



Fábio Mello: Covenants favorecem o adimplemento dos contratos

07/05/2015

A prática do direito contratual ensina que, muitas vezes, as garantias dispostas na legislação não são suficientes. Hipoteca, fiança e outras espécies podem ter sua efetividade comprometida, sobretudo quando a natureza do negócio é financeira ou quando há obrigações concorrentes e privilegiadas. Além disso, há momentos em que a conjuntura conduz o devedor ao inadimplemento. A questão é: como elaborar instrumentos contratuais que favoreçam o adimplemento? A resposta pode estar num instituto oriundo do direito anglo-saxão: os *covenants*.

Contratos são firmados para serem cumpridos e para gerarem resultados. As garantias contratuais apresentam-se nesse contexto com dupla finalidade: resguardar o capital e incentivar condutas que levem a avença ao seu propósito final. Porém, mudanças no mercado podem modificar o modo como negócios são conduzidos e elevando o risco de investidores e parceiros. Mesmo quando resguardado por garantias reais e pessoais, a segurança dos negócios talvez não seja plena. Créditos fiscais e trabalhistas podem frustrar garantias reais, enquanto garantias pessoais mostram-se frágeis diante da vontade do devedor ou do terceiro garantidor em alienar patrimônio e se tornar insolvente. Daí advém o risco.

A solução está em criar ambientes contratuais que encetem a melhor das garantias: o sucesso da operação. Então, o trabalho de identificação dos riscos se amplia para a criação de medidas voltadas à mitigação das situações que conduzam o devedor, por exemplo, a descumprir obrigações que gozam de privilégio na hipótese de concurso de credores, bem como à limitação da liberdade no exercício do negócio, impedindo condutas que sabiamente levam à inadimplência e até à insolvência.

Covenants são cláusulas que estabelecem compromissos inerentes ao cumprimento dos contratos, servindo de reforço ou como “garantia” de garantias. Materializam-se mediante condutas protetivas e restritivas, estipuladas como ônus, deveres ou obrigações acessórias. Trata-se de uma categoria funcionalmente definida, que engloba figuras legalmente típicas (como condição, termo ou cláusula resolutiva) e atípicas (como cláusula de melhores esforços e garantias cruzadas). Agem indiretamente em face do devedor e do negócio dele, por meio de exigências relativas à observância de boas práticas de gestão, sempre voltadas à aplicação de medidas indispensáveis à eficiência. A ideia é que empresas ou negócios bem geridos conduzem a operações de sucesso e garantem a integridade do patrimônio do devedor, caso seja necessário executá-lo.

Há várias espécies de *covenants*. A limitação do grau de endividamento é um bom exemplo. Passa pela constituição de obrigações econômicas e financeiras que estabeleçam equilíbrio entre o objeto da garantia e obrigações constituídas anteriormente. Outra modalidade é a restrição ou o impedimento de que outras obrigações sejam contraídas, evitando-se que novos negócios atrapalhem o cumprimento dos antigos ou que comprometam o patrimônio do

devedor. A manutenção do capital de giro dentro de padrões mínimos, a fim de preservar liquidez para as atividades cotidianas, é outra forma de se estabelecer um compromisso cuja finalidade seja a manutenção da saúde do negócio do devedor. É possível figurar, ainda, a exibição de certos documentos, o cumprimento da legislação e regras de governança corporativa, a informação de fatos relevantes, contratação de seguros para resguardar determinados bens etc. Muitas dessas obrigações aqui citadas são percebidas no dia a dia, o que evidencia que os *covenants*, mesmo que timidamente, já fazem parte da rotina do direito contratual, ainda que assim não sejam reconhecidos.

A razão determinante dos *covenants* é o estabelecimento de situações convergentes ao cumprimento do contrato ou, se necessário for, que ensejem o vencimento antecipado da obrigação principal. Eles permitem que o credor mantenha posição privilegiada em relação a outros credores, viabilizando o acesso e a execução da garantia real, sem ou antes de concorrentes. Pretende-se que o credor titular de garantias reais não seja um expectador de situações de risco até que possa defender seus interesses, evitando a adoção tardia de medidas tendentes à satisfação de um crédito dado para a consecução de um projeto.

A principal vantagem dos *covenants* é a atribuição de maior segurança ao negócio. Na medida em que estabelecem condutas voltadas à credibilidade e à solvência do devedor, garantem maior controle do credor no que diz respeito à performance contratual e à condutas do devedor. Certamente agem em favor da expansão do crédito e da diminuição das taxas de juro, pois diminuem o risco. De outro lado, os *covenants*, por se apresentarem como obrigações livremente pactuadas e no âmbito da racionalidade negocial, harmonizam-se perfeitamente ao direito brasileiro. Perfeitos, pois, para situações em que garantias típicas não são suficientes para promover negócios e viabilizar o desenvolvimento.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2015-mai-07/fabio-mello-covenants-favorecem-adimplemento-contratos/>