SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

COMFORT LETTERS NO DIREITO SOCIETÁRIO BRASILEIRO: GARANTIA DIFUSA E NATUREZA CONTRATUAL.

COMFORT LETTERS AND BRAZILIAN BUSINESS LAW: CONTRACTUAL NATURE AND LIABILITY.

Débora Caetano Dahas [1]

Resumo

O desenvolvimento do capitalismo trouxe diversas mudanças nas formas como se dão as relações comerciais, resultando em reflexos visíveis no direito societário. Um dos fenômenos observados no meio negocial foi o surgimento das "comfort letters". A presente pesquisa tem como objetivo principal apresentar o instituto das "comfort letters" e sua aplicabilidade no direito empresarial brasileiro. Além disso, far-se-á um breve estudo acerca de suas diversas utilizações, sua validade e natureza jurídica, especialmente por meio de um estudo de direito comparado, bem como expor suas diferentes implicações judiciais, utilizando-se para tanto do método comparativo e dedutivo através de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Carta de conforto, Direito comercial, Direito societário, Garantia

Abstract/Resumen/Résumé

The development of capitalism brought along various changes in the way that the commercial relations take place, which resulted in visible changes within business law. One of the most important phenomenons in this field is the creation of the "comfort letters". The present article aims to make brief comments regarding Comfort Letters, outlining its nature, as well as its diverse concepts and implications on the most different jurisdictions around the world, especially in Brazilian Business Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Comfort letters, Commercial law, Business law, Guarantee

[1] Mestranda em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Bacharel em Direito pela UNIUBE. Advogada.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo realizar breves anotações sobre a natureza jurídica do instituto denominado “comfort letters” (ou “cartas de conforto”) bem como estabelecer a sua função de garantia contratual. O objetivo principal, portanto, é traçar de forma breve os principais aspectos das “comfort letters”, explicando como se deu sua criação e como foi difundida a sua utilização.

Para a realização da pesquisa proposta no presente projeto utilizar-se-á o método dedutivo. Ademais, ressalta-se o projeto apresentado é uma pesquisa teórico-empírica. Dessa forma, explica-se que a pesquisa será realizada principalmente a partir de pesquisa e análise bibliográfica, com materiais de doutrinadores europeus, bem como a análise de legislação estrangeira. Utiliza-se, portanto, do estudo comparativo para aprofundamento da discussão e para que se faça um apanhado teórico basilar acerca do instituto tema do trabalho.

Destarte, explica-se, que a globalização e o capitalismo inovaram de forma visível as práticas comerciais e, consequentemente, o direito empresarial. Com a maior possibilidade de comercialização, maior movimentação de riquezas e grande concentração de poder econômico, surgiram novos tipos societários, novos contratos e novas formas de garantia, como é o caso das “comfort letters”. Aqui optar-se-á pela utilização do termo original em inglês.

Como consequência do aumento considerável do mercado e do poder econômico de sociedades e de consumidores, bem como do caráter internacional que a economia tomou durante o século XX, surge a necessidade de maiores investimentos para fomentar a crescente atividade empresarial. Os investimentos, quando de financiamento de instituições financeiras, se tornam mais fáceis de obter quando a instituição percebe que a sociedade controlada tem apoio da sociedade controladora. Esse apoio, bem como outras várias peculiaridades são os objetos da “comfort letters”, que é criada, em primeiro plano, como forma de se garantir à instituição financeira do apoio que a sociedade controladora dá à sociedade controlada, seja por simples declaração, prestação de informação ou até compromisso de assumir a dívida caso a sociedade controlada não cumpra com suas obrigações nos termos contratados. Ressalta-se que por haver a possibilidade de sua redação consistir no mais diverso teor a “comfort letters” estará sempre vinculada à matéria sobre a qual dispõe.

Como previamente estabelecido, a investigação acerca da natureza jurídica das "comfort letters", seu surgimento no direito brasileiro e seus efeitos jurídicos são o foco principal da pesquisa que se segue. Adiante, apresentam-se os principais pontos das "comfort letters", estabelecendo-se sua natureza contratual e seu caráter de garantia difusa.

2. DESENVOLVIMENTO

Destarte, constata-se que o tema investigado é de escassa discussão doutrinária no Brasil. Inicia-se a pesquisa procedendo-se com o estudo de alguns dos artigos científicos mais importantes publicados sobre as "comfort letters". Aqui, dá-se destaque à professora espanhola Maria Del Pilar Diago Diago, os professores portugueses L. Miguel Pestana de Vasconcelos e João Vasconcelos Barros Rodrigues, bem como a professora chinesa Lang Thai.

Em linhas gerais, as "comfort letters" surgiram como mecanismo de garantia difusa de financiamento empresarial, com características contratuais. Explica Vasconcelos (2014):

> Em regra, elas surgem nas relações societárias em que a sociedade mãe procura que seja concedido crédito à sociedade filha, enviando ao creditante, normalmente um banco, uma declaração que pode ir de uma simples declaração de que toma conhecimento do crédito, passando por um compromisso de manter a sua participação social na creditada e vigiar os negócios desta, a responsabilizar-se mesmo pelo incumprimento da outra sociedade. As combinações, e gradações, são múltiplas. Tudo depende, não é demais sublinhar este aspeto, da interpretação de cada carta de conforto em concreto.

Investiga-se, adiante, um possível conceito de "comfort letters". De acordo com Diago (2012, p. 8) explica:

> As cartas de conforto são garantias atípicas, que apresentam uma configuração variável. Não existe um modelo único de Carta de Conforto, muito pelo contrário, esta se constrói através do emitente segundo as circunstâncias que concorrem com o caso concreto, o que torna impossível prever o seu conteúdo. É justamente seu caráter flexível que permite a adaptação às necessidades mutantes das negociações internacionais creditícias e é um dos motivos que as fez imunes às crises econômicas mundiais.

Ademais, o sistema judiciário americano tem encontrado facilidade em reconhecer os efeitos jurídicos das "comfort letters"[1], dando a elas características de garantia contratual, tomando como base o "*s 90 of the RSC*", que dispõe sobre o "*promissory estoppel*". Explica-se aqui que, no direito americano, o "*promissory estoppel*" (Constante do §90 do "*Restatement Second of the Law of Contracts*", um dos tratados legais mais importantes da jurisprudência dos Estados Unidos) prescreve que, quando do direito contratual caso uma das partes mude de conduta e não cumpra com uma promessa feita, por qualquer motivo que transpasse à boa-fé, a outra parte pode recorrer ao judiciário com a intenção de ver satisfeito seu direito que surgiu a partir do momento em que foi feita uma promessa entre as partes[2].

Nesse sentido, aponta Rodrigues (2014, p. 16):

> [...] uma das *boas razões* para se considerar que as cartas de conforto têm juridicidade é o facto de estas serem trocadas entre holdings ou, em geral, sociedades-mães e instituições bancárias, uma vez que ambas intervêm aqui no exercício das suas actividades próprias. Tanto basta para que se possa falar numa *presunção de juridicidade*, porque, pelas regras da experiência, não é de esperar que tais entidades troquem, entre si, meras cortesias ou textos de circunstância.

O que se infere, por meio de estudo comparativo, é que existe tendência em dizer que é indispensável o estudo minucioso do conteúdo da carta de conforto em questão. Quando a elaboração da carta se vestir de característica de garantia, tomando em seu corpo peculiaridades de redação contratual, e caso seja comprovado que a emissão da carta gerou a uma das partes a expectativa do cumprimento da obrigação, pode ser a carta de conforto considerada uma garantia pessoal atípica. Ressalta-se que para que isso acontece, a redação da carta deve ser suficientemente clara e não deixar ambiguidades, estando evidente o caráter contratual de promessa de adimplemento da obrigação (THAI, 2006).

Acredita-se, entretanto, que a influência do direito europeu será grande no que concerne a adoção do instituto estudado no ordenamento jurídico brasileiro. Levando

[1] No texto original, Lang Thai explica: "However, for this area to progress, the American model would be a good example to follow. In the United States, the issue of enforcing a comfort letter is not so big a problem as it is in Australia. The concept of promissory estoppel is applied differently in the United States; it is used to substitute for consideration which is needed in an enforceable document or a contract." (THAI, Lang. Comfort Letters: a fresh look?. 2006. p. 15. Disponível em SSRN.com).

[2]Nos exatos termos do *Restatement (Second) of the Law of Contracts*: "§90 PROMISE REASONABLY INDUCING ACTION OR FORBEARANCE. A promise that the promissor should reasonably expect to induce or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires."

em consideração as particularidades da legislação brasileira, principalmente em termos de direito civil, espera-se os tribunais brasileiros sigam a linha de raciocínio de que as cartas tem de fato natureza de garantia pessoal atípica, levando em consideração o princípio da boa-fé objetiva nos contratos e possibilitando assim a responsabilização da parte que vier a descumprir o que foi estabelecido na carta de conforto.

Nesse sentido, diz Borges Neto (2012):

> Pelo exposto, nota-se a diferença entre as lettere, em quaisquer de suas espécies, e as conhecidas garantias pessoais, fiança e aval, ainda que guardem semelhanças ora com uma ora com outra garantia, mas não perfazem a completude dos caracteres necessários a confundir-se (ou ser!) uma daquelas garantias pessoais. Logo, a carta de conforto assume, no direito brasileiro, a feição de uma garantia pessoal atípica, diferindo das clássicas garantias pessoais usualmente empregadas nos negócios jurídicos.

Dessa forma, e ainda atentando ao disposto no art. 112 do Código Civil de 2002, pode-se dizer que ao avaliar a intenção constante na carta de conforto, essa poderá sim ser considerada garantia pessoal atípica no direito brasileiro, podendo dar ensejo à responsabilização das partes. Além disso, as "comfort letters" no direito brasileiro tem tomado as mais diversas feições, sendo utilizadas principalmente na relação entre sociedade e seus executivos. Ressalta-se ainda que, foi publicado no Diário Oficial da União, no dia 22/05/2015, a Norma Brasileira de Contabilidade de Emissão de Cartas de Conforto[3], que descreve o procedimento que deve ser seguido por auditores independentes quando da redação das referidas cartas para emissão de títulos de valores mobiliários. O objetivo é regular, de acordo com padrões internacionais, a emissão de "comfort letters".

Por fim, dispõe-se que as "comfort letters" tem natureza contratual, ao vincularem as partes e configurarem uma relação de responsabilidade cabendo, inclusive, direito de ação, caso uma das partes não cumpra com o contratado. Mais que uma simples declaração de intenção, as "comfort letters" configuram, de fato, garantia atípica. Sua emissão, cada vez mais comum no direito brasileiro, ganha as mais diversas configurações, indo além das relações entre sociedades e instituições financeiras. As "comfort letters", como garantias difusas que são, estão sendo emitidas entre as sociedades e seus próprios administradores e diretores, com a finalidade de assegurar futuro ressarcimento, indenização ou até mesmo apoio financeiro em caso de demandas judiciais que envolvam suas atividades na sociedade. Entretanto, é importante lembrar

[3] Diário Oficial da União – seção 1, nº 96, 22 de março de 2015, p. 231. Norma Brasileira de Contabilidade – CTA nº 23, de 15 de maio de 2015.

que a sua eficiência ainda é questionável no direito brasileiro, tendo em vista a falta de respaldo legal.

Em que pese o direito societário brasileiro, por fim, faz-se necessária a regulamentação das "comfort letters", bem como maior investigação doutrinária acerca do presente instituto, sedimentando o entendimento acerca de seu conceito jurídico e as consequências práticas de sua atualização, cada vez mais difundido na prática empresarial.

3. CONCLUSÕES

As "comfort letters" são consideradas forma difusa de garantia de relações comerciais, servindo como instrumento que as empresta um caráter de maior segurança jurídica e negocial. Ressalta-se que, dada à devida interpretação, o conteúdo das *comfort letters* por ser sim considerado uma garantia pessoal atípica e sua redação deve ter caráter contratual. Sua criação consiste em grande inovação e sua utilização é cada vez mais difundida e as demandas judicias em relação à sua validade já começaram a surgir nos mais diversos países.

Ademais, destaca-se que os pontos mais interessantes que se desdobraram futuramente devido à utilização do instituto serão a discussão relativa à competência para interposição das ações referentes às *comfort letters*, bem como a possibilidade de que as partes optem pelas câmaras de arbitragem para solução de futuros conflitos.

À guisa de conclusão, pode-se dizer que o instituto ora estudado é ainda extremamente novo no ordenamento jurídico brasileiro. Ao ser amplamente difundida, sua utilização gerará divergências e controvérsias que, por óbvio, se tornaram objeto de estudo pela doutrina pátria.

REFERÊNCIAS

DIAGO, Maria Del Pilar Diago. Gentlemen's Agreements Y Contratos De Financiación Internacional. *Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2012), Vol. 4, N0. 1, pp. 122-150*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2559594. Acesso em: 20/11/15.

BORGES NETO, Arnaldo de Lima. Apontamentos sobre a carta de conforto. 2011. Disponível em http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/apontamentos-sobre-carta-de-conforto-lettere-di-patronage Acesso em: 20/11/2015.

RODRIGUES. João Vascancelos Barros. A Jurisdicidade Das Cartas de Conforto. 2012. Disponível em: http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/15712/1/A%20juridicidade%20das%20cartas%20de%20conforto%20-%20Jo%C3%A3o%20Vasconcelos%20Barros%20Rodrigues.pdf. Acesso em: 20/11/15.

THAI, Lang. *Comfort Letters – a fresh look?*. Journal of Banking and Finance Law and Practice, Vol. 17, pp. 15-33, 2006. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2001792. Acesso em: 20/11/2015.

VASCONCELOS. L. Miguel Pestana de. As Garantias Difusas do Financiamento Societário: as cartas de conforto. Revista Electrónica de Direito, nº 1, Fevereiro, 2014. Disponível em: www.cije.up.pt/download-file/1233. Acesso em: 20/11/2015.