imprevisibilidade dos riscos. Para os diferentes sistemas tributários, a questão não está em negar o implacável, mas em garantir que o sistema, selecionando, identificando, nomeando e separando os elementos intrasistemáticos, possa diferenciar-se do ambiente e, com isso, cumprir a sua função essencial: a de atender as expectativas, a maioria delas, e, com isso, sustentar-se o sistema jurídico na previsibilidade, na estabilidade e na possibilidade de compensação pelos danos provocados por contingências determinadas. [...]
Sob pena de se perder a obrigatoriedade do tributo, pela generalização da desobediência civil, urge aproximar a lei tributária da justiça.

Portanto, o anseio da tributação tem como contrapeso a necessidade de se buscar uma tributação justa e previsível, que vise a construção de um sistema jurídico no qual o contribuinte possua confiança nas ações estatais de modo a pautar as suas escolhas políticas, econômicas e fiscais, em busca de um estado de segurança fiscal que beneficie o crescimento econômico do país como um todo.

Assim, é certo que a questão aqui debatida é antes de política econômica do que fiscal propriamente dita, na medida em que as ações desconcertadas do Estado e o cenário de insegurança jurídica formados em torno do tema desestimulam as empresas de investir no crescimento dos empregados e do negócio através dos programas de participação.

Pois bem, inúmeras são as discussões em torno do tema nos órgãos de julgamento administrativo e judicial, inclusive quanto à definição correta dos conceitos indeterminados postos no Texto Constitucional: *remuneração, lucro e receitas*.

O presente estudo traz apenas breves considerações sobre estes

dois mecanismos de aperfeiçoamento e integração da mão-de-obra e do capital (planos de *stock option* e participação nos lucros e resultados), dando maior enfoque à análise da jurisprudência atual sobre os temas.

Em breve síntese, adiantamos que os planos de opção de compra de ações (*stock options*) são modalidades utilizadas pelas empresas para incentivo de parte (ou da totalidade) de seus empregados, administradores e prestadores de serviço à aquisição de ações da Companhia, como forma de integração e participação do empregado nos resultados e atividades financeiras da empresa.

Em nossa legislação, a permissão legal para a adoção dos planos de opção de compra de ações pelas empresas consta, de forma pouco concisa e sistematizada, do art. 168, §3º da Lei 6.404/76⁵, o qual permite a proposição de tais planos aos empregados, administradores e prestadores de serviço das empresas, desde que haja previsão no Estatuto da Companhia, a aprovação do plano em Assembleia Geral, e que sejam fixados os limites de capital autorizado para esta finalidade.

Tais determinações, contudo, não são suficientes para estabelecer contornos mais precisos sobre os referidos planos, deixando ao alvedrio das empresas o estabelecimento das regras que os constituem. A incerteza quanto aos critérios e a natureza jurídica dos ganhos decorrentes da adoção de tais planos tem levado os órgãos da Administração Fazendária a defender a natureza salarial dos descontos concedidos pela empresa aos empregados e contribuintes individuais (administradores) que aderirem aos referidos planos.

Assim, defende a fiscalização que tais valores constituiriam remuneração tributável e comporiam a base de cálculo das contribuições previdenciárias, na medida em que a possibilidade de o empregado ou administrador da empresa adquirir as ações da Companhia seria mera decorrência da relação jurídica trabalhista ou contratual existente entre

⁵ Art. 168 - O estatuto pode conter autorização para aumento do capital social independentemente de reforma estatutária. (...) § 3º O estatuto pode prever que a companhia, dentro do limite de capital autorizado, e de acordo com plano aprovado pela assembléia-geral, outorgue opção de compra de ações a seus administradores ou empregados, ou a pessoas naturais que prestem serviços à companhia ou a sociedade sob seu controle.

a empresa e o funcionário.

Por sua vez, a participação nos lucros e resultados foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro como direito fundamental constante do art. 7º, inciso XI da CF/88⁶, tratando-se de uma norma de observância facultativa (ou seja, as empresas podem ou não adotá-la) e que tem como premissa maior a integração entre o capital e a força de trabalho, estimulando o crescimento econômico como um todo. Note-se que a redação do art. 7º, inciso XI da CF expressamente determinou a desvinculação da referida verba da remuneração percebida pelos empregados.

De nossa parte, não temos dúvida em afirmar que o dispositivo constitucional afirma a desvinculação da remuneração e tem eficácia plena, ou seja, detectada a natureza de *participação nos lucros ou resultados*, a inclusão da parcela na base de cálculo das contribuições seria proibitiva pela limitação imposta no Texto Constitucional. Contudo, doutrina e jurisprudência conferem ao referido diploma constitucional interpretação restritiva, tendo sido, assim, a classificado como norma de eficácia limitada, sujeita à regulamentação infraconstitucional para fins de imprimir-lhe efeitos no plano fático.

Por sua vez, a lei instituidora das contribuições incidentes sobre a folha (Lei 8.212/91) apenas veio reforçar o texto constitucional, estabelecendo que a participação nos lucros e resultados somente estaria desvinculada da remuneração desde que paga ou creditada de acordo com lei específica (art. 28, §9º, alínea “j” da Lei 8.212/91).

Com isto, desde a promulgação da Constituição Federal até a efetiva regulamentação da participação nos lucros e resultados por lei específica – Medida Provisória nº 794, de 30 de dezembro de 1994 – posicionou-se a jurisprudência pela impossibilidade de desvinculação da verba da remuneração percebida pelos empregados, tendo neste período constituído base de incidência das contribuições incidentes

⁶ Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

sobre a folha de salários⁷. A matéria será novamente apreciada pelo Supremo Tribunal Federal por conta da repercussão geral admitida no RE 569.441.

Após a edição da Medida Provisória nº 794, de 30 de dezembro de 1994, e suas reedições posteriores até a efetiva publicação da Lei 10.101/00, em 19 de dezembro de 2000, que consolidou a matéria e permanece em vigor, as discussões sobre o tema passaram a gravitar não mais sobre o caráter salarial da parcela, mas sim sobre a interpretação conferida à legislação e as exigências fiscais para que a participação nos lucros e resultados paga pelo contribuinte não sofra a incidência das respectivas contribuições sobre a folha (art. 195, I, *a*, da CF).

Portanto, em breve síntese, quer seja em relação aos valores recebidos pelos empregados e diretores da empresa com base no plano de *stock option* por ela mantido, quer no que se refere às verbas percebidas pelos empregados e administradores em razão dos planos de participação nos lucros e resultados adotados, certo é que tais temas são hoje objeto de inúmeras disputas entre contribuintes e a Administração Fazendária, não havendo consenso quanto às hipóteses em que os pagamentos (ou descontos) concedidos aos empregados a tal título constituirão base de incidência das contribuições incidentes sobre a folha de salários (art. 22, Lei 8.212/91).

Assim, o estudo da incidência das contribuições sociais sobre a

⁷Entre outras: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. INCIDÊNCIA ANTES DA MP 794/97. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E STJ. 1. A contribuição previdenciária sobre a participação nos lucros é devida no período anterior à MP n. 794/94, uma vez que o benefício fiscal concedido sobre essa verba somente passou a existir no ordenamento jurídico com a entrada em vigor do referido normativo. Precedentes do STF e STJ. 2. “Ambas as Turmas do STF têm decidido que é legítima a incidência da contribuição previdenciária mesmo no período anterior à regulamentação do art. 7º, XI, da Constituição Federal, atribuindo-lhe eficácia dita limitada, fato que não pode ser desconsiderado por esta Corte.” (REsp 856.160/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 4.6.2009, DJe 23.6.2009). Agravo regimental improvido. (*AgRg no AREsp 95.339/PA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2012, DJe 28/11/2012*). Confira-se ainda: REsp 856.160/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 4.6.2009, DJe 23.6.2009.

folha de salários (art. 195, I, *a* da CF) sobre os ganhos auferidos por empregados e administradores das empresas em decorrência da adoção de planos de opção de compra de ações e participação nos lucros e resultados torna-se de extrema relevância, pautando-se tal análise nas disposições constitucionais sobre o tema em busca de premissas que norteiem e legitimem a atuação do contribuinte.

2 - O art. 195 da CF, a Lei 8.212/91 e a hipótese de incidência das contribuições previdenciárias

A premissa jurídica para a incidência das contribuições sociais previdenciárias no Direito pátrio tem por base o art. 195, I, *a* da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, que definiu, de forma expressa, a competência para que a legislação delineasse o fato gerador da contribuição previdenciária devida pelo empregador (cota patronal) sobre a “*folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício*”.

Em assim sendo, a CF/88 determinou que a contribuição previdenciária devida pelo empregador deve incidir sobre o salário e demais rendimentos do trabalho. Cabe lembrar – em homenagem ao princípio da segurança jurídica e ao ditame do art. 110 do CTN – que os termos constantes do Texto Constitucional que definam a competência tributária devem ser tomados pelos estritos significados técnicos.

A Lei nº 8.212/91, que instituiu as fontes de custeio da previdência social, estabeleceu que a contribuição a cargo da empresa deveria incidir sobre “*o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma*” (art. 22, I).

Isto significa que os valores percebidos pelos trabalhadores só podem compor a base de cálculo das contribuições a cargo da empresa sobre a folha de salários caso tenham por causa o trabalho, constituindo, assim, remuneração pela prestação laboral. Caso contrário, só podem

ser fonte de custeio da Seguridade Social conforme exercício de competência residual constitucional, por meio de lei complementar (art. 195, §4º, CF), como já pacificado pelo STF. O Texto Constitucional não autorizou a tributação sobre quaisquer parcelas oriundas do contrato de trabalho, mas aquelas que representam a contraprestação dos serviços prestados.

Portanto, cabe a conceituação do que é salário: todo valor pago em contraprestação dos serviços realizados na relação jurídica que se estabelece entre empregado e empregador. Mas avançando no conceito, tendo em vista a modernização das formas de remuneração, podemos afirmar que salário é a importância recebida, pelo empregado, em uma retribuição pactuada pelos serviços realizados por este ao empregador, prestação esta pactuada, expressa ou tacitamente, e paga pela prestação de serviços e nunca para a prestação de serviços, sendo o referido pagamento feito de forma habitual.

Portanto, deve-se ainda verificar se os valores pagos pelo empregador decorrem diretamente da contraprestação do trabalho, ou seja, se tais verbas foram auferidas em razão da efetiva prestação laboral. O que não se enquadrar em tal conceito será não incidência natural, pois fora está do âmbito de competência outorgado pelo art. 195 do Texto Constitucional.

O STF, em vários julgados, já se manifestou no sentido de que a contribuição previdenciária não pode incidir sobre parcelas de natureza indenizatória, não habituais ou que não tenha como hipótese de incidência o trabalho efetivamente exercido pelo empregado ou o tempo à disposição do empregador.

De igual modo, o STJ, em recente decisão julgada pela sistemática dos recursos repetitivos, afastou a incidência das contribuições previdenciárias sobre parcelas de natureza indenizatória/compensatória e sobre as parcelas não incorporáveis ao salário do empregado, declarando, assim, a não incidência sobre os quinze primeiros dias de afastamento do empregado pelo auxílio-doença, terço constitucional de férias gozadas e aviso prévio indenizado.

Portanto, essa característica básica do fato impositivo das

contribuições não pode ser desprezada pelo intérprete, a teor do que predica o art. 110 do CTN. Logo, se o valor pago ao trabalhador não tiver caráter remuneratório do trabalho, inválida é a tributação, ainda que a hipótese de incidência não se encontre expressamente incluída nas exceções elencadas pelo art. 28, §9º da Lei 8.212/91.

No que tange a participação nos lucros e resultados, a exclusão de tais parcelas do salário-de-contribuição tem respaldo na Constituição e na legislação instituidora das contribuições (Lei 8.212/91), que em seu art. 28, §9º, “j”, expressamente determina a não incidência das contribuições sobre a referida verba “*quando paga ou creditada de acordo com lei específica*”.

Já no que tange os valores percebidos a partir dos planos de *stock options* firmados entre empregados e administradores com as empresas (e neste sentido, entendam-se os descontos por elas concedido no preço das ações), a não incidência decorre da natureza jurídica do negócio efetivado, sendo certo que eventual ganho obtido pelo beneficiário do plano não decorre da contraprestação pelos serviços prestados e não constitui pagamento pelo trabalho prestado.

Vejamos.

3 - Os planos de *stock options*. Natureza jurídica, características e finalidades. Natureza eventual e que não constitui remuneração pelos serviços prestados

Os planos de opção de compra de ações (*stock option plans*) foram implementados no Brasil a partir da década de 1990 e, em razão da incipiente legislação sobre o tema e das parcas decisões judiciais delimitando os contornos da tributação sobre tais operações, possui adoção ainda tímida no cenário do mercado de ações brasileiro.

Em suma, representam tais planos a concessão de um direito de comprar, no futuro, ações a preços fixados conforme o valor de mercado presente. Deste modo, o empregado ou o executivo, após um prazo de carência determinado em contrato, poderá exercer o direito de compra das ações, e poderá negociá-las livremente a partir de então.

Caracteriza tais planos ainda o fato de as empresas que adotam a opção de compra de ações, no momento da concessão e visando a atração dos funcionários que lhe são valiosos, negociar o valor dos descontos concedidos no preço da ação, sendo estes os valores glosados pela Fiscalização como sendo decorrentes da prestação de serviço pelo empregado/contribuinte individual e, portanto, base de incidência das contribuições.

Linhas gerais, o objetivo primordial das empresas que negociam planos de *stock options* consiste em incentivar a participação de empregados, administradores e prestadores de serviço (art. 168 da Lei 6.404/76) nos resultados da empresa, não apenas através da utilização direta de sua força de trabalho, mas através de seus próprios recursos financeiros, tornando-se parte do negócio e investidor no empreendimento.

Seguindo os preceitos fixados para esta modalidade de participação na gestão da empresa e no intuito de estabelecer as premissas que regem tais planos, verifica-se a existência de alguns termos característicos aos planos de *stock options*: *a*) a determinação prévia do preço das ações a serem adquiridas no futuro pelo empregado (*exercise price*), *b*) o estabelecimento de um prazo de carência (*vesting*) para o exercício do direito de aquisição; *c*) a determinação de um termo final (*expiration date*) para o exercício da opção de compra pelo empregado⁸.

Ou seja, o preço das ações deve ser fixado no momento da negociação, a qual só se concretizará no futuro, quando o beneficiário puder comprar as ações pelo valor preestabelecido (preço de exercício).

O estabelecimento de um prazo de carência consiste na prévia determinação de regras e condições para o exercício das opções, definindo-se um período mínimo entre a data da concessão da opção e a data em que o beneficiário pode efetivamente exercer seu direito.

Por fim, a data de vencimento da opção (*expiration date*), correspondente à data limite para o exercício da opção de compra da ação, implicando, após a fluência do prazo, na perda do direito subjetivo

⁸ Conforme encarte intitulado “Como Atuar no Mercado de Opções”, publicado pela Bovespa. Disponível em “www.bmfbovespa.com.br”. Acesso em 19.08.2014.

de exercer a compra das ações propostas.

Em função do estabelecimento de um prazo de carência para resgate das ações, resta claro que um dos objetivos da adoção de tais planos pelas empresas consiste em reter os talentos da Companhia, na medida em que uma das condições para o resgate consiste na permanência do funcionário nos quadros da empresa até a data fixada como limite de carência para o resgate.

Com isto, resta claro que, no momento em que o beneficiário adere ao plano de opção de compra de ações, não há sequer o efetivo direito à opção de compra das ações oferecidas. O que o beneficiário possui, de fato, é uma mera expectativa de direito, que só vai originar o direito subjetivo de exercer a opção após o final do prazo de carência fixado no plano.

Ademais, como decorrência da adoção de um plano sujeito às interferências do mercado, resultado imediato das flutuações no valor de mercado dos títulos, caracteriza ainda os planos de *stock option* a existência do risco inerente ao negócio. Ou seja, no momento do exercício do direito, as ações poderão ter um valor maior ou mesmo menor que o valor de exercício, e o beneficiário, titular do direito de opção de compra, poderá ou não auferir o benefício decorrente do ganho na negociação.

Deste modo, não obstante os resultados da empresa estejam diretamente vinculados ao esforço de seus empregados no crescimento e aprimoramento da produção, no que tange a adoção dos planos de opção de compra de ações inúmeros outros fatores acabam por influir no preço das ações negociáveis da Companhia, tais como os fatores políticos, econômicos, industriais, dentre tantos outros.

Assim, na medida em que apenas podem ser considerados como remuneração os valores percebidos pelos empregados ou administradores em função da estrita vinculação entre sua força de trabalho e o ganho auferido, valores estes que são previamente fixados mediante contrato de trabalho, não há dúvidas de que eventuais descontos dados pelas empresas para adesão dos empregados aos planos de *stock options* não se enquadram no conceito de remuneração para fins de incidência das

contribuições previdenciárias.

Final, embora a possibilidade de efetuar o negócio (compra e venda de ações) decorra do contrato de trabalho (ainda assim, de forma facultativa, pois o funcionário tem a opção de não aderir ao plano), caso o obreiro opte pelo plano, poderá ou não auferir lucro, sujeitando-se às variações do mercado acionário (álea), restando clara a natureza jurídica meramente mercantil do benefício. O direito, portanto, não se vincula à força de trabalho, a depender não mais de seus serviços, mas sim do *risco de mercado*, não detendo, assim, caráter contraprestativo.

Eis, portanto, as premissas que devem nortear a análise da natureza jurídica dos planos de stock option e que diferenciam os ganhos percebidos em razão da adoção de tais planos da remuneração percebida pelos empregados e administradores em razão dos serviços prestados:

- Trata-se de concessão de um direito, em que há apenas a expectativa de seu exercício;
- O salário é uma verba de natureza eminentemente trabalhista, enquanto as *stock options* tem natureza mercantil, sendo caracterizados basicamente como compra de ações;
- A vantagem obtida pelo empregado com a revenda das ações é realizada por corretor de valores mobiliários, autorizados a operar no mercado acionário, o que acaba por excluir a característica remuneratória;
- Os ganhos auferidos pelas *stock options* são eminentemente eventuais e dependem do preço de mercado das ações dentro do período de opção, caracterizando o risco inerente ao negócio.

Não obstante a clareza linear da ausência de natureza jurídica contraprestativa dos benefícios decorrentes de tais planos, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais analisou recentemente dois casos nos quais entendeu pela incidência das contribuições sobre os valores negociados pela empresa em planos de opção de compra de ações.

No primeiro caso analisado⁹, não obstante tenha o relator

⁹ CARF. Processo nº 15889.000245/2010-46. 1ª Turma da 3ª Câmara. Julgado em 05.07.2013.

afastado a incidência das contribuições por considerar que não houve pagamento de valores pela empresa ao segurado empregado a título de contraprestação de serviços, ou seja, não houve pagamento em razão de uma relação trabalhista, entendeu o presidente da Turma que, naquele caso em concreto não se poderia vislumbrar o caráter meramente mercantil do plano apresentado, entendendo que a função do plano era remunerar o empregado como se salário fosse.

Basicamente, a decisão proferida é enfática em afirmar que as *stock options* não possuem caráter remuneratório e não estariam, assim, sujeitas à incidência tributária. Para tanto, contudo, destacou que há requisitos a serem cumpridos, como a incerteza e o risco, comum nas aplicações financeiras, bem como a necessidade de que o investimento na aquisição do plano seja suportado pelo próprio empregado/contribuinte individual.

No caso em tela, contudo, afirmou a decisão que as regras de mercado não foram seguidas, pois não se tratou de um investimento do segurado, na medida em que as *stock options* não foram adquiridas, mas sim outorgadas, concedidas, dadas aos contribuintes individuais da empresa.

Ademais, conforme destacou o CARF, a ausência de risco do negócio ter-se-ia caracterizado pelo fato de o plano de *stock option* ter apontado que o valor da ação poderia ser menor do que o valor ofertado ao segurado para adquirir no futuro.

Assim, concluiu que os ganhos auferidos direta ou indiretamente pelos contribuintes individuais no caso analisado estariam sujeitos à incidência das contribuições, na medida em que decorreram do trabalho prestado, integraram-se ao patrimônio do trabalhador e não puderam ser conceituados como decorrentes do negócio mercantil, pela ausência do risco inerente ao negócio.

Em divergência ao voto vencedor proferido pelo Conselheiro Marcelo Oliveira, o Conselheiro Mauro José Silva destacou seu entendimento quanto à natureza remuneratória do benefício advindo do *stock options plan* em todo e qualquer caso, afastando a natureza de operação mercantil ou a ocorrência de risco para o beneficiário do

plano.

Já no segundo caso julgado pelo CARF¹⁰, foi declarada a procedência parcial do recurso voluntário do contribuinte e reconhecida a não incidência das contribuições sobre os benefícios decorrentes dos planos de *stock options* adotados durante um período na empresa autuada.

Em sua declaração de voto, a Conselheira Relatora salientou que *“embora, a concessão da opção por ações tenha decorrido da prestação de serviços, trata-se, em regra, de típico contrato mercantil, envolvendo riscos, podendo o trabalhador, auferir lucros ou não com a outorga de ações, tudo a depender da situação do mercado”*.

Partindo desta premissa e analisando os planos glosados pela Fiscalização, concluiu a Relatora que os benefícios concedidos em razão da adoção dos planos constituiriam base de cálculo para as contribuições previdenciárias, sobretudo pelo fato de ter verificado a ausência de risco para o trabalhador na forma de estipulação dos planos pela empresa.

Dentre os pontos levantados em seu voto, destacou que a empresa teria:

Estipulado valores abaixo do valor de mercado, concedido empréstimos, facilitando a opção, seja pela ausência de desembolso imediato, seja pela possibilidade de pagamento com ganhos incertos, ou mesmo pelo ganho com a venda antecipada de ações (diga-se até mesmo cujo direito à totalidade das ações ainda não havia se integralizado), cancelou planos que pela crise no mercado financeiros não ofertaria vantagem aos trabalhadores, bem como possibilidade de venda, sem nem mesmo ter integralizado a totalidade do direito a ação.

Lado outro, no que tange os benefícios concedidos nos planos anteriores a 2004, a Relatora entendeu que o auto de infração não teria fundamentado as razões pelas quais os planos estariam sendo

¹⁰ CARF. Processo nº 10980.724030/2011-33, a 1ª Turma da 4ª Câmara. Julgado em 02.07.2013.

desconsiderados, decretando, assim, a nulidade do auto por vício formal nesta parte. Em voto vencedor, contudo, o Conselheiro Elias Sampaio Freire fez prevalecer o entendimento de que não se tratava de vício formal do auto de infração, mas sim de se reconhecer que os benefícios recebidos com base naqueles planos não se sujeitavam à incidência das contribuições, na medida em que a Fiscalização não logrou demonstrar o desvirtuamento daqueles planos. A relevância do fundamento usado neste ponto é que, compondo as razões do voto vencedor, o CARF acatou o entendimento de que a premissa básica é de que os benefícios decorrentes dos planos de *stock options* não estão sujeitos à incidência das contribuições, até que se prove e efetivamente motive o contrário.

Cabe destacar ainda que na esfera judicial o tema é ainda pouco debatido, contudo, possui importante e recente precedente favorável aos contribuintes no âmbito dos Tribunais Regionais Federais (AI nº 0009944-50.2013.4.03.0000/SP¹¹).

No caso analisado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, a empresa ajuizou ação com pedido liminar para suspender a exigibilidade da contribuição previdenciária (prevista no art. 22, I, da Lei n. 8.212/91) sobre os valores pagos a seus empregados em razão da adesão a programas de opção de compra de ações.

A Relatora convocada para análise do caso, a Juíza Federal Louise Filgueiras, componente da Quinta Turma, destacou que, mesmo que a opção da compra de ações somente seja possível em decorrência da relação de emprego existente entre a empresa e seus empregados, “*o que sugere tratar-se de retribuição pelo trabalho*”, verifica-se que o valor final obtido “*decorre de um contrato mercantil sujeito aos riscos do mercado de ações*”.

Ademais, a Relatora ainda salientou o caráter facultativo do plano de opção de compra de ações, bem como o risco inerente ao negócio como sendo características que o afastam do conceito de salário e da incidência das contribuições previdenciárias:

¹¹ TRF3. AI nº 0009944-50.2013.4.03.0000/SP. RELATOR Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relatora Convocada Juíza Federal Louise Filgueiras). D.J. 08/08/2013.

O programa é facultativo, o que faz com que nem todos os empregados recebam as ações e seus dividendos, pois nem todos optarão por comprá-las. Assim, pode ocorrer que dois empregados ocupem o mesmo cargo, desempenhem idênticas funções e, portanto, recebem as mesmas verbas de natureza salarial, mas apenas um deles venha a receber as ações, pois o outro não quis aderir ao plano. Além disso, o risco de mercado não é afastado pelo fato de o optante vir a receber as ações gratuitamente nas proporções contratualmente estabelecidas. Isso, pois não há previsão de que a compra de ações de poupança seja subsidiada o que faz com que seja possível que mesmo com a obtenção de ações matching e performance o empregado optante não obtenha lucro, ou até mesmo tenha prejuízo, caso haja uma importante desvalorização das ações. Tenho que, com isto, não se pode considerar como retribuição ao trabalho a possibilidade de o empregado suportar prejuízo. (...) assim, ainda que o programa tenha nítido e expresso caráter de atração de profissionais e incentivo à sua permanência na empresa – como também o têm as políticas de compra de veículos, de horários flexíveis de trabalho etc, isso não significa que necessariamente tenham caráter de remuneração destinada a retribuir o trabalho.

O Tribunal ainda concluiu que *“o resultado positivo dessa operação não pode ser considerado remuneração decorrente do trabalho e assim, não se submete à incidência da contribuição previdenciária”*.

Assim, o TRF da 3ª Região manteve o entendimento do juízo de primeiro grau, que em análise sumária, havia declarado a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários decorrentes da cobrança de contribuições previdenciárias sobre os ganhos auferidos por empregados em planos de *stock option*.

Por fim, cabe ainda destacar que o TST e os Tribunais Regionais do Trabalho possuem inúmeros precedentes favoráveis aos contribuintes sobre o tema, sempre no sentido de afastar a natureza salarial dos ganhos decorrentes de planos de *“stock options”* pelos empregados, não incidindo, portanto, sobre as verbas trabalhistas reflexas (férias, 13º salário, FGTS).

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, em recente decisão de relatoria do Ministro Maurício Godinho Delgado¹², brilhantemente asseverou o Tribunal que:

As 'stock options', regra geral, são parcelas econômicas vinculadas ao risco empresarial e aos lucros e resultados do empreendimento. Nesta medida, melhor se enquadram na categoria não remuneratória da participação em lucros e resultados (art. 7º, XI, da CF) do que no conceito, ainda que amplo, de salário ou remuneração. De par com isso, a circunstância de serem fortemente suportadas pelo próprio empregado, ainda que com preço diferenciado fornecido pela empresa, mais ainda afasta a novel figura da natureza salarial prevista na CLT e na Constituição.

Já no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, recente decisão proferida pela Oitava Turma¹³ acompanhou o entendimento exarado pelo TST no precedente acima mencionado, destacando que:

Embora as stock options - planos de opção de compra de ações ofertados pelas empresas aos seus empregados - estejam estritamente vinculadas ao contrato de trabalho, não se afiguram como benefício contraprestativo. A opção pela compra de ações conferida ao trabalhador implica em riscos naturais do mercado para o adquirente, uma vez que as ações adquiridas podem valorizar-se ou desvalorizar-se, de acordo com as oscilações financeiras, de que exsurge nítida a sua natureza mercantil.

De todo o acima exposto, entendemos que o plano de *stock option* a princípio e, seguindo suas características básicas, não pode ser incluso na base de cálculo das contribuições previdenciárias: a) trata-se de

¹² TST. Acórdão de relatoria do Ministro na 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Publicado na data de 04/02/2011 – Processo nº. AIRR - 85740-33.2009.5.03.0023.

¹³ TRT da 3.ª Região. Processo: 01396-2011-014-03-00-0 RO; Data de Publicação: 18/05/2012; Órgão Julgador: Oitava Turma; Relator: Denise Alves Horta; Revisor: Fernando Antônio Viegas Peixoto; Divulgação: 17/05/2012. DEJT. Página 153.

contrato mercantil, onde a parte assume os riscos de mercado; b) não há base de cálculo possível, pois num primeiro momento trata-se de mera expectativa e não se sabe se o empregado irá optar; no momento após a carência, ainda que faça a opção a valorização terá sido em decorrência do mercado e não do seu trabalho.

4 - A PLR e a não incidência das contribuições previdenciárias. Apontamentos sobre a jurisprudência judicial e administrativa sobre o tema

No que tange a participação nos lucros e resultados, cabe relembrar que a desvinculação de tal parcela do conceito de salário decorre de norma inserta no próprio texto constitucional (art. 7º, inciso XI, da CF), declarando, de forma peremptória, que tal parcela não se presta a remunerar os serviços prestados pelo empregado.

Contudo, inúmeras autuações vêm sendo lavradas pela Receita Federal do Brasil em face de empresas que remuneram os empregados com a participação nos lucros e resultados, as quais em grande parte possuem fundamento no suposto descumprimento dos requisitos dispostos na Lei nº 10.101/00 pelos contribuintes, partindo-se do pressuposto de que a regra que desvincula a parcela do salário-de-contribuição constitui mera hipótese de isenção (art. 28, §9º, “j” da Lei 8.212/91) e que, portanto, estaria sujeita à interpretação restritiva (art. 111 do CTN) e à estrita observância dos ditames da Lei 10.101/00.

Destaque-se ainda que, no afã de impor uma interpretação restritiva aos dispositivos que tratam do tema, a Receita Federal tem incorrido no equívoco de exigir o cumprimento de obrigações que o próprio texto legal impõe como sendo de observância facultativa ou ainda que sequer são impostas pela legislação.

De forma contrária ao entendimento que embasa o posicionamento fiscal, entendemos que o art. 7º da CF, ao estabelecer a PLR como um direito do contribuinte e, em contrapartida, expressamente desvincular tal verba do conceito salário, constitui uma regra de imunidade de ampla aplicabilidade, não estando tal norma, por conseguinte, sujeita a

qualquer espécie de restrição pela legislação ordinária.

Ademais, nos termos do art. 146 da CF, apenas a legislação complementar de normas gerais teria a prerrogativa de dispor sobre temas relativos à imunidade. Portanto, em sendo norma veiculadora de imunidade tributária e não regulada por lei complementar, inexistem no ordenamento pátrio quaisquer restrições ao direito de não incidência das contribuições sobre a participação nos lucros e resultados.

Assim, a legislação ordinária (Lei 8.212/91 c/c Lei 10.101/00) tão-somente apontou algumas diretrizes a serem observadas quando do pagamento da participação, contudo, se demonstrada a natureza de PLR da parcela, não haveria a incidência das contribuições previdenciárias¹⁴.

O STF, contudo, no julgamento RE 380.636/SC, em 2005, reconheceu a natureza do art. 7º, inciso XI da CF como sendo norma de eficácia contida, razão pela qual a participação nos lucros somente poderia ser considerada verba desvinculada da remuneração quando e se regulada por lei, o que, a princípio, apontaria para a necessidade de observância da legislação ordinária em vigor¹⁵.

Pois bem, exemplificando o âmbito das discussões comumente estabelecidas nos autos de infração lavrados pela RFB para cobrança das contribuições sobre a PLR, destacamos alguns dos fundamentos utilizados pelos fiscais nos autos de infração lavrados: *a*) a ausência de participação do sindicato dos trabalhadores na negociação (art. 2º da Lei 10.101/00); *b*) o ferimento à habitualidade da distribuição da verba (máximo de duas vezes ao ano, em período não inferior a um trimestre civil, nos termos do art. 3º, §2º da Lei 10.101/00); *c*) a existência de acordos e convenções coletivas firmados após o período de apuração; *d*) a diferenciação dos planos por categoria de empregados com critérios distintos de participação; *e*) a ausência de regras claras e

¹⁴ No mesmo sentido: (REsp 675433/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRI MEIRA TURMA, julgado em 03/10/2006, DJ 26/10/2006, p. 226); em sentido contrário: (STJ, REsp 496949/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 31.08.09).

¹⁵ A matéria será, contudo, objeto de reapreciação pelo Plenário do STF, no rito da repercussão geral, reconhecida no bojo do Recurso Extraordinário nº 569.441. O julgamento do STF poderá, assim, trazer importantes reflexos, inclusive na interpretação da lei (10.101/00) que regulamentou o dispositivo constitucional.

objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas, inclusive mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado, periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão do acordo (art. 2º, §1º da Lei 10.101/00); *f*) a ausência de programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente (art. 2º, §1º, inciso II da Lei 10.101/00); *g*) a manutenção de planos espontâneos de participação nos lucros que venham a ser compensados com os valores negociados via convenção ou acordo coletivo (art. 3º, §3º da Lei 10.101/00), dentre outros.

Destaque-se que algumas das exigências acima elencadas ferem o próprio texto da Lei 10.101/00, baseando-se em obrigações que não estão ali expressas, como por exemplo, a vedação à manutenção dos planos espontâneos e à compensação dos valores por este distribuídos com os valores negociados via convenção ou acordo coletivo.

Veja-se que a própria lei corrobora com a existência e manutenção dos planos espontâneos de participação (ainda que sem respaldo na negociação coletiva, tal como consta da redação do art. 3º, §3º da Lei 10.101/00), contudo, a Fiscalização tem afastado a possibilidade de validação de quaisquer planos de participação nos lucros e resultados sem respaldo em negociação coletiva, entendimento este que atualmente é acompanhado pela jurisprudência majoritária do CARF¹⁶.

A tendência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais tem sido de flexibilizar a interpretação fiscal sobre os requisitos constantes da Lei 10.101/00, na busca da essência dos planos de participação, preservando os contribuintes que agiram amparados na redação dos textos legais.

Assim, por exemplo, destacam-se os precedentes que apontam pela possibilidade de diferenciação das metas e resultados em função dos cargos exercidos na empresa, reafirmando a soberania da negociação realizada entre as partes, com respaldo do sindicato dos trabalhadores. Confira-se¹⁷:

¹⁶ Neste sentido, confira-se o acórdão nº 2301-003.477, Relator Conselheiro Mauro José Silva, julgado em 22 de agosto de 2013.

¹⁷ CARF. Acórdão nº 2301-003.422. Relator Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes,

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/01/2007 a 31/01/2009 CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. METAS E PLANOS DIFERENCIADOS POR CARGO. VALE TRANSPORTE EM PECÚNIA. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRÊMIO PAGO A TERCEIRO. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. ENQUADRAMENTO. IMPROCEDENTE. **Acordo para pagamento de Participação nos Lucros ou Resultados (PLR) que preveja plano e metas diferenciadas de acordo com o cargo do segurado não está em desacordo com a legislação, motivo da não incidência da contribuição previdenciária sobre essa parcela.** No caso concreto as regras do Acordo foram conhecidas previamente pelos empregados da recorrente. Ficou comprovado a participação do sindicato no estabelecimento das normas da PLR, sendo assim, não se pode ignorar os termos que restaram afixados por ambas as partes e corroborados pela entidade sindical. Os valores pagos a título de vale transporte pagos em pecúnia não estão na base de incidência de contribuição previdenciária, conforme Súmula Carf nº 89. Exige-se a comprovação da efetiva prestação de serviços por parte do segurado contribuinte individual, como condição para a incidência de contribuição social previdenciária. Recurso Voluntário Provido Crédito Tributário Exonerado.

Destacam-se ainda os precedentes que defendem a facultatividade das exigências constantes do art. 2º da Lei 10.101/00 – tais como índices de produtividade, qualidade ou lucratividade da empresa e “programas de metas, resultados e prazos” – com a finalidade de alcançar a não incidência das contribuições sobre a PLR, ou seja, a não adoção de tais critérios pelo contribuinte não poderia ensejar autuações pela RFB, tal como destaca o precedente abaixo¹⁸:

julgado em 23 de setembro de 2013.

¹⁸ CARF. Acórdão nº 2402-002.587. 4º Câmara – 2ª Turma Ordinária Relator: Lourenço Ferreira do Prado. Sessão de 17 de abril de 2012. Neste sentido, confira-se ainda o julgado da Câmara Superior de Recursos Fiscais: “O termo usado – podendo – é próprio das normas facultativas, não das normas cogentes. A lei não determina que, entre tais critérios, se incluam os arrolados nos incisos I (índices de produtividade, qualidade

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PLR.
CRITÉRIOS ESTABELECIDOS QUE NÃO ESTÃO EM
DESACORDO COM A LEI 10.101/00.

O art. 2º, §1º da Lei 10.101/01 não exige expressamente que os critérios fixados para o pagamento da PLR observem obrigatoriamente o que dispõe os seus incisos I e II, mas apenas que a fixação dos critérios, dentre outros pontos, poderá observar os índices de produtividade, qualidade ou lucratividade da empresa, programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente.

Recurso Voluntário Provido.

A soberania das partes na fixação da PLR tem sido ainda apontada como outro fator de flexibilização das normas contidas na Lei 10.101/00, sobretudo quando as exigências fiscais revelam uma preconcepção dos critérios e regras que devam constar dos planos de participação nos lucros e não encontram um respaldo expresso na lei¹⁹.

Ademais, também no que se refere às exigências de suposta tempestividade do acordo ou convenção coletiva firmados, glosando-se os valores de PLR pagos com base em acordos coletivos firmados após o início do exercício financeiro, a Câmara Superior de Recursos Fiscais firmou importante precedente no qual destacou que **“a legislação regulamentadora da PLR não veda que a negociação quanto a distribuição do lucro, seja concretizada após sua realização, é dizer, a negociação deve preceder ao pagamento, mas não necessariamente o advento do lucro obtido”**²⁰.

Veja-se, portanto, que no entendimento da Câmara Superior e do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, o único critério

ou lucratividade da empresa) e II (programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente) do §1º do art. 2º da Lei 10.101/00, apenas o autoriza ou sugere.” (CSRF. Processo nº 10680.009628/2007-05. Acórdão nº 9202-00.503 – 2ª Turma. Recorrente: Fazenda Nacional. Julgado em 09 de março de 2010.

¹⁹ CARF. Acórdão nº 2803-00.254. Processo nº 14485.000196/2007-26. 3ª Turma Especial. Data da sessão 22 de setembro de 2010.

²⁰ CSRF. Acórdão nº 9202-002.486 Processo nº 14485.000327/2007-75. 2ª Turma. Relator Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos. Julgado em 03 de abril de 2013.

temporal que se pode extrair da legislação que regula a PLR é que o acordo coletivo seja firmado em negociação antes da data do efetivo pagamento da participação nos lucros, evitando, assim, fraudes quanto ao acerto do valor negociado²¹.

Contrariamente ao entendimento fiscal, e ainda avançando nos preceitos atualmente adotados pela jurisprudência administrativa, a jurisprudência judicial trabalhista possui inúmeros precedentes nos quais demonstra respeitar a natureza do instituto como tal e não o integra à remuneração, mesmo que haja inobservância aos requisitos da Lei 10.101/2000. Como exemplo, em alguns casos já apreciados, os Tribunais mantiveram o entendimento pela natureza de participação nos lucros de plano negociado e pago ainda que em periodicidade diferente da determinada no art. 3º, §2º da Lei 10.101/00 (mais de duas vezes ao ano), não integrando os valores percebidos à remuneração.

De igual modo, o STJ firmou importante precedente de relatoria do Ministro Luiz Fux (REsp 865.489/RS²²), que não obstante tenha reconhecido a natureza da não-incidência das contribuições sobre a PLR como matéria de isenção, ressaltou a natureza do art. 7º, XI da CF como “*benefício constitucional inafastável*”, flexibilizando as regras constantes da Lei 10.101/00 para ressaltar a soberania da negociação entre os empregados e a empresa.

Através do mencionado precedente, verificou-se, assim, a tendência do STJ em buscar a essência do plano de participação nos lucros em detrimento das formalidades exigidas em lei, inclusive afastando a exigência de homologação do acordo coletivo em sindicato (validando, neste sentido, os planos espontâneos mantidos pelas empresas).

No mesmo sentido, encaminha-se a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais²³. Não obstante os precedentes reconheçam a

²¹ Neste sentido, confira-se ainda o acórdão nº 2301-002.092. Processo nº 35366.001447/200554. 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária. Julgado em 21 de maio de 2013.

²² Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 24/11/2010.

²³ Confira-se: AGA 200901000030644, DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO, TRF1 - OITAVA TURMA, e-DJF1 DATA:18/02/2011 PAGINA:386.

necessidade de observância dos ditames constantes da legislação regulamentadora (Lei 8.212/91, art. 28,§9º, “j” c/c Lei 10.101/00) para fins de afastar a incidência das contribuições, a análise de cada caso em concreto tem levado os Tribunais a conformar as exigências legais à essência dos planos de participação analisados, inclusive afastando a aplicação de alguns dispositivos da Lei 10.101/00, buscando, assim, adequar a realidade legal à própria realidade da negociação coletiva.

Entretanto, o que se observa pelos precedentes analisados – tanto na esfera administrativa quanto na judicial – é a ausência de uniformidade dos precedentes na análise do tema, o que não só dificulta como desestimula a adoção dos planos de participação nos lucros pelas empresas, receosas de que seus investimentos no crescimento pessoal e incremento financeiro de seus funcionários torne-se motivo de dor de cabeça, resultando em altos passivos fiscais.

Não obstante a ausência de uniformização quanto ao tema, colhe-se dos precedentes analisados o entendimento de que, na atualidade, a desvinculação dos ganhos auferidos pelos empregados em participação nos lucros e resultados das empresas encontra-se vinculada à necessidade de observância dos ditames constantes nas leis regulamentadoras (Leis 10.101/00 e 8.212/91), visando a não incidência das contribuições sobre a folha de salários.

Assim, enquanto não analisada a eficácia da norma constante do art. 7º, inciso XI da CF pelo Plenário do STF em repercussão geral (RE 569.441), o que poderá implicar em nova interpretação da cogência dos dispositivos constantes da Lei 10.101/00, a observância dos ditames da legislação regulamentadora da PLR na construção dos planos de participação pelas empresas parece a decisão mais acertada no intuito de afastar a possibilidade de autuação pela RFB.

Ainda assim, as exigências fiscais podem ser contestadas, e flexibilizadas as normas legais, conforme precedentes do próprio CARF e do STJ sobre o tema, sobretudo quando se verifica que muitas das exigências hoje trazidas pela Fiscalização sequer podem ser extraídas do texto da Lei 10.101/00.

Resta a esperança de que o Supremo Tribunal Federal confira ao

tema o entendimento mais acertado, em respeito à redação do texto constitucional e à finalidade da participação nos lucros e resultados de empreender a aproximação entre o capital e a mão-de-obra, afastando, assim, as exigências e interpretações temerárias que vem sendo consentaneamente defendidas pelos órgãos fiscais.

5 - Conclusões

Com base nas elucidações propostas no presente estudo, podem-se apontar as seguintes conclusões sobre os temas tratados:

a) As contribuições incidentes sobre a folha de salários, previstas no art. 195 da CF, apenas incidem sobre o que se constitui remuneração pelos serviços prestados pelo empregado, prestação esta pactuada, expressa ou tacitamente, e paga pela prestação de serviços e nunca para a prestação de serviços, sendo o referido pagamento feito de forma habitual;

b) No que tange os planos de opção de compra de ações (*stock options plans*), na medida em que regulam a mera expectativa do exercício de um direito de compra de ações, possuem caráter oneroso e decorrem de contrato de natureza mercantil, e ainda em face do caráter eventual e dos riscos intrínsecos que acompanham esta espécie de negócio jurídico, impera reconhecer a ausência de natureza salarial dos valores pagos pelas empresas a empregados e administradores no bojo de tais planos. Por conseguinte, não se tratando de verba salarial, a tributação desta pelas contribuições sobre a folha de salários (art. 195, I, a, CF) fere a norma de competência constitucionalmente estabelecida;

c) Quanto à participação nos lucros e resultados, em se tratando de um direito garantido ao trabalho e expresso através de norma inserta na redação do art. 7º, inciso XI da CF, defendemos tratar-se de imunidade de eficácia ampla e que, nos termos do art. 146 da CF, apenas poderia ser regulada

(nunca restringida) pela edição de lei complementar. O tema será objeto de análise pelo Plenário do STF (RE 569.441), que definirá a controvérsia sobre a eficácia da referida norma constitucional, o que influirá ainda na análise da obrigatoriedade de observância dos preceitos contidos nas Leis 8.212/91 e 10.101/00. Lado outro, enquanto não apreciado o tema pelo STF, a jurisprudência administrativa e judicial, à exceção de alguns precedentes na esfera trabalhista, consolidou o entendimento de que deve-se buscar a observância dos critérios dispostos na Lei 10.101/00 para a não incidência das contribuições previdenciárias sobre a participação nos lucros e resultados. A adoção de uma interpretação restritiva e deturpada das normas contidas na Lei 10.101/00 pela fiscalização tributária tem sido flexibilizada pela jurisprudência administrativa e judicial, apontando pelo reconhecimento da não incidência das contribuições sobre os planos de participação nos lucros e resultados sempre que restar demonstrada a essência da participação e o cumprimento das finalidades de integração entre o capital e o trabalho, visando o incentivo da produtividade e o alcance de resultados positivos pela empresa e pelo trabalhador.

Entretanto, em ambos os casos, resta claro que a adoção dos planos de *stock options* e de participação nos lucros e resultados pelas empresas apenas se consolidará no país quando houver definitiva uniformização do entendimento fiscal e jurisprudencial pela não incidência das contribuições previdenciárias sobre os ganhos auferidos, trazendo ao contribuinte segurança na lei fiscal e a tão almejada confiança sistêmica.

Lado outro, no cenário que aqui abordamos, a infeliz tendência que se consolida é de franco desestímulo à adoção dos planos de *stock options* e à negociação da participação nos lucros e resultados pelo empresariado nacional – perdemos todos: empresas, empregados, economia nacional e a própria administração tributária federal.

Referências

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência tributária*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 208-209.

ATALIBA, Geraldo. *Apud* MELO, José Eduardo Soares de. Contribuições sociais no sistema tributário, op. cit., 1996.

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 4. ed., 2010.

BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel de Abreu Machado (atualizadora). *Direito tributário brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL, 2013. Sindifisco Nacional. *Análise da Arrecadação Federal 2013*: Disponível em http://www.sindifisconacional.jorg.br/index.php?option=com_content&view=category

&layout=blog&id=180&Itemid=248. Acesso em 20.08.2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em www.stf.jus.br.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em www.stj.jus.br.

BRASIL, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Disponível em www.conselhos.fazenda.gov.br.

CANTO, Gilberto Ulhôa de; SOUZA, Antônio Carlos Garcia de; FONSECA, Marcelo Beltrão da. *Contribuições Sociais*. Caderno de Pesquisas Tributárias, v. 17. São Paulo: Resenha Tributária, 1992.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Contribuições Sociais - Natureza Jurídica Questões Diversas*. Caderno de Pesquisas Tributárias, v. 17. São Paulo: Resenha Tributária,

1992.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

_____, Misabel de Abreu Machado. *Segurança Jurídica como fator de concorrência tributária*. In: VELLOSO, C.M.S.; ROSAS, R.; AMARAL, A.C.R.. (Org.). *Princípios Constitucionais Fundamentais*. São Paulo: Lex, 2005, v. 1, p. 799-816

LOBATO, Valter de Souza. *Estado democrático de direito. Segurança jurídica. A correta forma de interpretação dos benefícios fiscais e a concretização dos direitos sociais*. Disponível em: www.sachacalmon.com.br. Acesso em 20.08.2014.

_____, Valter de Souza. *Os Tributos destinados ao custeio da Seguridade Social: a busca do equilíbrio de suas fontes*. (Dissertação). Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 327.

MELO, José Eduardo Soares de. *Contribuições sociais no Sistema Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2010.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. 3. ed. Porto Alegre: 2010.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *As Contribuições para-fiscais e a Validação constitucional das espécies tributárias*. In *Revista Dialética de Direito Tributário*. Ed. 174. São Paulo: Dialética, 2012.

SCAFF, Fernando Facury. *As contribuições sociais e o princípio da afetação*. In *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 98. Dialética: São Paulo, 2003.

SCHOUERI, Luis Eduardo. *Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SPAGNOL, Werther Botelho. *As Contribuições Sociais no Direito Brasileiro*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Aspectos polêmicos da cédula de crédito bancário: os juros cobrados por pessoa não integrante do sistema financeiro nacional

Vinícius Jose Marques Gontijo¹

Jerfferson da Mata Almeida²

Cidade/estado: Belo Horizonte/MG

vjmgontijo@hotmail.com

damataadv@gmail.com

Sumário

Introdução. 2. Da característica da CCB. 2.1 Dos atributos de título de crédito. 2.2 Da transmissibilidade da CCB. 2.3 Da cobrança via CCB. 3 Dos juros. 3.1 Do conceito jurídico. 3.2 Da classificação dos juros. 3.2.1 Dos juros convencionais e legais. 3.2.2 Dos juros compensatórios e moratórios. 3.2.3 Dos juros quanto a sua capitalização. 3.2 Da importância das instituições financeiras e seu caráter social. 3.2.1 Das taxas de juros aplicadas pelas instituições financeiras. 3.2.2 Da aplicabilidade das regras civis as pessoas naturais e jurídicas não integrantes do SFN. 4. Da CCB enquanto título de crédito e sua cobrança em caso de

¹ Doutor em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor nos Cursos de Mestrado, Pós-Graduação lato sensu e Graduação da Faculdade de Direito Milton Campos. Professor dos Cursos de Pós-Graduação lato sensu e Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Ex-Professor Substituto nos Cursos de Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais e Universidade Federal de Ouro Preto. Advogado.

² Mestrando em Direito Empresarial da FDMC. Advogado.

inadimplemento. 5. Conclusão. Referências

Resumo

A cédula de crédito bancário tem girado grandes montas no cenário financeiro brasileiro. Tem se apresentado como forte e poderoso instrumento de crédito, sendo emitida para lastrear toda e qualquer operação de crédito bancário, gozando de força executiva e de fácil circulação, por ser título de crédito que é. Ocorre que, a transmissibilidade a pessoa não integrante do SFN

poderá acarretar questionamentos na da cobrança dos juros por ofensa a legislação civil brasileira, Lei 10.406/2002 e da Lei da Usura, Decreto 22.626/1933, inviabilizando o rápido pagamento e o não cumprimento da obrigação contida no título de crédito em comento, fazendo com que o endossatário, beneficiário final do título, fique frustrado no seu recebimento.

Palavras-chave: CCB; Cédula de Crédito Bancário; Banco, Juros; Usura.

Del SFN puede conducir a preguntas sobre la recuperación del interés por infracción al Derecho Civil Brasileño, la Ley 10.406/2002 y al Decreto 22.626/1933, evitando el pago listo y no cumpliendo con la obligación contenida en el instrumento de crédito en discurso, haciendo con que el endosatario, beneficiario final del título, quédese frustrado en su recibimiento.

1 - Introdução

Vigente no cenário nacional desde 14 de outubro de 1999, pela edição da Medida Provisória 1.925 (posteriormente com o número 2.160/2001), aprovada pelo Congresso Nacional como Lei 10.931, em 02 de agosto de 2004, a Cédula de Crédito Bancário (CCB) foi introduzida no cenário financeiro nacional como um poderoso instrumento de crédito.

De acordo com o art. 1º da citada lei “a Cédula de Crédito Bancário é título de crédito emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade”. E passível de execução, conforme depõe o art. 28 da Lei 10.931/2004.

Este aspecto legal nascido em 1999 tornou a CCB um forte instrumento de crédito e de fomento, bem como inovador dentro do Sistema Financeiro Nacional (SFN), visto que poderá lastrear toda e qualquer operação ativa das instituições financeiras, tais como: contrato de mútuo, contrato de financiamento, contrato de cheque especial, contrato de conta garantida, contrato de arrendamento mercantil, etc.

Sua transmissibilidade dar-se-á mediante endosso em preto, ou em caso de exceção mediante cessão de crédito, caso contenha a cláusula não a ordem, podendo circular a toda pessoa, natural ou jurídica, integrante ou não do SFN, conforme disposição do parágrafo primeiro do art. 29 da lei regente³.

Em tese, não há nenhum problema ou óbice quanto a esta transmissibilidade, contudo, é praxe no mercado e aceito juridicamente que as instituições financeiras e as pessoas jurídicas a elas equiparadas possam cobrar juros acima do patamar previsto na legislação civil, não configurando ofensa a Lei da Usura, Decreto 22.626/1933.

Contudo, pessoa natural ou jurídica, não integrante do SFN, sendo endossatários ou cessionários de uma CCB poderiam cobrar os altos juros que vêm cobrando as instituições financeiras sem nenhum obstáculo ou resistência? Não haveria ferimento a legislação civil ou crime de usura? É o que se pretende apurar no decurso deste estudo.

³ Art. 29 - §1º - A Cédula de Crédito Bancário será transferível mediante endosso em preto, ao qual se aplicarão, no que couberem, as normas do direito cambiário, caso em que o endossatário, mesmo não sendo instituição financeira ou entidade a ela equiparada, poderá exercer todos os direitos por ela conferidos, inclusive cobrar os juros e demais encargos na forma pactuada na Cédula.

2 - Da característica a CCB

2.1 - Dos atributos de título de crédito

Analisando o primeiro atributo da CCB, verifica-se que é um título de crédito por excelência, conforme destacado no art. 26 da Lei 10.931/2004 e, por conseguinte, “é o documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo, nele mencionado”⁴, nos termos lecionados por Cesare Vivante, informando, ainda, que:

[...] o direito expressado no título é literal, porque sua existência se regula a teor do documento; diz que o direito é autônomo, porque o possuidor de boa-fé exercita um direito próprio, que não pode ser restringido ou destruído em virtude das relações existentes entre os anteriores possuidores e o devedor; e por último, diz que o título é documento necessário para exercitar o direito, porque, o título existe, o credor deve exibi-lo para exercitar qualquer direito, tanto principal como acessório, dos que nele constituem, não podendo realizar-se nenhuma modificação nos efeitos do título sem fazer constar nele mesmo. (VIVANTE, 1936, p. 136-137).

Sendo o título de crédito um documento representativo de direitos, literais e autônomos, a doutrina estabelece como características destes, três elementos: a cartularidade (documento), a literalidade e a autonomia, ressaltando aqui a menção de Wille Duarte Costa (2003) que, ao invés de cartularidade, prefere nominá-la de incorporação⁵.

Na CCB não é diferente. Seu surgimento se dá pela contratação de uma operação de crédito de qualquer modalidade, logo é um título causal. Materializa-se num papel (o documento), emitido pelo

⁴“Título de crédito es un documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo expresado en el mismo” (VIVANTE, 1936, p. 136-137).

⁵“No momento em que se emite o título de crédito, cumprindo seus requisitos legais, nasce um direito que a ele se impregna, transformando-se em uma só coisa, dizendo que a INCORPORAÇÃO é a materialização do direito no documento (papel ou cártula), de tal forma que o direito (direito cartular) não poderá ser exercido sem a exibição do documento” (COSTA, 2003, p. 70).

tomador do crédito em favor de uma instituição financeira ou a ela equiparada⁶ e tem como literalidade os atributos contidos no art. 29 da Lei 10.931/2004⁷.

Uma vez estruturada a operação, a CCB poderá circular por endosso, escritural ou eletrônico⁸ e ser transferida com indicação expressa da pessoa (endosso em preto), física ou jurídica, integrante ou não do Sistema Financeiro Nacional (SFN), como já mencionado anteriormente.

Além destes atributos do direito cambial, a CCB poderá ser emitida em favor de instituição financeira domiciliada no exterior, em moeda estrangeira, com ressalvas para suas obrigações que deverão ter exclusividade para a lei e foro brasileiros, poderá ser dotada de garantia fidejussória ou real, com cobertura securitária, tudo pactuado nos termos do artigo 28, a seguir transcrito:

§ 1º Na Cédula de Crédito Bancário poderão ser pactuados:
I - os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua

⁶ Equiparam-se as instituições financeiras as Cooperativas de Crédito, por força do artigo 55 da Lei 4.595/1964 e as administradoras de cartões de crédito, nos termos da Súmula 283 do Superior Tribunal de Justiça.

⁷ Art. 29. A Cédula de Crédito Bancário deve conter os seguintes requisitos essenciais: I - a denominação “Cédula de Crédito Bancário”; II - a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível no seu vencimento ou, no caso de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário, a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, correspondente ao crédito utilizado; III - a data e o lugar do pagamento da dívida e, no caso de pagamento parcelado, as datas e os valores de cada prestação, ou os critérios para essa determinação; IV - o nome da instituição credora, podendo conter cláusula à ordem; V - a data e o lugar de sua emissão; e VI - a assinatura do emitente e, se for o caso, do terceiro garantidor da obrigação, ou de seus respectivos mandatários.

⁸ “O título de crédito permite que os direitos que ele representa sejam colocados em movimento (em circulação), seja transferido a sua titularidade pelo endosso translatício e tradição da cártula (meio tradicional dos títulos cartulares); seja mediante registro em um sistema de registro e de liquidação financeira de ativos autorizada pelo Banco Central do Brasil, com os mesmos efeitos jurídicos do endosso (tradição eletrônica para os títulos escriturais, o que já é previsto similarmente pelo artigo 45, §3º, da Lei n. 10.931/2004)” (FERNANDES, 2012, p. 51).

capitalização, bem como as despesas e os demais encargos decorrentes da obrigação;

II - os critérios de atualização monetária ou de variação cambial como permitido em lei;

III - os casos de ocorrência de mora e de incidência das multas e penalidades contratuais, bem como as hipóteses de vencimento antecipado da dívida;

IV - os critérios de apuração e de ressarcimento, pelo emitente ou por terceiro garantidor, das despesas de cobrança da dívida e dos honorários advocatícios, judiciais ou extrajudiciais, sendo que os honorários advocatícios extrajudiciais não poderão superar o limite de dez por cento do valor total devido;

V - quando for o caso, a modalidade de garantia da dívida, sua extensão e as hipóteses de substituição de tal garantia;

VI - as obrigações a serem cumpridas pelo credor;

VII - a obrigação do credor de emitir extratos da conta corrente ou planilhas de cálculo da dívida, ou de seu saldo devedor, de acordo com os critérios estabelecidos na própria Cédula de Crédito Bancário, observado o disposto no § 2º; e

VIII - outras condições de concessão do crédito, suas garantias ou liquidação, obrigações adicionais do emitente ou do terceiro garantidor da obrigação, desde que não contrariem as disposições desta Lei. (BRASIL, 2004).

Assim, a CCB é um título de crédito que representa um direito autônomo, incorporado ao documento cuja literalidade poderá sofrer acréscimos em caso de inadimplemento, podendo, ainda, este título ser dotado de garantias afim de dar maior segurança ao cumprimento a obrigação creditória.

2.2 - Da transmissibilidade da CCB

Por força do parágrafo 1º do artigo 28 da Lei 10.931/2004, anteriormente citado, foi conferido ao endossatário da CCB o poder de exercitar, por meio de ação de execução de título executivo extrajudicial, todos os direitos integrantes da cártula: correção monetária, multa moratória, juros de mora, comissão de permanência, honorários de advogado, inclusive juros, capitalizados ou não.

A CCB, assim como outros títulos de crédito, poderá ser transmitida por endosso que é a forma inerente as cambiais e que “consiste na indicação da pessoa para quem se transmite o título, ditada e assinada pelo seu legítimo possuidor: aquele diz-se endossado, e este endossante” (VIVANTE, 2007, p. 183). Com ressalvas de que na CCB o endosso deverá ser em preto, com indicação do endossatário (§1º do art. 29).

Completa-se, pois, a transmissibilidade da CCB com a tradição do título ao seu endossatário, não se admitindo, contudo, o endosso parcial, sob pena de nulidade da transmissão, conforme aplicação dos artigos 910, §2º e § único do artigo 910 do Código Civil de 2002 (CC/2002).⁹

Lado outro, consoante os títulos de crédito cujos beneficiários são instituições integrante do mercado financeiro, além da forma tradicional de circulação, com a entrega da cártula ao seu endossatário, pode haver uma transmissão por meio da Cetip S.A. - Mercados Organizados (Cetip), mediante registro, transmutando o título em escritural e realizando suas negociações a débito e crédito na conta de seus participantes.

Luiz Gastão Paes de Barros Leães informa como é a utilização do sistema da Cetip e como é realizado o registro das operações e transações neste mercado de balcão, como adiante se expõe:

A utilização do sistema por um desses participantes está condicionada (i) a abertura pelos mesmos de uma conta individualizada na Cetip, (ii) a adesão deles e a todas as regras do regulamento e do estatuto da entidade e (iii) à indicação de um banco liquidante, que tenha conta de reserva bancária compulsória no Banco Central e que seja também associado à Cetip. O acesso dos participantes ao sistema é efetuado através de um provedor de serviços de telecomunicações, ficando eles habilitados a realizar os lançamentos das operações mediante a digitação de códigos e senhas de uso pessoa e intransferível.

Ao ingressarem no sistema, por ocasião dos respectivos

⁹ Art. 910. O endosso deve ser lançado pelo endossante no verso ou anverso do próprio título. [...] § 2º A transferência por endosso completa-se com a tradição do título. Art. 912. Considera-se não escrita no endosso qualquer condição a que o subordine o endossante. Parágrafo único. É nulo o endosso parcial.

registros, os ativos são recebidos pela Cetip em custódia escritural, feita através de registro eletrônico na conta aberta do titular, onde são depositados os ativos por ele adquiridos, assumindo a entidade custodiante a propriedade fiduciária dos mesmos. A transferência da *propriedade fiduciária* dos ativos para a Cetip é efetuada pelos seus registros no sistema, sendo certo que essa transferência é feita ‘em caráter irrevogável e irretroatável’. A *custódia* dos ativos, assim transferidos e registrados na Cetip, é desmaterializada e, quando possível, fungível, e a sua propriedade material, *presumida* pelo crédito na posição do participante do sistema. (LEÃES, 2010, p. 223).

É, também, o que dispõe as Resoluções do Conselho Monetário Nacional de números 1.779 e 2.843 que assim dispõe, respectivamente:

Art. 1º. As instituições financeiras e demais sociedades autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil somente poderão admitir em suas respectivas carteiras, e naquelas relativas aos fundos por elas administrados, títulos públicos e privados, devidamente registrados, conforme o caso, no Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) ou no Sistema de Registro e de Liquidação Financeira de Títulos (CETIP), ou em qualquer outro sistema de custódia e de liquidação que venha a ser autorizado pelo Banco Central. (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1990).

Art. 6º Fica estabelecido prazo de trinta dias para o cumprimento do disposto na Resolução nº 1.779, de 20 de dezembro de 1990, relativo ao registro das Cédulas de Crédito Bancário e dos Certificados de Cédula de Crédito Bancário em sistema de registro e de liquidação de ativos autorizado pelo Banco Central do Brasil. (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2001).

Além destas tradicionais formas de circulação da CCB poderá ela conter a cláusula não a ordem e, eventualmente, somente circular mediante cessão de crédito, consoante disposições do art. 919 do CC/2002 que informa que “a aquisição de título à ordem, por meio diverso do endosso, tem efeito de cessão civil”.

Releva-se, por oportuno, que esta é uma exceção ao direito cambial

visto que com na cessão forma-se um contrato bilateral, constituindo numa obrigação do devedor para com o credor e implicando “(i) no direito do devedor opor ao cessionário as exceções que tenha contra o titular original do crédito e (ii) na eficácia da cessão perante o devedor somente após este ser notificado” (PEREIRA FILHO; FONTES; WAISBERG, 2006, p. 298).

2.3 - Da cobrança via CCB

Feita a transmissibilidade, tanto via endosso, quanto via registro na Cetip ou por intermédio do instituto da cessão de crédito, o beneficiário, em eventual inadimplemento e nos termos da lei regente, poderá promover ação de execução contra o inadimplente, os endossantes, os avalistas e terceiros garantidores, independentemente de protesto, nos termos do art. 44 da Lei 10.931/2004, cobrando todos os direitos conferidos na cártula, em respeito ao negócio pactuado e ao princípio da literalidade e legalidade. Inclusive juros capitalizados conforme informa a possibilidade na literatura do parágrafo 1º do artigo 29 da Lei 10.931/2004.

Se instituição financeira ou assemelhada, não resta dúvida da possível cobrança *in totum* dos valores descritos na cártula, por ser um título afeto ao mercado financeiro, podendo inclusive, cobrar juros capitalizados e juros compensatórios acima dos patamares estabelecidos pela legislação civil, por força da Súmula 596¹⁰ do Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo tratamento diferenciado dado a elas pela Lei 4.595 de 31/12/1964.

E se pessoas alheias ao SFN e por óbvio fora do alcance da Lei 4.595/1964, haveria algum impeditivo para a cobrança do valor descrito na Cártula, notadamente no que tange aos juros lá mencionados? Passemos ao tópico seguinte.

¹⁰ Súmula 596 do STF: As disposições do Decreto 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1977).

3 - Dos juros

3.1 Do conceito jurídico

O juro representa uma obrigação acessória cujo objetivo é dar rendimento, fruto, ganho à obrigação principal onde o credor, que se privou de utilizar determinada coisa em prol do devedor, conferindo a este o direito de usá-la, receberá um incremento em pecúnia ou da própria coisa negociada.

Para Caio Mário da Silva Pereira:

Chamam-se juros as coisas fungíveis que o devedor paga ao credor, pela utilização de coisas da mesma espécie a este devidas. Pode, portanto, consistir em qualquer coisa fungível, embora frequentemente a palavra juro venha ligada ao débito de dinheiro, como acessório de uma obrigação principal pecuniária. Pressupõe uma obrigação de capital, de que o juro representa o respectivo rendimento, distinguindo-se com toda nitidez das cotas de amortização. (PEREIRA, 2002, p. 79).

Na visão de Luiz Antônio Scavone Junior, Os juros “exprime os interesses, ganhos ou lucros que o detentor do capital auferir pela inversão, ou seja, pelo uso por alguém que não possui o capital” e, citando Richard H. Leftwich, conceitua o que vem a ser o capital aqui citado:

O capital, sobre o qual incidem juros, além do próprio dinheiro, pode ser definido como o conjunto de ‘fatores disponíveis não humanos que contribuem na produção de bens e serviços, incluindo terra, matérias-primas e produtos semiacabados, ferramentas, edifícios, equipamentos e estoque’, e pode ser utilizado por uma pessoa com ou sem a concordância de seu titular. (SCAVONE JUNIOR, 2011, p. 47).

A dicção legal dos juros no ordenamento jurídico pátrio, encontra arrimo nos artigos 406 e 407 do CC/2002 a seguir transcritos:

Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Art. 407. Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes. (BRASIL, 2002).

Apesar de constar no dispositivo cível a exposição de juros legais como moratórios veremos que sua classificação é mais extensa, onde encontraremos outras modalidades, conforme adiante será exposto.

3.2 Da classificação dos juros

Para melhor elucidação da matéria, confere a doutrina de Luiz Antônio Scavone Júnior (2011, p. 86), a classificação aos juros quanto a sua origem, podendo ser convencionais ou legais; quanto ao seu fundamento, podendo ser compensatórios ou moratórios e; por fim, quanto a sua capitalização, se simples ou compostos.

3.2.1 Dos juros convencionais e legais

Nesse diapasão, os juros convencionais são, como o próprio nome diz, convencionados, acordados, negociados entre as partes, embora devam obediência a limitação do conteúdo cível cravado no artigo 406 combinado com as disposições do parágrafo primeiro do Código Tributário Nacional (CTN) e que assim informa:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo

determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês. (BRASIL, 1966).

Os juros legais, também segue o seu rigor literal e informam a exigência de lei para tanto, ou seja, é descrito pela própria lei não interessando a vontade das partes para tanto. Como ocorre no caso do mútuo feneratício, descrito no artigo 591 e nas obrigações do mandante que adiante quantia para a execução do mandato, conforme informa o artigo 677, ambos do CC/2002¹¹.

3.2.2 - Dos juros compensatórios e moratórios

Essa modalidade de juros condiz com os valores que serão repassados ao credor da obrigação avençada, podendo ser representado por pecúnia ou por outra coisa de acordo com o que foi acordado entre as partes. Recordando que, por ser acessória, a prestação de juros se presta a remunerar, a pagar com um *plus* aquilo que se tomou emprestado.

Nesta classificação, os juros representam a remuneração, conforme anteriormente dito, porém com finalidades adversas sendo que o juro compensatório se presta para compensar a privação do capital pelo credor e o juro moratório identifica um retardamento no adimplemento da obrigação que se avençou com o credor, configurando uma pena pelo atraso.

“Os juros compensatórios são devidos em razão da utilização do capital devido pelo devedor na exata medida em que constituem frutos civis do valor empregado. Espelham a paga pela utilização do capital alheio”, conforme explicação de Luiz Antônio Scavone Júnior (2011, p. 114).

¹¹ Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual. Art. 677. As somas adiantadas pelo mandatário, para a execução do mandato, vencem juros desde a data do desembolso.

Em outras palavras, é o que informa Caio Mário da Silva Pereira (2002, p. 79), ao mencionar que os juros compensatórios “são os juros que se pagam como compensação pelo fato de o credor estar privado da utilização de seu capital”. E o juro moratório é informado pelo doutrinador “como pena imposta ao devedor em atraso com o cumprimento da obrigação”.

Vale frisar, neste caso, que o inadimplemento poderá ser momentâneo ou parcial ou absoluto quando a obrigação não puder ser mais cumprida, por incapacidade do objeto ou inutilidade para o credor.

A compensação deverá ocorrer quando do desembolso do capital ao devedor, no momento de privação do credor de seus recursos, postergando-se até a restituição dele ao seu proprietário primitivo, cumulando-se, inclusive com o juro moratório, caso haja a mora do devedor.

Essa dicotomia, entre juros compensatório e moratório, também foi objeto de estudo de Luiz Antônio Scavone Júnior que assim os diferenciou:

Com efeito, os juros compensatórios encontram origem na simples utilização do capital. Portanto, são juros que se contam pela utilização do capital durante determinado tempo. Por outro lado, os juros moratórios possuem gênese no atraso - mora ou demora - na restituição do capital. Também são juros pela utilização do capital, entretanto, constituem pena imposta ao devedor moroso e prefixação das perdas e danos. (SCAVONE JUNIOR, 2011, p. 200).

É certo que a formatação do negócio jurídico poderá encampar juros e identificar o percentual a ser aplicado ou apenas informar a imposição da remuneração sem, no entanto, destacar percentual. Se não houver destaque, o juro de mora ou compensatório serão os descritos na lei, caso haja a identificação do quantum percentual haverá uma descrição convencional.

Portanto, poderá haver juro compensatório ou moratório legal ou convencional, respeitado, decerto, os limites legais.

Em que pese a precária técnica jurídica trazida no bojo no artigo

406 do CC/2002, onde há a informação de juros moratórios quando não identifica, em via transversa, os compensatórios, deve se aplicar aquele montante de 1% (um por cento) também para este, conforme se denota da combinação do citado artigo com o parágrafo primeiro do 161 do CTN.

É informa o estudo apresentado por Luiz Antônio Scavone Júnior, quando afirma que:

Não conseguimos vislumbrar alternativa, a não ser a aplicação, por analogia, da taxa determinada no art. 406, limitada nos termos que sustentamos, ao art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, de 1% ao mês, que passa, com o Código Civil de 2002, a ser a taxa legal de juros compensatórios, a par da jurisprudência que indica a aplicação da Selic.

E justifica seu entendimento:

Não se trata de aplicação extensiva do referido art. 406 do Código Civil de 2002, vez que o caso não é de se cobrar juros pela mora, mas pelo uso do capital.

Acorde com Maria Helena Diniz, estaríamos diante de uma interpretação extensiva de uma norma na exata medida que essa norma compreendesse ‘os casos que não estão expressos em sua letra, mas que nela se encontram, virtualmente, incluídos, atribuindo, assim, à lei, o mais amplo raio de ação possível, todavia, dentro de seu sentido literal.

O art. 406 está claramente circunscrito aos juros moratórios, com origem na demora na restituição do capital e não no simples uso, de tal sorte que a inferência extraída decorre da analogia a *simili ad simili* na exata medida da identidade de razões para fixar juros legais em virtude da mora e em virtude da compensação pelo uso do capital: a ausência de estipulação pelas partes. (SCAVONE JUNIOR, 2011, p. 92-93).

Desta feita, tanto o juro moratório quanto o compensatório no Direito Civil pátrio tem o montante legal fixado em 1% (um por cento) ao mês. Alheio a esta dicção o Sistema Financeiros Nacional, por

intermédio das instituições que o compõem, face a sua peculiaridade, podendo estipular juros compensatórios a seu interesse, conforme veremos no decurso deste estudo.

3.2.3 Dos juros quanto a sua capitalização

Uma aplicado juros compensatórios ao capital, se convencionado pelas partes ou definido pela lei, poderá ser ele capitalizado de forma simples ou composta, onde Luiz Antônio Scavone Júnior (2011, p. 207) traz sua conceituação, a seguir *in verbis*: “Na capitalização simples, a taxa de juros é aplicada apenas sobre o capital inicial, não incidindo sobre os valores nominais acumulados”.

E parafraseado José Dutra Vieira Sobrinho informa que “a capitalização composta é ‘aquela em que a taxa de juros incide sobre o capital inicial, acrescido dos juros acumulados até o período anterior’”.

3.2 Da importância das instituições financeiras e seu caráter social

A criação do Sistema Financeiro Nacional (SFN) se deu diante de uma enorme necessidade político-social voltada a estimular a sociedade em seus vários setores, fazendo nascer um novo regime bancário com a edição da Lei 4.595/1964, criando o Conselho Monetário Nacional (CMN) em lugar da antiga Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC) e o Banco Central do Brasil.

Essa necessidade político-social é bem retratada por Otávio Yazbec, vejamos:

Iniciando-se pelas medidas de controle da inflação e por outras que, como estas, serviriam de suporte para o modelo que se pretendia implementar (e aí se deve considerar, da mesma forma, a criação de incentivos fiscais), que aquelas políticas visavam criar estímulos à formação da poupança e à sua canalização para as atividades produtivas, via um número cada vez mais diversificado de instrumentos de mercado. Também se pode reconhecer, no novo regime, medidas que

levam àquele alargamento (*financial broadening*), havendo-se procurado implantar um regime de especialização em que cada tipo de intermediário se encarregaria do atendimento a necessidades específicas, de onde nasceram novas categorias de intermediários, com a consequente distribuição de funções. (YAZBEC, 2007, p. 259-260).

Assim, a Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964¹², que dispôs sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, criou e estruturou o Sistema Financeiro ficando, destarte, constituído:

- a) o Conselho Monetário Nacional (CMN), com a finalidade de formular a política da moeda e do crédito como previsto na lei, objetivando o progresso econômico e social do País;
- b) o Banco Central do Brasil que, entre outras funções, deve cumprir e fazer cumprir as disposições da legislação e normas expedidas pelo CMN, autorizando, fiscalizando e aplicando penalidades as instituições financeiras públicas e privadas, nos termos do artigo 10;
- c) o Banco do Brasil que executará a política creditícia e financeira do Governo Federal, consoante disposição do artigo 19;
- d) O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico como instrumento de execução de política de investimentos do Governo Federal, nos termos do artigo 23;
- e) Demais instituições financeiras públicas e privadas, consideradas, de acordo com o artigo 17, como aquelas com “atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros”.

Essa nova estruturação do mercado financeiro tinha como condão

¹² Art. 1º O sistema Financeiro Nacional, estruturado e regulado pela presente Lei, será constituído: I - do Conselho Monetário Nacional; II - do Banco Central do Brasil; III - do Banco do Brasil S. A.; IV - do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico; V - das demais instituições financeiras públicas e privadas.

o fortalecimento do sistema e seu foco no desenvolvimento do país, em vários setores.

Silvânio Covas, Marcos R. F. Fontes e Ivo Waisberg, constataam que essa dupla função da lei, voltada a atender necessidades econômico-social e desenvolvimentista, focada na atividade bancária tem dois escopos, um privado e outro público:

A atividade bancária, como agente da intermediação financeira e importante propulsora do desenvolvimento econômico, atende a dois principais escopos:

- a) Um inteiramente privado, voltado a satisfação dos interesses do banqueiro e do seu cliente;
- b) Outro inteiramente público, destinado à satisfação das políticas macroeconômicas do Governo Federal. (COVAS; FONTES; WAISBERG, 2006, p. 473).

Apresentado e considerado, o SFN detém regramento próprio e as pessoas que o integram devem observar e cumprir as disposições normativas emanadas pelo CMN, inclusive ao que tange as taxas de juros, consoante o que determina o primeiro inciso da Resolução 1.064 de 05 de dezembro de 1985 e do art. 4º da Medida Provisória 2.172-32, de 23 de agosto de 2001, cujo teor segue demonstrado, respectivamente:

I - [...] as operações ativas dos bancos comerciais, de investimento e de desenvolvimento serão realizadas a taxas de juros livremente pactuáveis. (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1985).

Art. 4º as disposições desta Medida Provisória não se aplicam:

I - às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, bem como às operações realizadas nos mercados financeiro, de capitais e de valores mobiliários, que continuam regidas pelas normas legais e regulamentares que lhes são aplicáveis. (BRASIL, 2001).

Por assim dizer e sobre o que se tem balisado na doutrina,

legislação e jurisprudência¹³, apoiado as Súmulas 596, 648¹⁴ do STF, bem como da legislação específica (Lei 4.595/1964) e principalmente após a Emenda Constitucional 40 que alterou o art. 192 da Constituição Federal revogando o parágrafo terceiro que limitava a taxa de juros em 12% (doze por cento) ao ano, as instituições integrantes do SFN estão alheias às disposições do Decreto 22.626/1933, do regramento civil, bem como apartadas da Lei que informa os crimes contra a economia popular, Lei 1521, de 26 de dezembro de 1951, pelo mesmo motivo.

Esse também é o entendimento de Humberto Theodoro Júnior, ao informar que:

Destarte, as normas gerais insertas na Lei da Usura, foram excepcionadas por legislação federal específica que regulamentou o Sistema Financeiro Nacional, Lei n. 4595, de 31.12.1964 e tornou os contratos de mútuo feneratício celebrados por instituições financeiras imunes aos limites impostos pelo Decreto n. 22.626/33. Para estas prevaleceriam as taxas de mercado, sujeitas apenas a eventuais limites impostos pelo Conselho Nacional (CMN). (THEODORO JUNIOR, 2003, p. 32).

E prossegui o autor:

Atualmente, é ponto pacífico e superado na jurisprudência que vigora para as Instituições Financeiras fiscalizadas pelo Banco Central a ampla liberdade de fixar as taxas de juros, conforme as leis do mercado. (THEODORO JUNIOR, 2003, p. 33).

O Desembargador Nilson de Castro Dião, acompanhado por unanimidade em sede de Apelação, decidiu a questão informando que:

13 Confira-se, a esse respeito, reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça nos arestos: AgRg no REsp 1.260.463/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe de 14/06/2013; AgRg no REsp 1.097.540/MS, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, DJe 19/06/2013; REsp 1.352.452/RN, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 10/05/2013; AgRg no REsp 284.875/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, DJe 10/04/2013.

14 Súmula 648 do STF: a norma do § 3º do art. 192 da constituição, revogada pela Emenda Constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de Lei Complementar.

É ilusório tentar tabelar os juros numa economia em que não há mais nenhum produto tabelado. Se a política governamental estabelece uma taxa de juros das mais elevadas no mundo, não é admissível que se imponha às instituições financeiras captadoras, que os repassem aos consumidores finais por uma taxa menor do que aquela que pagaram. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, 1998).

Verifica-se, pois, que para as instituições financeiras e as empresas a elas equiparadas há todo um regramento próprio, advindo de um histórico político, social e econômico, que as diferem das pessoas naturais e jurídicas, ordinárias, conferindo direitos e obrigações inteiramente divergentes entre um e outro, estando elas arrogadas de um sistema voltado ao interesse público com viés político informadores do SFN.

3.2.1 - Das taxas de juros aplicadas pelas instituições financeiras

Partindo da premissa que a CCB nasce de toda e qualquer operação de crédito, de qualquer modalidade, cabe analisar as operações ativas permitidas para as instituições financeiras.

Tais modalidades são descritas pelas normas do SFN, conforme expõe o Plano Contábil das Instituições Financeiras do Sistema Financeiro Nacional (COSIF), por:

- a) Empréstimos;
- b) Desconto de títulos;
- c) Financiamento de giro de capital;
- d) Financiamentos Imobiliários;
- e) Financiamento de títulos e valores mobiliários;
- f) Financiamento de infra-estrutura e desenvolvimento;
- g) Financiamentos rurais e agroindustriais (BANCO CENTRAL DO BRASIL, s.d.a).

Insere nestas operações ativas, estão o mútuo; desconto de títulos e os financiamentos de um modo em geral, sendo, por exemplo, para

aquisição de um carro, uma casa, recursos para alavancagem e capital de giro empresarial, para a manutenção e crescimento da infra-estrutura, bem como a aquisição de adubos, sementes, insumos e máquinas agro-industriais, etc.

Para tais operações, o mercado financeiro tem praticado taxas de juros compensatórios variados e muito diferentes entre as instituições financeiras.

Para tanto, traz-se a baila, para compor o presente estudo e visando uma análise prática, o cenário de taxa de juros compensatórios aplicados por instituições financeiras sob os segmentos de pessoas naturais e jurídicas, como adiante se apresenta (BANCO CENTRAL DO BRASIL, s.d.b).

No segmento de pessoas físicas, com encargo pré-fixado e período inicial a partir de 20/08/2013, temos, em ordem crescente, as seguintes taxas de juros compensatórios:

- a) Na modalidade de cheque especial, o Banco La Nación Argentina, com 0,12% (zero vírgula doze por cento) e 1,48% (um vírgula quarenta e oito por cento) ao ano, em segundo com o Banco Indusval S.A., com 1,57% (um vírgula cinquenta e sete por cento) ao mês e 20,50% (vinte vírgula cinquenta por cento) ao ano e por último o Banco Santander (Brasil) S.A. com 9,95% (nove vírgula noventa e cinco por cento) ao mês e 212,06% (duzentos e doze vírgula zero, seis por cento) ao ano;
- b) Na modalidade de aquisição de veículos, temos como menor percentual o Cia CFI RCI Brasil S.A., com 0,83% (zero vírgula oitenta e três por cento) ao mês e 10,46% (dez vírgula quarenta e seis por cento) ao ano e o Portocred S.A. - CFI, com 3,67% (três vírgula sessenta e sete por cento) ao mês e 54,13% (cinquenta e quatro vírgula treze por cento) ao ano;
- c) Na modalidade de crédito pessoal consignado privado, com período inicial a partir de 01/07/2013, temos o Banco Interacap S.A., com taxa menor de 1,51% (um vírgula

cinquenta e um por cento) ao mês e 19,75% (dezenove vírgula setenta e cinco por cento) ao ano e, como maior taxa, a Biorc Financeira - CFI S.A., com taxa mínima de 6,88% (seis vírgula oitenta e oito por cento) ao mês e máxima de 122,17% (cento e vinte e dois vírgula dezessete por cento) ao ano. Ao setor público, nessa modalidade de consignado não chega a ser tão diferente, tendo o Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A. com a menor taxa, compreendendo ao mês a taxa de 1,27% (um vírgula vinte e sete por cento) e ao ano de 16,36% (dezesseis vírgula trinta e seis por cento) e, o com maior taxa no mercado temos Portocred S.A. - CFI, com a taxa mínima de 6,04% (seis vírgula zero quatro por cento) ao mês e a máxima de 102,17% (cento e dois vírgula dezessete por cento) ao ano;

d) Na modalidade crédito pessoal não consignado, com taxa menor de 1,00% (um por cento) ao mês e maior de 12,68% (doze vírgula sessenta e oito por cento) ao ano e, como maior taxa, o Agiplan Financeira S.A. - CFI com 20,01% (vinte vírgula zero um por cento) ao mês e 792,88% (setecentos e noventa e dois vírgula oitenta e oito por cento) ao ano.

Já para as pessoas jurídicas, com período inicial em 20 de agosto de 2013, numa ordem crescente de taxas de juros compensatórios e com encargo pré-fixado, temos:

a) Na modalidade capital de giro com prazo até 365 dias, a instituição financeira com menor percentual apresentado foi o Banco Alfa de Investimento S.A., sendo de 1,13% (um vírgula treze por cento) ao mês e de 14,38% (quatorze vírgula trinta e oito por cento) ao ano; como maior taxa a Via Certa Financiadora S.A. - CFI, com 4,39% (quatro vírgula trinta e nove por cento) ao mês e 67,38% (sessenta e sete vírgula trinta e oito por cento) ao ano;

b) Na modalidade de conta garantida, temos como menor taxa aplicada ao mercado do Banco CNH Capital S.A., em 0,29% (zero vírgula vinte e nove por cento) ao mês e 3,57%

(três vírgula cinqüenta e sete por cento) ao ano e como maior, o Banco Rendimento S.A., com 8,05% (oito vírgula zero cinco por cento) ao mês e 153,15% (cento e cinqüenta e três vírgula quinze por cento) ao ano;

c) Na modalidade capital de giro com prazo superior a 365 dias, temos como menor taxa aplicada ao mercado do Banco Volkswagen S.A., em 0,36% (zero vírgula trinta e seis por cento) ao mês e 4,38% (quatro vírgula trinta e oito por cento) ao ano e como maior, a Omni S.A. CFI, com 5,48% (cinco vírgula quarenta e oito por cento) ao mês e 89,59% (oitenta e nove vírgula cinqüenta e nove por cento) ao ano;

d) Na modalidade de cheque especial, temos como menor taxa aplicada ao mercado do Banco do Nordeste do Brasil S.A., em 2,94% (dois vírgula noventa e quatro por cento) ao mês e 41,63% (quarenta e um vírgula sessenta e três por cento) ao ano e como maior, o Banco Santander (Brasil) S.A., com 10,51% (dez vírgula cinqüenta e um por cento) ao mês e 231,71% (duzentos e trinta e um vírgula setenta e um por cento) ao ano;

e) Na modalidade de desconto de cheques, temos como menor taxa aplicada ao mercado do Todescredi S.A. - CFI, em 1,72% (um vírgula setenta e dois por cento) ao mês e 22,76% (vinte e dois vírgula setenta e seis por cento) ao ano e como maior, o Finansinos S.A. CFI, com 4,68% (quatro vírgula sessenta e oito por cento) ao mês e 73,06% (setenta e três vírgula zero seis por cento) ao ano;

f) Na modalidade de desconto de duplicatas, temos como menor taxa aplicada ao mercado do Banco J.P. Morgan S.A., em 0,93% (zero vírgula noventa e três por cento) ao mês e 11,80% (onze vírgula oitenta por cento) ao ano e como maior, o Finansinos S.A. CFI, com 4,47% (quatro vírgula quarenta e sete por cento) ao mês e 69,07% (sessenta e nove vírgula sete por cento) ao ano.

Diante destas amostras, está comprovada a excepcionalidade das

instituições financeiras, detendo regime jurídico próprio e não estando, de fato, praticando taxas de juros condizentes com o meio comum onde se aplicam normas do Direito Civil e impera o Decreto 22.626, de 07 de abril de 1933.

O respaldo jurídico representa e externa exatamente o que as instituições financeiras e as entidades a estas equiparadas praticam nas suas operações ativas, de crédito. Respaladas pelo interesse público e pela importância do SFN para a nação, essa possibilidade veio a lume excepcionando as taxas de juros habituais a estas entidades.

Contudo, não estão arredias do Poder Judiciário que quando de seu abuso poderá intervir nas relação consumeiristas afim de equilibrá-la¹⁵, como ocorre no conteúdo do art. 591¹⁶ que estabelece que para casos de mútuos feneratícios os excessos à previsão do art. 406 que serão decotados.

3.2.2 - Da aplicabilidade das regras civis as pessoas naturais e jurídicas não integrantes do SFN

Feita esta segregação entre a taxa de juros compensatório do Direito Civil e as aplicadas pelo Direito Bancário, no caso das instituições financeiras, é notório que para as pessoas físicas e jurídicas não insertas no SFN é vedado a estipulação de taxas de juros, compensatórios ou moratórios, acima dos ditames legais, conforme estabelecido no artigo 406 do CC/2002 combinado com o §1º do artigo 161 do CTN, cujo transporte dar-se-ia por uma sanção nos termos da legislação a seguir apresentada.

Decreto 22.626, de 07/04/1933, que dispõe sobre os juros nos contratos e da outras providencias.

¹⁵ Nesse sentido veja-se os acórdãos REsp 407.907/RS, DJ de 29/09/2003, REsp 420.111/RS, DJ 06/10/2003, ambos da 2ª Seção do STJ e Súmula 297 que informa que “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

¹⁶ Art. 591 do CC/2002: Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.

Art. 1º. É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (Código Civil, art. 1062).

§ 1º. Essas taxas não excederão de 10% ao ano si os contratos forem garantidos com hipotecas urbanas, nem de 8% ao ano se as garantias forem de hipotecas rurais ou de penhores agrícolas. (Revogado pelo Decreto-Lei nº 182, de 5/01/1938)

§ 2º. Não excederão igualmente de 6% ao ano os juros das obrigações expressa e declaradamente contraídas para financiamento de trabalhos expressa e declaradamente contraídas para financiamento de trabalhos agrícolas, ou para compra de maquinismos e de utensílios destinados a agricultura, qualquer que seja a modalidade da dívida, desde que tenham garantia real. (Revogado pelo Decreto-Lei nº 182, de 5/01/1938)

§ 3º. A taxa de juros deve ser estipulada em escritura publica ou escrito particular, e não o sendo, entender-se-á que as partes acordaram nos juros de 6% ao ano, a contar da data da propositura da respectiva ação ou do protesto cambial. (Retificado)

[...]

Art. 5º. Admite-se que pela mora dos juros contratados estes sejam elevados de 1% e não mais.

[...]

Art. 9º. Não é válida a cláusula penal superior a importância de 10% do valor da dívida. (BRASIL, 1933).

Decerto, a aplicação de juros para as relações civis, então, devem se adequar ao montante determinado pela lei civil e qualquer outro valor superior estaria extrapolando as possibilidades dos juros cíveis, além de ser considerado transgressão legal, classificando-se como crime de Usura, conforme artigo 13 do Decreto 22.626/1933 e crime contra a economia popular, nos termos a seguir expostos:

Art. 13. É considerado delito de usura, toda a simulação ou prática tendente a ocultar a verdadeira taxa do juro ou a fraudar os dispositivos desta lei, para o fim de sujeitar o devedor a maiores prestações ou encargos, além dos estabelecidos no respectivo título ou instrumento.

Penas - prisão por (6) seis meses a (1) um ano e multas de cinco contos a cinquenta contos de reis.

No caso de reincidência, tais penas serão elevadas ao dobro. Parágrafo único. Serão responsáveis como co-autores o agente e o intermediário, e, em se tratando de pessoa jurídica, os que tiverem qualidade para representá-la. (BRASIL, 1933).

Lei nº 1.521, de 26/12/1951, que Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular: Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito; [...]

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros.

§ 1º. Nas mesmas penas incorrerão os procuradores, mandatários ou mediadores que intervierem na operação usuária, bem como os cessionários de crédito usurário que, cientes de sua natureza ilícita, o fizerem valer em sucessiva transmissão ou execução judicial. (BRASIL, 1951).

Diante da previsibilidade do art. 406 do CC/2002 e suas limitações contidas nas normas acima expostas, é mister a estipulação de no máximo 1% (um por cento) ao mês pela mora dos juros contratados e, também, de bom alvedrio sua aplicação às relações civis.

4 - Da CCB enquanto título de crédito e sua cobrança em caso de inadimplemento

O negócio trazido no bojo da CCB é, no seu íntimo, operação de crédito, o negócio jurídico subjacente é o mútuo, o dinheiro emprestado por instituição financeira nos termos da Lei 10.931/2004, sendo este título de crédito eminentemente causal, posto que só existe em função do negócio fundamental, a operação de crédito.¹⁷

¹⁷ Fran Martins (2010, p. 24) informa que “os títulos de créditos causais têm uma causa necessária, isto é, só existem em função de um determinado negócio fundamental, e esse negócio especial influencia a sua existência, trazendo, assim, os documentos, nas

Vis-a-vis é a CCB o espelho do negócio que lhe origina, da operação creditícia, vinculando-se “ao título de tal sorte que produz efeitos sobre a sua vida jurídica”¹⁸, de acordo com o entendimento de Newton de Lucca.

Sendo título de crédito que é, a CCB pode ser transmitida de forma convencional por endosso em preto, por cessão, atipicamente, ou de forma escritural via registro Cetip, conforme já nos delongamos nestes estudo e, portanto, poderá chegar as mãos de pessoas naturais e jurídicas comuns ou instituições financeiras. É o aspecto natural da circulação encampando interesses das partes.

Chegando ao seu vencimento, a CCB deverá ser quitada, tenha circulado ou não, contudo, caso não haja esse adimplemento por parte do emitente há que se pensar de duas maneiras: a primeira, se o último beneficiário da cadeira de circulação for pessoa natural ou jurídica, digamos, comum e a segunda se este beneficiário é instituição financeira ou entidade a esta equiparada.

Isto porque, sendo ela um título de crédito causal carrega em seu âmago todo o conteúdo pactuado no negócio jurídico creditício, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 28 da Lei 10.931/2004, *in verbis*:

I - os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização, bem como as despesas e os demais encargos decorrentes da obrigação;

II - os critérios de atualização monetária ou de variação cambial como permitido em lei;

III - os casos de ocorrência de mora e de incidência das multas e penalidades contratuais, bem como as hipóteses de vencimento antecipado da dívida;

IV - os critérios de apuração e de ressarcimento, pelo emitente ou por terceiro garantidor, das despesas de cobrança da dívida e dos honorários advocatícios, judiciais

declarações literais que contêm, referência ao mesmo”.

¹⁸ Numa primeira aproximação, assim, poderíamos dizer que o título causal é aquele no qual o negócio jurídico que lhe deu origem, por força da lei, vincula-se ao título de tal sorte que produz efeitos sobre sua vida jurídica (LUCCA, 1979, p. 117).

ou extrajudiciais, sendo que os honorários advocatícios extrajudiciais não poderão superar o limite de dez por cento do valor total devido;

V - quando for o caso, a modalidade de garantia da dívida, sua extensão e as hipóteses de substituição de tal garantia;

VI - as obrigações a serem cumpridas pelo credor;

VII - a obrigação do credor de emitir extratos da conta corrente ou planilhas de cálculo da dívida, ou de seu saldo devedor, de acordo com os critérios estabelecidos na própria Cédula de Crédito Bancário, observado o disposto no § 2º; e

VIII - outras condições de concessão do crédito, suas garantias ou liquidação, obrigações adicionais do emitente ou do terceiro garantidor da obrigação, desde que não contrariem as disposições desta Lei. (BRASIL, 2004).

É cediço, conforme vimos no presente estudo, que as instituições financeiras não estão adstritas à Lei da Usura e as regras do Código Civil, inclusive por Súmula editada pelo STF de verbete 596 e por todo conteúdo histórico de criação do SFN, embora excessos serão revistos pelo Poder Judiciário nas relações de consumo.

Se assim o é, tendo uma CCB como beneficiário final uma instituição financeira ou entidade a ela equiparada, caso haja a cobrança dos juros compensatórios lá descrito não teríamos nenhum óbice quanto ao seu conteúdo porque as taxas de juros de compensação estaríamos dentro do mesmo sistema de criação.

Ocorre que, se esta CCB vencida e não paga, tivesse como beneficiário final pessoa natural ou jurídica não integrante do SFN, não haveria nenhum óbice para a cobrança dos juros contidos na cártula? Poderiam, destarte, estas pessoas cobrar juros acima do descrito na legislação civil, mormente e só porque, detém o título de crédito em suas mãos?

Passemos a conclusão.

5 - Conclusão

Ex positis, é de se concluir que o legislador pátrio ao estruturar o SFN, focado no interesse político-social desde 1964, estabeleceu leis e

regimes próprios afetos às instituições que o compõe, afastando-as do cotidiano, da trivialidade das regras do Código Civil Brasileiro no que tange as relações que ele abrange.

Por oportuno, o conteúdo teórico e semântico circunscrito as CCB é o das instituições financeiras, é do SFN, sem prejuízo do conteúdo cambial inteiramente aplicável ao instituto por título de crédito que é.

Tais razões faz com que pessoas alienígenas ao regramento financeiro, ao SFN, tal como citado, estariam, por conseguinte, alheias as possibilidades e poderes que tocam àquelas instituições financeiras não podendo cobrar juros acima do que determina o regramento civil, notadamente, no que tange ao juros compensatórios.

Mesmo em caso de circulação do título, quando o direito se impregna, se incorpora ao documento, tornando-o autônomo e desvinculado da sua nascente, chegando até as mãos de endossatários ou cessionários, pessoas físicas e jurídicas fora do SFN, não há falar-se em possibilidade de cobrança de juros acima do patamar de 12% (doze por cento) ao ano por imperatividade própria do Código Civil Brasileiro, cuja transgressão indicaria, também, crime de usura e contra a economia popular.

Conclui-se, pois, que havendo CCB aproximadas as mãos de pessoas físicas ou jurídicas alheias ao SFN, os excessos ocasionados pelos juros compensatórios deverão ser decotados ou, quando menos, poderá gerar entraves no recebimento dos valores por questionamentos judiciais: a uma por ferimento da legislação civil; a duas por desobediência a Lei da Usura; a três, por ser defeso no sistema normativo pátrio a agiotagem e por último, a constatação de crime contra a economia popular.

Fundamentos em que filiamo-nos sobre a impossibilidade de cobrança de juros compensatórios na CCB, acima do percentual descrito na legislação civil, por pessoa não integrante do Sistema Financeiro Nacional, seja ela física ou jurídica.

Referências

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Plano Contábil das Instituições Financeiras do Sistema Financeiro Nacional-COSIF. Brasília: BCB, [s.d.a]. Disponível em: <http://www.cosif.com.br/mostra.asp?arquivo=constbc_operacionais#ativas>. Acesso em: 09 set. 2013.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução nº 1.064, de 05 de dezembro de 1985. DOU, Brasília, 06 dez. 1985. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2013.

_____. Resolução nº 1.779, de 20 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a obrigatoriedade de registro no Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) e no sistema de registro e de Liquidação Financeira de Títulos (CETIP). DOU, Brasília, 21 dez. 1990. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2013.

_____. Resolução nº 2.843, de 28 de junho de 2001. DOU, Brasília, 29 jun. 2001. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2013.

_____. Tarifas bancárias. Brasília: BCB, [s.d.b]. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?TARIFA>>. Acesso em: 09 set. 2013.

BRASIL. Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933. Dispõe sobre os juros dos contratos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22626-7-abril-1933-503405-norma-actualizada-pe.html>>. Acesso em: 02 set. 2013.

_____. Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. DOU, Brasília, 01 jan. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595compilado.htm>. Acesso em: 02 set. 2013.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. DOU, Brasília, 31 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 02 set. 2013.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. DOU, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 set. 2013.

_____. Lei nº 10.931, em 02 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. DOU, Brasília, 03 ago. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm>. Acesso em: 02 set. 2013.

_____. Medida Provisória nº 2.172, de 23 de agosto de 2001. Estabelece a nulidade das disposições contratuais que menciona e inverte, nas hipóteses que prevê, o ônus da prova nas ações intentadas para sua declaração. DOU, Brasília, 24 ago. 2001. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 283, de 28 de abril de 2004. DJ, Brasília, 13 maio 2004. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0283.htm>. Acesso em: 02 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 596, de 15 de dezembro de 1976. DJ, Brasília, 05 jan. 1977. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=596.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 02 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 648, de 24 de setembro de 2003. DJ, Brasília, 09 out. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=648.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 02 set. 2013.

COSTA, Wille Duarte. Títulos de crédito. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERNANDES, Jean Carlos. Teoria contemporânea dos títulos de crédito: imperativos principiológicos sob a ótica das teorias pós positivistas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

LUCCA, Newton de. Aspectos da teoria geral dos títulos de crédito. São Paulo: Pioneira, 1979.

MARTINS, Fran. Títulos de crédito. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA FILHO, Valdir Carlos; FONTES, Marcos R. F.; WAISBERG, Ivo (Coord.). Contratos bancários: o título de crédito eletrônico e a cédula de crédito bancário. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 6.439/98. 16 CC. Rel. Des. Nilson de Castro Dião, j. em 08/09/1998. DJRJ, Rio de Janeiro, 09 set. 1998. Disponível em: <<http://www.tj.rj.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2013.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. Juros no direito brasileiro. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Cédula de Crédito Bancário. Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo, n. 22, p. 32-33, out./dez. 2003.

VIVANTE, Cesare. Instituições de direito comercial. Sorocaba/SP: Minelli, 2007.

_____. Tratado de derecho mercantil. Madrid: Editorial Reus, 1936. v. III.

YAZBEC, Otávio. Regulação do mercado financeiro e de capitais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.



ISBN 978-85-63534-60-6



9 788563 534606