

A legalidade da cláusula de *washout* nos contratos de compra e venda de safra futura de soja

The washout clause's legality in purchase and sale contracts of soybean future harvest

Thiago Soares Castelliano Lucena de Castro¹

Rejaine Silva Guimarães²

Universidade de Rio Verde

Murilo Couto Lacerda³

Centro Universitário de Brasília

Sumário: 1. Introdução. 2. Os contratos na era do agronegócio. 2.1. Contrato de compra e venda de safra futura. 3. Cláusula *washout*: definição e natureza. 3.1. Contratos aleatórios e o preço em dólar: uma confusa relação. 3.2. Liberdade econômica e autonomia privada. 4. Conclusão.

Resumo: O presente trabalho tem por objeto a cláusula de *washout* em contrato de compra e venda de entrega de safra futura de soja, com cotação em dólar, perquirindo sobre a sua licitude frente ao art. 421-A, do Código Civil, e a possibilidade de revisão judicial. Justifica-se o presente estudo pela ausência de delimitação normativa e dogmática do instituto, exigindo-se a compreensão da sua função e natureza jurídica, para conformá-lo com o direito positivo. Os objetivos específicos percorrem a descrição da dinâmica dos contratos de longa duração envolvendo commodities e as consequências das alterações fáticas externas ao contrato, porém a ele relacionadas, quando ocorre a variação do dólar e da respectiva prestação de entrega do produtor rural. Nesse viés, debate-se a natureza jurídica da cláusula, a partir dos institutos da indenização e da cláusula penal. Os resultados apontam pela legalidade da cláusula *washout* e sua tradução como sua cláusula penal. A metodologia desta pesquisa é de caráter bibliográfico, por meio de análise descritiva e método dedutivo.

Palavras-chave: Direito civil. Cláusula de *washout*. Contrato de entrega de safra.

Abstract: The present work has, as its object, the washout clause in buy and sell contracts for the delivery of soybean future harvest, quoted in dollar, inquiring about its lawfulness regarding Civil Code's art. 421-A, and the possibility of a judicial review. This study is justified by the institute's absence of dogmatic and normative delimitation, which requires an understanding of its function and legal nature, to conform it with positive law. The specific objectives run through the description of the dynamics of long-term contracts involving commodities and the

¹ Mestrando em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento pela Universidade de Rio Verde – UniRV. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (Rio de Janeiro/RJ). Curso de extensão em U.S. Legal System pela Fordham University (Nova Iorque). Juiz de Direito da 2ª Vara Cível e Fazendas Públicas da Comarca de Jataí/GO. ORCID ID 0000-0002-1166-5820. castroecastelliano@yahoo.com.br.

² Doutora em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (2013). Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás – UFG (2001). Especialista em Métodos e Técnicas de Ensino (1994). Coordenadora do Mestrado Profissional em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento da Universidade de Rio Verde – UniRV. ORCID ID 0000-0003-3264-4233. rejaine_adv@hotmail.com.

³ Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB), com período sanduíche na Universidade de Coimbra – PT (2021). Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUC/GO (2014). ORCID ID 0000-0003-4484-0899. Advogado. murilo.couto@unirv.edu.br.

consequences of factual changes external to the contract, although related to it when there is a dollar and a rural producer's respective delivery variation. Being so, it debates the legal nature of the clause, basing it on the indemnity and the penal clause institutes. The results point to the legality of the washout clause and its translation as its penalty clause. This research's methodology is bibliographic and deductive, and uses a descriptive analysis.

Keywords: Civil Law. Washout clause. Harvest delivery contract.

1. Introdução

O estudo tem como tema o direito contratual no agronegócio e por recorte a discussão acerca da legalidade da cláusula de *washout* no contrato de entrega de safra futura. Os contratos de entrega de safra futura, utilizados no agronegócio, são de execução diferida no tempo, onde as partes convencionam que seu objeto será coisa futura (safra). Ocorre que, especialmente em relação à soja, esse bem foi transformado em commodities e a fixação do seu preço passou a ser atrelado ao dólar, porque comercializado na bolsa de mercadorias e futuros⁴.

Diante disso, entre a fixação do preço da soja no momento da celebração do contrato e aquele verificado, no futuro, no momento da sua entrega, poderá ocorrer abrupta oscilação da cotação do dólar americano, com valorização e conseqüente repercussão nos contratos de entrega futura. Com isso, a fim de se coibir a rescisão unilateral do contrato pelos produtores rurais, passou-se a inserir, nestes contratos, a denominada cláusula de *washout*.

Ocorre que, em revisão sistemática da literatura, constatou-se a ausência de investigação dogmática e, ainda, a omissão legislativa sobre a cláusula de *washout* nestas espécies contratuais. Verifica-se, desta forma, a relevância do tema ante a sua repercussão econômica, posto que a atividade do agronegócio corresponde a 27,4% do PIB – Produto Interno Bruto brasileiro, não havendo segurança jurídica sobre a legalidade, a natureza e o alcance do instituto⁵.

Para tanto, o presente trabalho busca definir a natureza jurídica da cláusula de *washout*, analisar sua legalidade e discutir a possibilidade de revisão judicial, perquirindo, ainda, as bases filosóficas e dogmáticas do princípio da autonomia da vontade⁶, a correlação entre a oscilação do dólar e os contratos aleatórios, e a pactuação no contexto dos contratos empresariais, por meio de pesquisa bibliográfica, utilizando-se de análise descritiva e método dedutivo.

2. Os contratos na era do agronegócio

Desde sua origem histórica até a formação normativa atual, o direito civil contratual se norteia por três marcos principiológicos fundamentais, a livre manifestação de vontade, de onde nasce a relação obrigacional; a força obrigatória (*pacta sunt servanda*), que compele os contratantes a cumprirem o que foi acordado; e a relatividade dos efeitos, que circunscreve os limites das prestações aos contratantes, não beneficiando ou prejudicando terceiros⁷.

Essa tríade dogmática-normativa, baseada no valor liberdade, encontrou no individualismo filosófico e no liberalismo econômico, advindos das revoluções liberais do séc. XVIII, terreno fértil para se desenvolver. Com a hegemonia do sistema econômico capitalista e

⁴ A bolsa de mercadorias e futuros, conhecida pela sigla BM&F, é uma companhia de capital aberta que comercializa ações, contratos futuros, câmbio, fundos, créditos de carbono, leilões, etc. Disponível em https://www.investidor.gov.br/menu/Menu_Academico/O_Mercado_de_valores_mobiliarios_brasileiro/Est_rutura_funcionamento_BM_FBOVESPA.html. Acesso em 05/04/2022.

⁵ Conforme cálculo do PIB do Agronegócio feito pelo Cepea. Disponível em <https://www.cepea.esalq.usp.br/br/pib-do-agronegocio-brasileiro.aspx>. Acesso em 05/04/2022.

⁶ Há distinção dogmática entre a autonomia da vontade e a autonomia privada, mas o presente trabalho utiliza as expressões como sinônimas. Para compreender a distinção vide: HIRONAKA, G. M. F. N.; TARTUCE, F. "O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro", em HIRONAKA, G. M. F. N.; TARTUCE, F. coords. *Direito contratual – temas atuais*, Método, São Paulo, 2008.

⁷ SILVA, C. M. P. *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, Forense, Rio de Janeiro, 2004.

a complexidade do tráfego econômico, se transformou em instrumento de segurança jurídica para a circulação de bens e riqueza na sociedade de mercado.⁸

Atravessou-se o século XIX com a elaboração de normas de direito civil baseadas na absoluta e suprema intangibilidade da autonomia da vontade, da propriedade privada e da família legítima. Esse foi o tripé não apenas dogmático, mas especialmente hermenêutico que orientou o direito privado brasileiro, de forma que a força obrigatória e a sua base filosófica liberal impediam que fatores externos fossem considerados para alterar as prestações dos obrigados. Ainda que houvesse desequilíbrio, todas as alterações contratuais deveriam advir exclusivamente da vontade dos contratantes, que deveriam prever e fixar no contrato eventuais incertezas futuras⁹.

Entretanto, as profundas transformações sociais ocorridas ainda no século XIX e na primeira metade do século XX alteram as bases filosóficas-jurídicas do liberalismo dogmático com a inauguração do Estado Social que trouxe consigo significativas mudanças nos instrumentos jurídicos, em razão da necessidade de proteção de certos grupos ou formações sociais, exigindo-se a harmonização de direitos de liberdade e direitos econômicos, sociais e culturais¹⁰. Com isso, criam-se medidas normativas protetivas, a exemplo do Estatuto da Terra e do Código de Defesa do Consumidor.

No século XX, as duas guerras mundiais reforçaram o movimento intervencionista na autonomia da vontade, porque houve um completo colapso das relações sociais, econômicas e políticas, que interferiram o tráfego das relações contratuais e tornaram impossível o cumprimento de prestações pactuadas. Diante disso, leis excepcionais e transitórias foram promulgadas na França e na Itália para a suspensão dos pactos, concessão de moratória ou resolução¹¹. Na tentativa de encontrar bases hermenêuticas que justificassem uma revisão contratual sem a manifestação de vontade dos contratantes, a doutrina recorreu às lições dos pós-glosadores e identificou uma cláusula implícita em todos os contratos: a cláusula *rebus sic stantibus*. Ela se aplica aos contratos postergados no tempo e estabelece como premissa que a vontade manifestada no momento da celebração, que fixa uma prestação no futuro, apenas deve prevalecer se se mantiverem o estado de fato vigente à época da estipulação, de maneira que se houver mudança do ambiente externo, por circunstâncias supervenientes e imprevistas, haverá relativização da força obrigatória¹². No direito civil brasileiro, incorporou-se a teoria da imprevisão no art. 317, do Código Civil¹³.

A autonomia da vontade e a força obrigatória passaram por um profundo teste de legitimação nos séculos XIX e XX, seja com a edição de normas tuteladoras de situações sociais específicas, a exemplo de vulneráveis ou hipossuficientes, ou com autorizações legislativas de

⁸ COSTA, J. M. "Crise e modificação da ideia de contrato no Direito brasileiro". *Revista de Direito do Consumidor*, V. 3, São Paulo, jul./set. 1992, pp. 127-154.

⁹ AMARAL NETO, F. dos S. "A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – perspectivas estrutural e funcional", *Revista de Direito Civil*, Vol. 46, São Paulo, 1998, pp. 07-26.

¹⁰ MIRANDA, J. "Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social", *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Vol. 1, São Paulo, out./dez. 1992, pp. 198-208.

¹¹ PASSOS, P. R. da S. "Cláusula *rebus sic stantibus* – teoria da imprevisão", *Revista dos Tribunais*, Vol. 647, São Paulo, set. 1989, pp. 48-56, e RIPERT, G. *A regra moral nas obrigações civis*, Bookseller, Campinas, 2009.

¹² A doutrina da teoria da imprevisão foi trazida ao Brasil por Arnaldo Medeiros da Fonseca na obra "Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão", publicada na cidade do Rio de Janeiro, pela editora Forense, em 1932. Outras teorias revisionistas surgiram para justificar a revisão contratual, a exemplo do que ocorreu com a teoria da pressuposição de Windscheid, para o qual a vontade manifesta só subsistiria se houvesse um certo estado de relações no futuro; a teoria da superveniência de Giuseppe Osti, onde se distinguia a vontade contratual da vontade de se obrigar; a teoria da base do negócio jurídico de Oertmann onde os contratantes buscam apoiar a eficácia do contrato sobre a base de determinado fato; e a teoria da onerosidade excessiva, prevista no art. 478, do Código Civil. Vide: PASSOS, P. R. da S. "Cláusula *rebus sic stantibus* – teoria da imprevisão", *Revista dos Tribunais*, Vol. 647, São Paulo, set. 1989, pp. 48-56, e COSTA, J. M. "A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual", *Revista dos Tribunais*, V. 670, São Paulo, ago. 1991, pp. 41-48.

¹³ "Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação" (BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002, Código Civil, Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 2002).

revisão dos negócios jurídicos postergados no tempo, diante de eventos externos não considerados no momento da celebração e que tornariam a prestação impossível de cumprir. O dirigismo contratual e a autonomia da vontade formaram uma antinomia presente nos sistemas normativos, porque, a partir do sistema econômico, tentaram encontrar o ponto de equilíbrio entre liberdade e controle¹⁴.

As transformações econômicas e sociais que conduziram a grandes mudanças normativas nas relações contratuais privadas atingiram, de igual forma, o meio rural. A partir da metade do século XIX o Brasil alterou o fluxo migratório com a redução da ocupação dos espaços rurais em substituição ao urbano, com um maior adensamento populacional em grandes metrópoles litorâneas¹⁵.

Com isso, identificada a necessidade de aumento da produção de alimentos, até então dependente da sua importação, a busca pela soberania alimentar se transformou em política pública estatal. Foi assim que entre as décadas de 1970 a 1990 a conjugação de subsídios públicos, desenvolvimento tecnológico, investimento em pesquisa com a criação da EMBRAPA – Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária e o empreendedorismo do produtor rural brasileiro, conduziu a uma das maiores transformações econômicas no campo, com a ressignificação da relação entre setores produtivos industriais e agrários, inaugurando-se uma complexa cadeia agroindustrial, igualmente inserida na balança intervenção estatal *versus* liberdade de contratar¹⁶.

Se por um lado o país experimentou avanços econômicos, de igual modo constatou a evolução das relações jurídicas subjacentes, posto que enquanto no passado as bases contratuais rurais eram relativamente simples, sobre objetos cotidianos e execuções imediatas, no contexto do desenvolvimento alcançado, as relações contratuais atingiram novos patamares. A atividade do agronegócio se deparou com novos arranjos contratuais ou a sofisticação de contratos existentes para reduzir o déficit temporal entre a realidade econômica-social e o Direito.

Isso ocorreu com o contrato de entrega de safra futura, cuja cláusula de *washout* busca sua identidade própria para que, finalmente, se compreenda se deve ou não haver intervenção do Poder Judiciário na sua redução ou exclusão.

2.1. Contrato de compra e venda de safra futura

O contrato de compra e venda que possui por objeto coisa futura não era desconhecido dos operadores do Direito. Apesar de não previsto, especificamente, dentro do capítulo dedicado à compra e venda no Código Civil de 1917, era disciplina entre os denominados contratos aleatórios, entre os arts. 1.118 a 1.121 do revogado diploma civil.

No Código Civil vigente foi disciplinado, especificamente, no capítulo dedicado à compra e venda, no art. 483¹⁷, permitindo que o bem negociado seja de existência atual ou futura. Neste último caso, os contratantes poderão, por disposição expressa, pactuá-lo como sendo comutativo, cujo contrato ficará sem efeito caso o bem não venha a existir, ou aleatório, onde insere-se o elemento risco a fim de manter o pactuado mesmo que a coisa não venha a existir ou o seja em quantidade diversa¹⁸.

Posto isto, a compra e venda de safra futura de soja é um contrato bilateral, porque ambas as partes possuem prestações; oneroso, porque ambas buscam benefício econômico; de execução diferida¹⁹, no qual as partes convencionam que seu objeto será coisa futura (safra); e

¹⁴ LÔBO, P. L. N. "Dirigismo contratual", em TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. orgs. *Doutrinas essenciais – Obrigações e Contratos*, v. 3, RT, São Paulo, 2011, pp. 385-406.

¹⁵ EMBRAPA. *VISÃO 2030: o futuro da agricultura brasileira*, Embrapa, Brasília, DF, 2018.

¹⁶ EMBRAPA. *VISÃO 2030: o futuro da agricultura brasileira*, Embrapa, Brasília, DF, 2018.

¹⁷ "Art. 483. A compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório" (BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002, Código Civil, Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 2002).

¹⁸ TEPEDINO, G.; BARBOZA, H. H.; MORAES, M. C. B. de. *Código Civil Interpretado*, Vol. II, Renovar, Rio de Janeiro, 2014.

¹⁹ Acolheu-se a classificação de Carlos Roberto Gonçalves para quem os contratos são classificados entre instantâneos, quando a execução é imediata; de execução diferida, quando essa execução ocorrerá no

comutativo ou aleatório, a depender da manifestação de vontade, conforme art. 483, do Código Civil. Se as partes estabelecerem a aleatoriedade, incidirão as disposições relativas aos contratos aleatórios previstas nos arts. 458 a 461, do Código Civil²⁰.

3. Cláusula *washout*: definição e natureza

No meio rural, de igual modo, não era desconhecida a fixação do cumprimento da prestação obrigacional no futuro, com a entrega da produção agrícola. Todavia, os novos fatores relacionados à transformação das sementes em commodities com a fixação do preço em dólar e a comercialização em bolsa de valores, refletiram nas bases econômica e financeira contratual. Assim, por exemplo, um produtor rural que vendeu, em abril de 2020, a saca de 60kg de soja futura no valor de R\$ 87,71, se deparou, na entrega ao comprador, em abril de 2021, com a valorização do dólar a ponto de bem alcançar o valor de R\$ 163,29²¹. Diante disso, o produtor poderia inadimplir seu contrato, pagar o valor correspondente à venda e revendê-la a outro comprador pela cotação mais alta, em razão da valorização cambial.

A fim de evitar o inadimplemento doloso pelo produtor, criou-se a denominada cláusula de *washout*, que sofre de déficit científico-dogmático, apesar do desenvolvimento econômico experimentado pelo agronegócio, tornando-se complexa a tarefa de categorizá-la e identificar sua natureza jurídica.

No aspecto semântico, a palavra *washout* advém do inglês e significa fracasso²². Na perspectiva dos agentes econômicos – produtores, compradores e *tradings* – é considerada como uma operação de mercado no qual o produtor rural se recusa a entregar a soja e renegocia a recompra com seu comprador original, recaindo sobre aquele a diferença do preço entre o valor que vendeu e atualizado pelo mercado. Do ponto de vista normativo, é uma cláusula contratual que obriga o produtor rural a pagar um valor monetário ao adquirente obtido pela diferença entre o valor negociado e aquele cotado no mercado de commodities no momento da entrega, caso não entregue a safra²³. Como cláusula contratual, porém, há divergência sobre sua natureza jurídica.

futuro; ou de trato sucessivo (ou execução continuada), quando a relação impões prestações autônomas prolongadas no tempo (GONÇALVES, C. R. *Direito Civil brasileiro*, Vol. III, Saraiva, São Paulo, 2004). Essa classificação se assemelha à adotada por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery para quem os contratos são de execução imediata, cuja prestação é adimplida imediatamente; de execução diferida, cuja prestação se dará em termo futuro, momento em que a obrigação será extinta; ou poderá ser, ainda, de execução sucessiva (ou trato sucessivo) onde se renova periodicamente com o adimplemento das obrigações contratadas e cumpridas sucessivamente (NERY, R. M. de A.; NERY JÚNIOR, N. *Instituições de Direito Civil*, Vol. 2, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019).

²⁰ “Art. 458. Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assumia, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir. Art. 459. Se for aleatório, por serem objeto dele coisas futuras, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir em qualquer quantidade, terá também direito o alienante a todo o preço, desde que de sua parte não tiver concorrido culpa, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior à esperada. Parágrafo único. Mas, se da coisa nada vier a existir, alienação não haverá, e o alienante restituirá o preço recebido. Art. 460. Se for aleatório o contrato, por se referir a coisas existentes, mas expostas a risco, assumido pelo adquirente, terá igualmente direito o alienante a todo o preço, posto que a coisa já não existisse, em parte, ou de todo, no dia do contrato. Art. 461. A alienação aleatória a que se refere o artigo antecedente poderá ser anulada como dolosa pelo prejudicado, se provar que o outro contratante não ignorava a consumação do risco, a que no contrato se considerava exposta a coisa” (BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002, Código Civil, Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 2002).

²¹ Disponível em <https://www.agrolink.com.br/cotacoes/historico/go/soja-em-grao-sc-60kg>. Acesso em 08/04/2022.

²² LONGMAN. *Dictionary of english language and culture Longman, Person Education Limited*, Londres, 2009, p. 1.503.

²³ Conforme discutido em diferentes ambientes: Disponível em <https://www.istoedinheiro.com.br/brasil-ve-onda-de/>; <https://www.moneytimes.com.br/washout-da-soja-precos-internos-geram-cancelamento-de-embarques-com-recompra-dos-contratos/>; <https://www.brasilagro.com.br/conteudo/comerciantes-processam-produtores-por-reter-soja-pre-vendida.html>; <https://revistagloborural.globo.com/Noticias/>

De um lado, vislumbra-se sua categorização sob o manto das indenizações por danos materiais, especificamente a subespécie lucro cessante, assim conceituado como o acréscimo patrimonial não auferido em razão de um ato ilícito praticado, ou seja, um prejuízo indireto gerado por reflexo do dano principal²⁴, no caso, o inadimplemento contratual. José de Aguiar Dias assim explica o lucro cessante:

O prejuízo deve ser certo, é regra essencial da reparação. Com isto se estabelece que o dano hipotético não justifica reparação. Em regra, os efeitos do ato danoso incidem no patrimônio atual, cuja diminuição ele acarreta. Pode suceder, contudo, que esses efeitos se produzam em relação ao fato futuro, impedindo ou diminuindo o benefício patrimonial a ser deferido à vítima. (...) Constituiu já um *lucrum cessans* o prejuízo que para o credor deriva da demora culposa do cumprimento da obrigação, quando a inexistência do objeto da prestação devida no seu patrimônio o priva de determinados lucros²⁵.

Rui Stoco ressalta que se trata da frustração de ganho reflexo e futuro:

Lucro cessante, portanto, constitui a expressão usada para distinguir os lucros de que fomos privados, e que deveria vir ao nosso patrimônio, mas que não vieram em virtude de impedimento, ou seja, de fato ou ato acontecido independente de nossa vontade (ou contra nossa vontade). São, assim, os ganhos que eram certos ou próprios de nosso direito, que foram frustrados por ato alheio ou fato de outrem²⁶.

Constata-se, assim, que no lucro cessante há a interrupção de uma cadeia causal, na qual o fato seguinte (lucro) deixa de ocorrer por causa de um fato anterior, que pode ser um ilícito contratual ou extracontratual. O ganho ou vantagem esperada não ocorre porque houve a prática de um ato ilícito, no caso, o inadimplemento contratual²⁷. Atua como indenização pela perda do ganho esperado ou da frustração de expectativa de lucro futuro, tendo como causa direta e imediata, neste caso, o descumprimento do contrato pelo produtor rural²⁸ (art. 402, do Código Civil)²⁹. A título ilustrativo, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, do Ministério da Economia, conferiu essa natureza para inseri-la na base de cálculo da COFINS³⁰.

Por outro lado, no direito obrigacional reservam-se às cláusulas penais a função sancionatória, de pena convencional, ou compensatória pelos prejuízos causados quando ocorre o descumprimento da prestação. Isso porque “quanto maiores as instabilidades de uma economia, e mais fortes as crises que assolam os povos, ou menos evoluída a consciência moral das pessoas, geralmente mais cresce a inadimplência das obrigações, ensejando mecanismos de defesa e proteção dos direitos e créditos”³¹.

Nesse contexto, a cláusula penal se transformou numa das principais respostas do sistema de responsabilidade contratual para o problema da inexecução contratual, ao ofertar

Agricultura/Milho/noticia/2021/07/brasil-ve-onda-de-washouts-em-contratos-de-milho-e-exportacoes-ficam-ameaçadas.html Acesso em 14/08/2021.

²⁴ MAGGI, B. O. “Nova proposta de classificação do dano no direito civil”, *Revista de Direito Privado*, Vol. 32, São Paulo, set. 2007, pp. 32-54.

²⁵ DIAS, J. de A. *Da responsabilidade civil*, 11ª edição, Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p. 977.

²⁶ STOCO, R. *Tratado de responsabilidade civil*, Tomo II, 9ª edição, RT, São Paulo, 2013, p. 435.

²⁷ MEDINA, J. M. G. *Código Civil comentado*, Thomson Reuters, São Paulo, 2020.

²⁸ CAVALIERI FILHO, S. *Programa de responsabilidade civil*, Malheiros, São Paulo, 2009.

²⁹ “Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar” (BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002, Código Civil, Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 2002).

³⁰ Processo Administrativo nº 10675.721146/2017-60. Acórdão nº 3401-008.979. Sessão de 28/04/2021. Disponível em https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2021/06/Decisao_1_0675721146201760.pdf. Acesso em 14/08/2021.

³¹ RIZZARDO, A. *Direito das obrigações*, 2ª edição, Forense, São Paulo, 2006, p. 187, p. 535.

aos contratantes uma cláusula acessória e integrante do negócio jurídico com duplo papel, punir o contratante que incorreu em mora (cláusula punitiva)³² ou fixar previamente as perdas e danos (cláusula penal compensatória)³³. Limongi França, por sua vez, apresenta tripla função às cláusulas penais:

Ponderamos que a sua natureza apresenta uma tríplice feição, correspondente às três funções que ordinariamente, e de modo simultâneo, exerce em relação aos atos jurídicos a que é adjecta. Não constitui apenas reforço da obrigação, nem somente pré-avaliação dos danos, ainda que excepcionalmente, tão só uma pena. Reveste-se conjuntamente dessas três feições. É reforço, porque efetivamente assume caráter de garantia da obrigação principal. É pré-avaliação dos danos porque o seu pagamento é compulsório, independentemente de prova do prejuízo da inexecução ou da execução inadequada. E ainda mesmo que não haja prejuízo, o pagamento não deixa de ser devido. E, finalmente, é pena, na acepção lata do termo (mas nem por isso menos técnica), porque significa uma punição, infligida àquele que transgride a ordem contratual e, via de consequência, a própria ordem jurídica³⁴.

Ao se confrontar os dois institutos, constata-se que a cláusula *washout* é uma cláusula penal e não uma indenização por lucros cessantes. Isso porque, os lucros cessantes se referem a uma indenização que substituirá um acréscimo patrimonial que não será incorporado no futuro, porque a prestação principal não foi cumprida. Esta perda do ganho esperado deve ser reflexo do inadimplemento, e não a mora da prestação do produtor rural em si mesma considerada, qual seja, a não entrega da safra. Quando o produtor rural se recusa a cumprir sua prestação (entregar a soja), com inadimplemento doloso, há perda patrimonial do comprador que não recebeu a própria prestação devida, embora tenha cumprida a sua, não havendo, de imediato, preocupação sobre uma outra situação patrimonial futura, apenas reflexa ou indireta, abarcada pelo lucro cessante. Contudo, isso não obsta que o adquirente da safra busque a satisfação da obrigação, com tutela específica, e, ao mesmo tempo, perdas e danos, dentre os quais se incluem os lucros cessantes, conforme autorizado o art. 389, do Código Civil³⁵.

No contrato de entrega de safra, a cláusula penal se transforma no meio de que se utilizam as partes para punir o produtor rural por descumprir sua prestação, podendo ser fixada como moratória, onde o comprador da safra exige a multa e a prestação principal (entrega da soja); ou compensatória, quando o adquirente dispensa a obrigação principal e recebe apenas a multa, que servirá como perdas e danos³⁶. Em ambas as hipóteses é acessória à obrigação principal. Ela não guarda nenhuma relação de semelhança com os lucros cessantes, porque são ontológica e funcionalmente distintas. Enquanto os lucros cessantes se preocupam com os reflexos futuros na esfera patrimonial do adquirente, a cláusula penal é presente e integrante da prestação principal, no caso, a entrega da safra.

Portanto, a funcionalidade da cláusula *washout* é punir o produtor rural porque não cumpriu com a prestação avençada na compra e venda, qual seja, entregar a soja em data futura, razão pela qual possui natureza jurídica de cláusula penal obrigacional, cujo tratamento normativo encontra-se entre os arts. 408 a 416, do Código Civil.

³² MONTEIRO, W. B., *Curso de Direito Civil*, v. 4, 27ª edição, Saraiva, São Paulo, 1994, pg. 196.

³³ GOMES, O. *Obrigações*, 12ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1999, pg. 159. NERY, R. M. de A.; NERY JÚNIOR, N. *Instituições de Direito Civil*, Vol. 2, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019.

³⁴ FRANÇA, R. L. *Teoria e prática da cláusula penal*, Saraiva, São Paulo, 1988, p. 157.

³⁵ "Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado" (BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002, Código Civil, Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 2002).

³⁶ AZEVEDO, A. V. "Inexecução culposa e cláusula penal compensatória", *Revista dos Tribunais*, Vol. 791, São Paulo, set. 2001, pp. 121-132.

3.1. Contratos aleatórios e o preço em dólar: uma confusa relação

Na interpretação dos contratos, convive-se com as teorias da vontade e da declaração, onde, por aquela, busca-se investigar a vontade real das pessoas, independentemente da declaração, enquanto para esta predomina a exteriorização do querer, não como se constituiu no mundo psicofísico do agente, mas como é conhecida no mundo psicossocial em que se manifestou³⁷. Sendo assim, o Código Civil acolheu a teoria da vontade, devendo o contrato ser interpretado no seu contexto, analisando-se seu objeto, razão pela qual é fundamental a correta categorização do contrato de safra futura para compreender se será afligido pela cotação do dólar³⁸.

O contrato de entrega futura de soja não era desconhecido do operador do Direito, mas somente recentemente estes contratos se depararam com conjecturas futuras e incertas, capazes de causar profundas mudanças nas prestações dos contratantes, em razão de novos riscos decorrentes de uma sociedade globalizada³⁹. Aspectos relacionados a escassez de fertilizantes, crises hídricas, mudanças climáticas, cotação em bolsa de valores, tarifas alfandegárias, acordos internacionais, políticas externas e subsídios agrícolas passaram a atuar diretamente nos contratos, com consequências benéficas ou detrimen-tosas para os envolvidos.

Todas as relações contratuais trazem na sua essência o elemento sorte, porque poderão ser atingidas por fatores externos e estranhos, não pactuados, que poderão alterar ou inviabilizar a execução do que foi avençado⁴⁰. A título exemplificativo, isso ocorreu com contratos de prestação de serviço na área turística com o advento da pandemia da Covid-19 que tornou impossível a execução dos negócios.

A conhecida classificação do contrato entre comutativo ou aleatório se relaciona à existência ou extensão da prestação de um dos contratantes no momento da celebração do negócio, desde que de forma expressa. Em linhas gerais, se todas as prestações forem certas, será comutativo; porém, se uma delas for incerta, será aleatório⁴¹. A doutrina explica que o "o contrato é aleatório quando se sabe, de antemão, que um só dos contratantes tende a ter vantagem; o outro corre o risco de perder"⁴²; nesta espécie, há expectativa da ocorrência ou não de um acontecimento incerto, e "o que importa é que ele não seja conhecido das partes no momento da realização do contrato"⁴³; ou ainda, "nos contratos aleatórios ao menos uma das prestações é incerta quanto à exigibilidade da coisa ou do fato, ou mesmo do seu valor, demandando um evento futuro e incerto que dependerá do acaso"⁴⁴. Caio Mário explica a relação entre risco e aleatoriedade:

Se é certo que em todo contrato há um risco, pode-se contudo dizer que no contrato aleatório este é da sua essência, pois que o ganho ou a perda consequente está na dependência de uma acontecimento incerto para ambos os contratantes. O risco de perder ou de ganhar pode ser de um ou de ambos; mas a incerteza do evento tem de ser dos contratantes, sob pena de não subsistir a obrigação. A álea pode versar sobre a existência da coisa, ou sobre a sua quantidade. Quando um dos contratantes toma a si

³⁷ SILVA, C. M. P. *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, Forense, Rio de Janeiro, 2004.

³⁸ "Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem" (BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002, Código Civil, Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 2002).

³⁹ Para a compreensão desse fenômeno vide BECK, U. *Sociedade de risco – rumo a uma outra modernidade*, Editora 34, São Paulo, 2011.

⁴⁰ GOMES, O. *Contratos*, Forense, Rio de Janeiro, 1996, pg. 75.

⁴¹ Etimologicamente aleatório advém do latim *aleatorius*, ou seja, um adjetivo que significa que depende do acaso ou de acontecimento incerto. Disponível em <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/aleat%C3%B3rio/>. Acesso em 15/08/2021.

⁴² COELHO, F. U. *Curso de Direito Civil*, Vol. 3, São Paulo, RT, 2020.

⁴³ TEPEDINO, G.; BARBOZA, H. H.; MORAES, M. C. B. de. *Código Civil Interpretado*, Vol. II, Renovar, Rio de Janeiro, 2014, p. 90.

⁴⁴ PELUSO, C. coord. *Código Civil Comentado*, 7ª edição, Manole, Barueri, 2013, p. 510.

o risco em torno da própria existência da prestação, o preço ajustado é devido, por inteiro, ainda que dela nada venha a produzir-se⁴⁵.

A sorte ou azar, considerados como fenômenos sociais, não transformam os negócios jurídicos em aleatórios, porque o risco da existência ou não da coisa – ou sua quantidade – devem ser expressamente assumidos, sob pena de perda de utilidade econômica-social de toda e qualquer relação contratual. A incerteza, que se projeta sobre fato futuro, integra a obrigação por expressa e clara manifestação de vontade:

Nos contratos aleatórios, a prestação de uma ou de ambas as partes apresenta-se incerta ou improvável quanto à sua quantidade ou extensão, porque fica na dependência de um fato futuro e imprevisível. Daí decorre como natural uma perda ou um lucro para uma das partes. O próprio sentido da palavra conduz à incerteza, porquanto proveniente de *alea*, que significa sorte, perigo, azar, decorrendo a incerteza para uma ou ambas as partes na reciprocidade de prestações e contraprestações. Há a imprevisibilidade de um acontecimento futuro, podendo trazer ganho ou perda. Constitui elemento caracterizador, pois, a incerteza do resultado⁴⁶.

Os pactos aleatórios poderão ter como objeto a coisa certa, mas duvidosa se e quando ocorrerá (ex.: contrato de seguro); a coisa futura, sujeita a não aparecer (ex.: compra e venda de safra futura); e coisa existente, mas exposta a risco (ex.: compra e venda de bem litigioso). O contrato aleatório é formado com dúvida e incerteza da ocorrência do fato previsto contratualmente, na perspectiva de qualquer um dos contratantes⁴⁷. A título de exemplo, no contrato de seguro o segurado possui prestação certa (prêmio), enquanto a seguradora não possui certeza da sua prestação (indenização), que está sob a condição de que ocorra um sinistro.

Essa delimitação dogmática foi estampada no Código Civil, que dedicou a Seção VII (Contratos Aleatórios), do Capítulo I (Disposições Gerais), do Título V (Dos contratos em Geral), entre os arts. 458 a 461, a disciplinar os contratos aleatórios. Assim, o art. 458 dispõe que o contrato aleatório diz respeito a coisas e fatos futuros que podem vir a não ocorrer; o art. 459 dispõe sobre objeto futuro, estabelecendo a responsabilidade pela não existência da coisa e a concorrência com culpa; o art. 460 trata de coisas existentes expostas a riscos, ou seja, cujo contrato tem por objeto um bem que poderá vir a não existir mais; e o art. 461 trata da responsabilidade no caso antecedente, caso haja dolo pela parte na perda da coisa.

Especificamente para o contrato de compra e venda, houve previsão especial da álea para esta espécie contratual no art. 483, do Código Civil, que estabelece que pactuada a entrega de coisa futura, o contrato ficará sem efeito se ela não vier a existir, salvo se as partes convencionaram se tratar de contrato aleatório. Constata-se, com isso, que o elemento sorte se restringe à prestação do vendedor, e não do comprador. A partir dessa delimitação normativa, os contratos de entrega de safra futura poderão ou não ser celebrados com natureza aleatória, em razão da assunção da incerteza da prestação do produtor rural (vendedor) em entregar a soja (coisa), e não por causa da oscilação do dólar ocorrida após a fixação do preço a ser pago pelo comprador. Assim, por exemplo, poderão as partes pactuarem a aquisição de uma safra inserindo cláusula de que o preço será devido, pelo comprador, independentemente se houver ou não colheita pelo vendedor-produtor. Poderão, ainda, estabelecer que só será devido o preço caso haja colheita, ainda que em quantidade diversa da prevista⁴⁸. Judith Martins Costa explica que o evento futuro deve integrar o contrato:

⁴⁵ SILVA, C. M. P. *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 69.

⁴⁶ RIZZARDO, A. *Direito das obrigações*, 2ª edição, Forense, São Paulo, 2006, p. 187.

⁴⁷ BORGES, N. "A teoria da imprevisão e os contratos aleatórios", em TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. orgs. *Doutrinas Essenciais – Obrigações e Contratos*, RT, São Paulo, 2020.

⁴⁸ SILVA, C. M. P. *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, Forense, Rio de Janeiro, 2004.

Caracterizar o contrato aleatório está algo mais do que a mera existência de um evento incerto a impedir que se determine o saldo final das vantagens e ônus patrimoniais entre os contratantes: a álea típica dos contratos aleatórios encerra um evento fruto do acaso que, por escolha das partes, passa a integrar a economia do contrato, assumindo força constitutiva e conformando decisivamente a equação contratual. Por isso é que se pode detectar mesmo nos contratos aleatórios qual é a sua "álea normal" ou "típica", pois a álea pode variar de extensão, havendo contratos aleatórios com álea normal limitada e contratos com álea normal ilimitada, o crivo residindo no fato de a indeterminação residir na sua função ou causa final⁴⁹.

Compreende-se, com isso, que a natureza aleatória no contrato de compra e venda se coloca no plano da prestação do vendedor, no caso, o produtor rural, vez que a prestação de pagar quantia certa pelo comprador da soja é definida e conhecida no momento da pactuação, havendo comutatividade na obrigação, porque os contratantes fixaram o preço antes da tradição, tanto assim que a denominação dessa prestação traz, no seu bojo, a expressão 'certa', conforme art. 481, do Código Civil, não havendo dúvida ou incerteza sobre a existência da prestação (dinheiro) e sua quantidade (valor)⁵⁰.

Os fatores econômicos, sociais e ambientais, que são capazes de interferir na entrega da soja pelo produtor rural, com o risco de existência ou não do bem, não guardam nenhuma relação com a prestação do comprador em pagar a quantia certa, mesmo que vinculada ao dólar e relacionada à base financeira do contrato. Não se confunde álea (sorte) vinculada à entrega futura da soja, portanto, integrante do negócio jurídico, com situações fáticas externas ao contrato que, aparentemente, interferem em seu aspecto econômico mas que, em verdade, consistem em fenômenos indiferentes ao negócio jurídico.

A fixação do preço da saca de soja em dólar, pela cotação no momento da celebração do contrato, não converte esta obrigação em aleatória, ainda que o dólar oscile para cima no futuro, no momento da tradição. Isso porque a sorte da prestação é sob a perspectiva da existência ou não do bem que será entregue pelo vendedor. O distúrbio mercadológico da valorização do dólar se coloca em outro plano, completamente fora do negócio jurídico entabulado, não se tratando, portanto, de um problema ou uma questão endógena do contrato. A título exemplificativo, é como se numa compra e venda de um imóvel residencial o vendedor recebesse o preço na assinatura do contrato, mas exigisse, quando da entrega futura, uma complementação monetária porque no interregno temporal entre a vontade manifestada e a escrituração do imóvel o bem se valorizou por qualquer motivo.

Portanto, no contrato de entrega de safra futura de soja, cujo preço foi pactuado a termo, qual seja, em determinado momento temporal, assume feição comutativa na perspectiva da prestação financeira, a cargo do comprador. A valorização futura do dólar não tem o condão de alterar as bases econômicas e financeiras contratuais, porque a prestação do comprador foi estabelecida na celebração do negócio, devendo incidir a cláusula de *washout* para punir o produtor rural que dolosamente inadimplir o negócio.

Sendo assim, o esforço hermenêutico empregado pelo Superior Tribunal de Justiça para justificar que a oscilação do preço do dólar, nesses casos, seria um risco externo, porém previsível e inerente ao contrato, torna-se desnecessário, posto que não transmuda o contrato comutativo em aleatório⁵¹. A título exemplificativo, nos Recursos Especiais nºs 936.741 e

⁴⁹ COSTA, J. M. "Contratos de derivativos cambiais. Contratos aleatórios. Abuso de Direito e abusividade contratual. Boa-fé objetiva. Dever de informar e ônus de se informar. Teoria da imprevisão. Excessiva onerosidade superveniente", *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, V. 55, São Paulo, jan./mar. 2012, pp. 321-381.

⁵⁰ "Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro" (BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002, Código Civil, Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 2002).

⁵¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no REsp 775.124/GO*, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 18/06/2010; BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.689.225/SP*, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em

849.228 a Corte reforçou os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória, e rechaçou a intervenção estatal sobre o contrato. O relator, ministro Antônio Carlos Ferreira, afirmou que “a variação cambial que alterou a cotação da soja não configurou um acontecimento extraordinário e imprevisível, porque ambas as partes contratantes conhecem o mercado em que atuam, pois são profissionais do ramo e sabem que tais flutuações são possíveis”.

Ocorre que, conforme demonstrado, a fixação do preço em dólar não transforma o negócio jurídico de entrega de safra futura em uma espécie de contrato aleatório, mantendo-se a comutatividade da prestação, sem que o fato externo (valorização cambial) interfira no negócio entabulado.

3.2. Liberdade econômica e autonomia privada

Nos contratos de entrega de safra futura a cláusula de *washout* se apresenta válida, sem elementos que justifiquem sua revisão, porque inserida no contexto de liberdade constitucional e proteção Estatal da autonomia da vontade privada, assim conceituada:

O conceito de liberdade de contratar abrange os poderes de auto-regência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade. Manifesta-se, por conseguinte, sob tríplice aspecto: a) liberdade de contratar propriamente dita; b) liberdade de estipular o contrato; c) liberdade de determinar o conteúdo do contrato⁵².

Apesar da reflexão doutrinária segunda a qual há outros planos de compreensão dos negócios jurídicos, especialmente no aspecto de justiça em matéria contratual, que justificariam a mitigação do princípio da autonomia da vontade como posta no liberalismo para agregar comutatividade ou equivalência de prestação⁵³, a liberdade de iniciativa econômica, no processo histórico constitucional, se confirmou no art. 170, caput, da Constituição Federal⁵⁴.

Não há dúvidas de que essa concepção liberal sofreu abruptas mudanças ao longo da história em razão dos contratos de massa e da standardização das relações⁵⁵. Na linha temporal, o Direito ofereceu desde proteção às liberdades individuais, passando pela comutatividade contratual, até a previsibilidade nas relações sociais, tendo por valor de igual envergadura a segurança jurídica⁵⁶. Mas as teorias revisionistas e os dirigismos contratuais pressuporiam desequilíbrio contratual, com proteção do vulnerável ou do hipossuficiente⁵⁷, o que, aparentemente, não ocorre, porque o produtor rural, nessa situação, não encontra-se tutelado pelo Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/1964).

Diante das perspectivas de revisões contratuais, promovidas pela legislação, foi editada a Lei nº 13.874/2019 – conhecida por Lei da Liberdade Econômica – que inseriu no Código Civil o art. 421-A⁵⁸, numa tentativa de pavimentar o liberalismo clássico, alheio a dirigismo

21/05/2019, DJe 29/05/2019. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 1.518.605/MT, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 12/04/2016.

⁵² GOMES, O. *Contratos*, 17ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1996, p. 22.

⁵³ COSTA, J. M. “A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual”, *Revista dos Tribunais*, V. 670, São Paulo, ago. 1991, pp. 41-48.

⁵⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Senado Federal, Centro Gráfico, Brasília, DF, 1988).

⁵⁵ GRAU, E. R. “Um novo paradigma dos contratos?”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Vol. 96, jan. 2001, pp. 423-433.

⁵⁶ ÁVILA, H. *Teoria da segurança jurídica*, Malheiros, São Paulo, 2019.

⁵⁷ NEVES, K. P. “Intervenção judicial nos contratos”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, Vol. 64, abr./jun. 2014, pp. 249-280.

⁵⁸ “Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer

contratual⁵⁹. O novel art. 421-A estabeleceu que presumem-se paritários e simétricos os contratos civis e empresariais, até que se comprovem a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes de leis especiais, a exemplo do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/1964 e Decreto nº 59.566/1966) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990). Determinou, ainda, que as partes poderão estabelecer parâmetros para interpretação das cláusulas; que os riscos definidos devem ser respeitados e observados; e a revisão somente ocorrerá de forma excepcional e limitada.

A adequação normativa do contrato de entrega de safra futura de soja ao estabelecido no art. 421-A, do Código Civil, acima mencionado, perpassa por identificar o modelo que lhe serve de suporte ideológico, pois cada ordenação econômica exprime um respectivo sistema normativo que lhe dá suporte. A aplicabilidade da norma que encerra o princípio da liberdade de contratar como regra e, por consequência, sua intangibilidade, envolve perceber que, apesar de ainda não especificamente categorizado, o negócio que envolve agentes que celebram contratos de entrega de safra futura com fixação do preço em dólar, externaliza, em princípio, uma atividade empresarial, porque economicamente organizada para a produção de bens, de forma profissionalizada e com fim econômico, aproximando-o ao Direito Empresarial⁶⁰.

Mas deve-se compreender que essa nova construção normativa, reforço da liberdade de contratar tutelada constitucionalmente, veio ao encontro do fenômeno orgânico ocorrido no agronegócio brasileiro, marcado por relações contratuais globalizadas, com mercados mundiais integrados, comercialização em bolsa de valores e participação de *tradings company*. Não foram apenas os novos contratos que espelharam essa realidade, suas cláusulas tornaram-se igualmente intrincadas.

Neste contexto normativo, o inciso II, do art. 421-A, do Código Civil, estabeleceu a intangibilidade do contrato quando as partes inserirem riscos definidos, evidenciando, em princípio, ser de grande utilidade para proteger o contrato de entrega futura contra a valorização do dólar ocorrida entre a assinatura do negócio e a tradição da safra. Por essa novel previsão, fatores exógenos à relação contratual – a exemplo da oscilação do dólar – que são capazes de mudar as suas bases econômicas, poderão ser repelidos pelos contratantes, sem a aplicação das teorias da imprevisão, da onerosidade excessiva ou da base objetiva do negócio jurídico, devendo-se respeitar e observar a vontade manifestada.

Todavia, a má compreensão entre risco, álea, safra futura e oscilação cambial conduz o intérprete a invocar o dispositivo acima e, equivocadamente, a *contrario sensu*, interpretá-lo no sentido de que se as partes não previram, expressamente, a valorização do dólar, estará o produtor rural autorizado a buscar essa complementação monetária. Ocorre que no contrato de safra futura, cuja prestação do comprador foi definida de imediato, com o pagamento do preço na assinatura do contrato, a valorização da moeda estadunidense é fato alheio e externo à relação contratual, não beneficiando nem prejudicando ninguém, porque, na perspectiva deste contrato, é um fato não jurídico.

Portanto, os contratos de safra futura, com fixação do preço em dólar, no contexto do agronegócio, são contratos empresariais, abrangidos pelo art. 421-A, do Código Civil, com presunção de paridade e simetria, sem autorização legal para que ocorra a revisão judicial, posto

parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada" (BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002, Código Civil, Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 2002).

⁵⁹ FERNANDES, M. B. B. "Impactos da Lei nº 13.874/2019 no princípio da função social do contrato: a liberdade econômica em foco", *Revista dos Tribunais*, V. 1.010, São Paulo, dez. 2019, pp. 149-179.

⁶⁰ Diante dessa complexidade e de uma relativa autonomia científica, aderimos, parcialmente, à posição do professor Renato Buranello que defende que o Direito do Agronegócio integra um subsistema do Direito Comercial (BURANELLO, R. "Direito do Agronegócio como subsistema do Direito Comercial", *Revista Brasileira de Direito do Agronegócio*, Vol. 1, São Paulo, jan./jun. 2019, pp. 63-76), excepcionadas as situações tuteladas pelo Estatuto da Terra e seu Regulamento (Lei nº 4.504/1964 e Decreto nº 59.566/1966). Discordamos da posição doutrinária que defende o Direito do Agronegócio como ramo autônomo, vide: ARAÚJO FILHO, C.; PARRA, R. A. "Direito do agronegócio: os elementos para o surgimento de um ramo jurídico independente", em ARAÚJO FILHO, C.; PARRA, R. A.; PLACHA, G. orgs. *O Direito no Agronegócio Globalizado*, Thoth, Londrina, 2021.

que fundados na autonomia da vontade, sendo desnecessária a inserção de cláusula contratual para eximir as partes de responsabilidade pela valorização cambial do dólar.

4. Conclusão

O Direito contratual brasileiro sofreu profunda transformação em relação à atividade do agronegócio, especialmente a partir da década de 1990, quando os contratos rurais se depararam com uma expansão econômica-tecnológica. A adequação temporal entre esta atividade econômica, que passou a ocupar importante papel no produto interno bruto brasileiro, e as relações contratuais subjacentes ocorre de forma lenta e gradativa, tendo que se adequar às suas complexidades, que perpassam pela comercialização em bolsa de valores, fixação do preço em moeda estrangeira e a imposição de tarifas alfandegárias, por exemplo.

Os contratos de entrega de safra futura, no meio rural, são disciplinados pelo art. 483, do Código Civil, que autoriza, desde que haja expressa manifestação de vontade, a inserção do elemento risco do bem vir ou não a existir, sem que se retire a prestação do comprador. Com isso, transmuda-se o contrato de comutativo, onde as prestações estão definidas, para aleatório, onde uma das prestações é incerta ou indefinida.

A partir do momento em que a soja passou a ser comercializada na bolsa de mercadorias e futuro, com fixação do seu preço em dólar, identificou-se que em algumas épocas o preço pago pelo comprador, no momento da celebração, era inferior àquele obtido no momento da entrega pelo produtor. Esse déficit econômico, com valorização do bem, conduziu o mercado a fixar uma cláusula contratual para evitar o inadimplemento doloso pelo produtor rural.

Dessa forma, a cláusula de *washout* se transformou num elemento integrante da obrigação decorrente da compra e venda futura, tendo por objetivo evitar a mora contratual pelo produtor rural, assumindo a natureza de cláusula penal e não lucro cessantes. Isso porque, os lucros cessantes indenizam o contratante vez que ele deixou de auferir vantagem patrimonial futura em razão do ilícito contratual, o que não é o caso; enquanto a cláusula penal atua como acessória à obrigação principal para punir e/ou compensar o adquirente que não recebeu a prestação devida pelo produtor rural. Sendo assim, diante do risco de inadimplemento pelo produtor rural, o mercado forjou a cláusula *washout* para impor ao vendedor uma multa no correspondente à diferença entre o valor da safra contratada e sua cotação na entrega.

Conforme acima dito, os contratos de entrega de safra futura podem ser compreendidos como espécies de contratos aleatórios, desde que a sorte esteja relacionado à existência ou não da safra a ser colhida pelo produtor rural, conforme art. 483, do Código Civil, e esse risco tenha sido assumido expressamente pelos contratantes. Sendo assim, na perspectiva da prestação do adquirente da safra, que paga o preço correspondente, não há natureza aleatória, cuidando-se de evidente prestação comutativa. Ainda que o valor da soja oscile para cima, em razão da valorização do dólar, essa mudança cambial é fato externo à relação contratual, que não é capaz de interferir ou alterar as bases econômicas e financeiras do negócio jurídico. Portanto, a prestação do adquirente da soja não pode ser alterada pela mera valorização do dólar no momento da entrega, cuidando-se de fato exógeno ao contrato.

Havendo previsão da cláusula de *washout*, as partes estarão protegidas pelo princípio da autonomia da vontade, reforçada pelo art. 421-A, do Código Civil, que reafirmou o compromisso do direito civil com o liberalismo clássico e se afastou do dirigismo contratual, excepcionando-se a aplicação de leis especiais, o que não ocorre no caso. Assim, há presunção de paridade e simetria entre os contratos civis e empresariais, dentre os quais inserem-se os contratos do agronegócio quando há relações contratuais globalizadas.

Portanto, não se pode tutelar, com dirigismo contratual, a cláusula *washout*, posto que colocada numa relação privada empresarial presumidamente paritária, inserida no mercado internacional, com preços fixados em bolsa de valores e cuja oscilação do dólar não interfere no negócio pactuado. A inserção do agronegócio numa cadeia global, os limites legais sobre dirigismo contratual e os riscos assumidos validam a cláusula *washout*.

REFERÊNCIAS

- AMARAL NETO, F. dos S. "A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – perspectivas estrutural e funcional", *Revista de Direito Civil*, Vol. 46, São Paulo, 1998, pp. 07-26.
- ARAÚJO FILHO, C.; PARRA, R. A. "Direito do agronegócio: os elementos para o surgimento de um ramo jurídico independente", em ARAÚJO FILHO, C.; PARRA, R. A.; PLACHA, G. orgs. *O Direito no Agronegócio Globalizado*, Thoth, Londrina, 2021.
- ÁVILA, H. *Teoria da segurança jurídica*, Malheiros, São Paulo, 2019.
- AZEVEDO, A. V. "Inexecução culposa e cláusula penal compensatória", *Revista dos Tribunais*, Vol. 791, São Paulo, set. 2001, pp. 121-132.
- BECK, U. *Sociedade de risco – rumo a uma outra modernidade*, Editora 34, São Paulo, 2011.
- BORGES, N. "A teoria da imprevisão e os contratos aleatórios", em TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. orgs. *Doutrinas Essenciais – Obrigações e Contratos*, RT, São Paulo, 2020.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Senado Federal, Centro Gráfico, Brasília, DF, 1988.
- BRASIL. *Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002, Código Civil*, Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 2002.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no REsp 775.124/GO*, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 18/06/2010.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.689.225/SP*, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 29/05/2019.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no REsp 1.518.605/MT*, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 12/04/2016.
- BURANELLO, R. "Direito do Agronegócio como subsistema do Direito Comercial", *Revista Brasileira de Direito do Agronegócio*, Vol. 1, São Paulo, jan./jun. 2019, pp. 63-76.
- CAVALIERI FILHO, S. *Programa de responsabilidade civil*, Malheiros, São Paulo, 2009.
- COELHO, F. U. *Curso de Direito Civil*, Vol. 3, São Paulo, RT, 2020.
- COSTA, J. M. "Crise e modificação da ideia de contrato no Direito brasileiro". *Revista de Direito do Consumidor*, V. 3, São Paulo, jul./set. 1992, pp. 127-154.
- COSTA, J. M. "Contratos de derivativos cambiais. Contratos aleatórios. Abuso de Direito e abusividade contratual. Boa-fé objetiva. Dever de informar e ônus de se informar. Teoria da imprevisão. Excessiva onerosidade superveniente", *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, V. 55, São Paulo, jan./mar. 2012, pp. 321-381.
- COSTA, J. M. "A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração", *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, V. 25, abr./jun. 2010, pp. 11-39.
- COSTA, J. M. "A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual", *Revista dos Tribunais*, V. 670, São Paulo, ago. 1991, pp. 41-48.
- DIAS, J. de A. *Da responsabilidade civil*, 11ª edição, Renovar, Rio de Janeiro, 2006.
- EMBRAPA. *VISÃO 2030: o futuro da agricultura brasileira*, Embrapa, Brasília, DF, 2018.
- FERNANDES, M. B. B. "Impactos da Lei nº 13.874/2019 no princípio da função social do contrato: a liberdade econômica em foco", *Revista dos Tribunais*, V. 1.010, São Paulo, dez. 2019, pp. 149-179.
- FONSECA, A. M. da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, Forense, Rio de Janeiro, 1932.
- FRANÇA, R. L. *Teoria e prática da cláusula penal*, Saraiva, São Paulo, 1988.
- GOMES, O. *Contratos*, 17ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1996.
- GOMES, O. *Obrigações*, 12ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1999
- GONÇALVES, C. R. *Direito Civil brasileiro*, Vol. III, Saraiva, São Paulo, 2004.
- GRAU, E. R. "Um novo paradigma dos contratos?", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Vol. 96, jan. 2001, pp. 423-433.
- HIRONAKA, G. M. F. N.; TARTUCE, F. "O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro", em HIRONAKA, G. M. F. N.; TARTUCE, F. coords. *Direito contratual – temas atuais*, Método, São Paulo, 2008.
- LÔBO, P. L. N. "Dirigismo contratual", em TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. orgs. *Doutrinas essenciais – Obrigações e Contratos*, v. 3, RT, São Paulo, 2011, pp. 385-406.
- LONGMAN. *Dictionary of english language and culture Longman*, Person Education Limited, Londres, 2009.

- MAGGI, B. O. "Nova proposta de classificação do dano no direito civil", *Revista de Direito Privado*, Vol. 32, São Paulo, set. 2007, pp. 32-54.
- MEDINA, J. M. G. *Código Civil comentado*, Thomson Reuters, São Paulo, 2020.
- MIRANDA, J. "Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social", *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Vol. 1, São Paulo, out./dez. 1992, pp. 198-208.
- MONTEIRO, W. B., *Curso de Direito Civil*, v. 4, 27ª edição, Saraiva, São Paulo, 1994.
- NERY, R. M. de A.; NERY JÚNIOR, N. *Instituições de Direito Civil*, Vol. 2, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019.
- NEVES, K. P. "Intervenção judicial nos contratos". *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, Vol. 64, abr./jun. 2014, pp. 249-280.
- PASSOS, P. R. da S. "Cláusula *rebus sic stantibus* – teoria da imprevisão", *Revista dos Tribunais*, Vol. 647, São Paulo, set. 1989, pp. 48-56.
- PELUSO, C. coord. *Código Civil Comentado*, 7ª edição, Manole, Barueri, 2013.
- RIPERT, G. *A regra moral nas obrigações civis*, Bookseller, Campinas, 2009.
- RIZZARDO, A. *Direito das obrigações*, 2ª edição, Forense, São Paulo, 2006.
- RIZZARDO, A. *Contratos*, 6ª edição, Forense, São Paulo, 2006.
- SILVA, C. M. P. *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, Forense, Rio de Janeiro, 2004.
- TEPEDINO, G.; BARBOZA, H. H.; MORAES, M. C. B. de. *Código Civil Interpretado*, Vol. II, Renovar, Rio de Janeiro, 2014.
- STOCO, R. *Tratado de responsabilidade civil*, Tomo II, 9ª edição, RT, São Paulo, 2013.